

Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela 2018

ANUARIO

Una publicación de:



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado

Centro para la Integración y el Derecho Público
en alianza con el
**Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela**

**ANUARIO DE LA ESPECIALIZACIÓN
EN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA**

Año 2018

In memoriam al profesor Luis Henrique Farías Mata



Coordinación: Armando Rodríguez García,
Antonio Silva Aranguren, Gabriel Sira Santana

Caracas, 2018

© Centro para la integración y el Derecho Público
**Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad
Central de Venezuela**

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en este Anuario son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con la de los coordinadores del mismo, el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) o el Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Depósito legal N° DC2017000040
ISSN 2610-8089

Publicación anual

Coordinación: Armando Rodríguez García, Antonio Silva Aranguren, Gabriel Sira Santana

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

Avenida Santos Ermíny, Urbanización Las Delicias, Edificio Park Side, Oficina 23,
Caracas, Venezuela

E-mail: contacto@cidep.com.ve

<http://cidep.com.ve> <http://cidep.online>

Centro para la Integración y el Derecho Público

Fundado en enero de 2005, en la ciudad de Caracas, el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) es una sociedad civil dedicada al estudio del derecho público y los aspectos jurídicos de los procesos de integración regional.

El CIDEP desarrolla principalmente actividades de investigación y divulgación.

La Dirección General del CIDEP corresponde a Jorge Luis Suárez Mejías y la Dirección Ejecutiva a Antonio Silva Aranguren.

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

El *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela* (AEDA) aceptará artículos de estudiantes de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, para su evaluación a los efectos de su publicación, a través de la dirección electrónica contacto@cidep.com.ve. Los trabajos presentados habrán de atender a las siguientes pautas:

1. No se establece un número mínimo o máximo de páginas por colaboración.
2. Espaciado de 1.5 puntos, letra Arial, número 12, tamaño carta, márgenes superiores e inferiores de 2.5 cm y derecho e izquierdo de 3 cm, sangría de 0.75 cm al inicio de cada párrafo.
3. Incluir, en español, un resumen de máximo 150 palabras y de 3 a 5 palabras claves.
4. El texto se dividirá atendiendo a la siguiente jerarquía. La introducción y la conclusión no se enumeran:
 - I.
 1.
 - A.
 - a.
 - a'.
5. Las citas bibliográficas habrán de incluirse como pie de páginas y se seguirá el siguiente orden: nombre y apellido del autor: *título de la obra*. Editorial. Lugar de publicación, año de publicación, número de páginas citadas. Ejemplo: Samantha Sánchez Miralles: *Casos de estudio sobre la expropiación en Venezuela*. Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016. En caso de revistas u obras colectivas, el orden a seguir es el siguiente: nombre y apellido del autor: "título del trabajo". *Título de la revista u obra*. Editorial. Lugar de publicación, año de publicación, número de páginas citadas. Ejemplo: Jorge Luis Suárez: "El verdadero sentido de los poderes de gobierno bajo estado de excepción: recuerdos de un fallo de la Corte Suprema de Justicia y de un Estado que ya no existe". *Revista de Derecho Público*. N° 143-144. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 88-89.
6. Si la cita supera las 60 palabras deberá incluirse como párrafo aparte, y con margen izquierdo de 0.75 cm, letra Arial, número 10. En caso de ser inferior a las 60 palabras, la cita se insertará en el texto entre comillas.
7. El AEDA no está en la obligación de publicar las colaboraciones recibidas.
8. Los autores que publiquen en el AEDA ceden sus derechos sobre sus obras, a excepción del derecho de ser reconocido como tales, a tenor de lo previsto en el artículo 19 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

ÍNDICE

Número tres.....	7
<i>In memoriam</i> al profesor Luis Enrique Farías Mata.....	10
Reflexiones jurisprudenciales acerca del papel que está llamada a desempeñar la ponderación en el Derecho. Igor VILLALÓN	12
Regulaciones sectoriales y el requisito de consulta pública contenido en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública. Jesús A. VILLEGAS RUIZ	31
Breves consideraciones sobre las potestades discrecionales del registrador mercantil en cuanto al capital social de las sociedades anónimas. Fernando Javier DELGADO RIVAS	52
Procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical. Gianni LANZILLOTTA GIRÁN	74
Procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización. Marjorie Rocio MACEIRA ORTEGA	98
El curioso “procedimiento administrativo” expropiatorio previsto en la Ley de Emergencia para Terrenos y Vivienda. Jesús VILLEGAS	114
Comentarios sobre la ejecutoriedad de actos administrativos a propósito de la sentencia 405/2018 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Ángel Alberto DÍAZ	130
El antejuicio administrativo a la luz de los criterios del Tribunal Supremo de Justicia. Nociones generales e implicaciones prácticas. Rozaida ROMERO PAYARES	137
Aproximación al sistema actual de responsabilidad patrimonial del Estado Juez por error judicial en Venezuela. Ana Gabriela MARÍN	155
El control judicial sobre la Administración Pública en Venezuela. Julio Alexander CARTA RIVERO	186

NÚMERO TRES

En el tercer número del *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela* (AEDA) que nos corresponde reseñar, el lector encontrará diez artículos elaborados por estudiantes de la mencionada especialización.

Estos trabajos responden –en su mayoría– a investigaciones desarrolladas en el marco del programa de estudios de la especialización y versan sobre temas como la actividad administrativa, la responsabilidad patrimonial del Estado y el control sobre la Administración Pública.

En este sentido, la primera colaboración lleva por nombre **“Reflexiones jurisprudenciales acerca del papel que está llamada a desempeñar la ponderación en el Derecho”** y su autoría corresponde a *Igor Villalón*, quien, luego de repasar lo que se entiende por ponderación y sus principios, presenta cómo los tribunales españoles y venezolanos han abordado el tema en casos donde han entrado el conflicto –por ejemplo– el derecho a la salud y la libertad religiosa o el derecho a manifestar y la libertad de tránsito.

De seguida, en **“Regulaciones sectoriales y el requisito de consulta pública contenido en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública”**, *Jesús A. Villegas Ruiz*, comenta los problemas que se presentan en cada una de las etapas del procedimiento administrativo consultivo sectorial según la legislación vigente y las aproximaciones del foro, para, de seguida, ahondar en los dichos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y muy especialmente en el caso Red de Padres y Representantes de la Sala Político-Administrativo del TSJ, que considera un hito en la materia.

A continuación, con **“Breves consideraciones sobre las potestades discrecionales del Registrador Mercantil en cuanto al capital social de las sociedades anónimas”**, *Fernando Javier Delgado Rivas* examina la amplísima discrecionalidad que el actual Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado concede a estos funcionarios para decidir cuándo un capital es insuficiente y, en consecuencia, rechazar el registro en cuestión sin mayor parámetro legal que dé a los ciudadanos seguridad jurídica o posibilidad de recurrir.

Siguiendo con la materia procedimental, en **“Procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical”**, *Gianni Lanzillotta Girán* resume el procedimiento identificado y previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los

Trabajadores, con indicación de los pasos previos, documentos requeridos y cómo proceder en caso de darse la negativa del registro por parte de la autoridad competente, así como la finalidad y principios que rigen esta actividad de la Administración Laboral.

A este artículo le sigue el **“Procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización”** de *Marjorie Rocío Maceira Ortega*, en donde la autora evalúa el objetivo, los elementos, la estructura, la tipología y los principios de este procedimiento de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales vigentes. Entre ellas, la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía y la Ley Orgánica de Registro Civil.

La colaboración subsiguiente lleva por nombre **“El curioso ‘procedimiento administrativo’ expropiatorio previsto en la Ley de Emergencia para Terrenos y Vivienda”** de *Jesús Villegas*, y consiste en una serie de consideraciones generales sobre el decreto ley mencionado –nacido como producto de la ley habilitante de 2010– y la disconformidad a derecho que plantea el procedimiento expropiatorio en él previsto en relación con el artículo 115 de la Constitución de la República.

Los artículos sobre la actividad administrativa finalizan con **“Comentarios sobre la ejecutoriedad de actos administrativos a propósito de la sentencia 405/2018 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia”** con autoría de *Ángel Alberto Díaz*, quien compara el régimen de ejecución forzosa previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para los actos administrativos que impongan obligaciones dinerarias, y los criterios de la Sala Político Administrativa del TSJ en la materia.

Acercándonos al contencioso-administrativo hallamos el artículo **“El antejuicio administrativo a la luz de los criterios del Tribunal Supremo de Justicia. Nociones generales e implicaciones prácticas”** de *Rozaida Romero Payares*, quien, luego de repasar algunas nociones generales como serían el concepto y finalidad del antejuicio, plantea algunos de los criterios esbozados por los tribunales de la República sobre –por ejemplo– la identificación de la cantidad reclamada, los entes que gozan de esta prerrogativa o los supuestos en los que no se requiere llevar a cabo este procedimiento.

Asimismo, en materia de responsabilidad encontramos una colaboración titulada **“Aproximación al sistema actual de responsabilidad patrimonial del Estado juez por error judicial en Venezuela”** cuya autoría corresponde a *Ana Gabriela Marín*. En él, se estudia el fundamento normativo de esta responsabilidad según los tratados internacionales en la materia, la Constitución de la República y las leyes aplicables, para de seguida abordar los presupuestos del error judicial inexcusable, el daño antijurídico o injusto,

la imputación del daño y la relación de causalidad, así como el procedimiento para exigir la responsabilidad comentada.

Finalmente, el AEDA 2018 concluye con “**El control judicial sobre la Administración Pública en Venezuela**” de *Julio Alexander Carta Rivero*, donde se repasa el contenido de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a través de una serie de interrogantes que se plantea el autor tales como ¿qué es el control judicial sobre la Administración Pública? y ¿cómo se ejerce el control judicial sobre la Administración Pública?

Como en años anteriores, agradecemos a los estudiantes de la especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela por su interés en esta iniciativa e invitamos al resto de los cursantes a que presenten sus artículos para la próxima edición del anuario.

Gabriel Sira Santana

Febrero, 2019

IN MEMORIAM AL PROFESOR LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA

El 2 de agosto de 2018 falleció en la Ciudad de Porlamar, Estado Nueva Esparta, el distinguido Profesor, Dr. Luis Henrique Farías Mata.

Ingresó al personal docente de la Universidad Central de Venezuela (Escuela de Derecho) en 1958, inmediatamente después de recibirse como Abogado con mención *Magna Cum Laude*. Desde entonces se dedicó a la academia ejerciendo la docencia, dentro y fuera de las aulas, porque esa fue su vocación, pero además, su virtud.

Fue Decano de la entonces Facultad de Derecho (1972-1975) y durante su ejercicio (1973) se inició el funcionamiento de la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, en cuya actividad docente se incorporó para dictar la asignatura Procedimientos Administrativos, dejando la cátedra de Derecho Administrativo II que había regentado hasta entonces en la Escuela de Derecho.

Fue Magistrado de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, y posteriormente, Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En esas funciones fue artífice en insuflar a la actividad el sentido de sistematización del criterio jurídico, abriendo camino a la concepción de las *tendencias jurisprudenciales* sobre categorías del Derecho Administrativo, a cuyo efecto supo emplear, por igual, la oportunidad que brindaron las decisiones unánimes como los votos salvados.

Destaca la pulcritud de sus argumentaciones dentro del rigor metodológico que exhibió su expresión verbal y su obra escrita, rigurosamente selectiva, junto a lo cual recordamos la tenacidad y constancia para llevar adelante iniciativas académicas en el área del Derecho Administrativo. En particular, corresponde subrayar el respaldo y apoyo decidido que brindó a la creación de nuestro Curso de Especialización, primero, aportando sugerencias al diseño del Plan de Estudios, luego, contribuyendo con su aval en las gestiones requeridas para su aprobación y, finalmente, incorporándose como docente, desde su inicio.

Podemos decir que Farías Mata ha estado siempre presente en nuestro medio académico, y en particular, de nuestra Especialización, en cuya única versión *extramuros*, ocurrida en Isla de Margarita, también participó activamente.

Por todo ello, sentimos profunda satisfacción por el privilegio que significa haber compartido y recibido tanto de un maestro, en la plena extensión del término.

Deploramos su partida y honramos su memoria.

Armando Rodríguez García
Director del Centro de Estudios de Postgrado
Coordinador de la Especialización en Derecho Administrativo

Febrero, 2019

REFLEXIONES JURISPRUDENCIALES ACERCA DEL PAPEL QUE ESTÁ LLAMADA A DESEMPEÑAR LA PONDERACIÓN EN EL DERECHO

Igor Villalón¹

Resumen: *El presente trabajo revisa y analiza el polémico y siempre interesante principio de la ponderación y su aplicación en el Derecho, el cual no es de exclusivo uso de los jueces constitucionales sino de todos los jueces en general incluyendo los de la jurisdicción contencioso administrativo, quienes tienen la labor de ponerlo en práctica en su actividad de administrar justicia. Para tal fin, se realizará un análisis teórico introductorio respecto al principio de la ponderación y se examinarán dos (2) decisiones emanadas del sistema español y dos (2) del sistema venezolano, las cuales plantean escenarios realmente interesantes para el Derecho.*

Palabras clave: *Ponderación – Derechos – Juez – Interpretación – Jurisprudencia.*

SUMARIO. Introducción. I. La ponderación. 1. El debate entre Dworkin y Hart. 2. La moderna tesis de Robert Alexy. 3. Los principios de la ponderación. II. El principio de la ponderación visto desde la Jurisprudencia. 1. La ponderación en el derecho español. A. El derecho a la salud v. la libertad religiosa. B. El derecho a la imagen v. la actividad productiva. 2. La ponderación en el derecho venezolano. A. El derecho a la vida v. el derecho a la propiedad. B. Derecho a la libertad de tránsito v. los derechos del interés general. C. El derecho a la protesta v. la libertad de tránsito. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más discutidos por los estudiosos del derecho en los últimos años es el relacionado con los principios y la ponderación como técnica jurídica en el derecho contemporáneo actual.

El propósito del presente trabajo no es mostrar una versión mejorada de alguna de las concepciones ya desarrolladas por afanosos del derecho. Tampoco pretendemos intervenir en una polémica espesa y en algunos casos hasta inútil. Lo que proponemos, eso sí, utilizando con libertad elementos surgidos en otros debates, es dar respuesta a algunas de las preguntas fundamentales que se suscitan con relación a la ponderación como técnica necesaria del operador jurídico en el derecho moderno.

A través de los años, abogados y jueces han lidiado con diversas situaciones de complejidad, confrontando a los criterios jurídicos formales y al orden social, a los cuales no se podría reaccionar operando desde una

¹ Abogado de la Universidad Santa María (2006). Docente de la Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública y la Universidad Católica Santa Rosa.

determinada formalización jurídica, o lo que es lo mismo, pretendiendo hacer una definición lineal de la complejidad, cuando lo cierto es que la respuesta de una determinada situación debe ser conforme a la tutela judicial, la equidad, la proporcionalidad, la ponderación y la constitucionalidad.

De allí la inspiración de retomar un tema que como se sabe no es la primera vez que se ha desarrollado en Venezuela, sin embargo, lo que pretendo destacar en esta breve descripción es el tratamiento dado por algunos operadores jurídicos al principio de la ponderación, entre ellos, los hoy denominados Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

I. LA PONDERACIÓN

Como ya hemos advertido en líneas anteriores, se realizarán algunos comentarios respecto a la ponderación de los derechos o de los principios; un tema que, como se sabe, es uno de los más importantes dentro de la argumentación jurídica y el derecho constitucional contemporáneo.

La idea de la protección de los derechos fundamentales, nos lleva a pensar en la tutela de los mismos y, necesariamente, en los tribunales que son los encargados de salvaguardarlos y garantizar su viable aplicación.

Sabemos que un modelo garantista de derecho, es aquel que vela por el cumplimiento y desarrollo de los valores y principios constitucionales, con el objeto de direccionar las actividades de ese entorno superior que tiene como finalidad el “vivir en sociedad”².

Para lograr tal cometido, es necesario que los jueces comprendan que para resolver (en la sociedad) colisiones entre principios y reglas (opuestas) deben tener presente, por un lado, la norma que puede aplicarse tomando en cuenta el contenido jurídico de lo que se pretende discutir y, por otro lado, determinar la importancia que tendría su directa aplicación; surgiendo de este modo una incompatibilidad normativa entre normas de derechos fundamentales, situación que precisamente justifica el principio de la ponderación como una forma de solucionar conflictos jurídicos³.

² Véase Virgilio Rodríguez: *Ética y Política desde la filosofía del derecho*, Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2008. www.revista.colaboración.juridicas.unam.mx/index.pdf y Manuel Atienza: *A Propósito de la Argumentación Jurídica* (Nº 21 ed., Vol. II). DOXA. Madrid, 1998. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/>

³ Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona, 1995, p. 65.

1. El debate entre Dworkin y Hart

Los principios jurídicos son de vieja data en el derecho; tanto así que puede afirmarse que fue RONALD DWORKIN⁴, con su artículo “¿Es el Derecho un sistema de reglas?”, quien inició un debate, que aún continúa vigente, con consecuencias en la dogmática y la metodología jurídicas.

El mencionado autor construye su teoría sobre la distinción entre reglas y principios como una arremetida al positivismo jurídico y, especialmente, a la interpretación de H.L.A. HART⁵, a quien acusó de concebir el Derecho como un sistema normativo compuesto exclusivamente por reglas, las cuales son identificadas como tales por la manera en que son adoptadas o desarrolladas.

No obstante, expresó aquel, que cuando los juristas razonan, no sólo utilizan reglas, sino también otro tipo distinto de normas como son los principios, algo que el positivismo parece haber dejado de lado. Es por ello que la crítica de DWORKIN es de gran relevancia, dado que ataca las dos tesis básicas del positivismo, a saber, la “separación conceptual entre Derecho y moral” y la “discreción judicial”.

De acuerdo con la primera, la validez de una norma jurídica no depende de su bondad moral sino de su conformidad con los criterios establecidos en lo que HART denomina la “regla de reconocimiento”. Sin embargo, para DWORKIN esta tesis no tiene asidero, puesto que el ordenamiento jurídico está integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados, sino por la adecuación de su contenido.

Efectivamente, para DWORKIN un principio es una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y, de hecho, la existencia de los mismos constituye una de las vías para la introducción de la moral en el Derecho –constituyendo

⁴ Enciclopedia libre. (On Line) Página: <http://wikipedia.com>. Ronald Myles Dworkin (Worcester, Massachusetts, Estados Unidos, 11 de diciembre de 1931 - Londres, Inglaterra, Reino Unido, 14 de febrero de 2013) fue un filósofo del Derecho y catedrático de derecho constitucional. Su teoría del derecho es una de las contemporáneas más influyentes respecto de la naturaleza del derecho. Según *The Journal of Legal Studies*, fue el segundo autor estadounidense del siglo XX más citado en el campo del Derecho.

⁵ Enciclopedia libre. (On Line) Página: <http://wikipedia.com>. Herbert Lionel Adolphus Hart (n. Harrogate, 18 de julio de 1907 - f. Oxford, 19 de diciembre de 1992), fue uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX. Estudió abogacía en el New College (Universidad de Oxford) del cual se graduó en 1932. En un principio se dedicó a ejercer la profesión en forma privada, pero con el comienzo de la Segunda Guerra Mundial, Hart ingresa a trabajar en el Servicio de Inteligencia Británico (MI5), donde compartió labores con otros filósofos oxonienses como Gilbert Ryle y Stuart Newton Hampshire.

éste, por tanto, uno de los argumentos utilizados por los críticos del positivismo jurídico para rechazar la separación conceptual entre Derecho y moral-.

No obstante, esta crítica al positivismo jurídico ha sido contestada por el destacado autor GREGORIO PECES-BARBA⁶, quien afirma que los valores, los principios y los derechos no son Derecho si no se incorporan al sistema jurídico, esto es, el Derecho legal y el Derecho judicial.

Continúa señalando el mismo autor que:

(...) no es evidente la contradicción entre principios y reglas, ni es necesaria la aproximación iusnaturalista de que existe Derecho al margen de lo que Hart llama la regla de reconocimiento y/o la norma fundante básica de identificación de normas. Por el contrario, aparece en la realidad que los principios, los valores y los derechos (...) no se imponen a la colectividad desde su verdad, desde la racionalidad, sino que los imponen los operadores jurídicos desde su autoridad (...).

Ambos, principios y reglas, sólo son relevantes para el Derecho como Derecho, cuando la voluntad normativa, a través de los operadores jurídicamente habilitados, los incorpora al sistema. Ambos son pues, normas, aunque con contenidos y efectos diferentes en su acción del mecanismo del Derecho. Así se puede hablar de normas principio y de normas regla. No veo que esta interpretación ponga en entredicho el valor de una aproximación positivista.

Por otra parte, en lo que concierne a la discrecionalidad judicial, señala que en los casos en que ninguna norma sea aplicable a un caso concreto, el juez es libre de ejercer su discreción para llegar a una solución. Esta tesis ha sido rechazada por DWORKIN por dos razones.

En primer lugar, porque supone una violación del principio de separación de poderes, ya que se le reconoce al poder judicial una capacidad de dictar normas que es exclusiva del poder legislativo; y, en segundo lugar, porque si esto fuera así, permitiría legislar *ex post facto*, ya que desde el momento en que se reconoce que el juez, en el ejercicio de su discrecionalidad, puede crear normas aplicables a un caso que no tiene una solución normativa por parte del sistema de fuentes, se está admitiendo la aplicación de una norma con carácter retroactivo, pues se trata de una regulación que no existe en el momento en que se produjo el hecho pudiendo vulnerarse, así, y para determinados, casos el principio *nullum crimen sine lege praevia*.

⁶ Gregorio Peces-Barba Martínez: "Prólogo" a Santamaría Ibeas, J. Javier: *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Burgos-Dykinson, Madrid, 1997, p. 13. Citado a su vez del trabajo digital del autor Ruiz Ruiz Ramón: "Derechos Fundamentales". *Revista Telemática de Filosofía*. N° 10, 2007.

Ambas problemáticas pueden ser resueltas si se reconoce la existencia de los principios jurídicos los cuales ponen en manifiesto que el juez no goza de discrecionalidad ni siquiera en aquellos casos en los que hay oscuridad, vaguedad o ausencia de reglas aplicables, ya que puede recurrir a un principio del ordenamiento jurídico compuesto por reglas y principios, que ofrece una respuesta asertiva de la situación en conflicto⁷.

2. La moderna tesis de Robert Alexy

A partir de los años 90, comenzó una gran atención a este interesante tema, y uno de los autores que mayor ha dado por resolver el problema de la ponderación es el jurista teutón ROBERT ALEXY, el cual propone un método que extrae del Tribunal Constitucional Alemán y que denominó el *principio de proporcionalidad o ponderación*.

ALEXY, luego de realizar un exhaustivo estudio de lo que muchos llaman antinomias jurídicas, precisó que el mencionado principio de proporcionalidad debe dividirse en tres principios fundamentales: idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁸.

De acuerdo con la filosofía del referido autor alemán, los derechos entran en conflicto; sin embargo, afirma que lo primero que habría que verificar es, cómo se relacionan estos derechos y cuál sería su preeminencia.

3. Los principios de la ponderación

Como ya se precisó, el *primer* principio de la ponderación es la “idoneidad”, en el cual sólo hay que determinar si uno de los derechos que está en juego es un principio idóneo para protegerlo; sin embargo, si esto no fuera así, podría resolverse de la manera más simple, esto es, concluyendo que si no es idóneo no tendríamos nada que resolver y mucho menos que ponderar.

Para el autor patrio JESÚS MARÍA CASAL, la primera característica de la ponderación es la *adecuación*, planteada en términos idénticos a la idoneidad; señalando que para que sea válida la restricción de un derecho fundamental, la medida que impone la restricción debe ser adecuada para alcanzar el fin

⁷ Ramón Ruiz Ruiz: “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en el derecho”. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales*. N° 20, 2012. Fuente: http://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/viewFile/4860/3952.

⁸ Robert Alexy: *El concepto y la validez del Derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, 1994, p. 189.

que persigue la ley, siendo que la no adecuación lo convertiría inmediatamente en inconstitucional⁹.

A modo de ejemplo tenemos que, si el legislador dicta una ley para perseguir una determinada finalidad, la cual es aceptable constitucionalmente, pero la medida a su vez afecta un derecho constitucional, evidentemente no se justificaría la existencia de esa ley, por no ser capaz desde el punto de vista fáctico de alcanzar el propósito para el que fue creada, razón por la cual podría concluirse que sin duda alguna sería contraria al espíritu del Texto Constitucional¹⁰.

Dicho en otras palabras y aplicado a un caso cotidiano, la “prohibición a la publicidad de bebidas alcohólicas en vallas publicitarias en carreteras y autopistas”; bajo este típico supuesto podríamos sostener que hay dos derechos en conflicto “el derecho a la libertad económica” y “el derecho de los ciudadanos a ser protegidos por el Estado en carreteras y autopistas”.

El *segundo* principio, es el de “necesidad”, en el cual hay que evaluar no sólo su idoneidad sino también que tan necesario es, y como se relacionan con otras medidas que podrían ser alternativas; y menos gravosas, si eso es así no resultaría necesaria, y por ende resultaría inconstitucional.

El *tercer* y último principio, es cuando la medida resulta ser idónea y necesaria, pero queda por determinar lo que ALEXY denominó *el peso de la afectación de cada uno de esos derechos*¹¹, es decir, la “proporcionalidad” en sentido estricto. Ello significa analizar qué tanto podría el administrador de justicia estar afectando otra esfera jurídica al proteger un derecho; dicho en otras palabras, lo ideal es hacer una valoración de qué tan importante es lo que estoy protegiendo y afectando en un mismo momento.

Una vez que tenemos estas valoraciones, es posible convertirlo (según ALEXY) en una fórmula que él propone en esta teoría y de la que no haré mayor referencia en el presente trabajo; pero sí advirtiéndole que la misma tiene como base determinar si una medida puede ser más gravosa que otra, aplicando criterios leves, moderados y graves mediante los cuales podamos determinar la afectación de un principio, y si la protección del derecho tiene mucha o poca

⁹ Jesús María Casal: “Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica”. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Serie Eventos N° 3. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2010, pp. 427-428.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ Robert Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, pp. 86-87.

importancia, asignándole en consecuencia valores al conflicto y así poder obtener –según el mencionado autor– un resultado ponderado¹².

Ahora bien, se debe advertir que la idea de ALEXY, ha sido objeto de grandes controversias durante los últimos años, al proponer un método matemático para alcanzar un resultado razonable del conflicto de derechos¹³. Sin embargo, precisamente por hacer un uso excesivo de la racionalización jurídica y por no operar de la manera sencilla, es que resulta cuestionado, pues al momento en que asignamos valores a los derechos, se subjetiviza el derecho y plantea quizás una solución irreal a los derechos que pudieran estar en conflicto.

Asimismo, se sostiene que hay maneras de entender un método interpretativo, pero no como un método concreto al estilo de ROBERT ALEXY, sino que se centre en dar razones a favor y en contra, y a su vez comprendiendo los tres criterios de relevancia, antes señalados.

En definitiva, en la pugna entre derechos e intereses, lo importante es ver qué razones podemos ofrecer y evaluar sin realizar juicios de valor *a priori*, para juzgar de manera adecuada cuándo se afecta de modo simbólico o real, cuando pueden ser un peligro latente o inminente, cuando es una afectación directa o indirecta; situación que sin duda alguna hace complejo pero no imposible el análisis de la ponderación.

II. EL PRINCIPIO DE LA PONDERACIÓN VISTO DESDE LA JURISPRUDENCIA

En este capítulo haremos referencia a algunos ejemplos clásicos pero bastante peculiares, en los que al operador jurídico le ha tocado resolver pugnas de derechos en aplicación del principio de la ponderación.

1. La ponderación en el derecho español

A. El derecho a la salud v. la libertad religiosa

La primera jurisprudencia que se indicará, se trata de una demanda de amparo dirigida contra dos sentencias, ambas de fecha 27-06-1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación N° 3248/96.

¹² Robert Alexy: *Teoría de la Argumentación Jurídica*. (M. Atienza, & I. Espejo, Trads.) Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997, pp 98 y 101.

¹³ David Zorilla: *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Tesis doctoral "Universitat Pompeu Fabra". Barcelona, 2014, p. 65 y ss.

La primera de ellas absuelve a los demandantes de amparo del delito de homicidio por omisión que se les imputaba. La segunda, como consecuencia de la expresada estimación del recurso, los condena, “como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión”.

Los datos esenciales a que se refieren los términos transcritos del fallo son los siguientes: (a) La persona por cuya muerte se condena a los demandantes de amparo era un hijo de éstos, de 13 años de edad; (b) La condena es por omisión de la conducta exigible a los padres del menor, dada su condición de garantes de la salud de éste (condición que actualmente se recoge expresamente en el art. 11, en relación con el art. 138, ambos del Código penal de 1995); (c) La conducta omitida consistía bien en una acción de los ahora recurrentes en amparo dirigida a disuadir a su hijo de su negativa a dejarse transfundir sangre, bien en la autorización de aquéllos a que se procediese a la transfusión de sangre al menor; y (d) La causa de la actuación de los padres (propiamente, la razón de que éstos hubiesen omitido la conducta que se dice debida) se sustentaba en sus creencias religiosas pues, dada su condición de Testigos de Jehová, entienden, invocando al efecto diversos pasajes de los Libros Sagrados, que la transfusión de sangre está prohibida por la ley de Dios.

El Tribunal Constitucional Español, tras analizar si se ha efectuado una adecuada ponderación de los derechos enfrentados, expresó:

En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, es indiscutible que el juicio ponderativo se ha efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (art. 16.1 CE). Es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 120/1990, de 27 de junio). Además, es oportuno señalar que, como hemos dicho en las SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5, el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.

En el marco de tal delimitación de los derechos en conflicto las consecuencias del juicio formulado por el órgano judicial no tenían por qué extenderse a la privación a los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia. Y ello porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante (acerca de este principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales, por todas, SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7, y 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5). Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión¹⁴.

De lo anterior se deduce con toda claridad, que el Tribunal Constitucional Español al resolver el recurso de amparo realizó el juicio de ponderación sobre dos valores fundamentales, que de acuerdo con la clasificación propuesta por ROBERT ALEXY, se corresponde con la estructura de los principios o mandatos de optimización, a saber, la libertad de religión y la vida.

B. El derecho a la imagen v. la actividad productiva

La segunda jurisprudencia a la cual se hará referencia tiene relación con una actividad realizada por un trabajador en una fábrica de jamón ibérico, el cual fue despedido por rehusarse a continuar sirviendo como modelo de varias publicidades comerciales, a las que su empleador lo obligaba para promocionar determinado producto. En concreto, no deseaba más que su imagen fuese captada mediante fotografías que mostraran sus habilidades como cortador de jamón.

Vista la situación planteada el trabajador demandó el despido, pero fue negado en dos instancias; y como consecuencia de ello, recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional Español, el cual expresó:

El derecho a la propia imagen, consagrado en el art. 18.1 C.E. junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros. Sólo adquiere así su pleno sentido cuando se le enmarca en la salvaguardia de "un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás,

¹⁴ Tribunal Constitucional Español. Sentencia N° 154/2002 del 18-07-2002, en http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4690#complete_resolucion&fundamentos

necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" (STC 231/1988, Fundamento Jurídico 3º). Una valoración teleológica que, por lo demás, también ha prevalecido cuando se ha analizado la proyección del derecho en cuestión sobre la relación individual de trabajo (STC 170/1987, Fundamento Jurídico 4º). Calificado así, resulta claro que el primer elemento a salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. En este contexto, la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél.

Esta estricta vinculación con la salvaguardia de la intimidad, y la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, hace que la dimensión constitucional del tema quede restringida a este concreto ámbito de natural reserva de la propia esfera íntima. Sus numerosas vertientes colaterales quedan, pues, remitidas a lo que al respecto establezca la legalidad ordinaria: respecto de los efectos indemnizatorios de los daños eventualmente causados; de los estrictamente sancionadores; o, por último, de los derechos patrimoniales que puedan corresponder a la persona cuya imagen se reproduce en los supuestos en que ésta sea explotada comercialmente¹⁵.

Deben apreciarse, en este caso se presenta una colisión de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, razón por la cual el Tribunal Constitucional mediante una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes concluyó que en esta oportunidad debe valorarse el alcance del derecho a la propia imagen como factor legitimador de la negativa del trabajador a obedecer la orden empresarial.

2. La ponderación en el derecho venezolano

El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, al igual que la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, no se encuentra regulada de manera expresa en el ordenamiento jurídico venezolano. No existe ninguna norma que consagre de manera individual y específica la existencia de dicho principio del derecho, ya que es precisamente eso: un principio general del derecho que opera en los Estados democráticos y constitucionales.

¹⁵ Tribunal Constitucional Español. Sentencia N° 99/1994 del 11-04-1994, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/pt/Resolucion/Show/2616>

Tanto en Venezuela como en otros Estados constitucionales, se despliega una gama de derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, que adoptan la forma de normas de principios y cuyo ejercicio se garantiza plenamente de manera individual.

Aunque no entraremos a analizar toda la jurisprudencia venezolana que de una manera u otra se relaciona con el tema objeto del presente estudio, sí pasaremos de seguidas a comentar algunas de las más recientes sentencias que ponen en evidencia según se desprende de su contenido, los criterios de ponderación. Por tanto Es necesario aclarar que la selección de las sentencias citadas se basa en su relevancia con respecto al método de la ponderación y su aplicación por parte del operador jurídico¹⁶.

En este sentido, el Máximo Tribunal de la República en sentencia N° 272, del 15-02-2007¹⁷, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, expuso:

(...) el test de la razonabilidad y de la proporcionalidad es el punto de apoyo de la ponderación entre bienes jurídicos de rango constitucional. Su aplicación implica: la adecuación de los medios implementados para conseguir un fin válido; la necesidad de instrumentar ese medio; y la proporcionalidad propiamente dicha entre el medio y el fin. De estos tres parámetros el segundo es el de mayor dificultad, porque implica que no debe existir un medio menos gravoso para lograr el objetivo.

De este extracto se aprecia que el tribunal no sólo toma en cuenta el principio de proporcionalidad o “test de la razonabilidad y de la proporcionalidad”, sino que además expone su estructura, que no es otra que los tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Precisado lo anterior, se revisaran dos (2) sentencias de relevancia en materia de ponderación dictadas en la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en ese sentido tenemos:

A. El derecho a la vida v. el derecho a la propiedad

La decisión que comentaré de seguida tiene relación con una acción de amparo constitucional interpuesta ante la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en virtud de la negativa de “Hidrocapital” de atender la

¹⁶ Diego Arismendi. “La Ponderación de los Derechos Fundamentales en el Juzgamiento Jurisdiccional”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Metropolitana. Año 2007. Caracas. Fuente: www.tsj.gov.ve. [consultado en el año 2018].

¹⁷ En www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/272-150207-06-0873.htm

petición de instalar un medidor y consumo separado del agua potable en el lugar donde habitaba el solicitante con su familia¹⁸.

Es importante destacar que la presente decisión reviste de una especial relevancia dada las circunstancias particulares del caso, pues, se debatían derechos fundamentales como lo es el derecho la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida y a un ambiente sano; protegidos por el Estado a través de la procura existencial de las necesidades básicas de los individuos, ello con la finalidad de que éstos puedan insertarse plena y apropiadamente en la sociedad, para lo cual debe brindarse la garantía de las condiciones mínimas necesarias para que los ciudadanos gocen de una vida digna.

Ello así, resulta interesante como la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, resolvió la antinomia presentada dejando claramente establecido lo siguiente:

No puede entenderse como un desconocimiento al derecho de propiedad de la ciudadana (...), sino que dada las circunstancias del caso en concreto, se observan la presencia de diferentes bienes jurídicos igualmente protegidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual no puede inobservar este Órgano Jurisdiccional, debiendo adoptar una solución que armonice la importancia de cada uno de los bienes jurídicos involucrados –derecho a la vida y el derecho a la propiedad–, y que haga predominar una justicia material sobre una justicia formal; lográndose ello a través del denominado principio de ponderación.

Ello así, en el caso de autos, se pone en evidencia el abuso del derecho de propiedad, al momento en que ciudadana (...), se extralimitó en el ejercicio de tal derecho, desincorporando en forma arbitraria la tubería que surtía la planta baja habitada por la accionante, dejándola sin el suministro del vital líquido, según se desprende de la Inspección realizada (...) por HIDROCAPITAL, (...) todo con el fin de obstaculizar la prestación del servicio de agua potable a la recurrente, en virtud de razones individualistas; contrariando con tal conducta el artículo 132 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que en el marco de los deberes de los ciudadanos, impone a toda persona cumplir sus responsabilidades sociales, de participación solidaria en la vida civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social.

(...)

En tal sentido, es de destacarse que conductas ilegítimas como la desplegada por la ciudadana (...), fundamentadas en el ejercicio abusivo del derecho de

¹⁸ Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de la República Bolivariana de Venezuela. Sentencia N° 1005 del 06-06-2008, en <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/JUNIO/1478-6-AP42-O-2008-000037-2008-1005.HTML>

propiedad no pueden ser tuteladas por el Ordenamiento Jurídico, por cuanto como se señaló *ut supra* todo derecho debe ser ejercicio dentro de unos límites racionales, que no obstaculicen el ejercicio de otros derechos por parte de otros ciudadanos, así como el fin mismo que persigue el derecho de propiedad, el cual tiene por finalidad posibilitar la convivencia social y no imposibilitarla.

(...)

Ello conlleva a que en el caso de autos el derecho de propiedad deba ceder frente al derecho a la vida el cual es un derecho absoluto, que no puede verse limitado por voluntades individuales, sino que debe ser protegido y garantizado por el Estado en virtud de la procura existencial, dado que el servicio de agua potable, es un servicio que los ciudadanos –en el caso particular la recurrente– no pueden proveerse por sí mismos, que está íntimamente relacionado con el derecho a la salud el cual que forma parte del derecho a la vida.

Visto el contenido de la decisión citada, se desprende por una parte, la inminente necesidad del operador jurídico de poner en funcionamiento la llamada ponderación entre los derechos de orden constitucional debatidos en la *litis*. Y por la otra, se dejó claramente establecido que el derecho de propiedad es un derecho que tiene como objetivo primordial hacer posible la convivencia social –no imposibilitarla– en el entendido que nadie puede hacer uso de su derecho de propiedad hasta el punto de hacer imposible el simultáneo ejercicio de otro u otros derechos –derecho a la salud, derecho a la vida, derecho a una vivienda digna– por cuanto estaríamos en presencia de un auténtico abuso de derecho.

B. Derecho a la libertad de tránsito v. los derechos del interés general

En este punto se hará referencia a la sentencia N° 2012-0704 de fecha 23 de abril de 2012 emanada de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia en la cual se indicó lo siguiente¹⁹:

(...) el planteamiento de la representación judicial del Instituto Nacional de Transporte Terrestre fundamentó grosso modo su acción de amparo constitucional en la violación del artículo 50 de nuestra Constitución, que consagra la libertad de tránsito así como también en la incompetencia en la cual incurrió el Gobernador del Estado Miranda en dictar Decreto N° 2009-0066, publicado en Gaceta Oficial del Estado Bolivariano de Miranda Extraordinaria N°

¹⁹ En <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/ABRIL/1478-23-AP42-O-2012-000016-2012-0704.HTML>

0214, de fecha 29 de enero de 2009, contentivo del Plan Vial 'Pico y Placa', pues a su decir dicha competencia la detenta el Ejecutivo Nacional.

(...Omissis...)

Ahora bien, no obstante lo anterior y en plena consciencia que el derecho a la libertad de tránsito constituye un derecho constitucional, no es menos cierto que el mismo no puede considerarse como absoluto de manera tal que soporta ciertas morigeraciones, en la medida que las limitaciones impuestas sean justificadas y luego de la correspondiente ponderación de intereses a que haya lugar.

Bajo este marco conceptual, debemos examinar si en el presente caso la limitación a dicho derecho constitucional al libre tránsito mediante el Decreto N° 2009-0066, emanado del Gobernador del Estado Miranda, publicado en Gaceta Oficial del Estado Bolivariano de Miranda Extraordinaria N° 0214, de fecha 29 de enero de 2009, contentivo del Plan Vial 'Pico y Placa', que pretendió desarrollarse entre los kilómetros 23 y 7+300 de la carretera nacional Panamericana se efectuó de forma correcta y en aplicación a la normativa que a tal efecto existe.

Así tenemos, que la carretera Panamericana atraviesa varios estados, incluso parte del Estado Miranda y empalma con la jurisdicción del Distrito Capital, por lo que ciertamente debe calificársele como una carretera nacional, de conformidad con lo previsto por el artículo 152 numeral 1 de la vigente Ley de Transporte Terrestre.

(...Omissis...)

No así, bajo una visión más amplia, es indudable que la medida en definitiva afecta no sólo a los habitantes y vehículos de tales entidades locales integrantes del Área Metropolitana de Caracas, sino a cualquier ciudadano que provenga de otras zonas o ciudades, tales como Maracay, Guarenas, Guatire, San Antonio de los Altos, Los Teques, que laboren en la aludida Área; por lo que el plan en cuestión afecta incluso a personas y vehículos más allá del Área Metropolitana de Caracas, lo cual excede del ámbito de competencias municipales.

Lo anterior hace concluir -prima facie- que, dado que los efectos de la medida que se analiza se extralimitan del ámbito municipal e incluso se exceden del ámbito de competencias del Distrito Metropolitano, se intuye que ésta podría resultar verdaderamente eficaz y efectiva si, además de fundarse en el principio de coordinación, conforme se señaló, sea implementada y coordinada a nivel nacional, previéndose así una uniformidad en su ejecución.

De lo anterior se desprende, que la coordinación entre ambos niveles no es baladí sino por el contrario constituye un requisito sine qua non para la consecución de un fin común, el cual es mejorar la vialidad, sin la cual no es posible la implementación de un determinado plan, tendente a restringir un derecho de orden constitucional, como lo es la libertad de tránsito.

Ahora bien, circunscribiéndonos al presente caso, observa esta Alzada de la revisión pormenorizada del expediente, que no existió plan de coordinación

alguno entre el Ejecutivo Nacional representado por el Instituto de Transporte Terrestre y la Gobernación del Estado Miranda, para dictar el Plan Vial ‘Pico y Placa’, por el contrario se observa que fue un plan ideado de una sola de las partes, específicamente del Ejecutivo Regional, restringiendo de una manera ilegítima el derecho constitucional de transitar libremente por todo el territorio nacional, acarreado de manera inexorable en la violación de dicho derecho constitucional. Así se decide.

En este sentido, se aprecia que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo concluyó que al tener el agravante la intención cierta de restringir la garantía al libre tránsito en la carretera Panamericana, implementado para ello el denominado Plan ‘Pico y Placa’, sin tomar en cuenta que se trataba de la carretera nacional Panamericana, es decir una arteria vial de la cual se sirven ciudadanos que residen en diversas ciudades dormitorio como son el estado Vargas, La Victoria, Tejerías estado Aragua, Los Teques y demás poblaciones aledañas para acceder a ésta ciudad capital, la restricción al libre tránsito en dicha vía durante las horas habituales de traslado para la jornada laboral, constituía una trasgresión a los derechos e intereses de sus usuarios y por ende al ordenamiento jurídico que debían ser ponderados.

Ahora bien, en nuestro resumen se indicó que se analizarían (2) sentencias vinculadas al contencioso administrativo en el caso venezolano, sin embargo se incluirá a modo de agregado o de una especie de “*Obiter Dictum*”, una decisión emanada de la Sala Constitucional que posee importancia y vigencia en el derecho de hoy y por tal motivo no podría ser objeto de exclusión.

C. El derecho a la protesta v. la libertad de tránsito

Esta última decisión es una de las más polémicas del año 2014, pues en esta oportunidad se analizaron desde la perspectiva de la Sala Constitucional, dos derechos que se encuentran en la palestra en la sociedad venezolana, como lo son el derecho a la manifestación o a la protesta y el derecho a la libertad de tránsito²⁰.

La acción interpuesta se trata de una “Demanda de Protección de Intereses Colectivos y Difusos” conjuntamente con medida cautelar innominada en contra de los “Alcaldes del Municipio Baruta y Municipio el Hatillo”, por el presunto incumplimiento del artículo 178 de la Constitución

²⁰ Sentencia N° 135 del 12-03-2014, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/161913-135-12314-2014-14-0194.HTML>

de la República Bolivariana de Venezuela y la violación de los derechos contenidos en los artículos 50, 55, 75, 78, 80, 83, 87, 102, 111, 112 y 127 *eiusdem*.

En ese sentido la Sala resolvió la medida cautelar solicitada, en los siguientes términos:

Por ende, visto el amplio poder cautelar de esta Sala en protección de los derechos y garantías constitucionales y de los bienes jurídicos que especialmente ellos resguardan y atendiendo a la situación fáctica planteada por el demandante como al hecho notorio del cual tiene conocimiento esta Sala, se acuerda amparo constitucional cautelar, con fundamento en lo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, en consecuencia, se ordena a los alcaldes de los municipios Baruta y El Hatillo, ciudadanos Gerardo Blyde y David Smolansky, respectivamente, que dentro de los municipios en los cuales ejercen sus competencias, realicen todas las acciones y utilicen los recursos materiales y humanos necesarios, en el marco de la Constitución y la Ley, a fin de evitar que se coloquen obstáculos en la vía pública que impidan el libre tránsito de las personas y vehículos; se proceda a la inmediata remoción de tales obstáculos y se mantengan las vías y zonas adyacentes a éstas, libres de residuos y escombros y de cualquier otro elemento que pueda ser utilizado para obstaculizar la vialidad urbana. Asimismo, se les ordena que cumplan con su labor de ordenación del tránsito de vehículos a fin de garantizar un adecuado y seguro desplazamiento por las vías públicas de sus municipios. Adicionalmente se les ordena que velen por la protección del ambiente y el saneamiento ambiental, aseo urbano y domiciliario. Finalmente, se ordena a los mencionados alcaldes que giren las instrucciones necesarias en sus respectivos cuerpos de policía municipal, a fin de dar cumplimiento efectivo a lo previsto en los artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana. En ese sentido, se les ordena que desplieguen las actividades preventivas y de control del delito, así como, en el ámbito de sus competencias, promuevan estrategias y procedimientos de proximidad con las comunidades de sus espacios territoriales, a fin de lograr la comunicación e interacción con sus habitantes e instituciones locales con el propósito de garantizar y asegurar la paz social, la convivencia, el ejercicio pacífico de los derechos y el cumplimiento de la ley. Así se decide.

Es interesante el contenido de la decisión suscrita por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, quien para resolver un tema de tanta importancia ponderó los derechos en juego, analizando la amplitud y la limitación de cada uno de los derechos fundamentales en pugna.

Para entender la trascendencia de la decisión dictada por la Sala Constitucional, habría que mencionar, inevitablemente, que desde hace muchos años en Venezuela, se han vivido numerosas protestas y movilizaciones sociales, situación que ha dado lugar a un recurrente debate

sobre cómo hacer frente a estas situaciones de conflictividad social, por un lado, el libre tránsito y, por el otro, el derecho a la manifestación.

Es necesario para poder comprender y entender la real dimensión de las posiciones antagónicas respecto a la preeminencia de esos derechos, realizar ciertas afirmaciones; en primer lugar, que ningún derecho humano es absoluto, salvo el derecho a la vida, es decir, todos tienen límites y restricciones y, en segundo lugar, dejar en evidencia que estamos frente a un conflicto de derechos, situación que es muy común conforme a lo que he venido señalando en este breve trabajo de investigación.

Hay que puntualizar que el derecho a la libertad de expresión y de manifestación tiene como límite (a) el ser pacífica y (b) el no afectar derechos de otros ciudadanos; mientras que la libertad de tránsito tiene como límite que si bien los espacios públicos, calles y plazas, son espacios de circulación, también lo son para la deliberación de los asuntos públicos y por ende de manifestaciones pacíficas.

Bajo estas premisas es necesario resaltar que una probable salida del conflicto entre estos derechos tiene que darse a partir de una ponderación de éstos, es decir valorar los derechos en conflicto, el contexto social y determinar el grado de afectación que cada derecho tendrá que sufrir para lograr un ejercicio equilibrado de los derechos implicados.

Resulta quizás temerario afirmar que en Venezuela (al igual que en otros países del mundo) las autoridades deberían mantener una permanente comunicación con quienes mantienen las protestas y así poder llevar a cabo las medidas para garantizar ambos derechos, pero la pregunta que surgiría de seguidas sería; ¿cuáles son? o ¿cuáles serían esas medidas?

Las medidas para garantizar la circulación del sector que pudieran estar en desacuerdo con tal manifestación, y a la vez proteger a quienes tienen el derecho de manifestar su descontento conforme a los intereses que tuvieran en común, pero más allá de ello, las medidas que siempre deben estar claramente determinadas, vienen referidas, por ejemplo: (a) un informe previo a las movilizaciones, el cual debe establecer las rutas que podrían dificultar el tránsito terrestre; y (b) deben ser informadas a la colectividad en general por parte del Estado. Estas dos medidas en principio servirían para mantener un equilibrio deseado entre quienes tienen su derecho a manifestar, y los que tienen el derecho a circular libremente.

En el caso bajo análisis la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dejó establecido que las autoridades (Municipales, Estadales y Nacionales) están obligadas a respetar, promover, proteger y garantizar los derechos de todas personas y grupos sea cual sea su tendencia política, (que

dicho sea de paso, es otro derecho constitucional), siempre evaluando las realidades de los grupos que reclaman diferentes derechos, siendo allí el momento en el cual el Juez debe aplicar con mayor intensidad la ponderación de los mismos.

Bajo este mismo orden de ideas, es oportuno traer a colación un extracto del criterio asentado por el Tribunal Constitucional de San José de Costa Rica, en decisión N° 2000-03020 del 16-12-2009, el cual establece lo siguiente:

El Estado tiene la potestad de hacer uso de la fuerza legítima para garantizar la libertad de tránsito de las personas, pero la defensa de esta libertad no puede ser ilimitada, a tal punto que restrinja la libertad personal y la libertad de expresión (...) La acción de la policía debió limitarse a resguardar el orden, la seguridad, la tranquilidad y la libertad de tránsito durante la manifestación. Debido a que durante las manifestaciones populares es factible que el ejercicio de la libertad de expresión de unos limite el ejercicio de la libertad de tránsito de otros, el Estado (...) deberá garantizar la libertad de tránsito de las personas, organizando salidas alternas, levantando obstáculos en las vías, pero jamás dispersando mediante maltratos físicos y detenciones ilegítimas al grupo de personas que se encuentren manifestando su opinión de forma pacífica²¹.

Es cierto que las protestas son y serán un modo constitucional de hacer saber a las altas autoridades gubernamentales su desacuerdo con algunas políticas públicas que pudiese afectarlos; no obstante, también es cierto que no puede una protesta limitar derechos constitucionales de otras personas y, mucho menos, ponerlas en riesgo mediante actividades violentas que desnaturalizan el sentido propio de la “protesta”, lo cual es inaceptable, al menos, desde el punto de vista de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República quien, en la decisión objeto de análisis, hace un llamado de las autoridades municipales a los fines de que hagan valer su autoridad ante los hechos ocurridos.

Aclarado lo anterior, no podemos dejar de manifestar en estas breves líneas, nuestra más clara y dura posición en contra de cualquier expresión de violencia, provenga de donde provenga, sin embargo, la posibilidad de manifestar pacíficamente no puede entenderse como un acto invisible y mucho menos como un apaciguamiento, control o irrespeto a los principios democráticos y el derecho a la libertad de los ciudadanos en un Estado Democrático.

²¹ Claudia Marín. El mundo. Cr. (2018). “Bloqueos pueden ser tolerados mientras existan vías alternas”. Página web: <https://www.elmundo.cr/sala-iv-bloqueos-pueden-ser-tolerados-mientras-existan-vias-alternas/>. Ver también el contenido de la página web: <https://vlex.co.cr/vid/-498719182>. Sentencia N° 10177 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del 14-09-2004.

CONCLUSIÓN

El juicio de ponderación, como técnica depurada de solución de conflictos entre principios y especialmente de colisión de derechos, podrá introducirse en la práctica cuando entendamos, entre otras cosas, que los derechos no son ilimitados ni absolutos, y que la forma de solucionar las tensiones entre aquellos no es la misma que se predica comúnmente respecto a las reglas.

La verdad es que en el área del derecho, se ha observado como en algunos casos, se genera una gran tensión entre uno o varios derechos que complican al operador jurídico a la hora de tomar decisiones, las cuales suponen una alta dosis de discreción judicial.

Sin embargo, aunque la discreción suponga la ausencia de una respuesta jurídica unívoca para la resolución de un determinado supuesto, la ponderación, al menos en Venezuela, debe sujetarse a estándares de racionalidad y justicia, a la luz de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que necesariamente implica asimilar el modelo normativo de principios y reglas y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

En definitiva, no se puede ponderar sin interpretar, pues el empleo del juicio de ponderación presupone una visión abierta y pluralista que no conoce de jerarquías o absolutismos en el catálogo de bienes, valores y derechos constitucionales. Sólo de esta forma se puede dimensionar correctamente la finalidad de la técnica ponderativa, que no es la imposición o la sublimación de uno de los principios en concurrencia, sino la armonización de aquellos mediante el menor grado de lesión o afectación posible.

Es por ello que este principio tiene una importante relevancia para el derecho y para todos los jueces del país, en especial a los de la Jurisdicción Contencioso Administrativo quienes se encargan de resolver temas vinculados a las actividades que realizan los poderes Ejecutivo, Estadal y Municipal.

Finalmente, se concluye con una frase del filósofo de origen griego Sócrates "Cuatro características corresponden al Juez: Escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar y decidir imparcialmente"²².

²² Cfr. Manuel Atienza. *Argumentación y Constitución*, ponencia efectuada en las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Universidad de Alcalá de Henares, marzo de 2007, p. 48 y ss. http://www.filder.es/manuel_atienza.pdf

REGULACIONES SECTORIALES Y EL REQUISITO DE CONSULTA PÚBLICA CONTENIDO EN EL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Jesús A. Villegas Ruiz¹

Resumen: *El presente artículo desarrolla los problemas en la promulgación de las denominadas regulaciones sectoriales en el marco del Decreto Ley de Ley Orgánica de Administración Pública, así como el problema de la nulidad absoluta de las mismas por causa de carencia de consulta pública de tales regulaciones. Igualmente, se estudia la figura a partir de su base procedimental, al considerarlo el autor como un procedimiento administrativo especial por su naturaleza normativa.*

Palabras clave: *Consulta pública – Procedimiento administrativo – Regulaciones sectoriales.*

SUMARIO. Introducción: regulaciones sectoriales. I. El procedimiento administrativo consultivo sectorial: Interpretación y problemas prácticos. **1.** La estructura procedimental. **A.** Prohibición de aprobación de normas sin previa consulta. **B.** Propuesta de regulación. **C.** La apertura de la fase de consulta o audiencia pública. **D.** Difusión de la propuesta de anteproyecto. **E.** Evaluación especializada del proyecto. **F.** Terminación del procedimiento consultivo. **2.** El caso Red de Padres y Representantes y su incidencia en el procedimiento administrativo consultivo. **II.** La disposición de nulidad absoluta del artículo 140 de la Ley Orgánica de Administración Pública. **Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN: REGULACIONES SECTORIALES

En la clásica distinción entre actos administrativos de efectos singulares y efectos generales se encuentra la importante clasificación de actos administrativos de efectos generales normativos. Los actos administrativos normativos son aquellos que ordenan o prescriben determinada reglamentación a un número indeterminado de personas². Estos actos administrativos normativos pueden realizarse en la forma de reglamentos, u

¹ Abogado *Magna Cum Laude* de la Universidad Central de Venezuela (2015). Magister en Derecho Americano de la Universidad de Boston. Magister en Derecho Comparado por la Universidad de Pensilvania.

² Acertadamente señala SÁNCHEZ TORRES que “no hay criterio unificado en la doctrina sobre la aceptación de los actos administrativos de contenido general; porque si bien en un sentido doctrinario se considera como válida esta clasificación, otro sector doctrinario considera que los actos administrativos de contenido general se parecen más a la ley, que a los actos administrativos”. Carlos Ariel Sánchez Torres: *El Acto Administrativo*. Editorial Legis. Bogotá, 2000, p. 222.

otros actos administrativos, como resoluciones, dictados por la administración pública nacional en sus distintas formas³. De esta manera, el derecho administrativo se nutre de distintas fuentes normativas de rango sublegal que regulan la actividad administrativa de maneras muy diversas. Este fenómeno no es casual: el crecimiento de las funciones del Poder Ejecutivo ha provocado el surgimiento de otras formas jurídicas de expresión de la actividad normativa⁴.

Es indudable la potestad regulatoria que ostenta la Administración Pública venezolana. En el marco del ordenamiento jurídico, bien puede la Administración Pública regular cualquier materia que considere conveniente siempre y cuando no sea contraria a la Constitución y la ley. Así, la Administración puede crear normas jurídicas generales y abstractas que regulan la conducta de los ciudadanos ya sea por vía reglamentaria o por una regulación propiamente sectorial. Por ello, la Administración ostenta una potestad reglamentaria y regulatoria que obliga a los ciudadanos, a los poderes públicos y a la propia Administración⁵.

Ahora bien, la consecución del acto administrativo normativo requiere un procedimiento para su creación. Así como la ley formal tiene un procedimiento expreso de creación establecido en la Constitución, los actos administrativos normativos tienen un procedimiento expreso previsto en la ley para lograr su creación. El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Ley Orgánica de la Administración Pública⁶ (“LOAP”) establece el procedimiento aplicable a los reglamentos de las leyes nacionales y para las resoluciones que afecten sectores económicos. La ley entiende la necesidad de acudir a una consulta pública al momento de emitir ambas regulaciones –tanto reglamentarios o por resolución u otros actos– al entender que tales cuerpos normativos prescriben conductas de sectores económicos, estratégicos o inclusive de la actuación privada de los ciudadanos.

De esta forma, uno de los principales objetivos de la promulgación de regulaciones es normar la actividad económica privada. Así, existen las denominadas regulaciones sectoriales, que como su nombre lo indica, se

³ La naturaleza jurídica del reglamento es todavía debatida en la doctrina extranjera. En el derecho venezolano, pareciera existir cierto consenso en que los reglamentos son actos administrativos de efectos normativos generales. No es el objeto de estas notas debatir sobre este punto, y para efectos prácticos, asumiremos su carácter de acto administrativo y de fuente del derecho administrativo.

⁴ Juan Carlos Cassagne: *El Acto Administrativo, Teoría y Régimen Jurídico*. Editorial Temis. Bogotá, p. 115.

⁵ Véase Juan Alfonso Santamaría Pastor: *Principios de Derecho Administrativo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 2000, p. 320 y ss.

⁶ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.147 Extraordinario del 17-11-2014.

refiere a la creación de normas y procedimientos aplicables a ciertas áreas del dominio privado por discreción de la Administración en la aplicación de políticas públicas. Esto no es un fenómeno exclusivamente venezolano. En el derecho comparado, los procesos de consulta pública son necesarios al momento de la emisión de nuevas regulaciones sectoriales. En el caso norteamericano en particular, desde *Florida East Coast Railway v. ICC*⁷, se ha mantenido la importancia del proceso de *rulemaking* y la importancia de los comentarios públicos a las nuevas regulaciones. Así, la Administración Pública Federal Norteamericana se encuentra obligada a consultar con los interesados al momento de evaluar la posibilidad de creación de nuevas regulaciones⁸. De esta manera, los interesados pueden presentar sus alegatos en el marco del procedimiento administrativo e inclusive proponer alternativas a la regulación propuesta.

En efecto, es normal que la Administración Pública constantemente busque regular ciertas conductas privadas por la necesidad de preservar el bienestar colectivo al considerar algunas áreas de regulación estratégicas, importantes para el desarrollo de la vida en sociedad, o simplemente relevantes a los efectos de implementación de políticas públicas. Es por ello, que existe un procedimiento legalmente establecido para la promulgación de regulaciones de índole administrativa.

En el caso de la ley, al ser esta debatida públicamente por los diputados, la consulta pública de los cuerpos normativos de rango legal es distinta a la consulta pública de los instrumentos normativos de rango sublegal. En términos más generales, la consulta pública de las leyes se encuentra regulada por la misma Constitución que establece que la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos⁹. Igualmente, la norma constitucional permite la iniciativa ciudadana como forma de inicio del procedimiento de creación de las leyes nacionales¹⁰.

⁷ *United States v. Florida East Coast Railway Co.*, 410 U.S. 224 (1973) es un caso fundamental en derecho administrativo americano porque estableció diferencias entre el procedimiento de promulgación de regulaciones y el procedimiento administrativo que solo decide o expresa la voluntad de las agencias federales.

⁸ When rules are required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing. Administrative Procedural Act. 5 U.S.C. § 553(c).

⁹ Constitución Nacional, Art 211.

¹⁰ Constitución Nacional, Art. 207, numeral 7. "La iniciativa de las leyes corresponde: [...] A los electores y electoras en un número no menor del cero coma uno por ciento de los inscritos e inscritas en el registro electoral permanente".

Al contrario, la consulta pública de los cuerpos de rango sublegal tiene otro proceder, pero con el mismo propósito: lograr que las normas de la Administración sean de libre acceso a los ciudadanos y que exista una efectiva participación ciudadana en la elaboración de las mismas. Es decir, que no sea solo la Administración Pública la que unilateralmente imponga su voluntad en la regulación que desea establecer, sino que sea un trabajo conjunto entre la Administración, los interesados y los ciudadanos.

En este sentido, la LOAP establece dos regulaciones que, aunque similares, son autónomas: el procedimiento administrativo de creación de los reglamentos de ley, y el procedimiento administrativo de creación de las resoluciones (u otros actos administrativos normativos) que normen y creen regulaciones sectoriales.

El propósito de estas notas es explorar el procedimiento de creación de regulaciones sectoriales en el marco de la LOAP y su tratamiento jurisprudencial, y así delimitar ciertos conceptos en el marco del procedimiento de creación de estos actos administrativos normativos.

Preliminarmente, hay que delimitar las diferencias entre el procedimiento de reglamento y el procedimiento de resoluciones que creen regulaciones sectoriales.

En primer lugar, es necesario advertir que ambos procedimientos son distintos en su objeto y finalidad, aunque a primera vista ambos pudieran solaparse. Por una parte, el procedimiento de creación del reglamento de ley tiene como finalidad reglamentar la ley formal dictada por la Asamblea Nacional y tiene sustento constitucional¹¹. Así, el objeto es profundizar en una regulación exhaustiva de la regulación legal ya existente y dictada por el poder legislativo nacional. Por ello, el reglamento tiene como límite la ley formal que reglamenta, y no puede regular un objeto distinto al objeto de la ley que regula. Igualmente, quien reglamenta es el Presidente de la República en ejercicio de sus poderes constitucionales. Nuestros comentarios van dirigidos a las regulaciones sectoriales, que, al contrario de la figura del reglamento¹², no han recibido tanta atención doctrinaria en la materia.

Por otra parte, el procedimiento de creación de resolución (u otros actos administrativos normativos) tiene como finalidad regular exhaustivamente un sector económico que a juicio de la administración requiere regulación en aras de la implementación de las políticas públicas que considera conveniente.

¹¹ Constitución Nacional, Artículo 236. "Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: [...] 10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón".

¹² Véase José Antonio Muci Borjas: *Potestad Reglamentaria y Reglamento*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017.

Para ARAUJO-JUÁREZ estos procesos regulatorios que se concretan en el procedimiento administrativo consultivo o de audiencia pública requieren de la posibilidad de integración de las múltiples perspectivas (privadas, sociales, y aún públicas) pues además contribuyen al reforzamiento de la legitimación de la función administrativa de la Administración, así como la necesaria tutela a los derechos e intereses individuales presentes¹³.

En este caso, quien dicta tales regulaciones sectoriales no es el Presidente de la República sino otro jerarca de la Administración Pública nacional en nombre de la República, como, por ejemplo, ministros en sus áreas de competencia, o presidente de institutos autónomos o servicios descentrados. Así, la consulta pública de los proyectos de resoluciones es obligatoria pues “los órganos y entes de la Administración Pública promoverán la participación ciudadana en la gestión pública”¹⁴.

De esta forma, las personas podrán, directamente o a través de las comunidades organizadas, presentar propuestas y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública, así como participar en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo y los órganos y entes públicos llevarán un registro de las comunidades organizadas cuyo objeto se refiera al sector correspondiente¹⁵ y así lo ha declarado la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa aunque su operatividad sigue siendo un misterio en la práctica¹⁶. Podemos adelantar que un problema

¹³ Araujo-Juárez conjuntamente con Parejo Alfonso, José Araujo-Juárez: *Derecho Administrativo: Parte General*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, p. 881.

¹⁴ LOAP, art. 139.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ En este sentido, sostuvo la Sala Político Administrativa en el caso *Promociones La Madrugada C.A* que “aun cuando el mencionado proceso de consulta queda abierto a cualquier persona interesada que requiera hacer observaciones, debe precisarse que en lo que atañe a la obligación del órgano o ente público de realizar la remisión del anteproyecto a que alude el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, esta queda circunscrita, en los términos de dicha norma, a las comunidades organizadas, cuyo registro queda a cargo de todos los entes públicos” (Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 522 del 13-05-2015). No obstante, tal registro de las comunidades organizadas no existe de forma uniforme a lo largo de la Administración Pública por parte de los entes encargados, o sencillamente no existe. Igualmente relevante, siguiendo lo decidido en *Promociones la Madrugada C.A.*, se establece que la carga de la prueba debe recaer en el recurrente en aras de demostrar que tal registro existe. En este sentido, en palabras de la Sala Político Administrativa “la representación judicial de la parte actora no alegó ni demostró que su mandante se haya organizado de forma tal que fuera del conocimiento del ente público emisor de la resolución impugnada, previo a su publicación, por lo que esta Sala considera que la Administración no tenía la obligación de remitir a la accionante de manera individualizada el proyecto contentivo de las normas recurridas, menos aún si no demostró encontrarse establecida en el sentido que establece la mencionada Ley, al referirse a las

de fondo es entender el alcance del concepto de participación ciudadana en el marco de una regulación sectorial, y como este se concreta con el requisito de la consulta pública.

I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONSULTIVO SECTORIAL: INTERPRETACIÓN Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

En Venezuela, este procedimiento se encuentra consagrado en el artículo 140 de la LOAP que establece que:

Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, deberán iniciar el correspondiente proceso de consulta pública y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, el cual comenzará a correr a partir del décimo día hábil siguiente a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente difundirá a través de cualquier medio de comunicación el inicio del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en Internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta.

Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto.

Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público podrá fijar una fecha para que sus funcionarias o funcionarios, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

Así, en Venezuela es certero afirmar que existe un procedimiento administrativo consultivo que, en palabras de ARAUJO-JUÁREZ, constituyen procesos regulatorios que permiten “la participación de los ciudadanos en las políticas y normas para la regulación de los sectores en los cuales se desarrolla la actuación de la Administración Pública”¹⁷. Aunque la regulación sectorial, tiene un espectro mucho más amplio que inclusive el rango de acción de la

“comunidades organizadas”, lo que pudo haber surgido en el Ministerio accionado la obligación de tomarla en cuenta a tales fines”. En nuestra opinión, esta jurisprudencia está terriblemente equivocada, pues, en todo caso, es una obligación de la Administración que dicho registro exista, sea público y transparente a los fines de la consulta pública regulada en el Art. 140 de la LOAP. De lo contrario, esto es otra excusa para anular, nuevamente, los derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública.

¹⁷ J. Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo: Parte General...* ob. cit., p. 323.

Administración, la ley requiere, en favor del ejercicio ciudadano, el establecimiento de procedimientos para la promulgación de normas. En la terminología empleada por el maestro ARAUJO-JUÁREZ, se refiera a este procedimiento como “administrativo consultivo o de audiencia pública”¹⁸. Esto es acertado porque, en primer lugar, es necesario la celebración de una audiencia pública por parte de la Administración Nacional a los interesados o afectados por la regulación promulgada, y en segundo lugar, puesto que, en efecto, nos encontramos con un procedimiento administrativo especial.

Como tendremos la oportunidad de analizar, de una lectura detallada del artículo *in comento*, un primer problema es que el procedimiento administrativo no establece una etapa final y pareciera otorgarle discreción a la Administración en cómo conducirlo. Es evidente que todo procedimiento administrativo debe tener un inicio, una sustanciación, y un final. No obstante, el artículo 139 es por demás confuso en su técnica. En nuestra opinión, estas fases deben interpretarse sistemáticamente respecto las unas con las otras, todo esto en una lectura lógica del artículo. Así, en principio, una fase debería conducir a la siguiente, hasta la emisión del acto administrativo final. Así las cosas, y como acertadamente señala SIRA SANTANA, el procedimiento administrativo consultivo y la obligación de consulta pública de normas dictadas por la administración, pareciera ser ni tan obligatoria, ni tan pública¹⁹.

Igualmente, es importante destacar que en el marco de este procedimiento la Administración puede (aunque nuestro criterio refuta este argumento como se tendrá la oportunidad de apreciar más adelante) determinar unilateralmente los lapsos que considere convenientes a su discreción.

1. La estructura procedimental

En nuestro caso, la LOAP establece requisitos estrictos para la consecución de este fin. Así, existe un mandato legal que obliga a la Administración Pública someterse a un procedimiento para dictar resoluciones que regulen sectores estratégicos o económicamente relevantes.

De esta forma, y por mandato del art. 140 *eiusdem* existe las siguientes etapas: (a) Una fase de propuesta de regulación; (b) una fase de divulgación del anteproyecto de resolución; (c) una fase de observaciones y comentarios

¹⁸ *Id.* p. 881.

¹⁹ Véase *op. cit.* Gabriel Sira Santana: “La obligación de consulta pública de normas: Ni tan obligatoria ni tan pública”. *Revista de Derecho Público*. N° 142. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015.

al anteproyecto y finalmente (d) una fase de evaluación por parte de especialista en la materia a regular sobre el contenido del anteproyecto.

Sin embargo, la normativa no es precisa y es muy general. En opinión de ARAUJO-JUÁREZ, ciertamente el artículo 140 de la LOAP “sólo establece lineamientos generales sobre el procedimiento administrativo de consulta pública, ya que deja el arbitrio de los entes reguladores, el establecimiento de los detalles [...del procedimiento]”²⁰ pero precisamente su generalidad y tendencia a establecer parámetros y no fases preclusivas, puede generar incertidumbre a los potenciales interesados de regulaciones sectoriales.

En particular, y contrario a lo sostenido por ARAUJO-JUÁREZ, de una lectura literal del artículo 140 de la LOAP no es requerido, por ejemplo, la emisión de informes preliminares y finales en el marco del procedimiento consultivo²¹. Aunque es lógico que así sea, la ley ha sido exageradamente genérica en su procedimiento. De hecho, precisamente al hablar de procedimiento administrativo, lo primero que nos viene a la mente es la existencia de un proceso detallado, fases, tiempos y lapsos, la sustanciación de un expediente administrativo por una unidad administrativa, entre otras tantas cosas.

En cambio, la regulación actual solo presenta líneas generales, que en nuestra opinión, son insuficientes en estándares modernos del derecho administrativo contemporáneo en pro de la defensa del derecho de los administrados. Esto supone no solo la garantía del ejercicio eficaz de los derechos, sino también reglas y procedimientos claros.

Así las cosas, el reto ante nosotros es interpretar el procedimiento de una forma coherente con dicho interés. A continuación, explicamos cada etapa o fase con detenimiento, aportando ideas de cómo debe entenderse este procedimiento especial.

A. Prohibición de aprobación de normas sin previa consulta

Primeramente, por mandato de ley “el órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados”²² de conformidad con la premisa que “los órganos y entes de la Administración Pública promoverán la participación ciudadana en la gestión pública”²³. Es decir, como prerrequisito procedimental, la Administración se encuentra en la

²⁰ *Id.* p. 890.

²¹ *Id.* pp. 881 y ss.

²² LOAP, art 141.

²³ *Id.*, art. 130.

obligación de consulta previa. Ahora bien, la falta de este requisito en el quehacer administrativo tendrá como resultada la nulidad de lo aprobado, ya que “las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto”²⁴. Sobre este punto ahondaremos más adelante.

B. Propuesta de regulación

Aclarada la obligatoriedad de consulta, la ley requiere a los “órganos o entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, deberán iniciar el correspondiente proceso de consulta pública y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas”²⁵. Fíjese que la ley requiere (a) una propuesta de la Administración la cual pretender regular algo; (b) que dicha regulación puede ser reglamentaria –en virtud de la potestad reglamentaria de la Administración– o de cualquier otra jerarquía –la remanente potestad regulatoria–; (c) establezca una consulta o audiencia al público o los interesados, y (d) remita tal proyecto a las comunidades organizadas.

En este sentido, como señala MUCI BORJAS respecto al Reglamento, pero aplicable al caso que nos ocupa, un presupuesto fundamental para dictar regulaciones es la necesidad de la misma regulación por parte de la Administración Pública. Así, en opinión del profesor “para determinar esa necesidad la Administración debe primero ponderar los distintos intereses públicos y los derechos e intereses privados en juego [de tal manera] con base en esa primera operación la Administración debe luego examinar las alternativas normativas que tiene a su disposición y escoger entre ellas la más idóneas”²⁶.

En efecto, la Administración regula áreas económicas precisamente porque es necesario en la vida en sociedad. Esto supone una serie de consideraciones fácticas que la Administración debe valorar y apreciar, para así motivar el acto administrativo de apertura que da inicio al procedimiento consultivo. Precisamente, el proyecto de regulación es la finalización de una propuesta de regulación de un sector económico determinado.

Ahora bien, la Administración debe proponer un proyecto de regulación, establecer una consulta de la misma, y remitir su proyecto de regulación a los “interesados”. Ciertamente, la ley no habla de interesados sino de

²⁴ *Id.*, art. 141, primer párrafo.

²⁵ *Id.*, art. 140.

²⁶ J.A. Muci Borjas: *Potestad Reglamentaria y Reglamento...* ob. cit. p. 264.

comunidades organizadas, pero aquí es importante entender el sentido y alcance de la provisión contenida en esta norma de la LOAP. Por comunidades organizadas se puede entender cualquier cosa, ya que es un término muy amplio y ambiguo. Una comunidad, por ejemplo, puede ser la comunidad vecinal del casco histórico de Chacao. Sin embargo, tan es comunidad todo Chacao, como lo es la comunidad de uno de los edificios integrantes en esta zona popular caraqueña. El problema, en nuestra opinión del término comunidades organizadas, es que puede ser tan amplio que puede englobar casi cualquier categoría de individuos que pudiera ser inoperante en cuanto al sentido expresado por el legislador. En este sentido, nuestra jurisprudencia ha flexibilizado el registro de las “comunidades organizadas” y ha impuesto cargas adicionales a los recurrentes en este aspecto²⁷.

Fíjese que la ley, al referirse a este tema busca la participación ciudadana en la promulgación de normas que afectan, en mayor o en menor medida, la vida en sociedad. En cambio, el término interesados es más preciso pues supone que todo aquel afectado por la regulación puede acudir y participar en el proyecto de regulación, pero no excluye al ciudadano transeúnte que también tiene derecho de participación por el mero hecho de ser ciudadano. Ahora bien, tomando en cuenta estas consideraciones, parece lógico entender por comunidades organizadas todo aquel interesado en la regulación, ya sea porque le afecta, o porque solo quiere participar en ejercicio de sus derechos civiles.

Así las cosas, la Administración en efecto inicia el procedimiento administrativo con una propuesta, ya formulada y estudiada previamente a lo interno de la Administración, y establece un lapso consultivo de participación a los ciudadanos. Es importante hacer notar que el

²⁷ En este sentido, en el caso *Venezolano de Crédito S.A.* la Sala Político Administrativa ha sostenido que “sin perjuicio del derecho a participación que tiene cualquier persona en los procesos de consulta a que haya lugar, quien pretenda que los órganos jurisdiccionales declaren la violación a lo establecido en los artículos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, debe en primer lugar acreditar que cumplió con la carga de solicitar “(...) libremente su inscripción en el registro (...)”, contemplado en el artículo 135 eiusdem, ya que de lo contrario no surge en el órgano u ente público correspondiente la obligación de remitir en consulta el anteproyecto de ley o norma de cualquier otro rango.[...] Lo anterior se justifica debido a la imposibilidad material de la Administración Pública de conocer y notificar a todas y cada una de las organizaciones o grupos que pudieran ser titulares del derecho a participación. De ahí, que sea necesario a los fines de entender satisfecha dicha exigencia que la parte interesada acredite en juicio que, no obstante su solicitud de inscripción en dicho registro, el órgano u ente administrativo correspondiente omitió su notificación” (Sentencia N° 1621 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11-11-2009).

procedimiento consultivo inicia siempre de oficio y no a instancia de parte interesada, como establece el procedimiento ordinario establecido en la LOPA.

Así, la propuesta de proyecto remitida al público por parte de la Administración funge como un acto de apertura del procedimiento²⁸. El problema práctico es el siguiente: ¿a quién remitir esta propuesta? En nuestra opinión, en aras de cumplir con los requisitos establecidos en la ley, la remisión debe ser a los *interesados*, y permitir el libre acceso a cualquier ciudadano de las propuestas de anteproyecto, en virtud de la obligación de la administración de brindar libre información²⁹.

Ahora bien, la ley requiere que “el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, el cual comenzará a correr a partir del décimo día hábil siguiente a la entrega del anteproyecto correspondiente”³⁰. Como acertadamente señala SIRA SANTANA, la jurisprudencia actual “pareciera confundir el deber de ‘remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas’, como una de las obligaciones que acarrea la consulta pública, con esta última como un todo; lo cual obra en perjuicio de los administrados y el ‘derecho a la participación ciudadana’ que la Sala afirma custodiar y proteger al garantizar ‘la intervención deliberada y consciente de los ciudadanos’”³¹. Sin embargo, la ley no establece que significa remisión ni cómo debe efectuarse ésta³². Por remisión, parece pertinente interpretar la entrega del anteproyecto a las personas interesadas en la regulación. Así las cosas, una vez remitida la propuesta a los interesados,

²⁸ En palabras del maestro ARAUJO-JUÁREZ, debe existir un acto de apertura que debe contener (a) una exposición de motivos que sustente la oportunidad y necesidad del proyecto; (b) la unidad administrativa encargada de tramitar el procedimiento; (c) el establecimiento del lapso para presentar observaciones; y (d) la fijación del día, lugar y hora en el que se realizará la audiencia pública para escuchar a los especialistas en la materia. Véase J. Araujo-Juárez: *Derecho Administrativo: Parte General...* ob. cit., p. 891.

²⁹ Ley de Infogobierno, Gaceta Oficial N° 40.274 del 17-10-2013. “Artículo 8. *Derecho de las personas*. En las relaciones con el Poder Público y el Poder Popular, las personas tienen derecho a: (...) 4. Acceder a la información pública a través de medios electrónicos, con igual grado de confiabilidad y seguridad que la proporcionada por los medios tradicionales. (...) 5. Acceder electrónicamente a los expedientes que se tramiten en el estado en que estos se encuentren, así como conocer y presentar los documentos electrónicos emanados de los órganos y entes del Poder Público y el Poder Popular, haciendo uso de las tecnologías de información”.

³⁰ LOAP, Art.140.

³¹ SIRA SANTANA citando el caso el caso *Cervecería Polar, C.A.* Gabriel Sira Santana: *La obligación de consulta pública...* op. cit., p. 210.

³² Del texto del artículo 140 de la LOAP, no se desprende que la remisión deba ser realizada en la Gaceta Oficial de la República, ni otro medio de difusión al público.

se abre la siguiente etapa procedimental: la audiencia pública propiamente dicha.

C. La apertura de la fase de consulta o audiencia pública

No existe, de una lectura detallada del artículo 140 *in comento* claridad de cuándo y cómo empieza y termina la consulta pública. De hecho, es confuso entender este punto en particular. En nuestra interpretación, la consulta pública debe empezar al momento de remisión del anteproyecto a los interesados, que como veremos, tampoco es claro. En nuestra opinión, es trabajo de la doctrina y la jurisprudencia, corregir un eventual vicio por discrecionalidad en el propio texto de la ley.

Así, consideramos que, si bien nos encontramos ante un procedimiento administrativo especial establecido en la ley, esta regulación no puede desconocer los avances propios del derecho administrativo ante las discrecionalidades de la Administración Pública³³. En efecto, somos de la opinión que deberían ser aplicable los lapsos contenidos en la LOPA en cuanto sea aplicable, puesto que la indeterminación de la norma puede afectar los derechos subjetivos de los particulares involucrados y los ciudadanos que deseen participar en el proceso³⁴.

Con la actual redacción del artículo, la Administración en principio pudiera designar un proceso de consulta pública en menos de 5 días hábiles a su entera discreción. ¿Serán 5 días suficientes para llevar a cabo un proceso de consulta pública de regulaciones sensibles en materias, por ejemplo, que atañen a la salud o educación? La respuesta es evidentemente negativa. Ante tal discrecionalidad, creemos conveniente seguir lo preceptuado en el artículo 48 de la LOPA como ley general en la materia de procedimientos administrativos, pues nos encontramos ante un procedimiento administrativo. Por ello, ante la ausencia de una regulación específica, la ley general tiene que resultar aplicable. En este sentido, el lapso de recepción de los escritos de observaciones por parte de los interesados, no debería ser menor a 10 días de conformidad con lo establecido por el artículo 48 de la

³³ Como señala el profesor MUCI BORJAS refiriéndose a la potestad reglamentaria pero plenamente aplicable al tema que nos ocupa, “la discrecionalidad administrativa típica y la discrecionalidad [regulatoria] son –no hay duda al respecto– potestades de carácter discrecional y, como tales, conceden a la Administración margen para apreciar las circunstancias a las que se enfrenta al momento de decidir [... dicha potestad] habilita a la Administración [...] a participar en la formación del ordenamiento jurídico mediante la aprobación de reglas generales y abstractas.” J.A. Muci Borjas, *Potestad Reglamentaria y Reglamento... ob. cit.*, p. 113.

³⁴ Así, por ejemplo, la sustanciación del expediente administrativo y su unidad, debe hacerse de conformidad con lo establecido en la LOPA.

LOPA, para consecuentemente correr a partir del décimo día hábil siguiente a la entrega del anteproyecto correspondiente³⁵.

Finalmente, “durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto”³⁶. Esto es importante ya en esta etapa se garantiza verdaderamente la participación ciudadana, permitiéndole a los interesados interponer observaciones e inclusive medios alternativos de regulación que la Administración debe evaluar. Como veremos, tales escritos de observaciones no son vinculantes para la Administración Nacional³⁷, pero esta no puede negarse a recibirlos.

D. Difusión de la propuesta de anteproyecto

En paralelo a los lapsos de consulta pública, “el órgano o ente público correspondiente difundirá a través de cualquier medio de comunicación el inicio del proceso de consulta indicando su duración”³⁸. Esto tiene sentido, ya que, es el sentir de la ley permitir tener al acceso de toda información altamente relevante.

Así, cualquiera sea la forma en la que se constituya la Administración “informará a través de su página en internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta.”³⁹ De esta manera, se consolida el acceso a la información a todos los ciudadanos, por medio de métodos tradicionales y electrónicos.

E. Evaluación especializada del proyecto

No solo la consulta del interesado debe ser realizada. Adicionalmente, debe ser estudiada por los especialistas en la materia a regular. Al tratarse de una regulación que afectará un sector económico, la ley permite una evaluación técnica pero no vinculante del texto del anteproyecto de regulación. Así las cosas “una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público podrá fijar una fecha para que sus funcionarias o funcionarios, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas intercambien opiniones, hagan preguntas,

³⁵ En este sentido, ARAUJO-JUÁREZ sostiene que “el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, no comenzará a correr antes de los diez (10) días hábiles siguientes a la entrega del proyecto correspondiente”. J. Araujo-Juárez: *Derecho Administrativo: Parte General...* ob. cit. p. 891.

³⁶ *Id.* 140.

³⁷ *Id.* El resultado del proceso de consulta tendrá carácter participativo no vinculante.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*

realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo”⁴⁰. Fíjese que la norma utiliza el verbo podrá, lo cual implica opción, por parte de la Administración, de esta fase del procedimiento. Para el maestro ARAUJO-JUÁREZ pareciera estar sobreentendido la necesidad de esta fase. Pero de una lectura detallada de la normativa *in comento*, ciertamente es argumentable la discrecionalidad de esta fase procedimental por parte de la Administración.

Ahora bien, ¿puede la Administración prescindir de esta fase? En efecto, es pertinente preguntarse ¿es ideal permitir a la Administración evadir la necesaria evaluación científica y técnica de las regulaciones que dicta ella misma y evitar así que puedan ser controladas por estándares científicos por personas que conocen mucho mejor los sectores económicos que pretende regular?

Una interpretación literal del artículo 140 de la LOAP nos puede conducir a una respuesta afirmativa. Sin embargo, somos de la opinión que una interpretación sistemática y acorde a los avances del derecho administrativo contemporáneo, el empleo del término podrá es altamente lesivo a los derechos de los ciudadanos. De esta forma, una interpretación extensiva de la norma, podría entender la obligatoria de la aplicación de la fase procedimental de análisis por parte de los especialistas en la materia como parte integrante del proceso de consulta pública.

F. Terminación del procedimiento consultivo

Finalmente, luego de analizada por la Administración todas las observaciones al anteproyecto de regulación, ésta puede evaluarlas, adoptarlas o rechazarlas dado su no vinculación. Sin embargo, de una lectura del artículo 140 de la LOAP, también nos encontramos que no existe una terminación expresa del procedimiento administrativo consultivo. En este caso, y como ya hemos mantenido, deberá aplicar supletoriamente lo establecido en la LOPA con un acto administrativo de culminación del procedimiento, con lo cual dicho acto “que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación”⁴¹.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ LOPA, Art. 62.

2. El caso *Red de Padres y Representantes* y su incidencia en el procedimiento administrativo consultivo

En la jurisprudencia actual, en el caso *Red de Padres y Representantes*, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha adoptado como criterio que el procedimiento se encuentra comprendido en una etapa de (a) Iniciativa del instrumento normativo, (b) Difusión y Discusión del Anteproyecto, (c) Recepción de Observaciones y Propuestas. Es decir, ante todo evento, la Administración se encuentra obligada a seguir estos pasos en aras de dictar una regulación sectorial efectiva.

El caso *Red de Padres y Representantes*⁴², es particularmente ilustrativo porque ha sido el único caso que ha estudiado con cierta profundidad las disposiciones de los artículos 139, 140 y 141 de la LOAP.⁴³ En este caso, la sociedad civil la Red de Padres y Representantes impugnó la Resolución N° 058 emanada del Ministerio del Poder Popular para la Educación⁴⁴, que pretendía regular y desarrollar los principios, valores y procesos que garantizaran una gestión escolar articulada, coordinada e integrada del Consejo Educativo en las instituciones educativas del subsistema de educación básica, de acuerdo con lo establecido en los principios y preceptos constitucionales de la República Bolivariana de Venezuela⁴⁵.

Los recurrentes arguyeron que la resolución se encontraba viciada de nulidad de conformidad con el artículo 139 de la LOAP ya que: (a) existió una violación al principio de legalidad al no sujetarse la Administración del procedimiento legalmente establecido, además que es este procedimiento el que establecen garantiza la participación social y ciudadana en la gestión pública y (b) la inexistencia de una consulta efectiva a los principales interesados, los padres y representantes y demás integrantes de la comunidad educativa, como actores claves y corresponsables del proceso educativo, a la participación democrática y protagónica en la elaboración de las normas reglamentarias que pretendan organizar y regular precisamente la participación de la comunidad educativa en la gestión escolar⁴⁶.

Fíjese que el argumento sostenido por la Red de Padres tiene fuerte peso jurídico: de su escrito de demanda puede apreciarse que (a) la consulta pública no se realizó en el marco del procedimiento contenido en la LOAP, y

⁴² Sentencia N° 01511 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 18-12-2013.

⁴³ Aunque existe ciertos casos puntuales antes del año 2015, también ilustrativos de la tendencia de flexibilizar el requisito de consulta pública. En este sentido, véase SIRA SANTANA, *op. cit.*

⁴⁴ La Resolución N° 058 fue publicada en la Gaceta Oficial No. 40.029 de fecha 16-10-2012.

⁴⁵ *Id.*, Art. 1.

⁴⁶ *Id.*

por ende (b) la nulidad de la resolución es aplicable por cuanto no se realizó el procedimiento legalmente establecido lo cual viola el principio de legalidad de las actuaciones administrativas.

Sin embargo, la Sala Político-Administrativa sostuvo que la resolución era legal en el marco de la LOAP al existir suficiente evidencia en el expediente judicial que la consulta pública fue realizada tanto dentro como fuera del procedimiento consultivo. Así, al efectuarse una consulta pública dinámica y continuada durante todo el proceso de elaboración de la Resolución N° 058, la resolución era legal y había cumplido con todos los requisitos legales bajo la ley.

En opinión de la Sala, el concepto de participación ciudadana es fundamental para sustentar esta postura. En este sentido, debe tenerse en cuenta que “el concepto de democracia participativa y protagónica implica fundamentalmente el permitir el ejercicio real y efectivo del derecho que tiene el ciudadano de participar permanentemente en la toma de decisiones que le afecten la esfera jurídica de sus derechos e intereses y los de la colectividad en general”⁴⁷. De esta manera, el proceso de consulta pública se conjuga con el propio derecho constitucional a la participación democrática, que se expresa como un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios de la democracia participativa y protagónica descritos por el Constituyente de 1999.

El gran problema del caso *Red de Padres y Representantes* es la creación del concepto de *consulta pública continua* y el uso irracional de terminología jurídica indeterminada para tergiversar el procedimiento de consulta. En opinión de la Sala, la *consulta pública continua* puede configurarse cuando el procedimiento contenido en el artículo 140 se ha venido cumpliendo por etapas, con la participación activa de los órganos y los entes públicos, así como de la ciudadanía.

Es decir, la consulta pública contenida en el artículo 140 puede ser realizada de manera externa al procedimiento administrativo indicado por la LOAP, e inclusive, puede antecederlo en su iniciación. Lo anterior, conjuntamente al ya sostenido criterio del hecho notorio y comunicacional en el marco de los procedimientos administrativos⁴⁸, nulifican, en la práctica, el

⁴⁷ *Red de Padres y Representantes, Id.*

⁴⁸ *Operadora 250606, C.A v, Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica, Sentencia N° 01217 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 28-11-2018. “...dado que la parte actora tiene su domicilio en el Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda, (folios 9 al 13 y 17 del expediente administrativo) y por cuanto la situación alegada por la demandante a los fines de justificar la falta de presentación oportuna del recurso ejercido data por lo menos desde el mes de mayo de 2017, conforme fue reconocido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el fallo citado supra, se*

requisito de consulta pública como fundamento del procedimiento de audiencia pública.

Es sencillo el uso de conceptos indeterminados como participación popular que pueden significar todo o nada para crear el caso que nos ocupa. ¿Qué es realmente participar en el marco del procedimiento consultivo? ¿Qué se debe entender por comunidades organizadas? Estas son preguntas difíciles que *Red de Padres* no responde de forma directa. En cambio, la Sala mantuvo que las propuestas hechas por los ciudadanos con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo pueden servir de sustento para el cumplimiento del requisito de consulta contenido en la ley, ya que, con esto se:

(...) logró la finalidad de la norma contenida en el referido artículo, dirigida a obtener la participación ciudadana en la gestión pública y en la toma de decisiones relativas a las normas que puedan afectar el ejercicio de sus derechos, dando cabal cumplimiento a las pautas previstas por el Legislador Nacional en la citada Ley, pues como se ha explicado, la iniciativa del Anteproyecto de la Resolución impugnada surge desde las bases de la propia comunidad que confió en este proceso conjunto de creación, con sólidas perspectivas de tener efecto, como elemento esencial de la democracia participativa e incrementando de esta manera el sentido de la responsabilidad y el compromiso político y social de los ciudadanos⁴⁹.

En opinión de la Sala, la formalidad del proceso es irrelevante a los efectos de la consulta puesto que la celebración de una audiencia pública para la convocatoria de los interesados se circunscribe a una cuestión meramente formal derivado del incumplimiento del proceso de consulta pública, en los términos establecidos en el artículo 139 de la Ley Orgánica de Administración Pública⁵⁰.

En nuestra opinión, en *Red de Padres y Representantes* la Sala Político Administrativa desestimó la importancia de esta clase de procedimientos administrativos especiales. En efecto, estos procedimientos administrativos consultivos son muy importantes para la nación ya que, generalmente, involucran muchos intereses en juego por parte de sectores económicos y por la ciudadanía pues suponen una infinidad de derechos subjetivos que pueden verse afectados potencialmente.

El sector farmacéutico, alimentario, industrial, de telecomunicaciones, por poner algunos ejemplos, pueden verse involucrados en la propia

considera procedente la invocada “causa extraña no imputable” [en el marco del procedimiento administrativo]” *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

regulación de los servicios o productos que prestan, afectando a los consumidores finales en la forma en cómo acceden a estos bienes y servicios. Entonces, no es sorpresa que sean las grandes compañías quienes primeramente presenten sus comentarios a las nuevas regulaciones: pues pueden afectar enormemente sus negocios y la forma en cómo se hacen. De esta forma, el requisito de consulta pública es fundamental pues permite el acceso al debate regulatorio tanto al empresario como al ciudadano y permite la promulgación de una regulación acorde con los intereses de ambos sectores: el público y el privado.

II. LA DISPOSICIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA DEL ARTÍCULO 140 DE LA LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

De forma general, la nulidad de los actos administrativos ocurre cuando estos se encuentran viciados, y ésta se distingue entre *nulidad absoluta* y *nulidad relativa*. El mismo principio es aplicable a los actos administrativos normativos. En el caso que nos ocupa, la LOAP establece una nulidad especial como consecuencia de la aprobación de normas no consultadas y su excepción. En este sentido, la LOAP establece:

Artículo 141. El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.

En caso de emergencia manifiesta, por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad o en los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Presidenta o Presidente de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda, podrá autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y éstas podrán ratificarla, modificarla o eliminarla.

La nulidad de la norma *in comento* es absoluta por causa de carencia de la realización de la consulta pública y, en todo caso y vía excepción, podrá prescindirse de dicho requisito por causa de emergencia manifiesta. De esta forma, esta nulidad es *ope legis*, inmediata y así debe reconocerlo el juez administrativo. Sin embargo, en la práctica, la jurisprudencia ha sido flexible sobre este punto.

El maestro ARAUJO-JUÁREZ distingue tanto en la nulidad producto del vicio en la propia consulta administrativa como el vicio en el procedimiento

de consulta, fundamentándose en que el primero se determina cuando la Administración se considera erróneamente vinculada a los informes consignados por los interesados, constituyendo esto un falso supuesto de derecho, y el segundo, por la omisión del trámite de consulta pública⁵¹, y “desde el momento que se comete, afecta las actuaciones posteriores, en cuanto impide valorar los puntos de vista de la pluralidad de sujetos a quienes el trámite va dirigido, puntos de vista que la administración no puede sustituir por sí”⁵².

En nuestra opinión esta distinción es innecesaria y complicada puesto que la ley es clara: las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto.

Es decir, es la carencia de consulta pública, la esencia y centro del procedimiento, lo que genera la nulidad absoluta de las actuaciones de la Administración. Ahora bien, visto el criterio sostenido en *Red de Padres y Representantes*, hemos constatado como en la práctica, la disposición de nulidad absoluta ha quedado en letra muerta al ser amplísimo el concepto de *consulta pública continua*.

Finalmente, es relevante hacer un comentario sobre la excepción de emergencia manifiesta contenida en el segundo párrafo del artículo *in comento*. En el caso *Henry Pereira Gorrin* la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sostuvo que la LOAP “establece claramente una excepción con respecto a la consulta obligatoria del proyecto de instrumento normativo que se pretende incorporar al ordenamiento jurídico, en los casos de emergencia manifiesta o por razones de seguridad o protección social”⁵³ y en el caso de autos se consideraba plenamente aplicable dada el interés del Ejecutivo Nacional de establecer “limitaciones o restricciones a la convertibilidad de la moneda nacional y a la transferencia de fondos del país hacia el exterior”⁵⁴.

⁵¹ Véase, José Araujo-Juárez: *La Nulidad del Acto Administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2014, p. 126.

⁵² El profesor Araujo-Juárez citando a Tomás R. Fernández: *La Doctrina de los vicios del orden público*. IEAL. Madrid, 1970, p. 137.

⁵³ Sentencia N° 1.613 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 17-08-2004.

⁵⁴ *Id.* Argumentaba la sala que “las circunstancias de hecho expuestas exigían la urgente instrumentación de medidas destinadas a paliar o corregir dicha situación en aras del interés general. En virtud de lo anterior y vistas las circunstancias fácticas bajo las cuales se dictaron los actos administrativos impugnados, esta S. juzga que el Convenio Cambiario n° 1, así como los decretos números 2.302 y 2.03, dictados por el Presidente de la República y las providencias administrativas números 001, 002 y 003 dictados por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), no requerían de la consulta prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica

Siguiendo esta *ratio decidendi*, en la jurisprudencia actual sólo basta un acto administrativo suficientemente motivado para poder excluir la consulta pública del procedimiento consultivo, si éste se sustenta en una emergencia manifiesta en los términos establecidos en el artículo 141 de la LOAP. El problema, sin embargo, es el control jurisdiccional de esta declarativa de la Administración, pues, bien puede ser cualquier cosa una *emergencia manifiesta* a los solos efectos de evadir los preceptos de la ley.

CONCLUSIONES

La consulta pública en el marco del procedimiento de regulaciones sectoriales es fundamental para que los ciudadanos tengan acceso a nuevas regulaciones que la Administración pretende implementar en la consecución de políticas públicas. Sin embargo, la jurisprudencia actual es laxa en la interpretación de este término, quebrantando el procedimiento legalmente establecido en la LOAP.

En efecto, la aceptación de la *consulta pública continua* permite que la Administración Pública tenga elementos externos al procedimiento administrativo para sustentar el cumplimiento de este requisito cuando en la práctica ello no ocurre. Igualmente, asumir esta interpretación es anular el alcance y sentido de la nulidad absoluta contenida en el artículo 140 de la LOAP, permitiendo que la Administración pueda promulgar regulaciones sectoriales sin mayores inconvenientes. Nuestra opinión es que debe imperar una interpretación más restrictiva del art. 139 a diferencia de lo sostenido en el caso *Red de Padres y Representantes*.

De esta forma, se garantiza un procedimiento normatizado al cual la Administración debe adecuar su interés al promulgar regulaciones para garantizar el efectivo cumplimiento de políticas públicas. Finalmente, una interpretación restrictiva de la propia LOAP puede ayudar a una mejor implementación del procedimiento administrativo consultivo.

En un trabajo reciente, señala MUCI BORJAS la imperiosa necesidad de establecer un procedimiento legal de promulgación de normas⁵⁵. En efecto, es la legalidad la que debe reinar en esta clase de procedimientos administrativos tan especiales. ¿Por qué no establecer un procedimiento de creación de normas sectoriales sujeto a la LOPA en futuras revisiones de

de la Administración Pública, en virtud de la excepción contemplada en el último acápite del artículo 137 *eiusdem* y, en consecuencia, su promulgación no infringió el derecho a la participación en los asuntos públicos previsto en el artículo 62 de la Constitución”.

⁵⁵ Véase, José Antonio Muci Borjas: *El procedimiento que las Administraciones han de seguir para la aprobación de normas reglamentarias*. Boletín de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. N° 2. UCAB, Caracas, 2017.

nuestra legislación procedimental? Ciertamente, somos del criterio que, al igual que la legislación norteamericana y su *rulemaking* en el *Administrative Procedural Act*, que debemos establecer pasos firmes para crear un procedimiento administrativo consultivo normatizado y preclusivo, donde la Administración tenga menos discreción en su accionar.

Mientras tanto, la jurisprudencia es clave para un mejor entendimiento de lo actualmente preceptuado por la LOAP. Así las cosas, una iniciativa legislativa en este sentido, junto el poder del litigio y la jurisprudencia transformadora en la materia puede cambiar el rumbo de este procedimiento normativo para ser más favorable a los ciudadanos y el ejercicio de sus derechos civiles en la participación de la consecución de normas sectoriales.

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LAS POTESTADES DISCRECIONALES DEL REGISTRADOR MERCANTIL EN CUANTO AL CAPITAL SOCIAL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Fernando Javier Delgado Rivas¹

Resumen: *El ensayo que se leerá de seguida pretende hacer un breve señalamiento sobre las amplísimas potestades discrecionales con las que cuenta el Registrador Mercantil, específicamente la relativa a rechazar el registro o constitución de sociedades mercantiles que cuenten con un capital social considerado “insuficiente”; esto con la finalidad de reflejar su verdadero alcance, y al mismo tiempo verificar su conformidad con los principios que informan a nuestro ordenamiento jurídico en la materia.*

Palabras clave: *Registrador Mercantil – Potestad administrativa – Principio de legalidad – Discrecionalidad – Arbitrariedad.*

SUMARIO. Introducción. I. La exigencia de un capital determinado para la constitución de sociedades mercantiles: Razones para su regulación legal. **II.** Las Potestades discrecionales del Registrador Mercantil sobre el rechazo de un capital social insuficiente. **1.** Alcance y cumplimiento con los debidos límites. **2.** La desviación de poder como riesgo latente: ¿recaudación arbitraria? **Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

El derecho administrativo, en tanto disciplina jurídica dedicada al estudio de la administración pública –entendida esta en cualquiera de sus dos acepciones más importantes², esto es, como estructura orgánica perteneciente a la rama ejecutiva del poder público, o como función materialmente administrativa– con la finalidad de reglar y ordenar las potestades y prerrogativas propias de estos órganos o función pública determinada, en pro de garantizar las libertades y derechos subjetivos de los particulares, tiene entre sus pilares fundamentales al principio de legalidad.

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014). Abogado en la firma Lega Abogados.

² En lo que a la teoría general del derecho administrativo se refiere, existen dos grandes acepciones o visiones sobre su objeto de estudio. La visión subjetiva señala que el referido objeto se centra en las actuaciones de los órganos de la rama ejecutiva del poder público; mientras que la visión objetiva rechaza que solo esos entes y órganos dicten actos de naturaleza administrativa, proponiendo en su lugar que el objeto del derecho administrativo debiera ser los actos materialmente administrativos, o la función administrativa propiamente dicha, independientemente de que el órgano o ente que los dicte pertenezca a una rama del poder público distinta a la ejecutiva.

El principio de legalidad³ es uno de rango constitucional, de imperiosa aplicación no solo en las actuaciones de la administración pública en general, sino también –por ejemplo– en el ámbito de la justicia penal y el sistema tributario, aunque en muchas ocasiones suele estudiársele con mucha más profundidad en el primero de los casos, dadas las características propias y pluralidad de actividades que supone el ejercicio de la función pública administrativa⁴.

Un elemento, institución o figura de mucha importancia que se debe tomar en cuenta al estudiar el principio de legalidad, es el de las potestades discrecionales⁵, especialmente en el ámbito del derecho administrativo. Las potestades discrecionales se definen generalmente como aquellas que se dan, cuando un instrumento legal establece que “en presencia de determinadas

³ Es muy importante dejar claro que el Principio de Legalidad incluye también en nuestro ordenamiento a la garantía de reserva legal. Esta garantía sirve como límite a las potestades normativas o reglamentarias con las que cuenta la rama ejecutiva del poder público, estableciendo materias que solo pueden ser reguladas directamente por la ley en sentido formal y que, ni siquiera ésta puede delegar su desarrollo. Al respecto señala el doctrinario JOSÉ PEÑA SOLÍS que: “De modo que la reserva viene a ser un mecanismo constitucional de distribución de poderes normativos entre el Parlamento y el Poder Ejecutivo, que permite al primero neutralizar los mencionados intentos del segundo, pues impide que éste a través del mecanismo de la potestad reglamentaria anule la principal función del órgano parlamentario, ya que la Constitución dispone que determinadas materias estén vedadas al Ejecutivo, y por el contrario, necesariamente deban entrar en la esfera de competencia del Parlamento. De allí, pues, la pertinencia y vigencia de la institución de la reserva legal.” José Peña Solís: *Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999 Volumen Primero*. Sexta Reimpresión. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2009, p. 602.

⁴ Sobre la importancia de los principios de subordinación a la Ley y consecuente limitación a las administraciones públicas, los cuales informan al verdadero Derecho Administrativo y permiten reconocerlo como Derecho Constitucional Concretizado, véase: Jesús María Alvarado Andrade: “Sobre Constitución y administración pública. ¿Es realmente el Derecho Administrativo en Venezuela un Derecho Constitucional Concretizado? *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009 Tomo 1*. Ediciones FUNEDA. Caracas, 2011.

⁵ La mayoría de la doctrina afirma que ya se encuentra superada aquella visión que hablaba sobre las potestades discrecionales como una excepción al principio de legalidad. Así por ejemplo lo establece JOSÉ PEÑA SOLÍS: “Es necesario hacer notar que todavía –como expusimos antes– en algunos Manuales es posible encontrar reflejada la tesis que concibe la discrecionalidad o a la potestad discrecional como una excepción al principio de legalidad administrativa (...). Desde ya afirmamos que se trata de una postura absolutamente superada hace varias décadas, puesto que muy por el contrario, la potestad discrecional de la Administración constituye una demostración incuestionable de la plena vigencia del principio de legalidad administrativa, por lo que no puede ser concebida –insistimos– como el producto de una situación de indeterminación de reglamentación jurídica”. J. Peña Solís: *Manual de Derecho Administrativo...* ob. cit., p. 732.

circunstancias de hecho, la autoridad administrativa tiene la libertad de escoger entre varias soluciones posibles (...)”⁶.

Así pues, las potestades discrecionales se diferencian de las potestades administrativas regladas o vinculadas, en las que la administración solo se dedica a la constatación de los hechos y a subsumirlos en el supuesto de hecho de la norma a ser aplicada; en otras palabras, actúa como autómatas y mero ejecutor de la ley, estando obligada a actuar de una forma ya completamente determinada y especificada previamente por el legislador.

Naturalmente, pasa que en muchas ocasiones no todas las situaciones pueden ser completamente determinadas previamente o imaginadas por el legislador al momento de dictar normas de carácter general, por lo que en muchos casos se hace necesario que el ejecutor –en este caso la administración pública– pueda contar con cierta libertad a los fines de poder tomar la decisión más ajustada con los propios fines que la ley y el ordenamiento jurídico en general, establecen. Este campo de libertad, que en algún momento la doctrina llegó a señalar como una excepción al principio de legalidad, aplicado éste en una visión positiva –es decir– que la administración tiene vedado hacer todo lo que no lo esté asignado por ley, ha sido justificado más que todo por dos razones principales.

La primera de esas razones se refiere a lo que se conoce como las razones de mérito o de oportunidad y conveniencia. Se ha dicho que en estos casos la administración se encuentra en el ejercicio típico de la función administrativa, al ponderar razones de interés general o público, las cuales, pueden estar relacionadas a hechos o causas históricas, sociológicas, económicas, o a políticas públicas en concreto, que pueden ser moldeadas de un momento a otro y son producto también de ciertas circunstancias o contextos determinados, razón por la cual se hace conveniente otorgarle a la administración un campo de libertad en esos aspectos, toda vez que ésta está llamada a cumplir los fines del Estado de forma directa; además el gobierno –en tanto órgano políticamente legitimado para ello– estando llamado a cumplir esos fines a través de la implementación de políticas públicas, debe contar con cierto margen de maniobrabilidad a la hora de dictaminar lo que sea más conveniente u oportuno en un momento dado, lo cual sería imposible de determinar por el legislador en muchísimos casos⁷.

⁶ Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo XIII edición*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2008, p. 179.

⁷ Son los llamados criterios de oportunidad y conveniencia, los cuales comprenden únicamente la apreciación y valoración subjetiva de la administración, y no podrían en principio ser controlados por el Juez Contencioso Administrativo, salvo que se verifique un vicio de desviación de poder.

Y la segunda, comprende lo que se conoce como razones de discrecionalidad técnica o potestades discrecionales técnicas. Estas potestades discrecionales técnicas tienen su razón de ser en el hecho de que al legislador se le hace imposible proveer o regular absolutamente todos los aspectos fácticos o técnicos propios de cada ciencia en particular, en muchos de los ámbitos o áreas de la vida económica o social, que se encuentran regulados por la ley. Además, los elementos o factores mencionados tienden también a ser de una naturaleza muy cambiante o volátil, por lo que se hace muy desventajoso, sino inútil, tratar de regularlos de una forma eficaz y eficiente, mediante instrumentos de una mayor abstracción y generalidad, que son características propias de las leyes.

Por ello se ha tenido como solución que en estos casos la administración decida con base en los estudios técnicos que se realicen en cada caso, y que ello sea lo verdaderamente determinante a la hora de dictar el acto administrativo correspondiente⁸.

Si se quiere, estas fueron originalmente las más típicas y aceptadas modalidades de potestades discrecionales por la doctrina en general. No obstante, distintos autores, en aras de delimitar la discrecionalidad de las administraciones han querido establecer que tanto una como la otra no comportan verdaderos poderes discrecionales, sino por el contrario verdaderas potestades regladas.

Al respecto y sobre la primera de las razones por las cuales se ha aceptado el establecimiento de potestades discrecionales, ALLAN BREWER-CARIAS ha dicho que en realidad en estos casos nos encontramos solamente con unas potestades discrecionalidades aparentes, en el sentido de que éstas se basan la mayoría de las veces en la apreciación de la administración con base en la técnica de los llamados conceptos jurídicos indeterminados⁹.

En ese sentido, dice este autor que según lo que ha establecido la doctrina y jurisprudencia reiteradamente, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados no habilita a la administración para que decida aplicar distintas soluciones o consecuencias a una misma circunstancia, sino que por el contrario solo existe una solución justa. Así en el caso de los conceptos de interés público o moral pública –por mencionar algunos– la administración solo podrá actuar correctamente apegada a la ley si la solución se ajusta con el concepto indeterminado o no; en pocas palabras, o hay interés público o no

⁸ José Araujo Juárez: *Derecho Administrativo General Administración Pública*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, pp. 120-121.

⁹ Acerca de la diferencia entre conceptos jurídicos determinados e indeterminados, véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1995, p. 446.

lo hay. En consecuencia, la discrecionalidad es solo aparente y la actuación es en el fondo reglada, razón por la cual el juez contencioso administrativo podrá controlar el acto administrativo dictado con base en alguno de estos conceptos, verificando si realmente la administración tomó la única solución justa conforme a éstos.

Por otra parte, sobre las llamadas discrecionalidades técnicas, si bien es cierto que éstas nunca son desarrollados por la norma de rango legal, algunos autores¹⁰ afirman que como que quiera que en el fondo las razones que conllevan a dictar el acto son de una esencia técnica o científica, en verdad la administración actúa de una forma reglada, solo que no directamente por el texto legal sino por las regulaciones y determinaciones técnicas que ella misma dicta en el marco del ejercicio de función y actividades permitidas por la ley. Por lo tanto, nuevamente no estaríamos en presencia de la posible elección entre varias soluciones igualmente justas o conformes con el ordenamiento jurídico, sino que, conforme a las especificaciones técnicas o científicas aplicables en el momento, solo habrá una solución justa, la cual en principio debiera ser igualmente controlada por el juez contencioso administrativo en ese aspecto.

Sea uno o el otro tipo de potestad discrecional con que nos encontremos, lo cierto es que en cualquiera de estos casos la administración cuenta con un cierto margen de libertad que no es posible ubicar en las demás disposiciones legales completamente regladas. Adicionalmente, no solo existe la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados o la de la utilización de parámetros lógicos, técnicos o científicos para limitar la discrecionalidad administrativa; también los principios generales del derecho y otros más propios del derecho administrativo, se constituyen en parámetros y límites para que la actuación discrecional de la administración no devenga en arbitrariedad, y su consecuente violación al principio de legalidad, la garantía de reserva legal y a la seguridad jurídica de los particulares¹¹.

Dentro de este contexto, nuestro ordenamiento jurídico contiene muchísimas disposiciones que podrían ser ubicadas dentro del ámbito de las potestades discrecionales. Algunas de ellas son perfectamente entendibles y van de la mano con las ideas que hemos expuesto anteriormente, siendo que su violación podría ser fácilmente controlable por el juez contencioso

¹⁰ Entre ellos J. Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General Administración Pública...* ob. cit., pp. 120-121.

¹¹ A pesar de que no observamos que la doctrina mencione a la seguridad jurídica como uno de los principios o figuras que podrían constituirse como límites a las potestades discrecionales, desde ya anunciamos que este importantísimo elemento del Derecho en general, es quizás uno de lo más conculcados por la disposición normativa analizada, tal y como explicaremos más adelante.

administrativo. No obstante, otras de esas disposiciones dotan a la administración de una discrecionalidad amplísima y con una magnitud que ni siquiera la técnica de conceptos jurídicos indeterminados pareciera poder ser útil al momento de controlar sus actuaciones.

Por ello, se hace conveniente que analicemos algunas de ellas a los fines de comprobar si nos encontramos con una norma de rango legal que escapa a toda consideración sobre los límites de las potestades discrecionalidades, con los consecuentes perjuicios que ello pudiera causar a los derechos y libertades de los particulares.

En esta oportunidad, nos ocuparemos de las aparentes potestades discrecionales establecidas en el vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, específicamente aquellas que dotan a los Registradores Mercantiles con la atribución de poder rechazar la constitución de sociedades mercantiles en razón de la cantidad o monto de capital social que decidan establecer los socios.

I. LA EXIGENCIA DE UN CAPITAL DETERMINADO PARA LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES: RAZONES PARA SU REGULACIÓN LEGAL

Tradicionalmente, nuestra legislación mercantil no había impuesto ninguna regulación o limitación específica relativa a las cantidades de capital social requeridas para las sociedades mercantiles, a los efectos de su constitución y registro, adicional a aquella establecida para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada. Por lo tanto, de conformidad con el Código de Comercio, no existe limitación ni monto mínimo requerido para la constitución de sociedades anónimas.

No obstante, en varios textos legales reguladores de actividades financieras y de otras fuertemente supervisadas por la administración pública, sí encontramos disposiciones que exigen un capital social mínimo a las sociedades anónimas que tengan como objeto la realización de esas actividades¹², ya sea a los fines de obtener la autorización para la promoción y constitución de éstas, o para la obtención de licencias, autorizaciones e

¹² Estas actividades fuertemente reguladas han sido denominadas como “actividades de interés general” y parte de la más reciente doctrina las ha definido como aquellas “...actividades que ya no son de titularidad estatal sino de iniciativa privada, prestadas en un régimen de libre competencia, con obligaciones de servicio universal (que son las mismas obligaciones de servicio público)...”. Rafael Badell Madrid: “La Liberalización de los Servicios Públicos en Venezuela”. *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El Nuevo Servicio Público Actividades Reservadas y Regulación de Actividades de Interés General*. Ediciones FUNEDA, Caracas, 2002, p. 119.

inscripción en determinados registros que les permitan poder realizarlas luego de su constitución.

Esta falta de limitación desaparecía posteriormente con la entrada en vigencia del Decreto con Fuerza de Ley del Registro Público y del Notariado¹³, el cual estableció en su artículo 54, numeral primero, la potestad del Registrador Mercantil de rechazar la constitución de sociedades mercantiles con un capital considerado “insuficiente”. Esta disposición se siguió estableciendo en las sucesivas modificaciones y leyes aplicables en la materia –incluida por supuesto la legislación vigente a la fecha– con algunas ligeras modificaciones que luego serán comentadas. Como era de preverse, dicha disposición aplicaría en la práctica exclusivamente a los casos de constitución de sociedades anónimas, por cuanto ya las sociedades de responsabilidad limitada se encuentran legalmente limitadas en cuanto al monto de su capital¹⁴.

Antes de entrar a analizar la referida disposición, consideramos importante resaltar las posibles razones por las cuales el legislador venezolano decidió establecer la potestad contenida en ésta. Para ello, acudimos a lo que ha dicho parte de la doctrina patria en el ámbito del derecho mercantil sobre este aspecto en particular.

Uno de los mayores exponentes venezolanos en la materia, el profesor ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ, es de la opinión de que la ley debe regular los montos mínimos de las sociedades mercantiles, especialmente de las sociedades anónimas. En efecto, el referido autor sustenta su opinión con base en la afirmación de que no es conveniente el permitir la constitución y registro de “...sociedades anónimas de capital insignificante, sin un verdadero patrimonio para desarrollar el objeto social o responder por sus obligaciones”, debido a que ello contribuiría a la perpetración de fraudes o esquemas atentatorios contra el sistema financiero del país, señalando también que ello sucedió en nuestro país cuando este tipo de sociedades (de capital insuficiente) se utilizaron “...con el propósito de recibir créditos de instituciones bancarias por cifras exponencialmente superiores a su capital social, cuestión puesta de manifiesto durante la crisis bancaria iniciada en 1994”¹⁵.

¹³ Publicado en Gaceta Oficial N° 37.333 del 27-11-2001.

¹⁴ Artículo 315 del Código de Comercio: “Las compañías de responsabilidad limitada no podrán constituirse con un capital menor de veinte mil ni mayor de dos millones de bolívares”.

¹⁵ Alfredo Morles Hernández: *Curso de Derecho Mercantil Tomo II Las sociedades mercantiles*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, p. 219.

Llama la atención que no solo se haga mención al clásico argumento de que las sociedades anónimas estaban pensadas para empresas de gran magnitud, mientras que las sociedades de responsabilidad limitada lo estaban para las pequeñas empresas, como las familiares, sino que además son otras las razones de interés general u orden público, más allá de las relativas a la promoción de buenas prácticas comerciales, las que se señalan. Para darle aún más sustento a esta opinión, el mencionado autor cita inclusive un extracto de la exposición de motivos de lo que fue el anteproyecto de la Ley de Sociedades Mercantiles, el cual confirma la tendencia general, y reza así:

Se ha optado por hacer de la anónima una sociedad de capital mínimo, el cual se ha fijado en la cantidad de un millón de bolívares. Sin embargo, el Ejecutivo Nacional tiene la potestad de alterar este monto, cuando lo estime conveniente. Las sociedades anónimas de capital muy pequeño no se justifican con la reforma que se ha operado en el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada. Lo lógico es que la sociedad anónima se utilice para empresas de grandes dimensiones y que el capital suscrito sea uno de los elementos de la confianza que debe inspirar al público. En Venezuela se ha abusado de la constitución de sociedades anónimas con capitales insignificantes, generalmente con propósitos de defraudación fiscal o crediticio, desnaturalizando esta forma de organización. De todas maneras, el monto del capital social mínimo ha sido fijado de manera que esté al alcance de cualquier mediano empresario, para no entorpecer los legítimos propósitos de organización de comerciantes, industriales, banqueros y particulares en general¹⁶.

Estos razonamientos los podemos encontrar igualmente en el derecho comparado al verificar que, en muchas jurisdicciones, como por ejemplo en la francesa, española, y alemana, sus respectivas legislaciones han establecido la exigencia de un monto mínimo de capital social¹⁷.

Llegados a este punto, nótese cómo la intención del legislador tanto en la citada exposición de motivos, como en las distintas legislaciones extranjeras, es casi siempre la de establecer expresamente un monto mínimo de capital social, lo cual nos da algunas luces sobre cuál ha sido la técnica legislativa con mayor aceptación en cada una de estas jurisdicciones, en cuanto a la normativa llamada a evitar la constitución de sociedades anónimas con capital insuficiente.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 222.

¹⁷ El autor ALFREDO MORLES destaca en este punto que “La Directiva comunitaria europea 77/91 de 13 de diciembre de 1976 impone un capital mínimo no inferior a 25.000 ecus. En España se exige un capital no menor de 10 millones de pesetas, en Francia de 250.000 francos o de 1.500.000 francos cuando se apela al ahorro del público y en Italia de 200 millones de liras. En Alemania, la Ley de 1965 requería no menos de 100.000 marcos”. *Ibíd.*, p. 221.

Por su parte, y no obstante lo anterior, MORLES señala también el hecho de que “hoy en día existe una corriente legislativa dirigida a la reducción del mínimo capital social, por la tendencia a formar varias sociedades para una misma explotación...” y también “por la extensión de los beneficios de la anónima a medianos y pequeños empresarios”¹⁸. Esto último pensamos que guarda cierta congruencia con lo que establece la exposición de motivos del proyecto de Ley de Sociedades Mercantiles citado, en el sentido de que en éste se le otorgaban potestades a la administración pública central concentrada (Ejecutivo Nacional), para modificar ese monto cuando lo estimara conveniente.

En efecto, de acuerdo a lo que hemos explicado en la parte introductoria, debido a las características dinámicas y cambiantes de ciertas áreas de la economía o de la sociedad, es que se hace necesario que la administración cuente con una determinada libertad de apreciación de los hechos, a los fines de poder adecuar sus actuaciones con los fines de la ley, políticas públicas actualizadas y demás principios que informen al ordenamiento jurídico.

En este punto en particular, si bien la sociedades anónimas fueron pensadas en un origen para grandes empresas, es innegable que hoy en día son muchos los comerciantes medianos y pequeños que se sirven de las bondades de esta figura, razón por la cual resulta conveniente que para éstos, les sea aplicable unas regulaciones de capital social mínimo distintas a las de los grandes inversionistas; el criterio para la aplicabilidad de una u otra regulación –la cual creemos (sin ánimos de querer adelantarnos a lo que será tratado más adelante) deberá contar siempre con una mínima generalidad y permanencia en el tiempo– parecieran surgir lógica y fundamentalmente del objeto social declarado por los socios, aunque no es descartable que otros elementos pudieran ser tomados en cuenta actualmente.

Por otra parte, cabe también mencionar la opinión de los autores argentinos ARIEL ÁNGEL DASSO y ARIEL GUSTAVO DASSO, quienes en un artículo titulado “El Capital Mínimo en la Sociedad Anónima” apoyan la idea de que la legislación argentina establezca la figura del capital mínimo. Su razonamiento es sustentado más que todo en las funciones que cumple el capital social como garantía de la sociedad frente a terceros, indicando al respecto que “El capital mínimo tiende a determinar la verdadera entidad de la responsabilidad empresarial frente al tercero”¹⁹ concluyendo a la vez que:

¹⁸ *Ibíd.*, p. 222.

¹⁹ Ariel Angel Dasso y Ariel Gustavo Dasso: “El Capital Mínimo en la Sociedad Anónima”. *V Congreso Argentino de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*. Fundación UADE y Cámara de Sociedades Anónimas. Córdoba, 1992, p. 164.

...parece razonable exigir capital mínimo de mayor envergadura para, de alguna manera, determinar que la forma de la sociedad anónima con responsabilidad limitada, con el riesgo que la misma supone de limitación de responsabilidad al capital, encuentre una correspondencia interna más efectiva con el patrimonio y signifique de consumo una garantía también más concreta y real respecto de los acreedores sociales²⁰.

Así pues, hemos visto los argumentos y las razones que han motivado a los legisladores locales y de distintas jurisdicciones a establecer una regulación o limitación para el establecimiento de los montos del capital social de las sociedades anónimas; y las opiniones favorables de la doctrina al respecto. Igualmente hemos mencionado someramente que dicha regulación recae sobre hechos de una naturaleza dinámica y constantemente cambiante, de difícil regulación por una normativa de rango legal, lo cual podría dar cabida al establecimiento o dotación de potestades discrecionales al regulador, cualquiera que sea su tipología, ya sean aparentes, administrativas, o técnicas.

En vista de lo expuesto, nos unimos a los razonamientos anteriores, en el sentido de que se hace necesario no solo regular el monto del capital social de las sociedades anónimas a constituirse ante el Registro Mercantil que corresponda, por las razones de conveniencia al interés público relativas a evitar el fraude financiero o fiscal; sino que también se debe tomar en cuenta que el establecer los montos mínimos de capital social exigidos, pudiera requerir de un examen por parte de la administración para cada caso en concreto y en momentos determinados, dadas las características propias de los distintos comerciantes, grandes, medianos y pequeños, y también debido a la amplísima cantidad de actividades a las que pueden dedicarse, más aún cuando sobre algunas de éstas no recae algún tipo de regulación especial (como por ejemplo en materia bancaria, de seguros, entre otras), que de entrada ya les requiera un monto de capital social determinado.

En el siguiente aparte, analizaremos entonces la disposición que encontramos en el vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado²¹, desde el punto de vista de su alcance como potestad discrecional, y su conformidad con nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello tomaremos como premisa las razones que creemos motivaron su establecimiento en el referido texto legal, conforme a las ideas anteriormente expuestas, y fundamentalmente verificaremos si su redacción es cónsona con los principios relativos a la limitación y control de las potestades discrecionales que nos son aplicables en Venezuela.

²⁰ *Ibíd.*, p. 166.

²¹ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.156 del 19-11-2014.

II. LAS POTESTADES DISCRECIONALES DEL REGISTRADOR MERCANTIL SOBRE EL RECHAZO DE UN CAPITAL SOCIAL INSUFICIENTE

1. Alcance y cumplimiento con los debidos límites

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, establece en su artículo 57, numeral 1, lo siguiente:

Artículo 57: Corresponde al Registrador o Registradora Mercantil vigilar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la constitución y funcionamiento de las compañías anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, de conformidad con el Parágrafo Único del Artículo 200 del Código de Comercio. A tal efecto, el Registrador o Registradora Mercantil deberá cumplir, entre otras, las siguientes obligaciones:

1. Rechazar la inscripción de las sociedades con capital insuficiente, aplicando criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social, que instruirá el Servicio Autónomo de Registros y Notarías, de conformidad con el ordenamiento jurídico y las políticas del Estado (...).

Antes que nada, es importante destacar que la primera disposición sobre este particular que se estableció en nuestra legislación, era mucho más parca y general, señalando únicamente la potestad de “Rechazar la inscripción de las sociedades con capital insuficiente, aplicando criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social”²².

De la última modificación vigente transcrita más arriba, podemos claramente observar la intención del legislador de reducir o controlar la alta discrecionalidad que ya de por sí contenía esta disposición, desde la primera vez que entró en vigencia. Ello guarda relación con lo que comenta el reputado autor JOSÉ ARAUJO JUÁREZ en cuanto a la auto vinculación como límite a la discrecionalidad administrativa, aunque en este caso sería directamente el legislador el que obliga a la administración a hacerlo y no ésta la que a su disposición se lo auto impone²³.

Sobre el verdadero alcance de la disposición comentada, habíamos hablado ya sobre las motivaciones encontradas en la doctrina para establecer

²² Artículo 54, numeral primero del Decreto con Fuerza de Ley del Registro Público y del Notariado Publicado en Gaceta Oficial N° 37.333 del 27-11-2001.

²³ Al respecto el referido autor señala que: “En efecto, la Administración Pública puede autovincularse en el sentido que puede perfectamente reducir el ámbito de la discrecionalidad, predeterminando aspectos indeterminados, al dictar normas que van a regular de antemano el ejercicio de la potestad discrecional en relación con los casos que se van a presentar en el futuro, y de esa manera reducir esa potestad discrecional”. J. Araujo Juárez *Derecho Administrativo General Administración Pública...* ob. cit., p. 122.

o regular la exigencia de un capital mínimo para las sociedades mercantiles. En efecto, el interés principal es aquel de evitar la constitución o inscripción de sociedades mercantiles anónimas con un capital insuficiente, para lo cual el Registrador Mercantil debiera contar con la potestad legalmente establecida de exigir a los particulares uno montos de capital mínimos.

Ahora bien, de entrada, consideramos que la redacción de la norma no fue la más feliz, o siquiera de una técnica legislativa adecuada con los fines de establecer una potestad discrecional que respete los límites del principio de legalidad y de la garantía de reserva legal, toda vez que ni siquiera otorga potestades expresas a la administración pública para establecer mediante normas generales, montos mínimos de capital que quizás pudieran ser variables en el tiempo y, pudiéndose establecer tal vez un rango de selección de entre unos montos mínimos y máximos (indicados en Unidades Tributarias preferiblemente), tomando en cuenta varias circunstancias (situación económica, políticas públicas, entre otras razones de interés público); por el contrario nuestro legislador dotó al Registrador con unas potestades amplísimas de rechazar cualquier monto de capital social que a su discreción sea considerado insuficiente, apartándose de lo que una vez se pensó en el proyecto de Ley de Sociedades Mercantiles, y de casi todos los ejemplos observados en el derecho comparado.

Lo ideal –y menos atentatorio contra los principios encontrados en nuestro ordenamiento jurídico– hubiese sido el establecer un monto mínimo de capital social para las sociedades anónimas, independientemente de las nada despreciables ventajas que vendrían acompañadas de otorgarle a un órgano de más alta jerarquía, cierto margen de discrecionalidad, a los fines de poder adecuar las limitaciones con las características propias de cada actividad empresarial o comercial a la que decidan dedicarse los promotores de este tipo de sociedades.

Tal y como lo hemos mencionado ya, no fue sino hasta la entrada en vigencia del actual Decreto Ley, que nuestro legislador demostró claras intenciones de determinar y limitar esta amplísima discrecionalidad. Ciertamente, al establecer que el referido rechazo se haría con base en “criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social, que instruirá el Servicio Autónomo de Registros y Notarías, de conformidad con el ordenamiento jurídico y las políticas del Estado” es claro que la intención, al menos en ese momento, era aquella de que el Servicio Autónomo de Registros y Notarías procediera a dictar una normativa de carácter general dirigida a reglar las potestades de los Registradores Mercantiles, con base en los criterios ahí señalados, en aras de reducir el ámbito de discrecionalidad; sin embargo, sobre esto último no tenemos conocimiento de que se haya dictado alguna resolución, providencia o cualquier otro instrumento de carácter general

dirigido a dar cumplimiento con ese requerimiento legal, ni por parte del Servicio Autónomo de Registros y Notarías, ni por el Ministerio del Interior (Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz).

La falta de esta reglamentación que el legislador colocó en cabeza de la administración, nos ha dejado entonces en la misma situación anterior a la entrada en vigencia el referido Decreto Ley. No obstante, irónicamente es en la actualidad cuando más se ha observado en la práctica el ejercicio de esta potestad por parte de los Registradores Mercantiles. En consecuencia, hoy en día los particulares no cuentan con ningún tipo de certidumbre al momento de decidir cuál sería el monto del capital social necesario o sobre si éste será rechazado o no por los Registradores.

Todo lo anterior, hace preguntarnos si verdaderamente es posible concebir un alcance concreto de las potestades administrativas discrecionales que ésta norma en particular le ha otorgado a los Registradores Mercantiles. Tomando en cuenta que la definición más aceptada de potestad discrecional es la posibilidad de escoger entre dos o más soluciones igualmente justas y legales –con base en ciertos criterios controlables en sede judicial que vayan más allá del mero arbitrio del funcionario competente– cabe cuestionarse también si los indicados criterios de razonabilidad (inexistentes por demás) son suficientes para limitar una potestad discrecional amplísima –casi arbitraria– o si por el contrario la comentada disposición normativa es altamente permisiva en cuanto a la posibilidad de violación del principio de legalidad y de todos los demás principios corolarios llamados a controlar las actuaciones de la administración pública, y proteger a los particulares. De tal manera que, se hace necesario recalcar que la discrecionalidad no es arbitrariedad²⁴.

En esta misma línea de pensamiento, una manera de entender esta particular potestad discrecional, es mediante la verificación del cumplimiento con los límites que podemos encontrar claramente determinados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia patria.

Uno de los doctrinarios administrativistas que más se ha dedicado al estudio de la parte general del derecho administrativo, JOSÉ ARAUJO JUÁREZ, nos habla de los siguientes límites: elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico, elemento formal, elemento causal, Principios Generales del Derecho y finalmente los Conceptos Jurídicos Indeterminado²⁵.

²⁴ Allan Brewer-Carias: "Notas sobre la discrecionalidad administrativa y sobre su delimitación y sus límites" para el *Taller Estratégico sobre "Procedimientos administrativos y justicia administrativa en América Latina"*, Programa Estado de Derecho para América Latina, Konrad Adenauer Stiftung, Ciudad de México, 28 y 29 de mayo, 2007, p. 28.

²⁵ J. Araujo Juárez *Derecho Administrativo General Administración Pública...* ob. cit., pp. 123-123.

Antes que nada, debemos mencionar que este señala como una posición dominante en la doctrina, la inexistencia de actos discrecionales, siendo que en realidad solo la potestad puede ser calificada como discrecional, mientras que los actos administrativos serán más o menos vinculados (reglados) o discrecionales, siempre habiendo una mezcla de estos dos elementos²⁶. Teniendo en cuenta esta premisa, veamos si los referidos límites pudieran servir como tales en la potestad discrecional comentada.

En primer lugar, tenemos los llamados elementos subjetivo y objetivo. El primero se refiere a la competencia del órgano que dicta el acto (con elementos discrecionales); mientras que el segundo se refiere precisamente a la presencia o no del elemento discrecional.

En el caso que nos ocupa, no vemos incidencia alguna con respecto al elemento subjetivo, por cuanto la norma es clara al establecer cuál es la autoridad competente para ejercer la potestad y dictar el acto correspondiente. Sobre el elemento objetivo, nos dice el autor "...que precisamente es en este elemento donde puede existir o no el carácter vinculado o el carácter discrecional de la decisión de la Administración Pública"²⁷, y que dicho elemento no puede ser controlado por el juez, debido que ello supondría el sustituirse en funciones que no le son propias; al respecto, es más que evidente este elemento (quizás demasiado), en el contenido de la disposición comentada.

El siguiente elemento es el teleológico, y se refiere a que por más elementos discrecionales que tenga el acto, siempre deberá apegarse al fin de la norma que le dotó de esas potestades a la autoridad que lo dicta. Creemos que la referida potestad del Registrador Mercantil resulta muy amplia con respecto a los fines que debiera cumplir, y que por lo tanto los riesgos de incurrir en el vicio de desviación de poder son igualmente muy amplios, a lo cual volveremos más adelante.

Otro elemento es el formal, del cual no hay nada más que decir, aparte de que el Registrador Mercantil no podrá omitir ningún procedimiento especial o general aplicable, independientemente del elemento de discrecionalidad.

Acerca del elemento causal, nos dice el autor que todo acto administrativo dictado con base en una potestad discrecional debe ser

²⁶ Sobre ello afirma el autor que: "No hay actos discrecionales puros sino, por el contrario, se habla de un acto administrativo con la combinación de elementos vinculados y de elementos discrecionales. De manera que sólo podemos decir que las potestades son más o menos amplias, y por tanto a ellas son las que cabe calificar de discrecionales o no, y que el acto administrativo es simplemente un instrumento como lo es el reglamento o los contratos, donde precisamente se manifiesta también las potestades discrecionales". *Ibíd.*, p. 120.

²⁷ *Ibíd.*, p. 123.

igualmente motivado. En este punto, debemos traer a colación la figura de la llamada negativa registral²⁸.

En efecto, el Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley de Registros y del Notariado, obliga a los Registradores a motivar sus rechazos a la inscripción o protocolización de documentos. Sin embargo, lo que casi siempre sucede en la práctica es que los particulares reciben “notas de retención” indicando muy escuetamente los motivos del rechazo, sin cumplir con ninguna de las formalidades de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁹, por lo que éstos prefieren la gran mayoría de las veces simplemente acogerse al criterio del Registrador, en lugar de solicitar la negativa formal y acudir a la vía recursiva administrativa, o directamente a la vía judicial contencioso administrativa.

Finalmente, sobre los Principios generales del Derecho, hablaremos sobre ellos cuando mencionemos las limitaciones indicadas por otro importantísimo exponente de la doctrina administrativista, ALLAN BREWER-CARIAS y sobre los Conceptos Jurídicos Indeterminados, ya habíamos dicho que este mismo autor los considera una limitación tan clara, que el uso de estos no supone una verdadera discrecionalidad.

Sobre este último aspecto, hemos de notar que no encontramos en la redacción de esta disposición normativa, concepto jurídico indeterminado que permita al juez hallar una única solución justa. Ciertamente, no hay razones de interés general o público, moral pública, orden público y ni siquiera de conveniencia, que pudiesen servir para controlar no solo las instrucciones que debiera haber dictado el Servicio Autónomo de Registros y Notarías, sino las actuaciones directas del Registrador Mercantil.

De lo que hemos expuesto hasta ahora, vamos viendo como algunos de los elementos que señala el autor JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ, son de muy difícil aplicación en los casos de ejercicio de las potestades discrecionales del Registrador Mercantil relativas al rechazo del capital social insuficiente.

Por su parte, ALLAN BREWER-CARIAS, al hablar sobre los límites “propriadamente dichos” del poder discrecional señala que:

...desde hace décadas se aprecian esfuerzos significativos por permitir, efectivamente, que el juez contencioso-administrativo penetre en el ámbito de la

²⁸ “Artículo 42: En caso de que el Registrador o Registradora rechace o niegue la inscripción de un documento o acto, deberá hacerlo por acto motivado, en un lapso no mayor de treinta días siguientes a la presentación del mismo y notificará al interesado o interesada, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. El o los interesados, la o las interesadas, podrán facultativamente intentar el Recurso Jerárquico o el Recurso Contencioso-Administrativo (...)”.

²⁹ Publicada en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

discrecionalidad y controle la arbitrariedad. En esta materia, de nuevo, los principios generales del derecho han suministrado el arsenal inicial para esta lucha contra la arbitrariedad que habiendo sido inicialmente librada por los jueces, ha venido teniendo como aliado al Legislador en la codificación del procedimiento administrativo³⁰.

En ese sentido, el referido autor menciona los siguientes principios que deberán ser tomados en cuenta, a la hora de verificar los límites de los poderes o potestades discrecionales de la administración: principio de la proporcionalidad, principio de igualdad, principio de buena fe, principio de la racionalidad y principio de la justicia, y “en general todos los principios derivados de los derechos y libertades fundamentales de las personas...”³¹.

El límite de la proporcionalidad, se verificará más que todo en los casos donde la administración puede escoger entre dos opciones, la mayoría de las veces cuando va a imponer una sanción. La limitación de este principio consiste en que “La decisión que se tome tiene que ser proporcional al supuesto de hecho”³². En efecto, la administración no puede imponer la sanción más grave al particular que haya incurrido en una falta o ilícito, que no se corresponda con la gravedad de ésta, debiendo escoger entre una de menor incidencia.

Este principio se encuentra positivizado en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³³, por lo que el juez contencioso administrativo sin duda podrá controlar judicialmente los actos con elementos discrecionales que sean considerados desproporcionados. No obstante, nuevamente observamos que en la norma bajo análisis no es posible ubicar dos o varias soluciones entre las que pueda escoger la administración, siendo posible más bien la escogencia de alternativas casi infinitas. En consecuencia, la norma misma pareciera escapar a los límites de proporcionalidad que pudieran aplicársele en su ejecución, si hubiese sido redactada de otra manera –es decir– si al menos hubiese establecido varias soluciones posibles.

El límite relativo al principio de racionalidad, es quizás el único que pudiera regir las potestades del Registrador Mercantil, ya que la norma que establece la posibilidad del rechazo a la inscripción de sociedades con capital

³⁰ Allan Brewer-Carias: *Notas sobre la discrecionalidad administrativa...* ob. cit., p. 34.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 42.

³³ “Artículo 12: Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.

insuficiente, señala que deberá hacerse con base en criterios de *razonabilidad* relacionados con el objeto social. Ciertamente, no pareciera racional que se exija el mismo monto de capital social a una compañía anónima dedicada a la industria naviera, y a una cuyo objeto sea el expendio de comida rápida, por decir un ejemplo. De todas formas, creemos que el rango de posibilidades sigue siendo muy amplio e indeterminado, y que además puede escapar del conocimiento del Registrador cual pudiera ser o no un monto de capital mínimo para determinada empresa; ésta última preocupación fue corroborada además por el mismo legislador al establecer que dichos criterios serían instruidos por el Servicio Autónomo de Registro y Notarías.

El último de los principios mencionados, el de la justicia, implica que la discrecionalidad se encuentra limitada, no pudiendo resultar en actos totalmente contrarios a la verdad y a la equidad³⁴. Bajo este principio puede ser controlado cualquier acto administrativo, inclusive los que se dicten con base en las amplísimas potestades del Registrador Mercantil; pasa que la cuestión no es tanto sobre el control posterior, sino sobre la alta permisividad que encontramos en la redacción de la norma, lo cual hace que en la práctica sea en extremo fácil que las decisiones sean manifiestamente injustas, al menos desde un punto de vista de la equidad.

En cuanto a la jurisprudencia patria, es indudable que desde hace varias décadas atrás –inclusive antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos– esta viene haciendo todos los esfuerzos por delimitar la discrecionalidad administrativa. Ello se observa muy claramente en dos sentencias de la antigua Corte Federal de Venezuela que cita ALLAN BREWER-CARIAS³⁵. Una de ellas, de fecha 24-02-1956, afirmó que “la discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración... no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin”³⁶, esto en lo que a la naturaleza misma de la discrecionalidad se refiere. Posteriormente, la jurisprudencia también ha establecido más delimitaciones, señalando los principios que hemos brevemente señalado como herramientas para el control jurisdiccional³⁷.

³⁴ Allan Brewer-Carias: *Notas sobre la discrecionalidad administrativa...* ob. cit., p. 51.

³⁵ *Ibid.*, p. 35.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Véase entre muchas otras, la sentencia N° 389 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 01-04-2005, mediante la cual se anuló parcialmente una resolución emitida por la Contraloría General de la República, por esta –haciendo uso de potestades discrecionales– haber resultado en una medida “irracional y excesiva”. La misma sentencia señala en su parte motiva que se “deberá tener muy presentes los límites generales para el ejercicio de poderes discrecionales, concretamente sobre la debida adecuación,

Hemos podido observar entonces cómo la redacción de la norma analizada es altamente permisiva, en el sentido de que los actos dictados bajo su ejecución, pudieran muy fácilmente no cumplir con los límites de la discrecionalidad que ha estimado la doctrina y la jurisprudencia. Pero además quisiéramos agregar uno más, el principio de la seguridad jurídica, quizás el más afectado por esta norma de supuesto contenido discrecional.

El principio de seguridad jurídica consiste –en pocas palabras– en la certeza de conocer lo que la norma jurídica le exige al particular y sobre la estabilidad de ésta, para LUIS MARÍA OLASO es:

...simplemente la “seguridad” del *hombre social* que, seguro o no en su situación metafísica o económica, sabe con qué ha de contar como norma exigible para su trato con los demás; o sea, es la seguridad de quien conoce o puede conocer lo previsto, lo prohibido, mandado o permitido por el poder público respecto de uno para los demás y de los demás para uno³⁸.

De lo dicho anteriormente, creemos que hay una alta incertidumbre en la que esta norma, tanto en su redacción, como en la falta de desarrollo y auto vinculación por parte de la administración misma, ha puesto a los particulares es alarmante. Nadie puede negar hoy en día que –en la práctica– es casi imposible prever cual es el monto de capital social que deben establecer los socios promotores de una sociedad anónima; simplemente no es posible conocer el criterio cambiante y absolutamente no vinculado ni limitado por ningún parámetro, del Registrador Mercantil, más allá de su razonabilidad³⁹.

Así pues, esta potestad discrecional, pareciera no tener un alcance claro, y al mismo tiempo hace que las actuaciones dictadas con base en ésta, fácilmente puedan escapar a los límites impuestos por los mismos principios generales del derecho que estable nuestro ordenamiento jurídico. Todo esto, nos debiera llevar a pensar que la referida norma pudiera constituir un

proporcionalidad y razonabilidad entre los hechos concretos y los fines de la ley, así como el respeto a los derechos humanos y valores superiores del ordenamiento jurídico”. Véase también varias de las sentencias citadas por J. Araujo Juárez: *Derecho Administrativo General Administración Pública...* ob. cit., p. 123.

³⁸ Luis María Olaso S.J.: *Curso de Introducción al Derecho Introducción Filosófica al Estudio del Derecho Tomo I*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2008, pp. 425-426.

³⁹ En estos casos, la única y más rápida alternativa que le queda a los particulares es la de fijar montos altísimos (pagando casi siempre el 20% de esa cantidad) de capital social, a los fines de evitar rechazos por parte de los Registradores, impulsando a la vez lo más que puedan el trámite de registro, toda vez el criterio del Registrador en ese aspecto puede variar mientras otros aspectos de la constitución de la sociedad son subsanados o corregidos, ya sean formales o de contenido. En definitiva, y adicional a suponer que mientras más alto sea el monto del capital, menos riesgos de ser considerado “insuficiente” habrá, los particulares solo pueden esperar a que el criterio del Registrador en particular, sea lo más racional y estable posible.

ejemplo de deslegalización, atentando en definitiva contra el principio de legalidad.

2. La desviación de poder como riesgo latente: ¿recaudación arbitraria?

Además del peligro latente de violación a varios de los principios comentados, queremos destacar en particular que, según lo observado en la práctica en los últimos tiempos, esta potestad en particular del Registrador Mercantil ha abierto las puertas para que se haya producido en reiteradas oportunidades –a nuestro parecer– el vicio de desviación de poder.

El vicio de desviación de poder se verifica cuando el acto que dicta la administración, pese a cumplir con todas las formalidades legales y no estar viciado de ninguna otra causal de nulidad, persigue un fin distinto al que establece la ley que otorgó la respectiva potestad e hizo competente a la respectiva autoridad para ello; suceden “Si la autoridad u órgano de la Administración se apartan de ese fin que condiciona el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que adopten en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo y debe ser anulado”⁴⁰.

En el caso que nos ocupa, creemos que la administración ha estado utilizando esta amplia libertad de exigir un determinado monto de capital social, a los fines de siempre establecer los más altos posibles, muchas veces desproporcionados y variables en cuestión de un día a otro, lo cual se traduce en un correlativo aumento en la recaudación, por la vía de la tasa que establece el mismo Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado⁴¹, y los tributos que establezcan las demás normativas municipales o estatales, que apliquen al hecho imponible de la inscripción de una sociedad anónima.

Pareciera que la intención de la administración central no es la de evitar que se constituyan compañías con capital insuficiente, que es el fin que se desprende de la norma, tal y como lo comentamos cuando hicimos mención a las motivaciones que llevaron a que fuese dictada; en cambio, el objetivo pareciera ser lograr la mayor recaudación posible por vía de las tasas y tributos anteriormente referidos. Si lo analizamos bien, esto podría no sonar tan descabellado, tomando en cuenta la grave crisis económica que vive

⁴⁰ E. García de Enterría y T.M. Fernández: *Curso de Derecho Administrativo I...* ob cit., p. 454.

⁴¹ “Artículo 85: En materia no contenciosa mercantil se causarán las siguientes tasas a favor del Servicio Autónomo de Registros y Notarías: (...) 14. Por la inscripción y aumento de capital de sociedades mercantiles se cobrará el 1% del capital”.

actualmente nuestro país⁴², lo cual podría motivar a que la administración central trate de obtener el mayor financiamiento posible, sin importar la legalidad o idoneidad de los medios que emplee para tal fin.

CONCLUSIONES

Dentro de la teoría general de las potestades administrativas, una premisa básica e ineludible es que éstas tienen como único fundamento a la ley (principio de legalidad), la administración pública no puede hacer nada que no esté previamente establecido en ella. Lo mismo sucede con las potestades discrecionales, las cuales no suponen en ningún momento arbitrariedad, y no solo están limitadas por el mismo instrumento legal que las establece, sino también por los elementos vinculados o reglados del acto administrativo que se dicte con ocasión de su uso, y de los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico.

Es innegable que los elementos discrecionales de un acto administrativo son necesarios en muchas ocasiones, tal y como lo hemos dejado muy claro, algunos hechos de la realidad cuentan con ciertas características que simplemente no pueden ser previstas de forma general y abstracta por un instrumento de rango legal; por lo cual se hace necesario que en esos casos a la administración se le permita un rango (igualmente limitado) de libertad de apreciación con base en los fines de la respectiva ley que sustenta su actuación, a veces tomando en cuenta criterios típicamente administrativos –las llamadas razones de conveniencia y oportunidad– que la mayoría de las veces tienen que ver con el uso de conceptos jurídicos indeterminados (potestad discrecional aparente según BREWER-CARIAS), otras veces mediante la utilización de la llamada potestad discrecional técnica. Cualquiera que sea la forma, el derecho administrativo y los principios generales del derecho brindan las herramientas necesarias para que el juez contencioso administrativo controle los actos que se aparten de los límites legales y estén viciados de nulidad.

A pesar de todo esto, en algunas ocasiones es la misma ley la que abre las puertas para la deslegalización de las actuaciones de la administración pública. Creemos que de acuerdo a todo lo que hemos dicho, el caso de la potestad que tiene Registrador Mercantil para rechazar la inscripción de sociedades anónimas –por considerar que su capital es insuficiente– es un claro ejemplo de ello.

⁴² A la fecha en que se escriben estas líneas, Venezuela transcurre por su cuarto año consecutivo en recesión y decrecimiento económico. Véase: <https://prodavinci.com/4-anos-de-recesion-economica-en-cifras/>

Luego de que hiciéramos mención de los límites al poder discrecional, pudimos cerciórarnos de que la redacción de la norma es tan amplia, ilimitada, y ausente de criterios, que hasta el control por parte del Juez contencioso administrativo se pudiera dificultar muchísimo, pudiendo apelar únicamente a la razonabilidad o no del funcionario competente.

En efecto, nos encontramos con una norma que tal y como está redactada, no establece la posibilidad de escoger entre 2, 4 o 6 soluciones posibles, sino entre una infinidad de posibilidades, a la vez que ni siquiera hace mención a ningún concepto jurídico indeterminado, que pudiera contener o hasta reglar una aparente discrecionalidad.

En la práctica registral es raro que observemos a los particulares recurriendo o demandando la nulidad de las actuaciones de los Registradores, más aún cuando el interés primordial de estos es poder continuar con sus emprendimientos antes de tener que iniciar un procedimiento de segundo grado o una acción judicial, todo lo cual contribuye con el nivel de arbitrariedad de los Registradores, sin mencionar la ausencia de auto vinculación impuesta a la administración que vino con la última reforma del instrumento legal contentivo de la referida potestad.

Uno de los fines primordiales del derecho administrativo –sino el más primordial– es el de controlar el poder, simplemente debemos desconfiar de él⁴³ y de la mera apreciación o arbitrio de las personas llamadas a ejercer la función pública, por lo cual los instrumentos legales que les doten de potestades discrecionales, deben siempre hacerlo con miras a que éstas reduzcan el riesgo de actuaciones arbitrarias, estableciendo claramente los fines, criterios, mínimos y máximos, soluciones posibles y demás elementos que coadyuven a un eficiente control posterior –en el caso de producirse arbitrariedades– y a una mayor protección a los particulares, para que éstos pueden contar con la certeza de los requerimientos que les impone la ley y no el libre arbitrio de la administración.

Lamentablemente, este definitivamente no es el caso de la norma que acabamos de analizar; muy a pesar de que su altísima discrecionalidad (o arbitrariedad) pudiese ser reducida por la hasta ahora inexistente reglamentación exigida por ésta a la administración, de igual forma consideramos que el riesgo seguiría siendo demasiado grande. Por ello,

⁴³ Aquí consideramos pertinente citar de nuevo al autor JESÚS MARÍA ALVARADO ANDRADE, quien afirma, entre muchas otras ideas relacionadas a la disciplina del derecho administrativo, que: “Así pues, el punto focal es que no hay derecho administrativo en donde no exista una Constitución que sirva de control a la Administración en aras de la preservación de los derechos individuales”. J.M. Alvarado Andrade: *Sobre Constitución y administración pública...* ob. cit.

creemos que la potestad discrecional comentada, que al final no es tal, incumple con todos los principios del derecho administrativo imperantes en nuestro ordenamiento jurídico.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL REGISTRO DE UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Gianni Lanzillotta Girán¹

Resumen: *El procedimiento administrativo para registrar una organización sindical es necesario, toda vez que quiera conformarse una organización social para defender los derechos laborales y proteger a los trabajadores y patronos, o también para asociarse a ellas gremialmente. En ese sentido, dicho procedimiento es un requisito indispensable para que la organización sindical sea reconocida por el Estado, ya que el registro de ella equivale a un Acta de Nacimiento, a una Cédula de Identidad.*

Palabras clave: *Organización Sindical – Procedimiento Administrativo – Registro.*

SUMARIO. Introducción. I. Organizaciones sindicales. 1. Sindicato de trabajadores. 2. Asociación de patronos. 3. Naturaleza jurídica de las organizaciones sindicales. II. Procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical. 1. Pasos previos. A. Registro Nacional. B. Jurisdicción del Registro. C. Mínimo de afiliados. D. Documentos para el registro de una organización sindical. 2. Procedimiento para el registro de una organización sindical. 3. Abstención del registro. 4. Recurribilidad de la decisión de no registrar una organización sindical. 5. Finalidades del procedimiento para el registro de una organización sindical. A. El procedimiento para el registro de una organización sindical como derogación del régimen de derecho común. B. El procedimiento para el registro de una organización sindical como garantía jurídica de los trabajadores y patronos. C. El procedimiento para el registro de una organización sindical como medio de valoración de los intereses. D. El procedimiento para el registro de una organización sindical como técnica administrativa. 6. Naturaleza del procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical. A. El procedimiento para el registro de una organización sindical y el orden público. B. Consecuencias derivadas de la naturaleza del procedimiento para el registro de una organización sindical, respecto a las fases: lapsos, vicios y la regulación jurídica. 7. Principios que rigen al procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical. A. Principio de legalidad. B. Principios relativos a las garantías jurídicas. a. Principio de participación intersubjetiva. b. Principio de igualdad formal. c. Principio de imparcialidad. d. Principio de publicidad. e. Motivación de la providencia administrativa que acuerda el registro de una organización sindical. C. Principio de economía procedimental: garantía de la eficacia de la actuación administrativa laboral. Conclusión.

¹ Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (2015). Abogado en la Firma Girán Abogados & Asociados.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como propósito estudiar el procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical, el cual se encuentra contenido en la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores (LOTTT)². El trabajo será dividido en dos partes, la primera tratará sobre las organizaciones sindicales en general, en donde se explicarán los sindicatos de trabajadores, las asociaciones de patronos y la naturaleza jurídica de las organizaciones sindicales; y una segunda parte, donde se analizará todo el procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical, la finalidad de dicho procedimiento, su naturaleza y los principios que rigen al mismo.

Antes de entrar en el procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical, es necesario saber primero: ¿Qué significa un sindicato de trabajadores o una asociación de patronos? ¿Cuál es su naturaleza jurídica?

I. ORGANIZACIONES SINDICALES

En Venezuela, son las instituciones creadas mediante ley para promover, proteger y defender los derechos e intereses tanto de los trabajadores como de los patronos que desean agruparse gremialmente. Ellas se dividen en sindicato de trabajadores y asociación de patronos:

1. Sindicato de trabajadores

Un sindicato de trabajadores, no es otra cosa que una organización social creada para defender los derechos e intereses de los trabajadores, y protegerlos contra todo acto de discriminación o injerencia dentro de su trabajo (*p.e.j.* protección del salario). Esta figura se encuentra enmarcada dentro de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 95, el cual sostiene lo siguiente:

Artículo 95. Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a construir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como a afiliarse o no a ellas, de conformidad con la Ley. Estas organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa. Los trabajadores y trabajadoras están protegidos y protegidas contra todo acto de discriminación o de injerencia contrario al ejercicio de este derecho. Los promotores o promotoras y los o las integrantes de las directivas de

² Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario del 07-05-2012.

las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral durante el tiempo y en las condiciones que se requieren para el ejercicio de sus funciones.

Para el ejercicio de la democracia sindical, los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales establecen la alternabilidad de los y las integrantes de las directivas y representantes mediante el sufragio universal, directo y secreto. Los y las integrantes de las directivas y representantes sindicales que abusen de los beneficios derivados de la libertad sindical para su lucro o interés personal, serán sancionados o sancionadas de conformidad con la ley. Los y las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales estarán obligados u obligadas a hacer declaración jurada de bienes³.

El artículo anterior, demuestra el derecho que otorga la Constitución de organizar a los trabajadores en sindicatos, para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como también la posibilidad de asociarse a dichas organizaciones sociales. Es de destacar en este artículo que los sindicatos de trabajadores no están sujetos a intervención, ni a suspensión o disolución administrativa alguna, garantizando su protección contra actos de discriminación o de injerencia alguna⁴. Por otro lado, la Constitución también sostiene la *inamovilidad laboral*⁵ de la que gozan los promotores de las organizaciones sindicales, así como sus dirigentes. Y, por último, habla sobre la democracia sindical y todas sus consecuencias.

Del mismo tenor, y precisamente desarrollando el precepto constitucional del artículo 95, es el artículo 353 LOTTT, cuando sostiene la *libertad sindical*:

Libertad Sindical

Artículo 353. Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen conveniente para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como afiliarse o no a ellas de conformidad con esta Ley. Las organizaciones sindicales no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa. Los trabajadores y trabajadoras están protegidos y protegidas contra todo acto de discriminación o injerencia contrario al ejercicio de este derecho.

Efectivamente, tal y como se sostuvo atrás, puede notarse que, el artículo descrito anteriormente, desarrolla el precepto constitucional del artículo 95: el derecho a organizarse como trabajadores, a través de la figura del “Sindicato

³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) (1999). Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.908 del 19-01-2009.

⁴ Véase artículos 354, 355, 356, 357 y 358 de la LOTTT.

⁵ Entiéndase aquella protección de la que gozan los trabajadores, establecida por el artículo 94 LOTTT, donde no podrán ser despedidos, ni trasladados, ni desmejorados sin causa justificada por el inspector del trabajo.

de Trabajadores”, para la mejor defensa de los derechos e intereses laborales y la posibilidad de asociarse a ellos; que dichos sindicatos no están sujetos a intervención, suspensión o disolución administrativa; y que todos los trabajadores están protegidos contra todo acto discriminatorio o de injerencia que atente contra el ejercicio del derecho al trabajo. Entre estos sindicatos de trabajadores, pueden mencionarse: Unión Nacional Trabajadores Petroleros, Petroquímicos, de los Hidrocarburos y sus derivados (UNAPETROL) y Sindicato de Trabajadores de la Industria Siderúrgica y sus Similares (SUTISS).

2. Asociación de patronos

La asociación de patronos, al igual que el sindicato de trabajadores, constituye también una organización social creada para defender y proteger los derechos e intereses de los patronos. Esta figura, es garantizada ya no sólo por el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino también por el artículo 52 *eiusdem*, que establece el *derecho de asociación*: “Artículo 52. Toda persona tiene derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley. El Estado estará obligado a facilitar el ejercicio de este derecho”.

De esta forma, se observa que el artículo 52 garantiza el *derecho de asociación* con fines lícitos, donde el Estado está en la obligación de facilitar el ejercicio a dicho derecho. Siguiendo ese mismo orden de ideas, y cumpliendo de igual forma con los artículos 52 y 95 de la Constitución, el artículo 360 LOTTT, es quien se erige como verdadero protector de la asociación de patronos, cuando establece el *derecho de asociación de patronos y patronas*: “Derecho de asociación de patronos y patronas. Artículo 360. Los patronos y patronas tienen derecho de asociarse de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Ley, los convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados por la República”.

El artículo anterior, demuestra el derecho que también tienen todos los patronos de asociarse y crear organizaciones sociales para la mejor defensa de sus derechos e intereses, a través de la figura jurídica conocida como “Asociación de Patronos”, siendo las principales: Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción de Venezuela (FEDECAMARAS), Confederación Venezolana de Industriales (CONINDUSTRIA) y Consejo Nacional del Comercio y los Servicios (CONSECOMERCIO).

Es de notar que la definición de asociación de patronos establecida por la Ley, es muy pobre en comparación con la que utiliza respecto del sindicato de trabajadores; ya que solamente establece el derecho de asociarse que tienen los patronos conforme a las leyes nacionales e internacionales.

Sin embargo, puede observarse que tanto a los trabajadores como a los patronos se les garantiza de igual manera, el goce al ejercicio del derecho fundamental de asociación para la mejor defensa de sus derechos e intereses y su protección contra cualquier acto discriminatorio o de injerencia alguna. Por último, y como muy bien sostienen los españoles ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y CABANELLAS, en su *Tratado de Política Laboral y Social*:

Conviene no confundir las agrupaciones de sindicatos con las uniones patronales de tipo capitalista destinadas a obtener ciertos beneficios de orden económico, restringiendo el libre comercio; tales como los *pools*, *cartels*, *trust*, *corners*, *shwanze*... Dichas uniones no son asociaciones de sindicatos, y sí de capitales e industrias, con el propósito de imponer un determinado monopolio, en el orden nacional o en el internacional⁶.

3. Naturaleza jurídica de las organizaciones sindicales

En todo este estudio sobre las organizaciones sindicales, se hace imperioso destacar que dicha figura nace bajo la *libertad sindical*, consagrado tanto en el artículo 95 de la CRBV, así como también dentro del artículo 353 LOTTT, previamente citados, el cual viene a ser ese derecho que tiene toda persona de agruparse, de fundar dichas organizaciones y de asociarse a ellas, para defender sus propios intereses.

La *libertad sindical* tiene sus orígenes en Inglaterra, como consecuencia de los excesos y abusos que provocó la llamada “Revolución Industrial” y las repercusiones sociales que produjo el cambio del sistema productivo en el Siglo XIX. La *libertad sindical* es el resultado de la fusión de otros dos grandes derechos humanos, como son:

- a. El *derecho a la libertad*: derecho que tiene todo hombre, por la naturaleza misma de su condición humana, a la posibilidad de elegir su propio destino con independencia de factores externos; y
- b. El *derecho de asociación*: que aplicado al ámbito laboral, se constituye como la posibilidad de conformar sindicatos u otras organizaciones colectivas, cuyo objetivo principal es la defensa de los intereses de los trabajadores basado en dos ideas: (a) en que las relaciones colectivas dan más fortaleza a los trabajadores, y (b) que la asociación es un derecho, por lo que ningún trabajador puede ser obligado a asociarse en contra de su propia voluntad, ni tampoco puede ser impedido de hacerlo.

⁶ Luis Alcalá-Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas: *Tratado de Política Laboral y Social*, Tomo II. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1972, p. 328.

En Venezuela, los sindicatos surgen, de forma general, bien entrado el Siglo XX, específicamente el 16 de julio de 1936, luego que, bajo la presidencia del Gral. Eleazar López Contreras, se promulgara la Ley del Trabajo, para cuya redacción se contó con la asistencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Ciertamente que, anteriormente a esta Ley, existió la primera y también llamada Ley del Trabajo, promulgada el 23 de julio de 1928 en la presidencia del Gral. Juan Vicente Gómez; sin embargo, poco decía sobre los sindicatos, puesto que se trataba de una ley sumamente básica, y poco fue lo desarrollado en materia sindical debido a la dictadura del Gral. Gómez.

II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL REGISTRO DE UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Después de la exposición anterior en torno a las organizaciones sindicales, finalmente se ha llegado al punto que más interesa dentro de esta investigación, que es todo lo concerniente al procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical.

1. Pasos previos

Son todos los requisitos previos establecidos por la LOTT, los cuales deben ser cumplidos antes de registrar cualquier organización sindical, ya que, de lo contrario, se negaría el registro de los mismos. Ellos son:

A. Registro Nacional

En primer lugar, los artículos 374 y 517 LOTT indican que el Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo (MPPST), mantendrá un Registro Nacional de Organizaciones Sindicales (RNOS) con sedes en todos y cada uno de los Estados del país, ante el cual los interesados tramitarán todo lo concerniente al registro de una organización sindical. En todos ellos, una vez concluidos todos los pasos a seguir para la creación de una organización sindical, podrá realizarse su registro.

B. Jurisdicción del Registro

En segundo lugar, se encuentra la jurisdicción que rige sobre todas y cada una de las organizaciones sindicales que desean inscribirse dentro del RNOS. En ese sentido, el Ministerio, mediante Resolución⁷, estableció que el RNOS, tendrá como sede principal el MPPST en la Ciudad de Caracas (Distrito

⁷ Resolución N° 8.248 (2013). Gaceta Oficial N° 40.146 del 12-04-2013.

Capital); mientras que para el resto del país, se crearán Salas de Registro dentro de las Inspectorías del Trabajo que se encuentran en los distintos Estados de la Nación.

Es por ello, que dentro del artículo 375 LOTTT, se encuentra, por un lado, que las organizaciones sindicales que aspiran agruparse de forma regional, nacional, federal o central deben registrarse directamente en la sede principal del RNOS, en Caracas. Por otro lado, las organizaciones sindicales locales o estatales, deben registrarse en la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo correspondiente a su Estado.

C. Mínimo de afiliados

En tercer lugar, puede observarse que, según la Ley, cada organización sindical debe tener un número mínimo de afiliados.

De esta manera, la misma Ley establece el siguiente orden: (a) *Sindicato de Empresa o Agrícola*: entre veinte o más trabajadores de una entidad de trabajo para constituir un sindicato de empresa o agrícola (artículo 376); (b) *Sindicato Profesional*: entre cuarenta o más trabajadores de distintas entidades de trabajo, que ejerzan una misma profesión, oficio o trabajos similares o conexos, para constituir un sindicato local o estatal, de igual forma aplica para los trabajadores no dependientes⁸ (artículo 377); (c) *Sindicato Industrial o Sectorial*: entre cuarenta o más trabajadores de dos o más entidades de trabajo de una misma rama industrial, comercial o de servicio, para constituir un sindicato local o estatal, si existe una sola entidad de trabajo en toda la rama industrial, no se requiere que sus promotores sean dos o más entidades de trabajo (artículo 378); (d) *Sindicato Regional*: entre ciento cincuenta trabajadores de dos o más Estados colindantes (artículo 379); (e) *Sindicato Nacional*: entre ciento cincuenta trabajadores de cinco o más Estados, salvo que la entidad de trabajo o la rama no tenga centros de trabajo en Estados suficientes (artículo 379); (f) *Asociación de Patronos*: entre diez o más patronos de una misma industria, actividades similares o conexas (artículo 380); (g) *Federación*: cinco o más sindicatos (artículo 381); (h) *Central o Confederación*: tres o más federaciones (artículo 381).

⁸ También llamados *trabajadores por cuenta propia*. De acuerdo con el artículo 36 LOTTT, son aquellos trabajadores que, en el ejercicio de la actividad que realiza dentro del proceso social de trabajo, no depende de patrono alguno.

D. Documentos para el registro de una organización sindical

En cuarto lugar, están los documentos que exige la Ley, en su artículo 382 LOTT, para el registro de alguna organización sindical. Dichos documentos son los siguientes:

- a. *Copia del acta constitutiva* (artículo 383), la cual debe contener fecha y lugar de la asamblea constitutiva; nombres, apellidos y número de Cédula de Identidad de los asistentes de la asamblea constitutiva; denominación, domicilio, objeto, tipo y ámbito territorial de la organización sindical que se está constituyendo; nombres y apellidos de los integrantes de la junta directiva provisional y su definición de cargos; y el lapso de duración de esa junta provisional.
- b. *Ejemplar de los estatutos* (artículo 384), los cuales deben contener denominación de la organización sindical, federación, confederación o central; domicilio; objeto, atribuciones y finalidades; tipo de organización sindical; ámbito territorial de su actuación; condiciones de admisión para ingresar a la organización sindical; derechos y obligaciones de sus afiliados; monto de las cuotas ordinarias y causas y procedimientos para aprobar las cuotas extraordinarias; causas y procedimientos para la imposición de sanciones y exclusión de sus afiliados; número de integrantes de la Junta Directiva, atribuciones, duración e indicación de los cargos que están amparados por fuero sindical⁹; proceso de elección de la Junta Directiva, conforme a los principios democráticos; causas y procedimientos para la remoción o revocatoria del mandato de los integrantes de la Junta Directiva, su forma de sustitución (incluso para aquellos que hayan renunciado al cargo antes del vencimiento del período estatutario de la Junta Directiva); procedimiento para convocar asambleas ordinarias y extraordinarias; reglas para autenticar actas de asamblea; reglas para la destinación de fondos y administración del patrimonio de la organización sindical; presentación y requisitos de las cuentas de administración; reservas para el subsidio de afiliados; reglas para la disolución y liquidación de la organización sindical y el destino de sus bienes adquiridos; procedimiento para la modificación de los estatutos; alguna otra disposición para mejorar el funcionamiento de la organización. Los estatutos de una organización sindical no

⁹ Entiéndase, según el segundo apartado del artículo 418 LOTT, aquellos trabajadores que gozan de la protección especial del Estado, para garantizar la defensa del interés colectivo y la autonomía en el ejercicio de sus funciones sindicales.

- pueden imponer obligaciones a terceros o a no afiliados de la organización sindical.
- c. *Nómina de los integrantes fundadores de la organización sindical* (artículo 385), ella debe contener nombres y apellidos, Cédula de Identidad, nacionalidad, profesión u oficio, y domicilio. En el caso de federaciones o confederaciones la nómina de las organizaciones sindicales fundadoras deben indicar su domicilio y el registro de cada organización sindical o federación.
 - d. La firma de todos los integrantes que componen la directiva de la organización sindical para comprobar su autenticidad. En el caso de las federaciones y confederaciones la nómina de los integrantes fundadores se sustituye por la nómina de las organizaciones sindicales o federaciones fundadoras y por las copias de las actas de las asambleas de dichas organizaciones que autorizan la afiliación a la nueva organización.

2. Procedimiento para el registro de una organización sindical

Este es un procedimiento administrativo muy breve, el cual se encuentra señalado en el artículo 386 de la LOTTT, indicando lo siguiente: en primer lugar, deben presentarse todos los documentos mencionados anteriormente, ante el RNOS o la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo, de acuerdo a su jurisdicción.

En segundo lugar, en el caso que la documentación presente deficiencias u omisiones, el registrador debe comunicarlo a los solicitantes dentro de los treinta días siguientes a la solicitud, orientándolos en la forma de subsanar las deficiencias, siendo ésta la única oportunidad para señalar las deficiencias u omisiones. Los solicitantes tienen treinta días para subsanar los errores, a partir de la comunicación del registrador.

En tercer lugar, si la documentación no presenta deficiencias o los errores son subsanados dentro del lapso establecido, se procederá al registro de la organización sindical dentro de los treinta días siguientes, y se entregará a los solicitantes la boleta donde consta el registro del sindicato o de la asociación.

Y en cuarto lugar, según el último apartado del artículo 387 LOTTT, se tiene como consecuencia que el registro de una organización sindical, dota de *personalidad jurídica*¹⁰ a esa organización, para todos los efectos que se relacionan con la Ley.

¹⁰ Entiéndase la capacidad para ser titular de derechos y asumir obligaciones, de acuerdo al artículo 19 del Código Civil Venezolano.

3. Abstención del registro

La LOTTT, establece en su artículo 387, la posibilidad que tiene el RNOS o la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo de su Estado, para abstenerse de registrar alguna organización sindical, en los siguientes casos: (a) que la organización sindical no tenga por objeto las atribuciones y finalidades establecidas en la Ley (artículos 367, 368 y 369 LOTTT); (b) que no se haya constituido la organización sindical con el número mínimo de afiliados establecidos en la Ley (artículos 376, 377, 378, 379, 380, 381 LOTTT); (c) que la solicitud de registro no esté acompañada de los documentos exigidos por la Ley, o que éstos presenten alguna deficiencia u omisión no subsanada, conforme a lo establecido en la Ley (artículos 382, 383, 384, 385 LOTTT); (d) que la organización sindical no cumpla con el *Principio de Pureza* establecido en la Ley¹¹ (artículo 366 LOTTT); (e) que la organización sindical tenga igual nombre al de otra organización ya registrada, o tan parecido como para confundirse; (f) en caso de registrar alguna federación o una confederación, no se encuentren registradas las organizaciones sindicales que se requieren para su constitución; (g) que en la Junta Directiva Provisional se incluyan a personas inhabilitadas para su reelección, durante su último año de gestión, por no haber rendido cuentas de la administración de los fondos sindicales (artículo 415 LOTTT); (h) que en la Junta Directiva Provisional se incluyan a personas que, durante su último año de gestión, hayan pertenecido a la Junta Directiva de otra organización sindical cuyo período esté vencido y no se hayan convocado a elecciones sindicales (artículo 402 LOTTT).

Por otro lado, la abstención del registro de una organización sindical debe hacerse mediante providencia administrativa, debidamente motivada, conforme a lo establecido en el artículo 387 LOTTT. Además, el registrador no puede negarse al registro de una organización sindical alegando errores u omisiones que no se indicaron en su debida oportunidad, y que habiendo cumplido con todos los requisitos establecidos en la Ley, las autoridades competentes no podrán negar su registro.

4. Recurribilidad de la decisión de no registrar una organización sindical

Por último, nuevamente el artículo 387 LOTTT, indica en su penúltimo apartado, que la decisión (providencia administrativa) de no registrar una

¹¹ En este punto, conviene señalar la denuncia existente contra el Sr. Wills Rangel, quien es Presidente de la Federación Unitaria de Trabajadores del Petróleo, del Gas, su Similares y Derivados de Venezuela (FUTPV), y, al mismo tiempo, es Directiva de una filial de PDVSA, rompiendo así con el *Principio de Pureza*, por ser tanto sindicalista como representante patronal.

organización sindical, puede ser recurrible, en el *ámbito administrativo*, ante el MPPPST, y que la decisión de éste último, puede ser recurrible, en el *ámbito jurisdiccional*, ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Para ello, el lapso para recurrir ante el Ministro es de quince días hábiles, contados a partir de la notificación de la providencia administrativa; mientras que el lapso para recurrir de la decisión del Ministro, será la establecida por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ). Sin embargo, es importante destacar, aquí, que la LOTSJ nada establece sobre el lapso para recurrir la decisión del Ministro ante la Sala Político Administrativa, creando así una *laguna del Derecho*¹², la cual, en ese sentido, viene a ser suplida por la aplicación del numeral 1, del artículo 32 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹³ (LOJCA), cuando sostiene la *Caducidad*, dentro del Título IV en Los Procedimientos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el Capítulo I las Disposiciones Generales, en la Sección Segunda: Las Demandas:

Caducidad

Artículo 32. Las acciones de nulidad caducarán conforme a las reglas siguientes:

1. En los casos de actos administrativos de efectos particulares, en el término de ciento ochenta días continuos, contados a partir de su notificación al interesado, o cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el lapso de noventa días hábiles, contados a partir de la fecha de su interposición. La ilegalidad del acto administrativo de efectos particulares podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales.
2. Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el lapso será de treinta días continuos.
3. En los casos de vías de hecho y recurso por abstención, en el lapso de ciento ochenta días continuos, contados a partir de la materialización de aquéllas o desde el momento en el cual la administración incurrió en la abstención, según sea el caso.

Las acciones de nulidad contra los actos de efectos generales dictados por el Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo.

Las leyes especiales podrán establecer otros lapsos de caducidad.

De esta forma, puede observarse que el numeral 1, del artículo 32 LOJCA, establece la *Caducidad* del Recurso de Nulidad que se ejercerá, en sede jurisdiccional, ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, contra la decisión de no registrar una organización sindical, emanada

¹² Entiéndase aquella ausencia de normas positivas aplicables a casos jurídicos determinados.

¹³ Gaceta Oficial N° 39.451 del 22-06-2010.

del MPPPST. En ese sentido, y aplicando el numeral 1, del artículo 32 LOJCA, el lapso para recurrir la decisión del Ministro es de ciento ochenta días continuos, contados a partir de la notificación al interesado de la decisión del Ministro de no registrar una organización sindical.

No obstante, a pesar de todo lo anterior, el Tribunal Supremo de Justicia mediante Sentencia de la Sala Constitucional (caso Central La Pastora, C.A.)¹⁴, y basándose en el numeral 3, del artículo 25 LOJCA, impuso un nuevo criterio, el cual indica lo siguiente: (a) que la jurisdicción competente para conocer de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por la Inspectoría del Trabajo, es la *jurisdicción laboral*; y () que el conocimiento de esas pretensiones corresponde, dentro de los tribunales que conforman la *jurisdicción laboral*, en primera instancia, a los Tribunales de Primera Instancia del Trabajo y en segunda instancia, a los Tribunales Superiores del Trabajo. Todo ello, significa que la recurribilidad de la providencia administrativa que niega el registro de una organización sindical, debe hacerse *en primera instancia*, ante los Tribunales de Primera Instancia del Trabajo, y que la decisión de este último, puede ser recurrida *en segunda instancia*, ante los Tribunales Superiores del Trabajo; sustituyendo con ello, a su vez, el “Control Jerárquico” de los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, en sede administrativa, que anteriormente competía al MPPPST.

En ese sentido, y en contraposición a lo establecido en el artículo 259 de la CRBV¹⁵, la Sala Constitucional tomó en cuenta la naturaleza *laboral* de la relación jurídica objeto de la controversia dentro del caso “Central La Pastora, C.A.”, y con base a esa naturaleza *laboral* y por conexión con el numeral 3, del artículo 25 LOJCA, el cual señala la competencia otorgada a los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa “... con excepción de las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones administrativas dictadas por la Administración del trabajo en materia de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral regulada por la Ley

¹⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 955 de fecha 23-09-2010. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/955-23910-2010-10-0612.HTML>. Más adelante, el 13-03-2012, la Sala Constitucional publicó en Gaceta Oficial N° 39.882 el *carácter vinculante* de dicha Sentencia.

¹⁵ “Artículo 259. La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el establecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Orgánica del Trabajo”, determinó que el conocimiento de la causa corresponde a los Tribunales Laborales. De esta forma surgió una *jurisdicción especial*, en la cual el Tribunal Laboral se convirtió en un “Tribunal Contencioso Eventual”: tribunal que, naturalmente, no es un tribunal contencioso administrativo, y que por circunstancias particulares, le toca actuar como tal. Así, la Sala Constitucional, por la *especialidad* de la materia laboral del caso “Central La Pastora, C.A.”, resolvió que aun cuando las Inspectorías del Trabajo son órganos administrativos dependientes de la Administración Pública Nacional, sus decisiones se producen en el contexto de una *relación laboral*, regida por la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual debe atenderse al contenido de la relación, más que a la naturaleza del órgano que la dicta, para determinar que el juez natural en este caso no es el contencioso administrativo, sino el laboral.

5. Finalidades del procedimiento para el registro de una organización sindical

Según HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, existen una serie de finalidades para cada procedimiento administrativo; en este caso: para el registro de una organización sindical. En ese sentido, a continuación se señalarán las finalidades que busca la procedimentalización del registro de una organización sindical:

A. El procedimiento para el registro de una organización sindical como derogación del régimen de derecho común

Precisamente por el gigantesco poder que ha venido desarrollando la Administración Pública sobre las instituciones en general, esta finalidad ha permitido que las instituciones laborales, y con ello el Derecho del Trabajo, creen un procedimiento especial para el registro de una organización sindical, derogando así el Derecho Común que regía sobre ellos. Es decir, se creó un procedimiento administrativo para el registro de organizaciones sindicales, traducido en un procedimiento *ad hoc*¹⁶ con una regulación especial, que deroga la normativa general o disposiciones precedentes que no contemplen nuevos aspectos dentro del campo social¹⁷. En ese sentido, se trata de un *procedimiento administrativo simple*, el cual va a generar un solo acto específico y ese es el registro de la organización sindical.

¹⁶ Entiéndase un procedimiento especial o específico para registrar a una organización sindical.

¹⁷ Hildegard Rondón de Sansó: *El Procedimiento Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1976, p. 72.

Por otro lado, debe aclararse que, a pesar de los pasos previos al registro de la organización sindical, ninguno de ellos constituye el acto administrativo final del procedimiento administrativo: la providencia administrativa que acuerda el registro de la organización sindical. Es por ello, que no puede considerarse al registro de una organización sindical como un *procedimiento administrativo complejo*, el cual conlleva dos o más actos administrativos dentro de un mismo procedimiento.

B. El procedimiento para el registro de una organización sindical como garantía jurídica de los trabajadores y patronos

Buscando más garantías para los trabajadores y patronos, frente a la actividad administrativa laboral, se encuentra el “procedimiento”, entendido como aquellas reglas que regulan un proceso, buscando la *jurisdiccionalización* o *procedimentalización* de la actividad administrativa, en materia laboral.

Este “procedimiento” para registrar una organización sindical, va a constituir un medio de garantía jurídica para el trabajador o para el patrono, del cual va a generarse como consecuencia, los principios generales que regulan el *iter*¹⁸, para proteger a las partes en el procedimiento; adaptando así las reglas procesales a las necesidades administrativas laborales. Por todo lo anterior, se crea un tipo de procedimiento especial (procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical), que se convierte en una garantía jurídica¹⁹.

C. El procedimiento para el registro de una organización sindical como medio de valoración de los intereses

Aquí, las partes que actúan, trabajadores o patronos, no tienen una contraposición de intereses o una situación contradictoria, sino un objetivo de colaboración o una finalidad de cooperación con los Organismos Administrativos del Trabajo (MPPPST, RNOS o Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo) para la obtención de fines públicos. En ese sentido, las partes son portadoras de intereses que serán valorados dentro del procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical²⁰.

¹⁸ Entiéndase los pasos o las fases a seguir dentro del procedimiento administrativo para registrar una organización sindical.

¹⁹ H. Rondón de Sansó, *Loc. Cit.*, pp. 72-73.

²⁰ *Ibidem*, p. 73.

D. El procedimiento para el registro de una organización sindical como técnica administrativa

El registro de una organización sindical tiene una finalidad técnica: la racionalización y eficacia en la actuación de los Organismos Administrativos del Trabajo, es decir, del MPPPST, del RNOS o de la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo. En ese sentido, el procedimiento se convierte en un medio al servicio de la Administración Laboral, buscando la mejor manera para el desarrollo de una conducta administrativa deseada, a través del *principio de eficacia* y el *principio de rapidez procedimental*²¹.

En Venezuela, el registro de una organización sindical cumple con una *racionalización*, esto es, la LOTTT organiza sistemáticamente el procedimiento para registrar una organización sindical, buscando mejorar el rendimiento de las instituciones involucradas en dicho procedimiento administrativo. Sin embargo, en la práctica, muchas veces es ineficaz el procedimiento, y con él los órganos administrativos laborales, porque no cumplen con el objetivo deseado: el registro de una organización sindical. Tampoco cumplen con una rapidez procedimental, pues, tal es el retardo que caracteriza a las Inspectorías del Trabajo en Venezuela. Todo ello, ocurre gracias a la politización del órgano administrativo, a la simple corrupción o la obediencia de órdenes superiores.

6. Naturaleza del procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical

A. El procedimiento para el registro de una organización sindical y el orden público

El registro de una organización sindical es el instrumento a través del cual se realiza una función administrativa en el ámbito laboral para registrar cualquier organización sindical, convirtiéndose así en materia de *orden público normativo* (materia de inexcusable cumplimiento), ya que su violación afecta la validez del acto administrativo emanado: la providencia administrativa que acuerda el registro sindical; y el mismo, a su vez, no es susceptible de convención o de acuerdo entre las partes²².

En ese sentido, se da una dualidad en la expresión “Orden Público”, ya que por un lado se encuentra el *Orden Público Normativo*: el Estado-Ordenamiento, que significa el sistema coherente y unitario de valores y

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, p. 74.

principios; y por el otro lado se tiene el *Orden Público Administrativo*: el Estado-Persona, es decir, la regulación de la vida social²³.

B. Consecuencias derivadas de la naturaleza del procedimiento para el registro de una organización sindical, respecto a las fases: lapsos, vicios y la regulación jurídica

La misma naturaleza del procedimiento para registrar una organización sindical, genera las siguientes consecuencias:

(a) *El pacto entre los trabajadores o patronos que intervienen en el procedimiento para registrar una organización sindical*, de alterar fases, omitir alguna de ellas o modificar el procedimiento en cualquiera de sus regulaciones, no es válido. En ese sentido, el MPPPST, a través del RNOS o la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo, que dirigen el procedimiento para registrar una organización sindical, están dotados de poderes que son ajenos a los trabajadores o patronos, y que son poderes fundamentados en el ejercicio de la *potestad revocatoria*, como medio de auto-tutela administrativa²⁴.

La disponibilidad del término que beneficia a los trabajadores y patronos, se fundamenta en la lógica del procedimiento: *el logro del fin*. Esto quiere decir que, el procedimiento para registrar una organización sindical, no es un trámite inútil de la actividad administrativa laboral, sino una secuencia dirigida a un objetivo específico: verificar las irregularidades o faltas que puedan afectar al registro de una organización sindical²⁵.

(b) *El examen de los vicios en el procedimiento para registrar una organización sindical, que lesionan los principios de garantía jurídica de los trabajadores o patronos*, puede realizarse de oficio, es decir, no necesita ser alegado previamente por el afectado. Dicho examen, puede realizarse tanto en sede administrativa, ante el órgano que conoce del procedimiento, ya sea el RNOS o la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo, en razón del *Principio de Autotutela Administrativa*, así como también en sede jurisdiccional, ante los Tribunales del Trabajo, como objeto del recurso contencioso administrativo²⁶.

El *vicio en el procedimiento para registrar una organización sindical*, forma parte de los “vicios de forma del acto administrativo”, tales como: (a) irregularidades precedentes a la providencia administrativa que acuerda el registro de la organización sindical (*p.e.j.* no tener el número requerido de afiliados, no haber presentado el Acta de Asamblea con las firmas de los

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 75.

²⁵ *Ibidem*, p. 76.

²⁶ H. Rondón de Sansó, *Loc. Cit.*, p. 76.

trabajadores), e (b) irregularidades que afectan al acto administrativo como instrumento, es decir, irregularidades que se encuentran dentro del texto de la providencia administrativa que acuerda el registro de la organización sindical y sus formalidades externas en general (*p.e.j.* cuando la Providencia Administrativa está basada en un *falso supuesto de hecho*²⁷).

Tanto en los *vicios del procedimiento* para registrar una organización sindical, como en los *vicios de forma* de la providencia administrativa que acuerda el registro de la organización sindical, deben distinguirse dos tipos de formalidades: (a) las *formalidades sustanciales*: aquellas en las cuales su omisión o cumplimiento irregular obliga a decidir de forma distinta a como hubiese sido de haberse cumplido tales formalidades; y las (b) *formalidades no sustanciales*: su falta o vicio no afecta el contenido de la decisión²⁸.

En ese sentido, los vicios en el procedimiento para registrar una organización sindical no siempre se dan por el incumplimiento de *formalidades sustanciales*, sino que es necesario verificar que el vicio haya lesionado los principios de garantía jurídica de los trabajadores o patronos, afectando así la decisión dentro de la providencia administrativa que acuerda el registro de la organización sindical. Esto es así, ya que de atribuirle un valor determinante al procedimiento, se estaría atentando contra su *flexibilidad*. Mientras que, por el contrario, si se minimiza se podría vaciar el contenido de su función misma. La solución a todo este problema, se halla en el *justo término*: facultad que tiene el órgano administrativo o jurisdiccional, que conoce del procedimiento para registrar una organización sindical, de apreciar si la irregularidad en el mismo ha tenido o no influencia sobre la decisión de la providencia administrativa que acuerda el registro de la organización sindical, lesionando con ello la situación subjetiva de alguno de los trabajadores o patronos. Esto, es una cuestión de grados que implica mediana incertidumbre jurídica; sin embargo, con la aplicación de los principios generales del Derecho y logrando el fin que pretende el procedimiento administrativo para registrar una organización sindical, puede llegarse a soluciones que impidan su rigidez, y que traben el desarrollo de la función que persigue²⁹.

(c) *La decisión del recurso contra la providencia administrativa que acuerda el registro de la organización sindical*, debe de atender primero a los *vicios de forma*, hayan sido o no denunciados por los trabajadores o patronos (en los casos que se encuentren *formalidades sustanciales*); ya que siendo el vicio en el procedimiento un *vicio de forma*, tiene prioridad sobre el fondo del asunto. Esto

²⁷ Entiéndase cuando la Administración dicta un Acto Administrativo fundamentado en hechos inexistentes, falsos o no relacionados con el objeto de la decisión.

²⁸ H. Rondón de Sansó, *Loc. Cit.*, p. 76.

²⁹ *Ibidem*, pp. 76-77.

es un precepto que se deduce de los principios que inspiran la técnica de formación de una sentencia³⁰.

(d) *La interpretación de la norma constitucional en el Derecho Venezolano*, lleva a la conclusión de que la materia de los procedimientos administrativos, en general, y por ende el procedimiento para registrar una organización sindical, forma parte de la *reserva legal*; ya que al darle rango de ley al procedimiento para registrar una organización sindical, significa una institución de gran importancia para el ordenamiento jurídico, puesto que los procedimientos administrativos quedaron excluidos del libre ejercicio de la potestad reglamentaria³¹.

7. Principios que rigen al procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical

Acogiéndose este trabajo nuevamente a lo establecido por HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, se tienen los principios que impregnan al procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical, los cuales son:

A. Principio de legalidad

Es la columna vertebral de la actuación administrativa, siendo la base del Estado de Derecho (Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, en Venezuela, según el artículo 2 de su Constitución). Dicho principio comprende que el MPPPST, el RNOS y la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo, deben someterse al denominado *bloqueo de legalidad*, refiriéndose a la norma constitucional, a las leyes, a los reglamentos y a los principios que la doctrina y la jurisprudencia crean³²; es decir: a la CRBV, a la LOTT, a la LOPA en caso supletorio, al Derecho venezolano y demás leyes de la materia.

Este principio limita a la actividad administrativa laboral, de manera tal que el MPPPST, el RNOS o la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo, solamente están facultados para aquello que los autorice expresamente la ley; circunscribiendo así su actuación a lo establecido en la norma³³.

El *principio de legalidad*, se verifica jurídicamente por la concurrencia de cinco condiciones a saber: (a) la *reserva legal*: espacio donde sólo la ley puede intervenir, es decir, el sometimiento del MPPPST, el RNOS y la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo a las leyes formales, convirtiéndose en

³⁰ *Ibidem*, p. 77.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, p. 80.

³³ *Ibidem*.

ejecutora de las normas emanadas del Poder Legislativo; (b) el *orden jerárquico normativo*: el orden jerárquico de sujeción de las normas a la ley; (c) la *selección de la norma aplicable al caso concreto*, con la prohibición de alterar lo establecido por el MPPPST, el RNOS y la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo, en normas generales, mediante actos singulares; (d) *precisar los poderes que la norma le confiere al MPPPST, al RNOS y a la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo*, en virtud de la cual deben perseguir el interés público en todas sus actuaciones; y por último (e) la *nulidad de los actos administrativos* que infrinjan cualquiera de los principios del procedimiento para registrar una organización sindical³⁴, con base a lo establecido en el artículo 25 de la CRBV): “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley, es nulo...”.

B. Principios relativos a las garantías jurídicas

Son los principios que buscan asegurar las situaciones jurídicas subjetivas de los trabajadores y patronos, que son “parte” en el procedimiento administrativo para registrar una organización sindical³⁵. Ellos son:

a. Principio de participación intersubjetiva

Es la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores y patronos, por ser titulares de ellos, frente al MPPPST, el RNOS o la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo. Se le llama igualmente *principio contradictorio* o *Audire Alteram Partem*, porque no se limita exclusivamente a resolver conflictos entre los trabajadores y patronos, sino también de estos contra la Administración Laboral. Además este principio se encuentra enlazado con los principios de *igualdad de las partes* e *imparcialidad del órgano* que dicta la providencia administrativa que acuerda el registro de una organización sindical³⁶. Por otro lado, el principio busca también: (a) la verificación del objeto del procedimiento para registrar una organización sindical y su correcta interpretación; (b) la actuación del derecho subjetivo; y (c) la tutela de los derechos e intereses de los trabajadores y patronos³⁷.

El *principio de participación intersubjetiva*, es la piedra angular de todo procedimiento administrativo, y, por tanto, del registro de una organización sindical, ya que el mismo no se limita a garantizar la presencia de los trabajadores o patronos en el procedimiento y su derecho a ser oído, sino que

³⁴ *Ibidem*, pp. 80-81.

³⁵ H. Rondón de Sansó, *Loc. Cit.*, p. 81.

³⁶ *Ibidem*, pp. 81-82.

³⁷ *Ibidem*, p. 82.

también garantiza su activa intervención y participación en él, por lo cual surge la necesidad de ser informado preventivamente sobre el desarrollo de las fases que componen al procedimiento: acceso al expediente administrativo y obtención de copias del mismo, y su conexión también con el *principio de publicidad*. Se trata también de un principio que abarca mucho más de su propia esfera, como lo es el deber de los Organismos Administrativos del Trabajo, o sea, del MPPPST, del RNOS y de la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo, de asistir e instruir a los trabajadores o patronos, protegiéndolos de la negligencia e impericia que impiden la defensa de sus intereses dentro del procedimiento para registrar una organización sindical³⁸. Todo el fundamento normativo de este principio se encuentra en el numeral 1, del artículo 49 de la CRBV, cuando sostiene el *debido proceso* tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas, y en consecuencia el *derecho a la defensa*.

b. Principio de igualdad formal

Prescindiendo de que la posición económica de los trabajadores o patronos, juega sobre su posición procesal, prescindiendo también de que los trabajadores o patronos participantes en el procedimiento para registrar una organización sindical no están en paridad con el MPPPST, el RNOS y la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo que ha de decidir, por no disponer del interés público, y, honestamente, prescindiendo de la politización de los órganos administrativos laborales y de los sindicatos en Venezuela como caso específico; la noción de paridad o de *igualdad formal* viene a ser el principio en virtud del cual tanto trabajadores como patronos, dentro del registro de una organización sindical, deben tener un idéntico tratamiento por parte de los funcionarios competentes para decidir³⁹.

Este principio busca: (a) la igualdad de tratamiento formal de todos los trabajadores o patronos interesados, (b) determinación de los medios procedimentales en relación a las exigencias específicas de cada una de las partes, e (c) identidad de trato de los trabajadores o patronos que intervengan en el registro de una organización sindical para percibir los beneficios o soportar los sacrificios que se impongan, en igualdad de condiciones⁴⁰. Todo ello con fundamento en el artículo 21 de la CRBV, que establece la *Igualdad ante la Ley*.

³⁸ *Ibidem*, p. 84.

³⁹ *Ibidem*, p. 85.

⁴⁰ *Ibidem*.

c. Principio de imparcialidad

Este principio alude a la posición que tienen el MPPPST, el RNOS y la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo, frente a los trabajadores o patronos interesados en registrar una organización sindical, en el sentido de que ni el Ministerio, ni el Registro, ni las Inspectorías del Trabajo pueden inclinarse a favor o en contra de alguno de los solicitantes. La imparcialidad es un refuerzo del *principio de igualdad*, y opera igualmente a favor de la Administración Laboral, depurando su actuación de todo aquello que es ajeno al fin perseguido por el procedimiento⁴¹; es decir, que los Organismos Administrativos del Trabajo no pueden estar predispuestos ni a favor, ni en contra de alguno de los trabajadores o patronos interesados en registrar una organización sindical, obligándolos a ponderar cada uno de los intereses cuya tutela realizan, en relación con el interés público que les ha sido conferido. En ese sentido, la imparcialidad sólo alude a la posición equidistante de los trabajadores y patronos interesados en registrar una organización sindical frente al Ministerio, al Registro o la Inspectoría del Trabajo⁴².

Por otro lado, debe señalarse, además, la ineficiencia del *principio de imparcialidad*, cuando la norma otorga al órgano decisor, una amplia facultad discrecional. Lógicamente no debería existir contrastes entre la *imparcialidad* y la *discrecionalidad*, cuando esta última se entiende como la libre escogencia de la solución que mejor satisfaga el interés protegido; pero una extensa discrecionalidad sólo compagina con la imparcialidad cuando esté reforzada por el *principio de motivación del acto*⁴³, o sea, la motivación de la providencia administrativa que acuerda la creación de la organización sindical.

Por último, se encuentra la politización del órgano administrativo que decide la suerte del procedimiento para registrar una organización sindical, sobre todo cuando la Administración Laboral venezolana, se encuentra predispuesta a los patronos y a favor de los trabajadores, y que solamente será efectiva su *imparcialidad*, cuando ella verdaderamente tenga una independencia personal, donde sus decisiones no estén afectadas por instrucciones de órganos superiores: algo que ocurre en Venezuela desde la tercera década del Siglo XX, y que, lamentablemente, aún persiste en el Siglo XXI (sabiendo que, hasta la fecha, algunos países ya han corregido este tipo de males). Sin embargo, a pesar de lo anterior, todavía existe una institución que garantiza el *principio de imparcialidad*, y esa es la *motivación* de la

⁴¹ *Ibidem*, p. 87.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*, p. 88.

providencia administrativa que acuerda el registro de una organización sindical⁴⁴.

d. Principio de publicidad

Este principio alude a los trabajadores o patronos involucrados en el registro de una organización sindical, y a la colectividad. Cuando se trata de las partes del procedimiento para registrar una organización sindical, hablamos de una “publicidad relativa” (*inter partes*), en la que los trabajadores o patronos participantes dentro del procedimiento, deben tener acceso a las cuestiones que se debaten en el mismo. Cuando se trata de la colectividad, hablamos de una “publicidad absoluta”, traducida en la disponibilidad al público de los actos y los documentos oficiales, con fundamento en la democracia que ciñe a la Administración Laboral, es decir, al MPPPST, al RNOS y a la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo, actuando de forma accesible y transparente, informando sobre todo lo que ella realiza dentro del procedimiento para registrar una organización sindical. Así, se tiene que la regla que priva sobre la Administración Laboral debe ser informar, y el secreto debe ser su excepción⁴⁵.

En ese sentido, la “publicidad relativa” es la que interesa que se cumpla como garantía de las partes en el registro de una organización sindical, ya que sólo se hace efectiva cuando el interesado tiene acceso al expediente y a todas las actuaciones administrativas. Mientras que la “publicidad absoluta” será el conocimiento de la actuación administrativa del Ministerio, del Registro o de la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo, por los trabajadores y patronos, teniendo como límite el secreto que trata asuntos de Estado⁴⁶.

e. Motivación de la providencia administrativa que acuerda el registro de una organización sindical

Este principio es una de las garantías que refuerza la *imparcialidad*, porque constituye el medio establecido a favor de los trabajadores o patronos para que puedan conocer de las razones del órgano administrativo laboral que actúa, ya sea el RNOS o la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo, es decir, el orden lógico de su raciocinio: (a) la congruencia entre los hechos, (b) el razonamiento y la decisión, y (c) los intereses perseguidos a través de la

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 90.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 91.

providencia administrativa que acuerda el registro de la organización sindical⁴⁷.

La *motivación de la providencia administrativa que acuerda el registro de una organización sindical*, es la expresión externa formulada de los motivos del RNOS o de la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo, manifestada a través y dentro de la providencia administrativa emitida que acuerda el registro de la organización sindical. Es decir, la motivación es la exteriorización de las razones que acuerdan el registro de una organización sindical, como medio de verificación y control⁴⁸.

Por otro lado, la motivación adquiere rango de principio general, en resguardo de las garantías jurídicas de los trabajadores o patronos, y la *inmotivación* pasa a ser la excepción. Finalmente, la motivación se convierte en un requisito solemne de la providencia administrativa que acuerda el registro de una organización sindical, en su última fase⁴⁹.

Por todo lo anterior, puede notarse que la *motivación de la providencia administrativa que acuerda el registro de una organización sindical* significa exigir, a través de ella, la congruencia de la decisión administrativa apegada a los principios administrativos, tales como la *verdad material*; siendo el único medio de control de la *potestad discrecional*, de acuerdo con el interés de la colectividad⁵⁰. Y, por último, debe corregirse la pobreza de la Administración Pública venezolana, al momento de motivar el acto administrativo.

C. Principio de economía procedimental: garantía de la eficacia de la actuación administrativa laboral

El *principio de economía procedimental* tiene como objetivo inmediato, hacer más eficiente la actuación de los Organismos Administrativos del Trabajo que guían al procedimiento para registrar una organización sindical: el RNOS, la Sala de Registro de la Inspectoría del Trabajo y el MPPPST. Es también llamado *principio de simplicidad técnica*, equiparándolo al *principio de economía procesal* que rige al proceso civil. A través de este principio, se busca simplificar el registro de una organización sindical, acelerando el curso de los expedientes para el interés de los trabajadores y patronos, y el público en general⁵¹.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 92-93.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 95.

⁵¹ *Ibidem*, p. 96.

La economía procedimental, en la *función jurisdiccional*, se subordina a la exigencia de la certeza del Derecho; mientras que en la *función administrativa* no encuentra subordinación alguna, ya que la Administración Laboral debe proveer de forma inmediata la satisfacción de necesidades concretas y de forma *mediata* aplicar el Derecho⁵². En el procedimiento para registrar una organización sindical, la aplicación del *principio de economía procedimental* se realiza en la práctica, mediante la utilización de las técnicas de la Ciencia Administrativa, buscando la “racionalización del trabajo o de la conducta administrativa”, es decir, la eficiencia de la actuación administrativa laboral, a través de los “métodos de racional desarrollo de la acción administrativa”. Por ello, a medida que mejoran las técnicas administrativas y se modernizan los sistemas, progresa la aplicación de la economía procedimental, abarcando la aplicación de todos los principios que rigen al procedimiento para registrar una organización sindical⁵³.

Por último, debe señalarse que en Venezuela pocas veces se disminuyen los lapsos inútiles, mucho menos se acelera el curso de los expedientes administrativos, sobre todo en las Inspectorías del Trabajo.

CONCLUSIÓN

Se espera haber cubierto gran parte de todo este tema, pues, verdaderamente es un tema que se escapa de largo y profundo. Sin embargo, se cree, es un halo de luz que desea brindar aportes y soluciones sobre todo lo que impregna al *procedimiento administrativo para el registro de una organización sindical*, ya que, en honor a la verdad, mucho queda por corregir dentro de la CRBV, la LOTTT, el MPPPST, el RNOS y las Inspectorías del Trabajo, y todos los procedimientos administrativos laborales que en ellos se realizan.

⁵² *Ibidem.*

⁵³ *Ibidem.*

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD VENEZOLANA POR NATURALIZACIÓN

Marjorie Rocio Maceira Ortega¹

Resumen: *La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, dedica un Capítulo a la Nacionalidad y Ciudadanía, en el cual se dispone un aparte especial relativo a la nacionalidad derivada o por naturalización, este aparte se desarrolla en la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía donde se establece el procedimiento administrativo correspondiente para que los interesados puedan optar a la Carta de Naturaleza como venezolano. En este sentido, este artículo tiene por finalidad evaluar el procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización, conforme a las disposiciones constitucionales y legales vigentes, para lo cual se verificará entre otros aspectos su fundamento constitucional, los elementos del procedimiento, los principios que lo rigen y la clasificación del mismo conforme a su estructura y objetivo.*

Palabras clave: *Procedimiento administrativo – Nacionalidad venezolana – Naturalización.*

SUMARIO. I. Marco general del procedimiento administrativo. 1. Fundamento Constitucional y legal del procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización. II. Elementos del procedimiento administrativo. 1. Elemento material. A. Características. a. Fases del procedimiento. a'. Fase de iniciación. b'. Fase de sustanciación. c'. Fase de terminación. 2. Elemento teleológico. III. Principios del procedimiento administrativo. 1. Principio de legalidad (bloque de legalidad). 2. Principio de participación intersubjetiva (debido proceso). 3. Principio de igualdad ante la ley. 4. Principio de imparcialidad. 5. Principio de publicidad. 6. Motivación del acto, que viene a reforzar el principio de imparcialidad. 7. Principio de economía procedimental. 8. Principio de flexibilidad probatoria. 9. Principio de actuación de oficio (carácter inquisitivo y saneador). IV. Tipo de procedimiento administrativo. **Conclusión. Bibliografía.**

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, inspirada tal y como lo señala su Exposición Motivos por las principales tendencias que se han desarrollado en derecho comparado y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, reconoce expresamente el principio de progresividad en la protección de tales derechos, conforme con cual el Estado garantizará a toda persona natural o jurídica, sin discriminación alguna, el

¹ Abogada de la Universidad Central de Venezuela (2003).

respeto, el goce y el ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los mismos.

En ese orden de ideas, en el título relativo a los derechos humanos del texto constitucional, se dedica un capítulo especial a la nacionalidad y ciudadanía, manteniéndose conforme al mismo los criterios atributivos de la nacionalidad originaria, marcado como se verá al inicio del trabajo por el *ius soli* y el *ius sanguinis*, al tiempo que desarrolla lo relativo a la nacionalidad derivada o por naturalización.

En cuanto a la nacionalidad derivada o por naturalización, se dispuso en la Constitución venezolana vigente la necesidad de una ley que se encargara de regular todo lo relativo a la adquisición, opción, renuncia y recuperación de la nacionalidad venezolana, así como con la revocación y nulidad de la naturalización. En ese sentido, a través de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía se establece el procedimiento administrativo correspondiente para que los interesados puedan optar a la Carta de Naturaleza de ser el caso.

En consecuencia, este artículo tiene por finalidad evaluar el procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización, conforme a las disposiciones constitucionales y legales respectivas, desde la perspectiva general que dan tanto la doctrina nacional como la extranjera con respecto a los procedimientos administrativos en general.

I. MARCO GENERAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Como bien es sabido, el vínculo político con el Estado-Nación, entendido como *ciudadanía*, surgió con la ciudad antigua. Así en Grecia y en Roma era una cualidad que atribuía el derecho a participar en los asuntos de la ciudad y que derivaba de la integración plena a la comunidad política de ciudadanos. Esa pertenencia se basaba en la articulación de un elemento territorial y uno personal: el nacimiento en el ámbito territorial de la ciudad y la adhesión a las normas de la ciudad (ética ciudadana) que otorgaban el poder de participación.

Con el advenimiento del Estado, la ciudadanía se funda en una concepción distinta cuyo objetivo es diferenciar jurídico-políticamente, con todos los efectos que ello conlleva, a quienes forman parte de la colectividad nacional (la ciudad se integra en la Nación) y son titulares de los derechos correspondientes, de aquellos que permanecen fuera del nexo con el Estado nacional, y por tanto, carecen de esos derechos.

Al respecto MEIER² destaca que esa categoría jurídico-política de la ciudadanía comprende dos vínculos del individuo con el Estado, íntimamente asociados: el primero de ellos, está asociado al *vínculo nacional o ciudadanía nacional*, que viene a expresarse en la condición de nacional o también denominada nacionalidad originaria, y el segundo, es el vínculo político de la ciudadanía en su sentido estricto o *ciudadanía política* que atribuye la titularidad y ejercicio de los derechos políticos o cívicos.

Con respecto al primer vínculo, es decir, el relativo al vínculo nacional o ciudadanía nacional, se puede decir que, la nacionalidad originaria se constituye por dos principios jurídicos fundamentales dependiendo del ordenamiento jurídico-positivo de cada Estado: el *ius soli* (derecho del suelo) o el hecho de haber nacido en el territorio del Estado, principio común de los Estados del Hemisferio Americano; y el *ius sanguinis* (derecho de la sangre) o el hecho de ser hijo de padres originariamente nativos del Estado que atribuye la nacionalidad de los primogénitos, aunque el descendiente hubiese nacido en el extranjero (ambos padres, o uno de ellos).

Al lado de la nacionalidad originaria, los Estados reconocen una nacionalidad adquirida, es decir, la que le es atribuida al extranjero residente cuando cumple las condiciones establecidas en la ley para que le pueda ser otorgada la “carta de nacionalidad” o “ciudadanía nacional”.

1. Fundamento Constitucional y legal del procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, en el Título III denominado de los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes. Capítulo II De la Nacionalidad y Ciudadanía, Sección Primera: de la Nacionalidad, establece los mecanismos para adquirir la nacionalidad venezolana, a saber:

(a) Por el hecho del nacimiento o nacionalidad originaria, marcado por el denominado *Ius soli* y el *Ius sanguinis*, que de acuerdo al texto constitucional, específicamente en el artículo 32, la adquiere toda persona al momento de nacer, y así expresamente se prevé en la norma constitucional:

Artículo 32: Son venezolanos y venezolanas por nacimiento:

² Henrique Meier: “Estado, nacionalidad y ciudadanía”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 6. Universidad Monteávila. Caracas, 2015, p. 53.

³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2009). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

1. Toda persona nacida en el territorio de la República.
2. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento y madre venezolana por nacimiento.
3. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezca su residencia en el territorio de la República o declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.
4. Toda persona nacida en el territorio extranjero de padre venezolano por naturalización o madre venezolana por naturalización, siempre que antes de cumplir dieciocho años de edad, establezca su residencia en el territorio de la República y antes de cumplir veinticinco años de edad declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.

Este supuesto, comprende a los nacidos en el territorio de la República; a quienes hubieren nacido en territorio extranjero, hijo o hija, de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezcan su residencia en el territorio de la República o declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana; e incluso a las personas nacidas en territorio extranjero de padre o madre venezolano por naturalización, siempre que antes de cumplir los 18 años de edad establezcan su residencia en el territorio nacional y antes de cumplir los 25 años de edad declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.

(b) Por un hecho posterior al nacimiento o nacionalidad derivada, es la otorgada a los extranjeros mediante *carta de naturaleza* en los supuestos que contempla el artículo 33 del texto constitucional, vale decir, en los casos siguientes:

- a. Cuando se domicilien en el país con residencia ininterrumpida de, por lo menos, 10 años inmediatamente anteriores a la fecha de la respectiva solicitud;
- b. A los originarios de España, Portugal, Italia, países latinoamericanos y del Caribe sólo se les exige 5 años de residencia ininterrumpida;
- c. Cuando el extranjero o extranjera contraiga matrimonio con venezolano o venezolana, desde que declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana, transcurridos por lo menos 5 años desde la fecha del matrimonio;
- d. Los extranjeros menores de edad para la fecha de naturalización del padre o la madre que ejerza la patria potestad, siempre que declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad antes de cumplir los 25 años de edad y hayan residido en el país ininterrumpidamente durante los 5 años anteriores a la fecha de dicha declaración.

El supuesto antes expresado y contenido en el artículo 33 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, representa el eje principal de este artículo al analizar el procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización.

Así las cosas, el mismo texto constitucional en el artículo 38⁴ previó que la Ley dictaría de conformidad con las normas relativas a la nacionalidad y ciudadanía, las normas sustantivas y procesales que se relacionen con el tema relativo a la adquisición, opción, renuncia y recuperación de la nacionalidad venezolana, así como con la revocación y nulidad de la naturalización.

En el año 2004, conforme con las normas constitucionales antes enunciadas a través de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía⁵, se desarrolla en el Título III Capítulo I las normas generales para la adquisición de la nacionalidad por naturalización, específicamente en los artículos 21 y siguientes, al tiempo que, en el citado texto legal en el Capítulo II del mismo título se desarrolla sistemáticamente el procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización desde el artículo 26 y siguientes del mencionado cuerpo normativo.

Otro texto legal que sirve de fundamento legal al procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización, es la Ley Orgánica de Registro Civil⁶, señalándose expresamente que entre los actos y hechos jurídicos que deben inscribirse en el Registro Civil, se encuentran los actos relativos a la adquisición, opción, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad venezolana y nulidad de la naturalización.

Este instrumento normativo consagra el derecho del que gozarán las personas que hayan obtenido la nacionalidad venezolana mediante carta de naturaleza a ser inscrita en el Registro Civil, al tiempo que, estatuye las formalidades que se deben cumplir para la declaración de voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.

La normativa anteriormente descrita viene a constituir el fundamento Constitucional y legal del procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización.

⁴ “Artículo 38: La ley dictará, de conformidad con las disposiciones anteriores, las normas sustantivas y procesales relacionadas con la adquisición, opción, renuncia y recuperación de la nacionalidad venezolana, así como con la revocación y nulidad de la naturalización”.

⁵ Ley de Nacionalidad y Ciudadanía (2004). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.971 del 01-07-2004.

⁶ Ley Orgánica de Registro Civil (2009). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.264 del 15-09-2009.

II. ELEMENTOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La autora RONDÓN DE SANSÓ⁷ define el procedimiento administrativo, como la secuencia de actuaciones dirigidas a la emanación de un pronunciamiento que corresponde a una autoridad administrativa.

De acuerdo con dicha definición y tomando en cuenta lo aducido por la autora antes mencionada, en el procedimiento bajo análisis se recogen tanto el *aspecto formal* como el *aspecto dinámico*, pues en este procedimiento se destacan como elementos esenciales, la sucesión de momentos en el tiempo en los cuales se desarrollan una serie de actividades que tienden a la creación de un efecto jurídico.

En ese sentido, en el procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización, se pudiese hablar de la existencia de dos elementos fundamentales de los procedimientos administrativos. Por una parte, el cúmulo de actuaciones, esto es, el *elemento material*, y por la otra, el hecho de que todas esas actuaciones estén dirigidas a la producción de un mismo efecto jurídico, lo que viene a constituir el *elemento teleológico*, elementos que serán desarrollados a continuación.

1. Elemento material

A. Características

En el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización, se observan una serie de actuaciones vinculadas para la obtención del efecto determinado con las siguientes características, como lo indica RONDÓN DE SANSÓ⁸:

(a) Existencia de verdaderos *actos jurídicos*, en el sentido más amplio del término, esto es, declaraciones de un sujeto, productoras de efectos conocidos por el derecho.

En este procedimiento, se encuentran desde el inicio del mismo verdaderos actos jurídicos, cuando por ejemplo, en el artículo 26 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía ya citada, se prevé como uno de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización, la presentación de una solicitud motivada, debidamente autenticada y con las condiciones desarrolladas en el artículo 134 de la Ley Orgánica del Registro

⁷ Hildegard Rondón de Sansó: *El procedimiento administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1976.

⁸ *Ibid.*, p. 35.

Civil, así como la decisión final que es publicada a tenor del artículo 31 de la mencionada Ley de Nacionalidad y Ciudadanía.

(b) En este orden de ideas, se aprecia igualmente un procedimiento con actuaciones *heterogéneas*, en cuanto a la naturaleza de las funciones que a través de las mismas se desarrollan, a la de los actos y, al carácter de los participantes. Es decir, en dicho procedimiento se encuentran por una parte manifestaciones de voluntad del solicitante y por otra manifestaciones de conocimiento por parte de la administración, entre otros actos, que se desarrollarán más adelante en este artículo.

(c) Actuaciones con relativa *autonomía*. Las actuaciones que se desarrollan en el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización no pierden tal y como sostiene la autora RONDÓN DE SANSÓ⁹ su propia individualidad o eficacia, lo cual permitiría pues la posibilidad de impugnaciones de actos que se desarrollen a lo largo del procedimiento.

(d) A la par de la característica indicada en el párrafo que antecede, el procedimiento está revestido de *auxiliaridad* en los elementos integrantes del mismo respecto al acto final, una vez que se consigue el efecto perseguido, éste adquirirá frente a los otros actos que lo anteceden una posición de preeminencia.

(e) Finalmente, dentro de las características que vienen a distinguir el procedimiento administrativo en referencia, es la existencia de actuaciones *sucesivas*, con un orden de sucesión entre las actuaciones que se van desplegando a lo largo de este, conformándose las denominadas *fases del procedimiento*.

a. Fases del procedimiento

Con relación a las fases del procedimiento, señala ARAUJO¹⁰ que, siendo el procedimiento un instrumento formal para conseguir una decisión a una petición si procede de un administrado, o a una iniciativa si procede de la propia Administración Pública, y necesitando para ello de seguir un *iter*, se comprende, por un principio de orden técnico, que el camino se divida en una serie de fases que agrupen, en forma homogénea, las diversas actuaciones que lo componen.

En el caso en concreto, las fases del procedimiento se encuentran bien demarcadas y en ese sentido, podrían clasificarse de esta manera:

⁹ *Ibíd.*, p. 36.

¹⁰ José Araujo Juárez: *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*. Vadell hermanos Editores, Valencia.

a'. Fase de iniciación

El procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización como bien se indicó en el Capítulo I, se encuentra desarrollado en los artículos 21 y siguientes de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía.

Es un procedimiento que se inicia a *solicitud* de la persona extranjera interesada, debiendo acompañar a la solicitud los recaudos previstos en el Artículo 26 de la Ley Nacionalidad y Ciudadanía. Nótese, en cualquier caso, que en el portal web del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería se estipulan otros recaudos adicionales a los ya previstos en la Ley.

b'. Fase de sustanciación

El procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización, se encuentra revestido de lo que la doctrina ha llamado como *acto de trámite*¹¹, específicamente de actos de trámites simples y calificados o que tienen eficacia resolutive.

Así por ejemplo, dentro del procedimiento *in comento*, se observan entre otras actuaciones como actos de trámites simples y actos de trámite de eficacia resolutive¹² los siguientes:

- a. *Revisión de los documentos* (acto de trámite simple), todo ello en atención a lo previsto en el artículo 27 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía.
- b. *Despacho saneador* (acto de trámite de eficacia resolutive). En este caso se realiza una notificación al interesado y se le otorga un lapso para el cumplimiento de las exigencias legales, si la persona interesada no subsana se presumirá que no tiene interés en adquirir la nacionalidad venezolana y se ordenará el archivo del expediente.

¹¹ La función de los *actos de trámites* es pues, servir de presupuesto de la decisión final y constituir una garantía de su acierto. En efecto, normalmente los actos de trámites están dirigidos a impulsar, ordenar y mantener el curso del procedimiento administrativo, cubriendo las distintas etapas, provocando su avance, su progresión. *Ibíd.*, p. 185.

¹² Actos que van a producir efectos jurídicos y por tanto se convierten en un acto decisorio para el interesado, como sería el caso planteado en el artículo 28 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía que se aplica un despacho saneador para que el interesado subsane lo requerido por la administración y que luego de transcurrido el lapso señalado en la norma sin que el interesado hubiese efectuado la subsanación correspondiente se presumirá que no tiene interés y por tanto se ordenará el cierre del expediente.

- c. *Prórroga.* La Ley de Nacionalidad y Ciudadanía en su articulado previó la posibilidad de otorgar una prórroga para que el interesado pueda subsanar las exigencias legales señaladas por el órgano competente y que se tramita el procedimiento.
- d. *Preparación de la decisión.* El órgano competente, vale decir, el Servicio Administrativo, de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), procederá a la revisión de la documentación consignada por el solicitante y a su vez analizará la existencia de alguna de las condiciones favorables establecidas en el artículo 23 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía.

c'. Fase de terminación

El procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización termina por:

- a. *Otorgar la carta de naturaleza,* procediéndose a la publicación en la Gaceta Oficial. Publicación esta última que se corresponde con una fase complementaria de eficacia del acto más no de su validez.
- b. *Negar la carta de naturaleza,* a través de un acto debidamente motivado, contra el cual, según disposición expresa del texto legal, no tiene recursos administrativos, quedando sólo abierta la posibilidad de acudir al órgano judicial.

2. Elemento teleológico

Como bien indica RONDÓN DE SANSÓ¹³, el segundo elemento constitutivo de la noción del procedimiento administrativo es la coordinación de los actos (elemento material) para la obtención de un fin.

En ese sentido, señala la Doctora en referencia que los estudios más actualizados sobre el procedimiento administrativo le asignan como objetivo esencial la tarea de agrupar los intereses que son llevados hasta el mismo, por las distintas figuras subjetivas que participan en él; verificar su existencia, contraponerlos y ponderarlos en relación a los fines que el órgano que ha de decidir persigue como elemento esencial de su actividad.

Conforme con lo anterior, los intereses que han de ser verificados, constatados y ponderados pueden de ser de muy distinta índole, ya que van, desde los intereses públicos que pueden ser tanto generales como de sectores determinados como intereses no públicos, en el sentido que puedan

¹³ H. Rondón de Sansó: *El procedimiento administrativo...* ob. cit., p. 41.

corresponder a la colectividad sin ser de un ente público; pueden ser de grupos organizados o simplemente de particulares.

En definitiva, pudiere decirse que el elemento teleológico está asociado al fin del procedimiento, qué es lo que busca el órgano que ha decidir.

Para el caso en concreto, es decir, para el procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización, vale la pena acotar que como bien es sabido por todos, *la nacionalidad* ha sido entendida como un derecho humano fundamental; de ahí que justamente haya sido regulada en nuestro texto constitucional en el título relativo a los Derechos Humanos y Garantías.

BREWER-CARÍAS¹⁴ ha indicado que la nacionalidad venezolana se ha definido como el vínculo especial que une a la persona con el Estado venezolano.

Tomando en consideración estos dos aspectos, es decir, que sea entendida la nacionalidad venezolana como un derecho humano fundamental y como ese vínculo especial que va a unir a la persona con el Estado venezolano, el régimen de la nacionalidad es de la primera importancia para el Estado y su soberanía.

Ya en ese sentido, cita el autor BREWER-CARÍAS una sentencia de la extinta Corte Federal y de Casación de 1951, que señalaba:

La nacionalidad es sin duda, una de las cuestiones más íntimamente vinculadas al principio de la soberanía del Estado; en tal materia está grandemente interesado el orden público puesto que en él está sentado uno de los aspectos más fundamentales de la existencia de cada Nación.

De aquí, por consiguiente el que los países al legislar sobre el principio de la nacionalidad, sean extremadamente cuidadosos y procedan muy de acuerdo con su seguridad, con sus intereses y con sus deberes, sobre todo cuando se trata de otorgar o atribuir la nacionalidad a un extranjero.

En el cumplimiento, pues, de todas las condiciones establecidas por la Ley, y por la Constitución Nacional para la adquisición de la nacionalidad, está estrechamente ligado al interés social y el orden público.

Consideramos la sentencia antes transcrita totalmente ajustada aun cuando sea de vieja data, a lo que representaría el fin en sí mismo del procedimiento para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización, por estar justamente la nacionalidad supeditada a los

¹⁴ Allan Brewer-Carías: *Régimen Legal de Nacionalidad, Ciudadanía y Extranjería*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.

principios que consagran la soberanía de Estado, en el orden público se encuentra uno de los ejes fundamentales de la vida de la Nación.

Los Estados en ese sentido, no sólo pueden sino que además deben extremar las garantías de cuidado, en su seguridad, derechos e intereses cuando se esté ante un procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización, encontrándose muy vinculado todo el tema relativo al interés social y al orden público.

En ese sentido, no cabe duda que este procedimiento viene a constituir una garantía jurídica o un medio para la valoración de intereses: por una parte, el derecho a la nacionalidad como un derecho humano fundamental y por otra parte, el orden público con el interés que pueda tener cada Estado en preservar su soberanía.

Así pues de lo explanado anteriormente no cabe la menor duda que con el establecimiento de este procedimiento administrativo desde un punto de vista estrictamente jurídico se busca darle un tratamiento debido a la aspiración que tenga el solicitante de la nacionalidad venezolana y que finalmente tendrá como fin incorporar en la vida política y civil del Estado a quienes se les otorgue la nacionalidad, permitiéndote además un ejercicio de soberanía en cuanto al reconocimiento o no que le soliciten al Estado venezolano, garantizándose en todo momento la protección del interés social y del orden público.

III. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Los principios procedimentales son las reglas que informan todo un procedimiento al servicio de un proceso, en materia de procedimientos administrativos se podrán tener varios matices, existirán principios que se repiten en uno y otro procedimiento.

Para el caso del procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización, rigen básicamente los principios de legalidad, participación intersubjetiva, principio de igualdad ante la ley, principio de imparcialidad, principio de publicidad, motivación del acto, principio de economía procedimental, principio de flexibilidad probatoria y, el principio de actuación de oficio. Todos estos principios serán detallados a continuación:

1. Principio de legalidad (bloque de legalidad)

Principio que representa la columna vertebral de la actuación que debe desplegar la administración, es la condición esencial para su existencia. La

legalidad ha sido entendida en general como la base del Estado de derecho y el presupuesto de la acción administrativa. En ese sentido, se ha señalado que la administración debe someterse a la regla de derecho preexistente, vale decir, a la Constitución como norma fundamental y a las leyes que rigen el procedimiento.

De igual manera, en el desarrollo del procedimiento administrativo debe preponderar el respeto al orden jerárquico de las normas, la administración igualmente debe ceñirse a lo previsto en las normas generales y, la administración en toda actuación ha de seguir el interés público.

2. Principio de participación intersubjetiva (debido proceso)

Este principio alude al derecho esencial de los titulares de intereses o derechos frente a la Administración de defenderlos, pudiendo participar directamente con el carácter de “parte” en causa, en toda acción administrativa que la concierna.

Ha sido entendido este principio como el eje o punto de partida de todo procedimiento administrativo, en el sentido de que este no se limita a la simple presencia del interesado en el propio procedimiento, ni tampoco a su derecho a ser oído, sino que viene a constituir la garantía de su activa intervención, de allí que sea necesario sea notificado previamente de las fases del mismo, de que está capacitado para acceder al expediente, esto vendría pues a señalar que supone la existencia durante el desarrollo del procedimiento administrativo de la garantía del debido proceso prevista en el artículo 49 del texto constitucional venezolano¹⁵.

¹⁵ “**Artículo 49** El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley. 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano, o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto. 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere

3. Principio de igualdad ante la ley

Este principio si bien encuentra su sustento en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el mismo desde el punto de vista del procedimiento administrativo se encuentra orientado básicamente a la igualdad de tratamiento formal de todas las partes e interesados, a la determinación de todos los medios procedimentales con respecto a las exigencias específicas de cada una de las partes y, la identidad de trato de los administrados que intervengan en el procedimiento para percibir o no los beneficios en igualdad de condiciones.

4. Principio de imparcialidad

Alude a la posición de la Administración frente a los sujetos que intervienen en el procedimiento, la cual ha sido equidistante, conforme a la cual ésta no puede inclinarse en base a circunstancias extrañas a los intereses que se ventilan en el mismo, es un refuerzo de la garantía de igualdad formal y que opera igualmente en favor de la Administración, depurando su actuación de todo aquello que es ajeno al fin perseguido por el procedimiento.

5. Principio de publicidad

En este procedimiento en particular se ve claramente esbozado el principio de publicidad, en cuanto a las partes y a la colectividad. En cuanto a la parte en el sentido, que la misma puede tener acceso desde el inicio del procedimiento al expediente que al efecto se conforme, hasta la publicación en Gaceta Oficial definitiva de la decisión en la que se le otorgue al particular la respectiva Carta de Naturaleza.

6. Motivación del acto, que viene a reforzar el principio de imparcialidad

Este principio definitivamente está íntimamente relacionado a la necesidad de la congruencia de la decisión administrativa con los principios

hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente. 8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas”.

de verdad material y que sirve como sustento y como único medio de control de la potestad discrecional en forma acorde con el interés de la colectividad. En el procedimiento bajo análisis exige el mismo texto legal la necesidad de la motivación del acto administrativo que niegue la carta de naturaleza solicitada.

7. Principio de economía procedimental

Este es un procedimiento que tiende básicamente a la simplificación de los procedimientos utilizados, eliminación de lapsos innecesarios, lapsos breves, procedimiento administrativo que en principio no debería exceder de nueve (9) meses.

8. Principio de flexibilidad probatoria

Procedimiento administrativo que prevé la posibilidad de demostrar alguna de las causas favorables previstas en la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía para la obtención de la Carta de Naturaleza. Conforme con ellos pues se da la posibilidad que el administrado puedan introducir cualquier elemento que pueda servir a la comprobación de sus intereses y pues por otra parte que la administración pueda analizar la denominada verdad material.

9. Principio de actuación de oficio (carácter inquisitivo y saneador)

Si bien el procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización su inicio corresponde a un particular de acuerdo a la disposición expresa de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, resulta ser un procedimiento de carácter inquisitivo desde el punto de vista del trámite procedimental, en el sentido que la administración debe buscar los elementos necesarios para formar su juicio, verificar los intereses en juego y en líneas generales vigilar la corrección y eficacia del procedimiento y de los actos realizados durante el mismo.

Así pues, se tiene cómo en este procedimiento el legislador contempló la posibilidad de la aplicación de un despacho saneador por la administración.

IV. TIPO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Tratando de encuadrar el procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización, dentro de la tipología de procedimientos administrativos dada por la doctrina, se pudiera clasificar el mismo de la siguiente manera:

En cuanto a *su estructura*, bien puede afirmarse que se está ante un procedimiento complejo, lineal y divergente, ello por cuanto supone la realización de dos o más actos dentro de la estructura del procedimiento; cada acto legitima al siguiente, un acto constituirá un presupuesto procedimental de una pluralidad, es decir, al otorgar la nacionalidad venezolana, se deberá inscribir la misma con lo cual se incorporará en la vida política y civil a quienes se les otorgue la misma. Según el *grado*, se trata de un procedimiento de primer grado.

Ahora bien, con respecto a la tipología del procedimiento administrativo para adquirir la nacionalidad venezolana por naturalización conforme a su objetivo, tal y como lo sostiene RONDÓN DE SANSÓ¹⁶, se trata de un *procedimiento constitutivo*, en cuanto a que tiende a generar la producción de actos cuyo efecto es el nacimiento, la modificación o la extinción de situaciones subjetivas o de varios de tales efectos conjuntamente, y dentro de este procedimiento constitutivo puede bien señalarse que se trata de un *procedimiento concesorio*, porque con este procedimiento se produce una ampliación de la esfera subjetiva de los administrados, en cuanto a que se da una atribución de una especial condición jurídica, señalando la Doctora RONDÓN DE SANSÓ¹⁷ que se trata de actos relativos a la calificación jurídica de los sujetos, citando expresamente la autora *in comento* la concesión de nacionalidad o naturalización.

CONCLUSIÓN

Esbozado como fue este artículo, puede concluirse que efectivamente se cumplió el mandato del Constitucionalista de generar un procedimiento administrativo para la adquisición de la nacionalidad venezolana por naturalización.

Procedimiento administrativo, con unos elementos bien determinados, fases sencillas, donde se manifiesta claramente el cumplimiento de los principios procedimentales señalados en este artículo, procedimiento además como bien fuere destacado tiende a generar la producción de actos cuyo efecto es el nacimiento de una situación jurídica en el particular, produciéndose una ampliación de la esfera subjetiva del particular, al atribuírsele la condición de ciudadano venezolano por naturalización.

Sin embargo, resulta importante destacar y que ello no debe perderse de vista que si bien hay un derecho del particular corresponde a la administración sopesar los intereses que se encuentran presentes en estos

¹⁶ H. Rondón de Sansó: *El procedimiento administrativo...* ob. cit., pp. 48-50.

¹⁷ *Ibid.*, p. 52.

casos, ello por cuanto más allá de otorgar o no la Carta de Naturaleza a un particular, hay una manifestación de soberanía donde le corresponde Administración velar por la protección del orden público, interés social y la soberanía del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo Juárez, José. *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*. Vadell hermanos Editores, Valencia.

Brewer-Carías, Allan. *Régimen Legal de la Nacionalidad, Ciudadanía y Extranjería*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2005.

Ferrer Rojas, Luis Enrique. "La Doble Nacionalidad en el Ordenamiento Constitucional venezolano". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 5. UCV. Caracas, 2009.

García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1980.

Meier, Henrique. "Estado, nacionalidad y ciudadanía". *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 6. Universidad Moteávila. Caracas, 2015.

Rondón de Sansó, Hildergard. *El procedimiento administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1976.

EL CURIOSO “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO” EXPROPIATORIO PREVISTO EN LA LEY DE EMERGENCIA PARA TERRENOS Y VIVIENDA

Jesús Villegas¹

Resumen: *En el presente artículo se analiza de una manera general la normativa prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Emergencia para Terrenos y Vivienda, y de manera particular lo relacionado al procedimiento expropiatorio especial previsto en dicho instrumento legal y su cumplimiento o no de las garantías expropiatorias derivadas del artículo 115 constitucional, especialmente la de la fase judicial de dicho procedimiento.*

Palabras clave: *Procedimiento expropiatorio – Derecho a la vivienda – Derecho a la propiedad privada.*

SUMARIO. Introducción. I. Consideraciones generales sobre la ley de emergencia. **II.** Del procedimiento expropiatorio previsto en la ley de emergencia. **III.** Críticas. **Conclusión.**

INTRODUCCIÓN

En el ejercicio de sus facultades legislativas extraordinarias, derivadas de la ley habilitante del 17 de diciembre de 2010² el entonces Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez, dictó por espacio de 18 meses, 54 decretos leyes. La causa principal que motivó al Presidente de la República a solicitar dicha habilitación y en consecuencia a dictar los referidos actos normativos, estribó en la situación cierta de emergencia, derivada de las fuertes lluvias que se suscitaron en todo el territorio nacional en los meses de noviembre y diciembre del año 2010.

Esa ley habilitante, como toda ley de su categoría, a la par de establecer un amplio margen temporal de 18 meses de habilitación legislativa, dispuso una amplísima habilitación desde un punto de vista material, enmarcada en 9 grandes áreas en las cuales se delegó la facultad de legislar, y de las cuales sólo una de ellas (artículo 1, numeral 1) tenía vinculación directa con el tema de las lluvias, situación que como vimos fue el motivante inicial para solicitar la referida habilitación.

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2009).

² Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que se delegan, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.009, Extraordinario, de fecha 17-12-2010.

Entonces, como advirtiera la doctrina³ en su oportunidad en el sentido de establecer que la mayoría de los decretos leyes dictados con ocasión a la referida ley habilitante no tenían relación alguna con la emergencia causada por las lluvias en los últimos meses del año 2010, y teniendo en cuenta que el decreto ley objeto de análisis se erige en un instrumento normativo destinado a hacer frente a la crisis de vivienda agravada por las circunstancias naturales ya referidas (artículo 1), bien pudiéramos adelantar opinión para afirmar que ese decreto ley pudo haber sido uno de los pocos instrumentos normativos que fueron dictados en estricto apego del motivo fundamental de la ley que condicionó su emisión.

Pues bien, dentro de los 54 decretos leyes dictados con ocasión a esa ley habilitante, destaca el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Emergencia para Terrenos y Vivienda⁴, el cual, además de ser un instrumento que consagra de manera directa en cabeza del ejecutivo nacional la facultad expropiatoria, dispone a su vez, un singular procedimiento expropiatorio para llevar a cabo dicha facultad.

En el presente artículo, a la par de examinar de manera general algunos aspectos de interés derivados del régimen legal del presente decreto ley, queremos examinar de forma particular, el especial procedimiento expropiatorio previsto en dicho instrumento normativo, el cual advertimos desde ya, la doctrina⁵ no ha vacilado en darle el carácter de verdadero “procedimiento administrativo”.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LEY DE EMERGENCIA

Dentro de los tipos normativos de la Constitución, entendiendo por tales, a las categorías de normas que reconoce el texto constitucional, destacan las leyes de base, de desarrollo, orgánicas, ordinaria, los decretos leyes, entre otros. Con respecto a estos últimos, la doctrina⁶ ha reconocido el abuso que de los mismos se ha hecho al punto de ser claros instrumentos de limitaciones de

³ Jorge Kiriakidis: “Las leyes pluviosas de los años XI, XII y XIII (Algunas consideraciones en torno a la Ley Habilitante de 17-12-10)”. *Revista de Derecho Público*. N° 130. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, p. 20.

⁴ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Emergencia para Terrenos y Vivienda, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.018, Extraordinario, del 29-01-2011 y reimpresso por error material en la Gaceta Oficial N° 39.626 del 01-03-2011.

⁵ José Ignacio Hernández: *La expropiación en el derecho administrativo venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2014, p. 310.

⁶ José Gregorio Silva: “Del abuso en la pretendida Constituyente”. *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Compiladores: Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, p. 380.

derechos constitucionales en un claro e indebido ejercicio de ampliación de las atribuciones de la Administración Pública.

Ahora bien, lo primero que hay que decir, es que los decretos leyes orgánicos, no figuran expresamente en el catálogo de tipos normativos parlamentarios nacionales⁷ que recoge expresamente el texto constitucional. Antes bien, estas especies o tipologías, fueron creadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a través de su jurisprudencia⁸.

La crítica fundamental que se le hace al concepto es que las materias reservadas a ser reguladas por leyes orgánicas no pueden ser objeto de delegación al poder ejecutivo⁹. Sin embargo, este principio parece haber sido omitido deliberadamente por el poder ejecutivo, a tal punto que de los 54 decretos leyes dictados en el marco de la ley habilitante del 2010, al menos 14 de ellos¹⁰, tienen el carácter de decretos leyes orgánicos, siendo uno de ellos, justamente, la ley de emergencia.

Por otra parte, esta especial categoría normativa rompe con el principio de enunciación de las fuentes del derecho según el cual el particular conoce de antemano los instrumentos normativos a los que puede acudir a la hora de plantear una controversia, todo ello en abono de la seguridad jurídica de los ciudadanos. También, lesiona el principio de las mayorías requeridas para la creación de leyes orgánicas, lo que deriva en un problema de legitimación al ser producto de la voluntad de un funcionario, el Presidente de la República, y no de la exigencia constitucional de la mayoría de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, como lo establece la Constitución. No obstante ello, la Sala Constitucional¹¹ siguiendo su criterio ya mencionado, declaró el carácter orgánico del presente decreto ley.

El referido Decreto garantiza y desarrolla los mecanismos para asegurar la eficacia de un derecho constitucional como lo es el derecho a la vivienda (artículo 1).

⁷ José Peña Solís: *Los tipos normativos en la Constitución de 1999. (Tesis sobre los principales problemas interpretativos que origina su regulación)*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005.

⁸ Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1719 del 01-09-2001, caso: Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación y N° 3 del 28-01-2011, caso: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda.

⁹ J. Peña Solís: *Los tipos normativos en la Constitución de 1999... Op. cit.*, p. 234.

¹⁰ Antonio Silva y Gabriel Sira: "Decretos-Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en Ley Habilitante, en el período 2010-2012". *Revista de Derecho Público*. N° 130. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 26-39.

¹¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 3/2011, ya citada.

De una simple lectura del articulado del decreto ley, salta a la vista de forma más que evidente, cómo de manera reiterada, se hace alusión a la obligación del Estado venezolano de garantizar el derecho a la vivienda, lo cual no es más que una derivación necesaria de lo previsto en el artículo 82 de la Constitución nacional. Sin embargo, cuando la Administración hace uso de una de sus potestades (la potestad expropiatoria) que le permite incluso limitar y restringir el derecho de propiedad, facultad derivada en este caso de la ley que comentamos, instrumento normativo que a su vez, como ya vimos, procura de manera ostensible garantizar el derecho a la vivienda de todos los ciudadanos, nos encontraríamos en una clara situación de tensión entre dos derechos fundamentales de los cuales no vale derivar ninguna relación de jerarquía de uno sobre el otro.

Muchos son los artículos que de una u otra forma, mencionan el deber del Estado venezolano de garantizar el derecho constitucional a la vivienda, más en concreto, de esta tendencia es notoriamente revelador el contenido del artículo 2 de dicho texto, en donde se establece que el Estado garantizará el derecho a una vivienda digna, dando prioridad a aquellas familias que se encuentren en riesgo vital, así como, las que no posean vivienda propia y a las parejas jóvenes que estén fundando familia. Este artículo sin embargo, no es más que la reiteración de lo dispuesto en el artículo 82 constitucional en donde se establece el derecho a la vivienda y la consiguiente obligación del Estado venezolano en su satisfacción.

Este artículo 2, habría que adminicularlo con el artículo 12 de la ley en donde se establece que, ningún interés particular privará sobre el interés general de la sociedad en la ejecución de obras y acciones para el cumplimiento de dicha normativa, es decir, aunque no se dice expresamente, bien podemos concluir de antemano que la ley asume que el interés general de las personas por una vivienda digna estaría por encima de cualquier interés particular, incluyéndose en estos, al derecho a la propiedad privada de los particulares. La ley es clara entonces, al sostener la primacía de los derechos colectivos sobre los particulares. Esta tendencia sin embargo, ha sido criticada por la doctrina¹² al llamar la atención ante la preponderancia general o apriorística de los intereses colectivos sobre los individuales, al considerarla una visión bastante "frágil".

Al margen de la situación de conflicto de dos derechos fundamentales, en el presente caso, se omitió de manera deliberada cualquier mención al derecho de propiedad y más en concreto al derecho de propiedad privada del

¹² Jesús María Casal: *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. LEGIS. Caracas, 2010, p. 186.

particular que sufre la medida de afectación de su bien, ya sea mediante una medida administrativa o mediante el procedimiento expropiatorio como tal.

Más allá de extendernos en consideraciones que escapan al objeto del presente trabajo, queremos dejar en claro lo censurable de una tendencia a efectuar la ponderación partiendo de manera apriorística en que un determinado derecho ostente un valor más alto sobre otro, puesto que, dado que la Constitución no trae un sistema general de jerarquización de los derechos por ella reconocidos, conviene en principio tratarlos como lo que son, derechos de un mismo rango y jerarquía y porque en definitiva, al Estado le compete asegurar todos los derechos fundamentales y no solamente algunos de ellos, aun cuando estos puedan encontrarse en conflicto¹³.

Es loable que la Administración garantice el derecho a la vivienda, de hecho al hacerlo ejecuta la Constitución, está cumpliendo de manera expresa con un mandato constitucional. Lo que no puede ser es que cuando tal aseguramiento se persigue mediante la especial técnica de la expropiación como la figura más intrusiva¹⁴ del derecho de propiedad debe tenerse en cuenta y respetarse las garantías de tal derecho. Es legítimo que se quiera garantizar el derecho a la vivienda. No obstante, es totalmente censurable que se omita cualquier consideración en torno al derecho de propiedad, derecho fundamental del mismo rango y por consiguiente de la misma jerarquía que el derecho que la ley quiere garantizar.

El DLEPTyV es entonces, un instrumento normativo enmarcado en la política oficial del Estado venezolano de regular la asignación de vivienda a los sectores más vulnerables. En ese sentido, el tema del reconocimiento al derecho a una vivienda digna, es ciertamente, uno de los temas novedosos incorporados en el texto constitucional de 1999. Se trata, de un derecho subjetivo que tiene todo ciudadano, más en concreto, junto con el derecho a la educación, a la alimentación, entre otros, el derecho a la vivienda figura dentro del ámbito de los llamados derechos sociales, entendidos como aquellos derechos humanos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad.

En efecto, el derecho a la vivienda es un derecho claramente reconocido por la norma fundamental, y más en específico encuadrado dentro de los llamados derechos sociales (artículo 82). También, se trata de un derecho típicamente prestacional, en tanto su reconocimiento como derecho

¹³ Gabriel Sira Santana: "Potestades de la Administración contrarias al Derecho de Propiedad, 'en defensa' de la vivienda". *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 10. Universidad Monteávila. Caracas, 2016, p. 44.

¹⁴ J.I. Hernández: *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...Op. cit.*, p. 279.

fundamental implica como correlativo la exigencia de actuaciones positivas en cabeza del Estado.

Es un derecho fundamental, de carácter social y típicamente prestacional, reconocido así por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁵ e inclusive, un derecho humano reconocido en diversos instrumentos internacionales de los cuales la República es parte, entre ellos, Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Por otra parte, el derecho de propiedad asumió su carácter de derecho fundamental con el nacimiento del Estado de derecho y más en concreto como un derecho individual fundamental. No obstante, esa noción individualista se morigeró con el tiempo para dar paso a la noción de la “función social de la propiedad” a tal punto que al día de hoy sirve esa noción como criterio tomado por la doctrina¹⁶, la ley¹⁷ y la jurisprudencia¹⁸, para justificar cualquier limitación sobre el derecho de propiedad.

La ley en comento, no hace mención expresa al tema del derecho de propiedad del particular ni mucho menos de la función social de la propiedad, más bien, y como ya vimos, la misma parte del principio de la primacía de los derechos colectivos representado por el derecho a la vivienda de todos los ciudadanos en condiciones que así lo requieran, sobre los particulares, representado por el derecho subjetivo de propiedad de quien eventualmente sería sujeto de una medida de expropiación sobre su bien, a los fines de la ejecución de viviendas (artículo 12).

En el derecho venezolano y de acuerdo al Código Civil (artículo 538), solo existen dos tipos de propiedad, la privada, que es aquella que le pertenece a los particulares y la pública, la cual le pertenece al Estado. Esto es bueno precisarlo, ya que últimamente en varias leyes nacionales¹⁹ se ha querido consagrar nuevos tipos de propiedades entre ellas colectiva, familiar, multifamiliar, mancomunada o mixta, conceptualizaciones todas estas que

¹⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1714 del 14-12-2012, caso: Promotora Parque La Vega C.A.

¹⁶ J.I. Hernández: *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...Op. cit.*, p. 27.

¹⁷ Ley de tierras urbanas, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.933, Extraordinario, del 21-10-2009.

¹⁸ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 343 del 06-05-2016, caso: Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela y otros Programas Habitacionales del Sector Público.

¹⁹ Por ejemplo, artículo 9 de la Ley del Régimen de Propiedad de las Viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela, Gaceta Oficial N° 6.021 Extraordinario del 06-04-2011.

bajo ningún caso pueden ser consideradas como propiedad privada, en lo que ha sido llamado como una clara tendencia de degradación del lenguaje y en específico de una deconstrucción jurídica del derecho de propiedad²⁰.

Más allá de las diversas caracterizaciones que los derechos a la vivienda y a la propiedad puedan tener, se trata en definitiva de verdaderos derechos fundamentales al ser reconocidos expresamente por el texto constitucional y en razón de lo cual, repetimos, no cabe aplicar ninguna relación de jerarquía de un derecho sobre el otro.

Por otra parte, uno de los artículos más importante a tener en cuenta es el artículo 5 de la ley. Como consideramos de suma importancia el presente artículo, resulta oportuno transcribir en su totalidad su contenido, el cual dice lo siguiente:

Artículo 5. Se declararán de utilidad pública, Interés social e importancia estratégica, los inmuebles no residenciales, así como, los terrenos urbanos o rurales abandonados, ociosos, subutilizados o sobre los que exista un uso Inadecuado a los fines del Poblamiento, para el buen vivir de la población en las Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (AVIVIR). Igualmente, se declaran de utilidad pública e interés social, aquellos bienes esenciales que el Ejecutivo Nacional califique como necesarios para la ejecución de proyectos habitacionales.

Esta norma habría que leerla en dos partes. La primera de ellas, la que establece la declaratoria de utilidad pública sobre los inmuebles no residenciales, los terrenos urbanos o rurales abandonados, ociosos, subutilizados o sobre los que exista un uso inadecuado a los fines del poblamiento. Esto quiere decir que de acuerdo a la norma, la declaratoria de utilidad pública versa sobre los dos tipos de bienes ya reseñados.

Esa norma ha sido criticada por varias razones. Primeramente, en cuanto a su segundo párrafo la manera tan abierta en que fue redactada, no deja lugar a dudas en que se trata de una amplia e ilimitada habilitación al ejecutivo nacional para expropiar cualquier bien que considere necesario para la ejecución de proyectos habitacionales, situación que deriva en el uso arbitrario de la potestad expropiatoria.

Otra de las críticas que se le hace al artículo es que no debe hacerse la declaratoria de utilidad pública por un decreto ley, ya que una de las garantías básicas de la expropiación, es que su ejecución parta del principio de separación de poderes, así, esta declaratoria pertenece a la llamada fase legislativa del procedimiento expropiatorio, como actividad que recae de

²⁰ José Ignacio Hernández: “Breve nota sobre la propiedad privada de las viviendas de la gran misión vivienda Venezuela”. *Revista de Derecho Público*. N° 145/146. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016, p. 117.

manera exclusiva en los órganos colegiados que representan a la soberanía nacional, en nuestro caso, la Asamblea Nacional, como titular de la rama legislativa del poder público y surgida del procedimiento constitucionalmente previsto para la formación de las leyes²¹.

A su vez, se trata esta declaratoria de una clara deslegalización a favor del ejecutivo. Recordemos que es al legislativo al que le corresponde esta declaratoria la cual debe estar contenida en una ley, general y abstracta, situación que evidentemente se quebranta en el presente artículo, al ser el poder ejecutivo el que podrá determinar cuál o cuáles bienes singulares o concretos podrán ser objeto de la potestad expropiatoria. También, esa declaratoria al versar sobre bienes concretos rompe con el principio fundamental según el cual toda declaratoria debe recaer sobre obras o actividades que justificarán el ejercicio de la potestad expropiatoria.

Finalmente, queremos traer a colación que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tuvo oportunidad de conocer de una demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad contra varias normas entre ellas la ley que nos ocupa, pero que sin embargo, y antes de resolver el fondo del asunto, la Sala decidió en su oportunidad²² declarar "inadmisibile" la demanda de nulidad interpuesta, al no resultar procedente la acumulación planteada de los recursos interpuestos en el caso concreto.

II. DEL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO PREVISTO EN LA LEY DE EMERGENCIA

La figura de la expropiación ha sido definida como la institución de derecho público tendente a procurar la transferencia forzosa de la propiedad al Estado, esto no es más que la noción sustantiva de la institución²³. Pero también, la expropiación ha sido definida desde un punto de vista adjetivo o formal, como el procedimiento mediante el cual se lleva a cabo esa transferencia forzosa de la propiedad²⁴. Ese procedimiento, desde luego, no es un procedimiento administrativo per se, en tanto y en cuanto dicho trámite no se agota necesariamente en la fase administrativa, a la par de que precisa de la intervención tanto del juez como del legislador. Es por ello que, como

²¹ J.I. Hernández: *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...Op. cit.*, p. 101.

²² Sentencia N° 56 del 20-02-2014, caso: Cervecería Polar C.A., Alimentos Polar Comercial, C.A. y Asociación Civil Centro de Atención Nutricional Infantil Antímamo (CANIA).

²³ Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2013, p. 717.

²⁴ Antonio Canova, Luis Alfonso Herrera y Karina Anzola: *¿Expropiaciones o vías de hecho?* FUNEDA-UCAB. Caracas, 2009, p. 100 y ss.

garantía de los particulares, se ha querido que en el mismo intervengan las tres ramas clásicas del Poder Público (legislativa, ejecutiva y judicial).

En el ordenamiento jurídico además de la ley de expropiación existen diversas leyes administrativas que regulan la materia, lo cual quiere decir que, no hay impedimento para que a través de leyes administrativas se creen procedimientos expropiatorios. La figura del rescate agrario, prevista en el artículo 82 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola²⁵ constituye en claro ejemplo de un procedimiento administrativo expropiatorio²⁶. Entonces, en la práctica, leyes administrativas especiales pueden consagrar procedimientos expropiatorios también especiales. Sin embargo, lo que no puede ocurrir, es que tales procedimientos pretendan sustraerse de la obligación de respetar el conjunto de garantías expropiatorias manifestadas en las 3 fases del mismo.

Tradicionalmente se ha pretendido enfocar o más bien derivar la potestad expropiatoria del propio artículo 115 constitucional. De esta situación da cuenta la doctrina²⁷, al advertir cómo en forma errónea se ha dado por reconocer al 115 constitucional como el fundamento de la potestad expropiatoria. Este artículo sin embargo antes que tal potestad lo que viene a reconocer son las garantías básicas expropiatorias. Esas garantías básicas de la expropiación la conforman las tres fases en que la misma se desenvuelve, esto es, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Con especial referencia a los fines de este artículo, queremos centrar la mirada en la fase judicial y la correspondiente justificación o razón de ser de dicha fase como manifiesta garantía expropiatoria.

Por otra parte, si bien corresponde en este punto abordar el tema central del artículo, el del procedimiento expropiatorio, consideramos necesario incluir en este apartado, el tema de las medidas administrativas, que de acuerdo a la ley, está facultada la Administración en dictar. Ello lo afirmamos porque de acuerdo a la letra de la ley el procedimiento expropiatorio queda supeditado claramente a la emisión de medidas administrativas. Así, de acuerdo al título VII el ejecutivo nacional está facultado para dictar las medidas de ocupación de urgencia y ocupación temporal, sin embargo, a estas medidas habría que agregarle la medida de ocupación previa, consagrada en el artículo 10 de la ley, Se trata entonces, de un régimen de medidas

²⁵ Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario del 29-07-2010.

²⁶ Allan Brewer-Carías: "La figura del 'Rescate' administrativo de tierras agrícolas de propiedad privada regulada en la reforma de ley de tierras y desarrollo agrícola de 2010, su inconstitucionalidad, y el tema de la acreditación de la titularidad de la propiedad privada sobre tierras rurales". *La propiedad privada en Venezuela. Situación y perspectivas*. Coordinadora: Laura Louza Scognamiglio. FUNEDA. Caracas, 2016, p. 140.

²⁷ J.I. Hernández: *La expropiación en el derecho administrativo venezolano...Op. cit.*, p. 82.

administrativas, que antes de estar conceptualizado en la ley de forma sistemática fue propuesto de una manera poco menos que dispersa.

En ese sentido, se establece en cabeza del ejecutivo nacional la facultad de dictar medidas con carácter de “preventivo”, “temporal” o “definitivo” (artículo 25). Con los dos primeros vocablos, no habría mayor problema, pero con el último sí.

En efecto, debemos recordar que dentro de los caracteres esenciales de toda medida administrativa encontramos los atributos de la provisoriedad y la instrumentalidad²⁸. La provisoriedad entendida en el sentido de que los efectos de la medida tienen una urgencia temporal limitada, son dependientes temporalmente hasta el momento en que sea dictado el proveimiento administrativo y la instrumentalidad en que necesariamente están preordenadas a la emanación ulterior de una providencia definitiva, razón por la cual no son un fin en sí mismas. Entonces, al pretender la ley darle el carácter de definitivas a las medidas administrativas que ella misma consagra, evidentemente esa situación entronca con los dos caracteres esenciales acabados de mencionar.

La naturaleza jurídica de las medidas contempladas en la ley es de simples medidas cautelares, y para ello, basta con leer el contenido del artículo 26, en donde se establecen como requisitos para su procedencia al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*. En ese sentido, lo primero que hay que decir es que la existencia de la potestad cautelar en sede administrativa, atiende al fenómeno que se ha dado por denominar como el de la “judicialización” del procedimiento administrativo, que no es más que, la extrapolación de instituciones propias del derecho procesal al ámbito del procedimiento administrativo. Esta situación, cuyo reconocimiento legislativo ha ido en ascenso en los últimos tiempos, ha sido cuestionada por la doctrina²⁹ al tratarse de una clara situación que debilita aún más la relación entre la Administración y los ciudadanos.

Al respecto, son reveladoras las palabras que esgrime la autora venezolana HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ en este sentido:

Las medidas cautelares deberían estar destinadas a evitar los riesgos derivados de circunstancias sobrevenidas que pudiesen afectar a las partes que estén sometidas en un juicio o en un procedimiento administrativo de naturaleza contenciosa, es decir, donde hay conflicto de intereses que deben ser decididos.

²⁸ Ricardo Henríquez La Roche: *Instituciones del Derecho Procesal*. CEJUV. Caracas, 2010, p. 380 y ss.

²⁹ Hildegard Rondón de Sansó: *El procedimiento administrativo y sus actuales tendencias legislativas*. FUNEDA. Caracas, 2011, p. 190.

Ahora bien, la Administración no se encuentra en los procedimientos administrativos en situación de debilidad, ni sus intereses están en peligro frente a los del administrado. Además, la Administración está dotada de grandes poderes de naturaleza pública de los cuales obviamente carece el administrado. Ante esta realidad, en nuestro criterio no tiene sentido alguno que se acuerden medidas cautelares a favor de la Administración. Exitoso sería el procedimiento administrativo que previese medidas cautelares a favor del administrado porque así se obtendría una cierta igualdad entre las posiciones del administrado y la Administración.

Nótese entonces, como la doctrina no es proclive al establecimiento vía legislativa de la potestad cautelar en sede administrativa pues tal situación redundaría en un acrecentamiento de la ya desbalanceada relación entre la Administración y los administrados.

Por otra parte, en cuanto al inicio del procedimiento expropiatorio, es necesario advertir que, técnicamente éste solo empieza una vez que la Administración dicte el decreto expropiatorio como acto administrativo de efectos particulares en el cual se individualizan los bienes a ser expropiados. Sin embargo la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia³⁰ ha sido del criterio de que en aquellos casos en los que una vez dictada una medida administrativa de ocupación y sin haber mediado, no obstante, un decreto de expropiación como tal, el procedimiento se encuentra en "fase inicial".

Ciertamente, estas medidas contempladas en la ley están asociadas indefectiblemente a un procedimiento principal que no es otro que el procedimiento especial expropiatorio. No obstante, no necesariamente el trámite de las medidas debe derivar en el ejercicio por parte de la Administración de la potestad expropiatoria y ello es así ya que en efecto la ley reconoce la posibilidad de que para el caso de que los estudios no acrediten la factibilidad del bien afectado este deberá ser devuelto a su titular (artículo 30).

Se pudiera entender que por la urgencia de las circunstancias tales medidas tienen carácter pre-procedimental, sin embargo, como quiera que están asociadas a un procedimiento expropiatorio, no hay proporción entre la ocupación y el procedimiento expropiatorio ya que al finalizar este la Administración perfectamente puede entrar en posesión directa del bien.

Por otra parte, una de las particularidades del reconocimiento de la administración de la potestad de dictar medidas administrativas es que

³⁰ Sentencias N° 1.108 del 26-10-2016, caso: Suheil Srouer Salum, 1125 del 17-10-2017, caso: Universidad Nacional Experimental del Táchira (UNET) y 1126 del 17-10-2017, caso: Jair Elizabeth Castañeda Suárez y otros.

mediante las mismas se pretende habilitar a la administración a ocupar materialmente el bien a expropiar lo cual le está vedado a la Administración, quien no puede llevar a cabo ningún acto de afectación del bien a expropiar sin la intervención del juez. En efecto, se entiende que determinado bien ha sido afectado, cuando sobre ese bien se ha dictado un decreto de expropiación o de afectación, como indistintamente se lo llama.

El principal acto de afectación en el marco del procedimiento expropiatorio lo constituye el decreto de expropiación. Pero también, puede la Administración, tomar posesión del bien en sede cautelar y mediante el visto bueno del juez. Sin embargo, pretender que la propia Administración sea quien pueda afectar el bien objeto de expropiación va en contra del principio general según el cual la Administración no puede ocupar el bien a expropiar salvo que medie expresa habilitación del juez.

Incluso, para el caso de que fuere dictado efectivamente un decreto de expropiación, tampoco la Administración podría llevar a cabo actos materiales de ejecución de dicho decreto, en razón de que en ese caso la potestad de autotutela ha sido suprimida como garantía para el particular y entonces para ejecutar el decreto únicamente podría ser posible o bien mediante el acuerdo de las partes o bien mediante el consentimiento del juez.

En la práctica estas medidas se dictan al margen de cualquier límite de temporalidad razonable al punto de erigirse en verdaderas afectaciones eternas en sede administrativa. Como dato ilustrativo de este punto, el lector puede dar cuenta de la sentencia N° 1108 del 26-10-2016, caso: Suheil Srour Salum, dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en donde se señaló lo siguiente:

De lo anterior se evidencia que la única actuación del Ejecutivo Nacional en el asunto bajo examen, ha sido la creación de las Áreas Vitales de Viviendas y de Residencias (AVIVIR) objeto del acto recurrido, con la respectiva declaratoria de urgencia de la ejecución de las obras (construcción de viviendas) y la orden de ocupación de urgencia de los inmuebles afectados; lo que constituye, conforme a las disposiciones del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda, la *fase inicial* del procedimiento allí establecido. (Destacado nuestro).

Al margen de cualquier consideración sobre el tema de fondo, interesa destacar un pequeño detalle, y es que se trata de la impugnación del Decreto Presidencial número 179 del 11 de junio de 2013 y de una decisión de fecha 21 de octubre de 2016, esto es, el particular demandante llevaba a la fecha más de 3 años con una afectación de un inmueble de su propiedad mediante una medida administrativa y sin que la Administración hubiera cumplido con su obligación legal de realizar los estudios técnicos a los fines de determinar la factibilidad de uso del bien a expropiar, situación totalmente censurable, y

más aún incluso, cuando la propia Sala ni siquiera insta a la Administración a cumplir con tal obligación de ley.

En definitiva, el establecimiento de las medidas en la ley permite concluir que existen una serie de inconsistencias, resumiéndolas todas ellas de la siguiente manera: (a) se trata de medidas que exceden por mucho el carácter provisional e instrumental, elementos estos fundamentales de toda medida administrativa; (b) se trata de medidas anticipativas, dictadas antes del inicio del procedimiento expropiatorio y sobre el bien objeto de expropiación; y (c) se trata de habilitaciones a la Administración para que esta pueda afectar el bien objeto de expropiación sin autorización previa del juez.

Para el caso de que la Administración inicie formalmente el procedimiento expropiatorio, la ley exige la presencia de varios requisitos, a saber, (a) que sean infructuosas las negociaciones previstas en el artículo 31; (b) que la ejecución de la obra se califique de urgente, (c) que se hayan declarado de utilidad pública e interés general las actuaciones y (d) que los estudios técnicos arrojen que el bien es factible de ser destinado a la finalidad perseguida por la ley (artículo 33).

Solo si se verifican esos 4 supuestos es que la Administración procedería a dictar el decreto de expropiación y con él se da inicio formalmente al procedimiento expropiatorio especial previsto en la ley. Tal y como está redactada la norma, se habilita a la Administración para que "ordene la expropiación", sin embargo ello está reñido con la garantía expropiatoria representada en la fase judicial, en donde es el juez única y exclusivamente, quien puede entre otras cosas declarar la procedencia de la expropiación. Observamos entonces una clara intención de la ley de suprimir u omitir la fase judicial en lo que se refiere a la posibilidad de que sea la Administración y no el juez la que ordene la expropiación.

Otro tema interesante en este procedimiento lo constituye el relativo al justiprecio. Y es que la ley de manera novedosa, remite el tema a una regulación especial (artículo 34) prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Determinación del Justiprecio de Bienes Inmuebles en los casos de expropiaciones de emergencia con fines de poblamiento y habitabilidad³¹, cuyo objeto es el establecimiento del procedimiento para determinar el justiprecio de los inmuebles a ser adquiridos por el Estado venezolano, a los fines del poblamiento y habitabilidad, en los casos de expropiación de emergencia, previstos en la ley que regula la materia de emergencia para terrenos y vivienda.

³¹ Gaceta Oficial N° 39.945 del 15-06-2012.

De nuevo, esto nos es más que la clara intención de sustraer el procedimiento de la fase judicial, en donde se persigue que sea la Administración la que de manera unilateral fije el justiprecio sin la intervención del particular y sin su debido control en el proceso de fijación del monto a ser pagado, recordando que una de las razones de la fase judicial es que sea el juez y no la Administración, el llamado a velar por la correcta definición del justiprecio.

También, advertimos una nueva arbitrariedad al establecerse que la sentencia recaída en el caso, constituirá el título de propiedad del bien la cual deberá ser registrada ante la oficina de registro correspondiente (artículo 36). Consideramos desacertado el contenido del artículo ya que en principio el juez en la sentencia declara procedente la expropiación y acuerda la ejecución del decreto de expropiación, sin embargo en el presente caso, el contenido de la sentencia solo se justifica para que la misma haga las veces de título de propiedad del bien. También, al ordenarse que de manera inmediata se proceda a dictar sentencia se cercena la posibilidad del particular de debatir la expropiación, en el marco de un juicio expropiatorio, desnaturalizándose de nuevo la fase judicial como una de las garantías expropiatorias derivadas del artículo 115 de la Constitución.

III. CRÍTICAS

Hemos destacado una serie de críticas a la ley, las cuales enumeramos de la manera siguiente:

- a. El manejo de la noción de que la propiedad privada, como derecho individual del particular, debe ceder ante las superiores exigencias del interés general representada en el presente caso por el derecho a la vivienda del colectivo.
- b. Uso arbitrario de la figura de las medidas administrativas. Posibilidad de dictar medidas de ocupación sin necesidad de acudir al Juez.
- c. La potestad expropiatoria está condicionada a la potestad de dictar medidas administrativas.
- d. A pesar de hablarse de un régimen de emergencia, extrañamente no se establecen tiempos por ejemplo para que la Administración lleve a cabo los estudios de factibilidad del terreno afectado que conducirán a su posterior expropiación.

- e. Uso arbitrario de las figuras de las medidas administrativas y en concreto la posibilidad de dictar medidas de ocupación sin necesidad de acudir a un juez.
- f. La manera en cómo está regulado el justiprecio constituye un riesgo de cara a la fase judicial como especial garantía expropiatoria de conformidad con el artículo 115 constitucional.
- g. Se prevé la posibilidad de que el inmueble sea ocupado previamente, antes incluso de dictarse el decreto de expropiación, cuando la ejecución de la obra se califique como de urgente, todo ello sin la intervención de un juez.
- h. En cuanto a la determinación del justiprecio del inmueble se prevé que sea la propia Administración Pública quien lo calcule, siendo que para ello es igualmente necesaria la intervención del juez, y la valuación objetiva e imparcial con el control de ambas partes, del justiprecio a pagar.
- i. Impedimento de ejercer el control difuso a la declaratoria de utilidad pública.
- j. En la orden de proceder a dictar inmediatamente la sentencia de expropiación se le imposibilita al particular la posibilidad de debatir la figura como tal de la expropiación.
- k. Al tradicional tema de las afectaciones eternas no resuelto por esta ley se le agrega el tema de las afectaciones también eternas y en el marco de medidas administrativas de ocupación.

CONCLUSIÓN

La presente normativa objeto de análisis, sirvió un sus inicios como un instrumento destinado a hacer frente a los graves problemas ocasionados con motivo de las lluvias, y en ese sentido, establecerse como un marco normativo destinado a hacer frente a la grave crisis de vivienda agravada con ocasión de tales lluvias.

De lo analizado, no exageramos en afirmar que tal normativa forma parte de esa tendencia que la doctrina³² ha denominado “el fomento legislativo a la vía de hecho”, sin embargo, debemos afirmar también que, es sumamente peligroso el reconocimiento de la noción del derecho de vivienda desde un

³² Juan Manuel Rafalli: “El fomento legislativo a la vía de hecho”. *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo: libro homenaje a Josefina Calcaño de Temelta*. FUNEDA. Caracas, 2010.

punto de vista populista³³, en donde se procura que los ciudadanos dependan cada vez más del Estado, porque deriva esa situación en este caso en la progresiva eliminación del derecho de propiedad privada e incluso en la libertad misma de todos los ciudadanos, y porque al final de cuentas, la propiedad privada pudiera quedar sujeta a un ejercicio arbitrario de la potestad expropiatoria, tal y como claramente se desprende de la normativa analizada.

³³ Mario Vargas Llosa: *El nuevo enemigo*. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2017/03/02/opinion/1488458309_164217.html

COMENTARIOS SOBRE LA EJECUTORIEDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA 405/2018 DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Ángel Alberto Díaz¹

Resumen: *La ejecutoriedad no es una novedad en los tiempos que corren, pero la dificultad que revela su puesta en práctica hace pertinente la mención sobre nuestro sistema de ejecución forzosa de actos administrativos, ello a los fines de concluir su eficacia frente a la contumacia de quien sea sancionado de acuerdo con la voluntad de la Administración Pública; ante el exiguuo tratamiento legislativo para la materia, y a pesar de la mera referencia a decisiones administrativas que imponen una obligación dineraria, el pronunciamiento judicial que desde la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal de la República ha tenido lugar respecto al asunto es de necesaria consideración académica. En tal sentido, el presente escrito busca mostrar brevemente pero de manera crítica la postura expuesta por el supremo órgano judicial acerca del tema.*

Palabras clave: *Ejecución forzosa – Administración Pública – Acto administrativo – Multas.*

SUMARIO. A modo de introducción. I. La ejecución forzosa de actos administrativos, una aproximación a su fundamento. **II.** La ejecutoriedad en Venezuela. **III.** Actual doctrina jurisprudencial sobre la ejecución forzosa de actos administrativos que imponen obligaciones dinerarias.

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Quien ha tenido contacto con el Derecho Administrativo seguramente se ha topado con una extraordinaria nota: las declaraciones de juicio, voluntad o constancia que, con arreglo a la legalidad, dicten los órganos administrativos crean, modifican y hasta suprimen situaciones jurídicas en forma plena, sin que resulte necesario el concurso de alguna otra autoridad. Entre la constelación de actuaciones jurídicas se erige la potestad de dictar Actos Administrativos, y estos propiamente constituyen, sin duda, una singularidad.

La peculiaridad aludida obedece a la esencial cualidad ejecutiva del proveimiento de la Administración Pública, característica esta que no puede afirmarse como privativa de las actuaciones de dicha organización, puesto

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2013).

que el Ordenamiento reconoce como ejecutivos a otros actos que proceden de actores diferentes, incluso fuera del ámbito *ius publicum* encontramos las letras de cambio y la hipoteca como claros ejemplos de títulos ejecutivos emitidos en virtud de relaciones de particulares y que corresponden indudablemente al Derecho Privado.

Que el Acto Administrativo produzca los efectos perseguidos sin necesidad de su homologación por un juez, describiendo así un inusitado tratamiento frente a la generalidad de títulos ejecutivos, no agota su particularidad, sino que acompañando a su independiente eficacia se observa otro formidable aspecto, su ejecutoriedad; esto es en pocas palabras, la realización fáctica por la propia Administración Pública de lo que acordó como tutora del interés colectivo. Y precisamente este último asunto es digno de todos los calificativos empleados en las líneas que preceden, ya que, como bien lo refiere CASSESE², significa una verdadera excepción a la prohibición de hacer justicia por sí mismo, lo cual, ante un fatuo e irreflexivo examen, podría parecer una contradicción a la convivencia social.

Que la Administración Pública pueda desplegar actuaciones materiales para hacer cumplir su pronunciada voluntad sin el apoyo de la judicatura, venciendo incluso por la fuerza la resistencia que pueda afrontar su natural cumplimiento, es un elemento vital del Derecho Administrativo, el cual, no supedita la existencia misma de la disciplina jurídica pero sí denota uno de sus rasgos medulares; y justamente, la decisión judicial cuyo bosquejo da pie a los párrafos que siguen muestra la posición fijada desde la Sala Política Administrativa del Máximo Tribunal patrio sobre la ejecutoriedad de actos administrativos que imponen la obligación de pagar una suma de dinero.

I. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS, UNA APROXIMACIÓN A SU FUNDAMENTO

Sin pretender redundar sobre los ingentes aportes que la doctrina ha expuesto respecto al tema aludido en el rótulo del presente apartado, ni la asunción de postura alguna que tilde de insuficiente la tinta empleada con tal propósito, es prudente mencionar en qué consiste la ejecutoriedad de los actos administrativos como principio cardinal del Derecho Administrativo³; así tenemos que la misma es un exorbitante privilegio en virtud del cual las

² Cfr. Sabino Cassese: *Las bases del Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1994, pp. 269.

³ Es compartida en este opúsculo la visión expuesta en Gustavo Linares Benzo: "El principio cardinal. La ejecutoriedad de los actos administrativos". *Anuario de Derecho Público*. N° 1. Universidad Monteávila. Caracas, 2007, pp. 245-276.

autoridades administrativas pueden materializar sus decisiones aún contra la voluntad de los particulares haciendo uso de medios coactivos de ser el caso.

Conviene dejar claro que ese *privilegio de la ejecución de oficio*⁴ cobra sentido en relación con los “actos administrativos que imponen deberes y restricciones a los particulares”⁵ y no para aquellos cuya puesta en práctica revela innecesario recurrir a la fuerza, siendo ejemplos de los últimos, la designación de un funcionario público o la revocación de una beca⁶, y, tomando partido por un criterio distinto al dominante entre nosotros⁷, es de destacar que el fundamento jurídico de la *exécution forcée* deriva “del carácter público de la actividad que tiende a satisfacer mediante tal acto”⁸, tal como lo sostiene RANELLETTI⁹ al esgrimir lo siguiente:

La razón y la justificación de tal carácter de los actos administrativos radica, en cambio, a nuestro modo de ver, en la naturaleza pública de la actividad que la Administración ejercita mediante ellos; en la necesidad de que los intereses colectivos, para los cuales fueron emitidos dichos actos, y por consiguiente los fines correspondientes del Estado, queden rápidamente satisfechos. La facultad de exigir coactiva y directamente las propias decisiones deriva del concepto mismo de poder público, al que les es esencial. Sin ella los órganos del poder público dejarían de ser tales. Por otra parte, un sistema que sometiere la Administración, en su actividad pública, a las normas aplicables a los particulares, pondría al desenvolvimiento de esa actividad tales obstáculos que la tornarían enteramente ineficaz.

Así las cosas, resulta prudente indicar cómo se exterioriza la referida ejecutoriedad de actos administrativos, y tal cuestión responde a la posición adoptada por el ordenamiento jurídico vigente en un determinado momento y territorio de entre por lo menos dos disímiles sistemas: bien sea judicial, bien sea administrativo¹⁰.

⁴ Expresión con que calificada doctrina también se refiere al asunto que da lugar a este escrito, cfr. Roberto Dromi: *Tratado de Derecho Administrativo [Archivo de ordenador]*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1998, p. 228.

⁵ Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2008, p. 169.

⁶ Agustín Gordillo: *Tratado de Derecho Administrativo Tomo 3*. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2004, p. 208.

⁷ Cfr. Allan Brewer-Carías: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2002, p. 205.

⁸ Miguel Marienhoff: *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II [Archivo de ordenador]*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1982, p. 151.

⁹ Ranelletti citado en M. Marienhoff, *op. cit.*, p. 151.

¹⁰ Cfr. Rafael Badell Madrid: “La ejecución administrativa de los actos administrativos y la garantía de los derechos constitucionales”. *Los efectos y la ejecución de actos administrativos*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2005, pp. 262-264.

Propio de los países anglosajones tenemos un *sistema judicial de ejecución forzosa de actos administrativos* según el cual, siempre que no exista norma con rango legal que autorice a los órganos administrativos a ejecutar sus decisiones, sólo un órgano jurisdiccional, generalmente con competencia en materia penal y que controla la juridicidad del acto cuya realización se pretende, impone la pena aplicable hasta que se satisfaga la voluntad administrativa, esto por “haber sido concebido el Juez en el Estado liberal de Derecho como protector de aquellos derechos [fundamentales] y único órgano del Estado con poder de desconocerlos o quebrarlos”¹¹ y a su vez, por el riesgo que supondría el licencioso despliegue de acciones materiales por parte de la Administración Pública “al ser depositaria de la fuerza pública, pues puede emplearla fácilmente en su beneficio”¹² so pretexto de lograr el fin comentado; a la par, en países alineados al Derecho Administrativo continental, como España por ejemplo, rige un *sistema administrativo de ejecución de forzosa del proveimiento administrativo*, de acuerdo con el cual los agentes de la Administración Pública cuentan con la posibilidad de ejecutar las decisiones que profieran sin tener que acudir al ámbito judicial, denotándose la importancia de la *autorité de chose décidée*¹³ que reviste al acto administrativo, en el entendido de que “la imperatividad y la autotutela se apoyan en principios, no escritos, que el Estado contemporáneo ha heredado del Estado Absoluto”¹⁴.

II. LA EJECUTORIEDAD EN VENEZUELA

La forma en que tendría lugar la ejecutoriedad de actos administrativos se supeedita a lo determinado por el derecho vigente, y conforme a lo dispuesto para la materia en la especial Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo¹⁵ (LOPA), como regla general la aludida ejecución forzosa en la República Bolivariana de Venezuela radica en cabeza de la Administración Pública tal como lo prevé el artículo 79 del referido instrumento normativo al establecer que “La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial”. Con arreglo a los inequívocos términos planteados en el precepto cuya transcripción antecede, y así también, los que constituyen la norma jurídica contenida en el

¹¹ José Parada Vázquez: “La ejecutoriedad de los actos administrativos”. *Los efectos y la ejecución de actos administrativos*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2005, p. 233.

¹² Georges Vedel: *Derecho Administrativo*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1980, p. 168.

¹³ Vedel citado en Jaime Vidal Perdomo: “La ejecutividad de los actos administrativos: su presunción de legalidad y legitimidad”. *Los efectos y la ejecución de actos administrativos*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2005, p. 207.

¹⁴ Giannini citado en R. Badell Madrid, *op. cit.*, p. 263.

¹⁵ Publicada en Gaceta Oficial de la República N° 2.818 Extraordinario de fecha 01-07-1981.

artículo 8 *eiusdem*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha puesto de manifiesto la adopción del sistema administrativo en el caso patrio, pudiendo señalarse como ejemplo de tal postura la sentencia Nro. 00990 de fecha 14-08-2013 dictada por la Sala Político Administrativa¹⁶.

Se trata pues de un arraigado principio que para su puesta en marcha no exige el carácter irrevocable del acto administrativo ni se enerva por el ejercicio de mecanismos para su impugnación, teniendo como únicos supuesto de excepción, de acuerdo con los artículos 79 *in fine* y 87 de la LOPA, la atribución legal expresa sobre la ejecutoriedad a favor de la autoridad judicial respecto a una específica cuestión o la declarada suspensión de efectos en sede ejecutiva o judicial de lo acordado por los órganos administrativos. Claro está, lo hasta ahora expuesto cobra verdadera relevancia ante la contumacia que muestre el administrado al incumplir la obligación o prohibición que se le haya impuesto a través de un acto administrativo, y frente a tal panorama, por más olvidado que pareciera este asunto, el legislador nacional pautó en el artículo 80 de la mencionada Ley cómo debe proceder la Administración Pública para ejecutar sus actos contra la voluntad de quienes fueran sus destinatarios, así se indica:

Artículo 80: La ejecución forzosa de actos por la administración se llevará a cabo conforme a las normas siguientes:

1. Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la administración o por la persona que esta designe, a costa del obligado.
2. Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que se le hubieran aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la administración, para que cumpla lo ordenado. Cada multa podrá tener un monto de hasta diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), salvo que otra ley establezca una mayor, caso en el cual se aplicará ésta.

Asimismo, debe dejarse claro que el privilegio de la ejecutoriedad no se traduce (ni debe traducirse) en una disoluta potestad de la Administración Pública que en definitiva delate el reprobable uso arbitrario de su poderío, o peor aún, el maquiavélico empleo de la coacción estatal al servicio de los privados intereses de sus agentes, en tal sentido, del contenido de los artículos 78, 74 y 12 de la LOPA respectivamente se concluye que no puede haber ejecución forzosa de acto administrativo alguno sin que previamente haya sido dictada tal decisión, y, aunque la literalidad del instrumento normativo

¹⁶ Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/00990-14813-2013-2012-1627.HTML>

no lo establezca con rigurosa formalidad, es evidente que antes de la realización de actuaciones materiales por órganos de la Administración Pública dicho acto debe haber sido efectivamente notificado o publicado, y además, resulta prudente la concesión de un plazo razonable al destinatario del mismo para que lo cumpla voluntariamente, todo ello sin desconocer que la proporcionalidad y adecuación son elementos ineluctables de las medidas administrativas que se adopten para la ejecución forzosa.

III. ACTUAL DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA EJECUCIÓN FORZOSA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE IMPONEN OBLIGACIONES DINERARIAS

Mediante sentencia Nro. 00405 de fecha 10 de abril de 2018¹⁷ la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia como máximo órgano de la denominada jurisdicción contencioso administrativa determinó cómo debe proceder la Administración Pública a los fines de ejecutar forzosamente aquellos actos administrativos en los que acordó la imposición de sanciones pecuniarias, fijando tanto el procedimiento como la vía procesal apropiada para el correspondiente cobro de las cantidades dinerarias, decisión judicial esta que ha servido de fundamento a no menos de cuarenta sentencias¹⁸ de la misma Sala, lo que la reputa inexorablemente como un verdadero precedente.

En la comentada decisión la Sala enuncia el disímil régimen en cuanto a la ejecutoriedad de actos administrativos que representen un crédito consistente en un monto líquido y exigible de dinero a favor de la Administración Pública en atención a que su naturaleza sea tributaria o no, dejando claro para el primer supuesto que la ejecución forzosa se llevaría a cabo mediante el desarrollo del procedimiento de *Cobro Ejecutivo* encontrado en los artículos 290 y siguientes del Código Orgánico Tributario¹⁹ (COT) pese a la inexplicable referencia a lo dispuesto “en el artículo 170” del aludido Código que se delata en el cuerpo de dicha sentencia, y, para el segundo escenario, “la posibilidad de que la Administración ante el intento frustrado en ejecutar sus propias decisiones deba requerir a los órganos jurisdiccionales la protección necesaria” ya que “en el ordenamiento jurídico venezolano existe una vía judicial de naturaleza ejecutiva idónea para lograr el pago de multas y sanciones de carácter pecu[ni]arias emitidas por la Administración

¹⁷ Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/209408-00405-11418-2018-2017-0929.HTML>

¹⁸ Véase entre otras, las sentencias Nros. 00544/2018, 00716/2018, 00641/2018, 00908/2018, 01085/2018 y 01142/2018.

¹⁹ Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.152 Extraordinario de fecha 18-11-2014.

Pública, la cual es la demanda de créditos fiscales no tributarios establecida en el Código de Procedimiento Civil”.

Pautar lo que en definitiva significa un remate en sede administrativa con patentes características de generosidad para con la autoridad tributaria²⁰ no es un criterio que exalte la inventiva del órgano judicial, puesto que el mencionado cobro debe ventilarse ante el Fisco desde la entrada en vigencia del COT, pero al menos es un pronunciamiento expreso que impregna de certeza al ámbito. Distinta es la valoración que puede hacerse sobre la solución planteada por la instancia jurisdiccional en el caso de un crédito no tributario a favor de la Administración Pública contenido en un acto administrativo y cuya satisfacción no ha podido tener lugar de acuerdo con los mecanismos previstos en el artículo 80 de la LOPA, pues la selección de un específico procedimiento judicial para tan singular asunto no cuenta con parangón.

La innovadora postura asumida por la Sala, sin siquiera referir la necesaria observancia de las formas de constreñir al particular conforme al ya varias veces mencionado artículo 80 de la LOPA, establece palmariamente que, ante el último de los supuestos aludidos en el párrafo que directamente antecede, y luego de la emisión de la respectiva *planilla de liquidación* cuya notificación es insalvable, debe tramitarse la pretensión a través del procedimiento de *ejecución de créditos fiscales* descrito en los artículos 653 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y justamente esa conclusión (sin obviar el contexto de la demanda incoada que derivó en la sentencia comentada) debe llamar a una reflexión profunda desde el punto de vista académico y por los operarios estatales, siendo de cuestionar por ejemplo, si esta decisión más allá de desempolvar algunas normas adjetivas contrajo, al menos para el tema, el alcance del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, o también, si los mecanismos administrativos de ejecución directa o indirecta para ejercer la coacción administrativa según la LOPA resultan tan irrisorios que su verificación poco importa para requerir el auxilio judicial.

²⁰ Véase el contenido del artículo 300 del Código Orgánico Tributario en contraste con lo dispuesto en el artículo 547 del Código de Procedimiento Civil.

EL ANTEJUICIO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. NOCIONES GENERALES E IMPLICACIONES PRÁCTICAS

Rozaida Romero Payares¹

Resumen: *Se desarrollan de seguidas los aspectos más relevantes del procedimiento previo a la instauración de las demandas de contenido patrimonial contra la República y los entes que gozan de sus prerrogativas procesales, por lo que se inicia este tópico con un breve repaso de sus nociones generales. Se destacan igualmente, los cambios introducidos por los criterios del Tribunal Supremo de Justicia desde 1999, que se traducen hoy en nuevos requerimientos para su formulación y ejercicio. Por último, a modo de reflexiones adicionales sobre el tema, se analiza el antejuicio administrativo desde el tamiz de la tipología de los procedimientos administrativos desarrollada por la doctrina nacional, e igualmente se esbozan los principios jurídicos que lo rigen, los cuales pueden verse atemperados por las interpretaciones extensivas que esgrimiendo razones de interés público imponen al particular cargas adicionales para tener por satisfecha esta exigencia de cumplimiento previo a la admisibilidad de las demandas.*

Palabras clave: *Procedimiento – Prerrogativas procesales – Cumplimiento previo – Interpretación – Admisibilidad.*

SUMARIO. Introducción. I. Nociones generales. 1. Concepto. 2. Finalidad. II. Normativa y fases del procedimiento. III. Particularidades del procedimiento y problemas prácticos. 1. Identidad de las cantidades reclamadas ante la Administración y en el contencioso administrativo. 2. Entes a los cuales se han extendido por vía jurisprudencial las prerrogativas procesales de la República. 3. Controversias en las que no se exige el antejuicio administrativo. 4. Supuesto en que el particular reconviene a la República o a los entes que gozan de sus prerrogativas procesales. 5. Oportunidad para ejercer el antejuicio administrativo. IV. Análisis del antejuicio administrativo de acuerdo a la tipología de los procedimientos administrativos. V. Principios jurídicos que destacan en el procedimiento. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El trabajo que a continuación se desarrolla tiene por finalidad presentar los aspectos más importantes del procedimiento conocido como el antejuicio administrativo, sus finalidades, características, fases, así como los problemas prácticos que en la actualidad se presentan en torno a la interposición de la

¹ Abogada de la Universidad Central de Venezuela (1999).

solicitud ante la Administración y las consecuencias que de ello pueden derivarse en el contencioso administrativo.

Si bien es cierto que sobre este procedimiento administrativo la doctrina venezolana siempre ha procurado espacios para su discusión –lo cual podría llevar a inferir que del mismo se ha dicho suficiente–, lo que motivó a realizar en esta oportunidad una nueva revisión del tema es la cantidad cada vez mayor de casos que en el foro judicial se declaran inadmisibles por falta de cumplimiento del procedimiento previo a la instauración de demandas de contenido patrimonial contra la República y los entes que gozan de esta prerrogativa, como lo prevé el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no obstante que dicho texto legal lo desarrolla de manera bastante clara. Ello –en nuestra opinión– obedece en gran medida a los cambios que ha introducido la jurisprudencia en los últimos años (a través de los pronunciamientos de la Sala Constitucional y la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia), los cuales han generado cargas adicionales que los particulares deben tener en cuenta hoy en día antes de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Esperemos que la materia aquí abordada resulte de interés, especialmente para aquellos profesionales del derecho que se dedican al litigio, así como para quienes actúan desde el seno de la Administración o el Poder Judicial y, en general, para los que con ánimo investigativo deseen asomarse no solo a las generalidades –probablemente ya conocidas– del antejuicio administrativo, sino también a los temas que en sede judicial han resultado más controvertidos o se han sumado a la larga lista de requerimientos que en la actualidad se imponen para acceder a la vía contenciosa.

I. NOCIONES GENERALES

1. Concepto

El antejuicio administrativo es el procedimiento administrativo que deben iniciar los particulares con carácter previo a la interposición de las demandas de contenido patrimonial contra la República y aquellos entes de la Administración que gozan de las mismas prerrogativas procesales de esta.

Por encontrarse configurado como un requisito de admisibilidad de las demandas de contenido patrimonial que se ejerzan ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, el mismo es de obligatorio cumplimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 74 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la

República². Es por ello que de la vasta gama de procedimientos que pueden impulsarse ante la Administración, el que aquí se analiza ha sido sometido a las mayores intervenciones, producto de la *“labor interpretativa”* de los operadores de justicia, por tratarse de la puerta de entrada a la jurisdicción contencioso administrativa en materias que tienen la potencialidad de afectar el patrimonio público.

En particular, el numeral 3 del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevé que se declarará la inadmisibilidad de la demanda cuando se verifique el *“Incumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, los estados, o contra los órganos o entes del Poder Público a los cuales la ley atribuye tal prerrogativa”*³.

2. Finalidad

El objeto primordial que persigue este procedimiento es poner en conocimiento a la República y demás entes que gozan de las prerrogativas de esta, de las pretensiones que serán ventiladas ante los tribunales contencioso administrativos.

Así, este antejuicio parece constituirse en garantía para la Administración al colocarla en una situación aventajada frente al particular, quien deberá exponer los motivos que le llevarán a plantear su reclamación en sede judicial. Sin embargo, razones que involucran el interés general imponen que la Administración conozca a priori el contenido de la futura demanda, con el ulterior propósito de dirigir sus actuaciones a: (a) la preparación de sus defensas en juicio; (b) propiciar o emplear medios alternativos de resolución de conflictos que permitan dirimir la controversia en sede administrativa; o (c) desplegar su potestad de autotutela, pudiendo modificar aquellos actos viciados de nulidad absoluta y de los cuales pudiese derivar lo reclamado.

Dicho esto, conviene destacar que toda la idea de la implementación de un mecanismo a través del cual la Administración pueda conocer con antelación lo que se pretende demandar se cimienta en la potestad de autotutela, pero entendida esta en su concepción restringida –analizada por

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.220 Extraordinario del 15-03-2016.

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.451 del 22-06-2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA⁴ e igualmente tratada en nuestro país por PEÑA SOLÍS⁵— como una de las modalidades bajo la cual puede la Administración revisar sus actuaciones ante el planteamiento de un conflicto que se le ha dado a conocer con carácter previo a la vía contencioso administrativa. En ese sentido, se trata de una subespecie de la autotutela, superpuesta a la que podría entenderse como primaria —que, por una parte, impone a los particulares el inmediato cumplimiento de sus decisiones sin necesidad de acudir para ello a los tribunales (autotutela declarativa) y, por la otra, se contrae a la facultad que ostenta de materializar de manera coactiva sus decisiones sin que para tal fin requiera de la intervención de los órganos de administración de justicia (autotutela ejecutiva)—; así, de acuerdo a la modalidad o técnica que interesa a este trabajo, y que el primero de estos autores llama autotutela “*en segunda potencia*” o “*reduplicativa*”, le está dado a la Administración revisar sus propios actos, pero —en el caso que nos ocupa— quedando el ejercicio de esta potestad supeditado al cumplimiento de una carga que recae sobre el interesado, y que consiste en plantear los términos de una eventual acción judicial.

Efectuadas estas precisiones, debe destacarse que si bien la finalidad del procedimiento administrativo bajo estudio es la de llevar al conocimiento de la República —o de los entes que tienen sus prerrogativas, como se dijo precedentemente— las pretensiones que luego serán sometidas al análisis del juez contencioso administrativo, lo cierto es que a partir de dicha actuación se suceden otras tantas cuya elección dependerá de la opinión jurídica que les merezca, en términos de procedencia o no, la reclamación formulada.

II. NORMATIVA Y FASES DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento administrativo previo a la instauración de las demandas de contenido patrimonial contra la República, está contemplado en los artículos 68 al 74 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y si bien existen —en general— cargas intrínsecas al cumplimiento de las fases de los procedimientos, la referida ley establece tanto cargas como obligaciones para cumplir con el antejuicio, que recaen en los actores involucrados (esto es, la Administración y el particular), y además impone obligaciones a terceros —operarios del

⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo I*. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2004, pp. 514-532.

⁵ José Peña Solís: *Manual de Derecho Administrativo. La Actividad de la Administración Pública: De Policía, Administrativa, de Servicio Público, de Fomento y de Gestión Económica*. Volumen Tercero, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003.

aparato judicial– a los que posteriormente corresponderá emitir pronunciamiento en sede jurisdiccional, de llegar a plantearse la demanda.

Así, a los particulares –conforme al artículo 68 *eiusdem*– corresponde la carga de consignar el escrito ante el órgano que conozca del asunto que será objeto de debate, y como contrapartida, la Administración está obligada a recibir el mencionado escrito, dejando constancia de la fecha y hora de recepción, como también del funcionario receptor. Por último, los funcionarios judiciales deberán declarar la inadmisibilidad de la demanda, si no se acompaña a la misma la documentación que acredite el cumplimiento de este requisito (artículo 74 de dicho texto legal).

En cuanto al *iter* procedimental, este se inicia mediante la consignación del escrito y de los anexos que sustenten la reclamación planteada. El escrito deberá cumplir con los extremos contemplados en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, vale decir: el organismo al cual está dirigido, la identificación del interesado o de su representante o apoderado judicial, la dirección en la que se harán las notificaciones del caso; los hechos, razones y pedimentos correspondientes, expresándose claramente la materia objeto de la solicitud; indicación de los anexos que se consignan con el escrito, la firma del interesado y cualquier otra circunstancia exigida por las normas legales o reglamentarias.

Por su parte, HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, citando a JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA, agrega que el escrito debe estar estructurado como si fuese un libelo de la demanda, toda vez que en él se formularán los argumentos y peticiones que luego se llevarán a la consideración del juez contencioso administrativo⁶.

Sin embargo, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República nada establece al respecto, por lo que debe tenerse presente que la observación antes anotada responde, con buena lógica, a las exigencias a las que será sometido el escrito libelar contenido de los mismos alegatos esgrimidos en sede administrativa.

Presentado el escrito, un funcionario será designado para la formación del expediente, que se llevará a cabo dentro de los siguientes 20 días hábiles. Concretamente, las actuaciones que integrarán el expediente administrativo dependerán de las decisiones que el órgano o ente resuelva tomar; en otras palabras, si el mismo considera que existen obligaciones de pago frente al particular, emitirá una certificación de deuda; de igual forma, en el caso en que estime pertinente hacer uso de medios alternativos de resolución de

⁶ Hildegard Rondón de Sansó: *El Procedimiento Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1976, p. 63.

conflictos, lo hará constar mediante documento escrito⁷; asimismo, se agregará la opinión del órgano sobre la procedencia o no de la solicitud. En fin, podrá agregarse al expediente cualquier instrumento que dé cuenta de las gestiones realizadas sobre el asunto que se ha llevado a la consideración de la Administración.

Al día hábil siguiente, se remitirá el aludido expediente a la Procuraduría General de la República, a fin de que en un lapso de 30 días hábiles formule y remita al órgano su opinión jurídica respecto al asunto planteado, y solo en el supuesto en que lo estime improcedente, a los efectos de resguardar los bienes, derechos o intereses que podrían resultar afectados por una eventual reclamación ante la jurisdicción contencioso administrativa, dicha opinión tendrá carácter vinculante.

La ley deja a salvo el caso de los reclamos por montos iguales o inferiores al equivalente de 500 unidades tributarias y respecto de los cuales haya concluido el órgano que resultan procedentes. En este escenario, no será necesaria la opinión jurídica de la Procuraduría General de la República.

Una vez recibidas las actuaciones administrativas en el órgano o ente, este deberá notificar su decisión al interesado dentro de los 5 días hábiles siguientes, quien contará con 10 días hábiles para dar respuesta, señalando si acoge o no la mencionada decisión.

Por último, debe destacarse que la ley en estudio prevé que la falta de respuesta de la Administración dentro de los lapsos que se establecen para su emisión, faculta al interesado a acudir a la vía judicial, con lo cual se configura la ficción jurídica del silencio administrativo negativo.

III. PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Desde la perspectiva de las normas que regulan el antejuicio administrativo, este procedimiento no parece presentar mayores dudas, esto es, en principio resultan claras las razones que obligan a cumplir con esta exigencia legal previo a la interposición de demandas de contenido patrimonial contra la República y los demás entes que gozan de sus mismas prerrogativas procesales. Tampoco suscitan muchas interrogantes los dispositivos que desarrollan su *iter* procedimental. Sin embargo, es preciso señalar que como mecanismo legal que supedita la entrada a la vía

⁷ En el artículo 69 del texto legal comentado, se alude a un “*acta de conciliación suscrita entre el solicitante y el representante del órgano*”, pero ello en modo alguno puede significar que la conciliación sea el único medio al alcance de las partes para procurar llegar a un acuerdo respecto a lo planteado en la solicitud.

contencioso administrativa para someter al control jurisdiccional la actuación de la Administración generadora de reclamos de contenido patrimonial, no es difícil advertir que es la jurisprudencia la que ha introducido los mayores cambios en este tema, sobre todo en lo que atañe a los organismos respecto de los cuales se exige el cumplimiento de este extremo legal previo a la interposición de la demanda.

De esta manera, se ponen de manifiesto aspectos prácticos a tener en cuenta que no son previsibles con solo atender a las disposiciones legales, a saber, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y, supletoriamente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. De ellos se hará de seguidas una breve referencia:

1. Identidad de las cantidades reclamadas ante la Administración y en el contencioso administrativo

En primer lugar, el escrito que da inicio al antejuicio administrativo, debe cumplir –como se indicó en líneas precedentes– con los requerimientos contemplados en el artículo 49 del último de los mencionados textos legales. Sin embargo, ello no es suficiente para que, una vez señalado en el escrito libelar que este se cumplió y consignado el documento que lo demuestra, se tenga por cumplido este requisito legal.

En efecto, además de las menciones a que alude dicho dispositivo, la Sala Político-Administrativa añadió el que concierne a la identidad del monto reclamado tanto en sede administrativa como en la judicial (sentencia N° 0481 del 29-04-2015), por lo que a partir de dicha decisión la referida falta de identidad condujo al órgano jurisdiccional a considerar como no agotado el procedimiento previo a las demandas de contenido patrimonial. Esta exigencia se basó en la necesidad de que la Administración tenga certeza –con antelación al juicio que se pretenda instaurar– de las cantidades o bienes del patrimonio público que pudiesen verse afectados con la reclamación, a los fines de preparar sus defensas.

Ahora bien, en decisiones recientes se ha distinguido el supuesto en que la suma reclamada en vía administrativa es menor que la que se plantea en el libelo de la demanda, del escenario en que ocurre lo contrario, esto es, que la cantidad exigida en pago en el antejuicio administrativo sea mayor que la que finalmente se esgrima ante los órganos de administración de justicia, dándose en cada caso una solución distinta.

Así, en el primer supuesto se tendrá como no cumplido el requisito legal en estudio y, en consecuencia, la demanda será declarada inadmisibles solo

con fundamento en el argumento de la falta de identidad de los montos reclamados en uno y otro escrito, siguiendo el criterio establecido en el fallo N° 0481, antes indicado (véase, entre otras, la decisión N° 514 del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa de fecha 02-10-2018).

En el segundo caso, ha de entenderse que siendo mayor la suma reclamada a la Administración que aquella que es finalmente formulada en juicio, esta puede hacer frente a una pretensión menos gravosa para ella en la jurisdicción contencioso administrativa que la inicialmente presentada. Por tanto, en el segundo escenario se ha dejado sentado que *“no puede apreciarse como evidente el incumplimiento del requisito de agotamiento del procedimiento previo (...) en los términos en que el mismo ha sido legalmente contemplado y desarrollado -en cuanto a su contenido y finalidad- por la jurisprudencia”*, por lo que resultará admisible la demanda incoada por aplicación del principio *pro actione*, que postula la necesidad de adoptar la interpretación que resulte más favorable al ejercicio del derecho de acción (tal como se expresó en la decisión del mencionado órgano sustanciador N° 106 del 20-04-2017).

2. Entes a los cuales se han extendido por vía jurisprudencial las prerrogativas procesales de la República

En cuanto a los entes que gozan de las prerrogativas de la República, se observa que en los últimos años la Sala Político-Administrativa ha incorporado en este conjunto a una cantidad cada vez mayor de organismos. Al respecto, cabe destacar que antes del año 2002, ese órgano jurisdiccional y los tribunales contencioso administrativos en general, habían dejado establecido de manera pacífica y reiterada que los señalados privilegios otorgados por ley a la República y a otros entes, debían interpretarse de manera restrictiva, atendiendo a la necesidad de aportar el equilibrio que debe haber entre los derechos de los particulares frente a la actuación de la Administración.

Así, el cambio en la posición inicial se puso de manifiesto en la decisión N° 0902 del 26-06-2002, en la que dicha Sala expresó:

“El ámbito de aplicación del mandato contenido en la norma supra citada [en referencia al entonces artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que mantuvo su letra en el artículo 74 de la ley que rige en la actualidad las funciones de dicho organismo] no sólo se circunscribe a los intereses patrimoniales directos de la República, sino que la misma, como bien lo indicare la Sala Constitucional en sentencia del 24 de octubre de 2000, debe hacerse extensiva a los entes descentralizados funcionalmente, dentro de los cuales es dable distinguir dos grandes categorías, conformadas por: personas de derecho privado, tales como, las asociaciones civiles, las sociedades anónimas, las fundaciones, y las personas de derecho público, pudiendo dentro de las mismas

insertarse a los institutos autónomos, las universidades nacionales, el Banco Central de Venezuela y las sociedades anónimas creadas por Ley". (Destacado nuestro).

Ahora bien, cabe acotar que en lo atinente a los institutos autónomos, la Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada por primera vez en la Gaceta Oficial N° 35.305 del 17-10-2001, estableció en su artículo 97 que *"Los institutos autónomos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios"*, y sus sucesivas reformas han mantenido la prerrogativa a favor de estos entes públicos. Desde entonces, los mencionados entes de la Administración descentralizada gozan de las mismas prerrogativas de la República aunque sus respectivas leyes de creación nada contemplen al respecto⁸.

Por otra parte, no puede pasar inadvertido que en cuanto a la sociedad mercantil PDVSA Petróleo, S.A. (actualmente, Petróleos de Venezuela, S.A.), la Sala Constitucional estableció a partir de la sentencia N° 0281 del 26-02-2007, que esta *"(...) es una empresa del estado beneficiaria de las prerrogativas procesales que la Ley le confiere tanto a la República Bolivariana de Venezuela como a una serie de entes de derecho público similares"*⁹.

Desde entonces, la jurisprudencia avanzó paulatinamente hacia la incorporación de otras empresas del Estado al conjunto de entes que gozaban también de los aludidos privilegios procesales. De esta manera, se agregaron la Compañía Anónima Venezolana de Industrias Militares (CAVIM), C.A., la Fábrica Nacional de Cementos S.A.C.A. y la Corporación Eléctrica Nacional, S.A. (CORPOELEC)¹⁰. Ello parecía obedecer al papel preponderante que jugaban dichas empresas en determinados sectores de la economía venezolana.

Finalmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el fallo N° 00735, de fecha 25-10-2017, extendió las prerrogativas de la República a todas las empresas públicas, sin importar el nivel político-

⁸ Antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Administración Pública, para saber si un determinado instituto autónomo gozaba de tales prerrogativas, era necesario acudir a su ley de creación. Así, existían organismos de este tipo que las tenían otorgadas y otros que no.

⁹ Criterio que aplica igualmente para sus filiales.

¹⁰ En particular, la Sala Político-Administrativa dejó sentado, por lo que respecta a la primera de las señaladas empresas, que *"(...) en consideración a los intereses fundamentales que representa la Compañía Anónima Venezolana de Industrias Militares (CAVIM), cuyos accionistas son sólo la República y organismos públicos y que (...) ejerce como actividad principal el desarrollo de las industrias militares, expresamente determinada como de utilidad pública, de importancia estratégica para la Nación y en definitiva, rigurosamente relacionada con su seguridad y defensa, estima que en este caso concreto, deben extenderse a dicha empresa las prerrogativas procesales de la República"*, (sentencia N° 00977 del 20-07-2011).

territorial en que fuesen creadas ni el porcentaje de participación que la República, los Estados o los Municipios tuviesen en ellas.

Por otra parte, las universidades nacionales (públicas) gozan igualmente de las aludidas prerrogativas, pero aun cuando ello originalmente se debía al artículo 15 de la Ley de Universidades¹¹, hoy en día, según el criterio reiterado de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, no las tiene conferidas sino por la circunstancia de presentar “*semejanzas*” con los institutos autónomos.

En efecto, conforme a la aludida previsión legal “*Las Universidades Nacionales gozarán, en cuanto a su patrimonio, de las prerrogativas que al Fisco Nacional acuerda la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional*”.

Pues bien, como quiera que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional fue derogada, la Sala Político-Administrativa, en sentencia N° 0902 del 26-06-2002 y con fundamento en decisión de la Sala Constitucional del 24-10-2000, optó por señalar que las prerrogativas de la República eran extensivas a los entes descentralizados funcionalmente, por lo que el Juzgado de Sustanciación de la primera de estas Salas, por decisión N° 598 del 01-11-2011, dejó sentado que “*(...) el antejuicio administrativo constituye un privilegio procesal previo a las acciones contra la República, el cual –según el criterio jurisprudencial expuesto–, es extensible a las Universidades Nacionales, toda vez que ellas ‘...participan de la naturaleza de los Institutos Autónomos, en cuanto a sus componentes estructurales, tales como personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente al Fisco Nacional’ (...)*”.

En lo que concierne a los Municipios, la Ley Orgánica de Régimen Municipal no contemplaba el privilegio procesal alusivo al cumplimiento del antejuicio administrativo cuando se intentaran en su contra demandas de contenido patrimonial. Tampoco las normas de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal lo dispusieron. Sin embargo, una vez más, la Sala Político-Administrativa señaló en sentencia N° 01995 del 06-12-2007, que “*(...) se amerita que los Municipios (...) gocen en juicio de ciertas condiciones especiales, en resguardo de los intereses superiores que rigen la actuación pública de dichos entes político territoriales, entre ellos, el agotamiento del antejuicio administrativo*”.

Este criterio quedó posteriormente ratificado con la sentencia de la Sala Constitucional N° 00735, de fecha 25-10-2017 (reseñada en líneas que anteceden), en la que consideró extensibles las prerrogativas en cuestión a los Municipios y Estados como entidades político territoriales locales.

¹¹ La que rige en la actualidad, ya de larga data, fue publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.429 Extraordinario, de fecha 08-09-1970.

No obstante el anterior pronunciamiento, conviene aclarar que de acuerdo a lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (Gaceta Oficial N° 39.140 del 17-03-2009), los Estados gozan de los mismos privilegios de la República, lo que impone –por mandato legal– el agotamiento del procedimiento previo a las demandas de contenido patrimonial contra la República cuando se pretenda incoar en su contra demandas de la misma naturaleza.

3. Controversias en las que no se exige el antejuicio administrativo

En otro orden de ideas, es necesario apuntar que existen materias que no requieren del agotamiento de la vía administrativa aunque lo reclamado tenga contenido patrimonial.

Así, se ha señalado de manera reiterada que en casos de recursos de nulidad con pretensiones de condena cuando estas últimas versan sobre los derechos y obligaciones derivados de la relación funcional, no es necesario el cumplimiento del antejuicio administrativo¹², pero poco o nada se ha añadido al respecto.

De igual forma, para la interposición de los recursos contencioso tributarios, tampoco se exige el cumplimiento de este procedimiento pues en este caso no se trata de una demanda, sino de un recurso de nulidad no obstante que este, por sí solo, imponga el desarrollo de un debate sobre cantidades dinerarias con ocasión de las cargas impositivas de los ciudadanos frente al poder de imperio del Estado.

En ambos supuestos, aunque no se haga énfasis en ello, parecen prelar razones de eficiencia de la Administración frente a la inmensa masa de servidores públicos y sujetos obligados desde el punto de vista tributario, cuyos reclamos harían colapsar el funcionamiento de los órganos a los que corresponda sustanciar cada procedimiento administrativo.

Por otro lado, sin pretender entrar en la discusión doctrinal en torno a la consideración de las querrelas funcionariales (aquellas que persiguen la nulidad de un acto que modifica la relación jurídica entre el Estado y los funcionarios públicos, y la consecuente condena de la Administración al pago de sumas de dinero o a realizar una prestación de hacer) en cuanto a que se califiquen o no como recursos de plena jurisdicción, lo cierto es que en lo que

¹² Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 00230 del 08-02-2007.

atañe a este tipo de recurso, no se exige el agotamiento del antejuicio administrativo.

Solo se hace exigible el requisito de cumplimiento previo en los recursos de plena jurisdicción conformados por el recurso de nulidad con pretensiones de condena con ocasión de un contrato administrativo, en tanto los entes contra los cuales se intenten, gocen de la prerrogativa procesal por disposición expresa de la ley¹³.

4. Supuesto en que el particular reconviene a la República o a los entes que gozan de sus prerrogativas procesales

Cuando la parte demandante es la Administración (siempre que esta goce de las prerrogativas procesales de la República) y el particular ha optado por ejercer la reconvencción, se ha exigido el cumplimiento del procedimiento aquí referido. Sin embargo, ello podría colocar al accionado en una posición de desventaja en el juicio, dependiendo de los conceptos por los cuales se reconviene.

Sobre este aspecto, conviene advertir que de la actuación del demandado podrían surgir dos opciones: (a) que la reconvencción recaiga sobre los mismos elementos que se han puesto al conocimiento de juez contencioso administrativo; y (b) que verse sobre aspectos totalmente diferentes que en nada se relacionen con los planteados en la demanda.

Así, en el último supuesto no existen dudas de que si las pretensiones del demandado se apartan completamente de la controversia planteada por la Administración, será necesario dar inicio al procedimiento administrativo previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

En cambio, en el primer caso cabría preguntarse si tiene sentido poner en conocimiento a la Administración –a través del antejuicio– de la intención del demandado de incoar demanda en su contra que versará sobre los mismos aspectos ya dados a conocer al juzgador en el libelo. Esta interrogante resulta relevante dado que el accionado solo dispondrá de 10 días de despacho para reconvenir en virtud de que esta actuación solo tiene lugar en el lapso que la ley dispone para la contestación de la demanda. Por tanto, 10 días de despacho no serán suficientes para la activación del antejuicio administrativo, el cual se debe sustanciar, según vimos precedentemente, en aproximadamente 50 días hábiles. Ello obligaría a la parte accionada a proponer mecanismos alternativos que le permitan dilatar la causa a fin de

¹³ Esta excepción quedó expresada en el antes citado fallo N° 00230 de la aludida Sala, que ratificó la decisión N° 02280 del 18-10-2006.

cumplir con el procedimiento previo a las demandas de contenido patrimonial y con ello poder plantear su reconvención, como buscar un acuerdo con el contrario con el propósito de solicitar la suspensión de la causa.

5. Oportunidad para ejercer el antejuicio administrativo

Por último, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República no establece con cuánto tiempo de antelación debe iniciarse el procedimiento administrativo previo a las demandas de contenido patrimonial, en razón de lo cual se observan en la práctica casos en los que la demanda se interpone luego de transcurridos varios años de haberse iniciado el antejuicio administrativo.

Si bien el señalado texto legal no contempla consecuencias para este escenario, cabría pensar que el transcurso del tiempo entre las actuaciones cumplidas en sede administrativa y la sede judicial afecta a la Administración, la cual no puede prever si el particular, una vez culminado el procedimiento, acudirá al contencioso administrativo; por tanto, las razones que se esgrimen para justificar el inicio del antejuicio –esto es, que la Administración pueda preparar sus defensas ante una eventual demanda–, pierden vigencia por el transcurso del tiempo.

No obstante lo expuesto, consideramos que los mayores problemas por el retardo en la interposición de la demanda los enfrenta el particular, quien para cumplir con el requisito de identidad de lo demandado no podrá actualizar los montos en su demanda, quedando dicha actualización supeditada a la accesoria de la experticia complementaria del fallo.

De esta manera, el discurrir de un lapso prolongado entre el procedimiento administrativo y el ejercicio de la correspondiente acción ante los órganos de administración de justicia trae aparejados inconvenientes en la práctica que en su momento pudieron ser resueltos por el legislador, con el establecimiento de límites para la realización de las actuaciones en una y otra sede.

IV. ANÁLISIS DEL ANTEJUICIO ADMINISTRATIVO DE ACUERDO A LA TIPOLOGÍA DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

El procedimiento previo a la instauración de demandas de contenido patrimonial, atendiendo a las distinciones propuestas por la Dra. HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ¹⁴ puede considerarse como:

¹⁴ H. Rondón de Sansó, op. cit. pp 41-60.

(a) Un procedimiento “*externo*” en la mayoría de los casos, toda vez que en el mismo participan al menos un ente u órgano (el que debe formar el expediente administrativo en el cual conste su opinión sobre el asunto que ha planteado el particular), y la Procuraduría General de la República (a la cual corresponde emitir su opinión jurídica, que resultará vinculante en caso de considerar improcedente la reclamación).

La excepción vendría dada en aquellos supuestos en que sea ante la misma Procuraduría General de la República que se dé inicio al procedimiento, por figurar la propia República como eventual parte demandada.

(b) Por otra parte, en aquellos casos en que la Administración emite un pronunciamiento en torno al reconocimiento de lo reclamado –lo cual conduciría al pago de cantidades dinerarias, o a la entrega de bienes o al otorgamiento de un beneficio con contenido patrimonial–, podría afirmarse que se trata de un procedimiento constitutivo.

(c) Si bien no es posible omitir algunas fases en el antejuicio administrativo, tales como las de examen y emisión de la opinión jurídica por parte del ente u órgano que inicialmente conoce de la solicitud y de la Procuraduría General de la República, este puede encuadrarse en la categoría de los procedimientos no estructurados, toda vez que la revisión de sus actuaciones por la Administración (con ocasión del cumplimiento de este extremo legal por el particular), podría dar lugar a la implementación de ciertos cambios en el procedimiento con el propósito de buscar una solución antes de acudir a la vía contencioso administrativa. En ese sentido, la Administración podría iniciar conversaciones que permitan llegar a un acuerdo sobre lo reclamado, realizar cualquier tipo de gestiones para esclarecer el asunto, modificar sus propios actos, celebrar acuerdos, etc.

Por tanto, este procedimiento presenta una flexibilidad formal que posibilita la obtención de resultados diversos, dependiendo de la voluntad de las partes de llegar a un arreglo o de la Administración para convenir sobre los aspectos cuestionados.

V. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE DESTACAN EN EL PROCEDIMIENTO

Los principios jurídicos que deben prevalecer en el procedimiento previo a la instauración de demandas de contenido patrimonial, son los que en general se encuentran consagrados en el Texto Fundamental y las leyes (principalmente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley Orgánica de la Administración Pública). Concretamente, pueden

mencionarse, entre los principios que informan el antejuicio administrativo, el de legalidad, economía, transparencia, honestidad, objetividad, buena fe, accesibilidad, igualdad, flexibilidad probatoria y autotutela, entre otros.

Ahora bien, en lo que respecta a los principios, cabe resaltar que algunos de ellos podrían verse atenuados por los cambios que ha introducido la jurisprudencia en el procedimiento que aquí se analiza.

En efecto, la extensión por vía interpretativa de la reseñada prerrogativa procesal a favor de personas de derecho público no contempladas taxativamente en la normativa legal, crea -en nuestra opinión- una nueva condición y, por ende, un obstáculo al acceso a los órganos de administración de justicia. Si bien dichos criterios extensivos se asientan en la defensa del interés público involucrado, es necesario recordar que al tratarse de privilegios procesales que alteran el equilibrio entre las partes en juicio, estos deben ser de interpretación restrictiva, pues de otro modo podría abonarse el terreno a la inseguridad jurídica al implementar modificaciones en un procedimiento estatuido por vía de ley.

Por último, debe tenerse en cuenta que por las características de este procedimiento, puede verse atenuado el principio de imparcialidad. Al respecto, conviene señalar -a título de ejemplo- que en supuestos en que lo reclamado deriva de una relación jurídica previamente establecida entre la Administración y el particular, teniendo ambas partes un interés dirigido a obtener un beneficio o ganancia una vez ejecutada la operación o el negocio jurídico celebrado, las consideraciones que la primera pueda hacer respecto de las solicitudes formuladas en el escrito con el cual se da inicio al antejuicio administrativo, corren el riesgo de apartarse de la imparcialidad que debe encausar sus actuaciones.

CONCLUSIONES

- a. El antejuicio administrativo es uno de los procedimientos administrativos que se ha visto sometido a los mayores cambios en virtud de la labor jurisprudencial, pues constituye la puerta de entrada a la jurisdicción contencioso administrativa en materias que tienen la potencialidad de afectar el patrimonio público.
- b. La idea de la implementación de un mecanismo a través del cual la Administración pueda conocer con antelación lo que se pretende demandar se cimienta en la potestad de autotutela.
- c. Si bien la finalidad del procedimiento administrativo estudiado es la de llevar al conocimiento de la República y de los entes que tienen sus prerrogativas procesales, las pretensiones que luego serán

sometidas al análisis del juez contencioso administrativo, lo cierto es que a partir de dicha actuación podrían sucederse otras tantas cuya elección dependerá de la opinión jurídica que les merezca la reclamación formulada al órgano que conozca del asunto y a la Procuraduría General de la República, en términos de su procedencia.

- d. El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece, en torno al antejuicio administrativo, cargas y obligaciones que recaen en los actores involucrados (esto es, la Administración y el particular), y además impone obligaciones a terceros –operarios del aparato judicial– a los que posteriormente corresponderá emitir pronunciamiento en sede jurisdiccional, de llegar a plantearse la demanda. Así, por tratarse de un requisito de cumplimiento previo a la instauración de demandas de contenido patrimonial, según este texto legal: (a) a los particulares corresponde la carga de consignar el escrito con que se inicia el procedimiento ante el órgano o ente que conozca del asunto que será objeto de debate y, por otra parte, la Administración está obligada a recibir el mencionado escrito, dejando constancia de la fecha y hora de recepción, como también del funcionario receptor; (b) los funcionarios judiciales deberán declarar la inadmisibilidad de la demanda, si no se acompaña a la misma la documentación que acredite el cumplimiento del antejuicio.
- e. Se trata de un procedimiento informado por principios constitucionales y legales (estos últimos, establecidos principalmente en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en la Ley Orgánica de la Administración Pública), tales como el principio de legalidad, transparencia, eficiencia, eficacia, honestidad, buena fe, de autotutela y flexibilidad probatoria, entre otros; pero al respecto, debe destacarse que en razón de las particularidades del procedimiento que aquí se ha analizado, algunos de ellos se ven atenuados, como es el caso de los principios de legalidad e imparcialidad de la Administración.
- f. El antejuicio administrativo es un procedimiento que, a diferencia de la mayoría, no termina necesariamente en un pronunciamiento definitivo dirigido a dar respuesta a los planteamientos del particular; antes bien, la ley prevé que la falta de respuesta dentro de los lapsos que se establecen para tal fin a la Administración, faculta al interesado a acudir a la vía judicial, por entenderse tácitamente

denegada su solicitud al configurarse la ficción jurídica del silencio administrativo negativo.

- g. Los órganos de administración de justicia, a través de una intensa actividad interpretativa desplegada en los últimos diecisiete años e invocando los intereses públicos involucrados, han introducido modificaciones a la normativa que regula el antejuicio administrativo, al añadir a los requisitos establecidos en la ley otros tantos que entrañan limitaciones a la garantía de los particulares al acceso a la justicia, al imponer el cumplimiento de requisitos adicionales para tener por cumplido este procedimiento previo a la vía judicial, y al ampliar progresivamente el espectro de los entes que ahora gozan de las prerrogativas procesales de la República.

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO JUÁREZ, José. *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Duodécima edición. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, 2004.

LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Intertextos Consultores, C.A. 10° edición. Caracas, 1996.

MEIER, Henrique. *El Procedimiento Administrativo Ordinario*. Ediciones Homero. Caracas, 2004.

MOYA MILLÁN, Edgar J. *Derecho Contencioso Administrativo*. Mobilibros. Caracas, 2004.

PEÑA SOLÍS, José. *Manual de Derecho Administrativo. La Actividad de la Administración Pública: De Policía, Administrativa, de Servicio Público, de Fomento y de Gestión Económica*. Volumen Tercero. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *El Procedimiento Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1976.

TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel. *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General)*. Editorial Texto, C.A. Caracas, 2007.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 281 del 26-02-2007 (PDVSA Petróleo, S.A.).

___, sentencia N° 735 del 25-10-2017 (Mercantil C.A., Banco Universal).

Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1874 del 14-08-2001 (Thaidehe Victoria Simons Páez).

___, sentencia N° 902 del 26-06-2002 (Azócar Brando & Asociados).

___, sentencia N° 230 del 08-02-2007 (Universidad Nacional Experimental Marítima del Caribe).

___, sentencia N° 1995 del 06-12-2007 (Praxair Venezuela, S.C.A.).

___, sentencia N° 977 del 20-07-2011 (CAVIM).

___, sentencia N° 481 del 29-04-2015 (Caja de Ahorro y Préstamos de los Empleados Públicos de la Gobernación del Estado Bolivariano de Miranda).

Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 106 del 20-04-2017 (Pedro José Rodríguez Torrealba y Andrés José Rodríguez Torrealba).

___, sentencia N° 140 del 15-02-2018 (Servicios Inmobiliarios, S.A.).

___, sentencia N° 514 del 02-10-2018 (José Gabriel Hurtado Donaire, Luisa Alejandrina Vargas Lovera, Iris Jackeline Morillo Rivas y otros).

APROXIMACIÓN AL SISTEMA ACTUAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO JUEZ POR ERROR JUDICIAL EN VENEZUELA

Ana Gabriela Marín¹

Resumen: *El Poder Judicial, al igual que las otras ramas que integran el Poder Público en Venezuela, está sometido al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado establecido en la Constitución de 1999, con el fin último de garantizar que el servicio público de administración de justicia, funcione bajo estándares de normalidad, para lo cual resulta imprescindible, entre otros supuestos, que en sus decisiones los jueces no incurran en error judicial inexcusable, capaz de causar un daño injusto al justiciable que no está en el deber de soportar. En consecuencia, dada la vigencia del tema, por las múltiples situaciones que pudieran subsumirse en esta especial modalidad de responsabilidad patrimonial del Estado, el mismo es abordado desde una perspectiva que pasa por el análisis de los planteamientos teóricos básicos sobre esta institución, para seguidamente, exponer las peculiaridades que actualmente presenta el sistema, así como el procedimiento para hacer exigible esta responsabilidad patrimonial.*

Palabras clave: *Servicio público – Responsabilidad – Error judicial – Daño antijurídico – Reparación.*

SUMARIO. Introducción. I. Aspectos generales. II. Fundamento normativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez por error judicial. 1. Cláusulas Constitucionales. 2. Cláusulas establecidas en pactos y tratados internacionales. 3. Cláusulas legales que pueden dar origen a exigir la responsabilidad patrimonial del Estado Juez por error judicial. III. Presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez por error judicial. 1. Error judicial grave e inexcusable. A. Definición. B. Tipos de error. C. Determinación. 2. El daño antijurídico o injusto. A. Definición. B. Características. 3. Imputación del daño. 4. La relación de causalidad. IV. Procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado Juez por error judicial inexcusable. 1. Peculiaridades del procedimiento para su declaratoria. A. Cuando se trate de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. B. Cuando se trate de los jueces que integran el Poder Judicial. C. Otras peculiaridades. 2. Procedimiento en vía administrativa. 3. Procedimiento en sede judicial. V. Algunos casos de presuntos errores judiciales inexcusables. 1. Sentencia de la Sala Constitucional N° 2673 del 14-12-2001, caso: “DHL Fletes Aéreos y otros”. 2. Sentencia de la Sala Constitucional N° 2 del 03-02-2012, caso: “Niño Warao”. Conclusiones.

¹ Abogada de la Universidad Central de Venezuela (1996).

INTRODUCCIÓN

El sistema de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal del servicio público de administración de justicia por error judicial, también conocido como responsabilidad del Estado Juez, constituye una institución de vital importancia en la evolución de toda sociedad, pues implica, para los ciudadanos que la integran, la garantía de poder acceder a dicho servicio público para ejercer el derecho a reclamar la respectiva indemnización por el daño antijurídico o lesivo causado por ese mismo servicio público, como consecuencia de una decisión judicial dictada por un juez con ignorancia crasa o desconocimiento del derecho, en definitiva, por un funcionario público que ha olvidado en palabras de COSSIO, citado por DELGADO² que “el juez tiene que fallar a ciencia y conciencia lo que significa dominio técnico de la disciplina, responsabilidad y compromiso con la axiología de la Constitución”.

Simultáneamente, tal sistema se convierte además en una forma de control que transversaliza la actividad del Poder Judicial, visto que la determinación de la responsabilidad de Estado Juez por error judicial, está en principio, vinculada con el funcionamiento del servicio público de administración de justicia; con las funciones de esta rama del Poder Público relativas al nombramiento de jueces idóneos a través de concursos públicos de oposición; capacitación y profesionalización de los jueces; con el cumplimiento de las labores de inspección y vigilancia de los Tribunales; y ejercicio de potestades sancionatorias, entre otras.

Precisado lo anterior, se advierte al lector, que la presente investigación no pretende abarcar la totalidad de un tema tan complejo y sensible, sino más bien presentar en forma descriptiva y con una estructura de cinco títulos, una aproximación al actual sistema de responsabilidad patrimonial del Estado venezolano por funcionamiento anormal del servicio público de administración de justicia, por el error judicial inexcusable en el cual pueden incurrir sus Jueces en base a la potestad de administrar justicia de la cual están investidos, vista la entrada en vigencia, por ejemplo, del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana en el año 2010, la creación y funcionamiento de la jurisdicción disciplinaria judicial y los criterios jurisprudenciales del Alto Tribunal en la materia.

Con tal propósito, se señalan primeramente, a modo de aspectos generales, los valores que inspiran el sistema de responsabilidad patrimonial

² José M. Delgado Ocando: “Las resoluciones judiciales y elementos de la sentencia”. *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2006, p. 18.

del Estado, una reseña histórica y las características especiales de la responsabilidad del Estado Juez, delimitándose la investigación, al análisis de la determinación del error judicial contenido en las decisiones judiciales, como supuesto para hacer exigible la responsabilidad patrimonial del Estado venezolano.

Seguidamente, se invocan las bases constitucionales y legales que sustentan esta especial modalidad de responsabilidad patrimonial del Estado, haciéndose énfasis en el denominado bloque de la constitucionalidad, en las normas que consagran la responsabilidad individual de los funcionarios públicos y su vinculación con el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado Juez.

Luego se señalan los presupuestos esenciales para hacerla exigible, a saber: la configuración de un error judicial grave e inexcusable; la verificación de un daño antijurídico; la imputación del daño y la relación de causalidad.

En cuanto al procedimiento, se estimó indispensable, adentrarse en algunas peculiaridades que se plantean para la declaratoria del error judicial inexcusable con base al ordenamiento jurídico vigente y la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el tema; seguidamente se reseña el procedimiento tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional y finalmente se analizan dos casos de presuntos errores judiciales inexcusables.

I. ASPECTOS GENERALES

La responsabilidad patrimonial del Estado entendida como la obligación directa de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas: administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes u órganos públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones, constituye, conjuntamente, con los principios de legalidad, separación de poderes y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas, los cimientos esenciales no solo del Estado de Derecho, sino de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

Así, la justicia concebida como un fin esencial del derecho y un valor superior de todo un ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado, como lo consagra el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, debe ser garantizada y administrada de forma idónea, autónoma,

³ Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 36.860 del 30-12-1999, reimpressa en la Gaceta Oficial de la República N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000, cuya Enmienda N°

imparcial, accesible, responsable, equitativa, expedita, transparente y sin formalismos o reposiciones inútiles, como lo establecen los artículos 26 y 257 *eiusdem*.

No obstante, el ejercicio de la actividad jurisdiccional, de ese servicio público de administración de justicia, puede causar daño a los particulares lo que genera, la responsabilidad patrimonial del Estado de resarcirlos.

Pero, ello no siempre fue así. Desde una perspectiva histórica, SUAREZ⁴ reseña que:

El principio de responsabilidad del Estado ha evolucionado desde la irresponsabilidad absoluta del mismo frente a los daños causados a los asociados, propio de los regímenes monárquicos y absolutistas, hasta la responsabilidad patrimonial casi total que existe en la actualidad. En la primera parte de esa evolución, aquella que corresponde al estado monárquico y absolutista, en el cual el príncipe es depositario del poder ejecutivo, no se considera siquiera la idea de que alguna actuación de ese monarca que domina tal poderío y maneja fácilmente a todos, pueda causar un daño, menos aún, que ese daño fuera objeto de indemnización.

La transición de ese estado absolutista al estado liberal burgués, en nada modificó la irresponsabilidad del Estado, toda vez que está fundamentado en el pensamiento liberal de dejar hacer dejar pasar, lo cual ocasionaba que el estado no interviniera en las actuaciones de los asociados, bajo el prurito de no afectar su libertad (...).

Muy gradualmente se evolucionó de la teoría de la irresponsabilidad absoluta del Estado, a la de los funcionarios, cuando éstos desempeñaban mal sus funciones con violación de la ley y con ello se causaba un daño a las personas o a sus bienes.

Es con el advenimiento del intervencionismo estatal que se vienen a sentar las primeras bases para hacer al Estado responsable de los daños que ocasionara con su actuación, cuando sus dependencias se encargan de la prestación de los servicios públicos. En esta etapa constituye un importante antecedente el fallo Blanco, proferido en Francia por el Tribunal de Conflictos el 8 de febrero de 1873, en el cual el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado se aparta del principio de la responsabilidad civil del Código de Napoleón, para comenzar a estructurar un régimen específico de responsabilidad del poder público.

1 aparece publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

⁴ Daniel Suárez Hernández: "Responsabilidad patrimonial del Estado derivada del error judicial y del funcionamiento anormal del servicio público de justicia". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Volumen 18, N° 18-19, 1995, pp. 154-155. Recuperado de <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/242>.

El progresivo aumento del intervencionismo estatal en las actividades de los asociados, ha marcado seria evolución hacia la responsabilidad patrimonial, hoy casi absoluta del Estado, por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Ahora bien, en cuanto a las premisas generales que rigen la responsabilidad del Estado Juez, siguiendo a ORTIZ-ÁLVAREZ⁵, destacan las siguientes:

- a. Es una responsabilidad esencialmente por funcionamiento anormal del servicio público de administración de justicia (por error judicial, retardo procesal injustificado y omisión injustificada). En casos excepcionales pudiera proceder por funcionamiento normal de este servicio público (*v. gr.*: en el supuesto de algunas medidas cautelares, entre otras).
- b. La responsabilidad del Estado Juez es directa “en el sentido que el Estado –concretamente la República, patrimonio público responsable por las actuaciones del Poder Judicial– puede ser demandado directamente por las víctimas”, tanto por faltas puras del servicio como por una falta impura del servicio, pues “desde una perspectiva objetiva, debe entenderse que es el servicio público de administración de justicia el que ha cometido el daño o funcionado anormalmente, anomalía que puede ser el resultado de todo tipo de violación a las obligaciones del Poder Judicial, es decir, de todo tipo de título de imputación”.
- c. La responsabilidad del Estado Juez abarca: (a) las actividades jurisdiccionales lo que comprende todo tipo de autos y sentencias tanto definitivas como interlocutorias y con independencia de la materia –siendo en esta área donde se ubica el error judicial–; (b) el retardo procesal que implica un retraso en decidir dentro de un “plazo razonable”, estándar que debe determinarse en concreto, en función de las circunstancias del respectivo caso y (c) la omisión injustificada de todo tipo, como las que tienen que ver con el correcto manejo de expedientes (incluyendo pérdida de los mismos), omisión de ejecutar la sentencia, omisiones de datos o de bienes a ejecutar en la sentencia, omisión de pronunciamiento sobre algún argumento en el fallo, entre otros. Igualmente se extiende, según el autor, a otras

⁵ Luis A. Ortiz-Álvarez: “La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela en la Constitución de 1999 (Visión general sustantiva y el mito del carácter objetivo del sistema)”. *Congreso Internacional de Derecho Administrativo, en Homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata*. Tomo I. Universidad de Margarita, Alma Mater del Caribe. Salvador de Madariaga Universidad da Coruña. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2006, pp. 328-334.

actuaciones que entrarían en el funcionamiento anormal de este servicio público tales como: pérdida de dinero u objetos consignados en los tribunales; problemas relacionados con la instrucción de la causa.

En este contexto, se aborda el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez por error judicial en la actuación que le es inherente a este operador de justicia a saber: dictar decisiones.

II. FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO JUEZ POR ERROR JUDICIAL

1. Cláusulas Constitucionales

Para SOTO⁶ la “responsabilidad del Estado Juez no existía en la Constitución de 1961 en forma explícita, a pesar de estar considerada de manera muy amplia y general en los artículos 47 y 121”, mientras que la Constitución de 1999, denota, en palabras de ORTIZ-ÁLVAREZ⁷, “de forma clara y sin rodeos, la más decidida consagración de la responsabilidad del Estado-Juez en nuestro país, lo que igualmente queda ratificado por previsiones -de rango constitucional- de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos”.

En efecto, el Texto Fundamental de 1999, prevé: (a) en su Título IV denominado “DEL PODER PÚBLICO”, artículo 140, el principio general de responsabilidad del Estado; (b) en su Título III, denominado “DE LOS DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS Y DE LOS DEBERES”, artículo 49, numeral 8, la cláusula que regula la responsabilidad del Estado Juez por error judicial, y (c) en su Título V denominado “DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO NACIONAL”, artículo 259, la jurisdicción competente para exigir esta responsabilidad.

Tales disposiciones consagran:

Artículo 140. El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

⁶ María Eugenia Soto Hernández: “La responsabilidad extracontractual del Estado en el Proceso Constituyente Venezolano”. *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano. Ponencias IV Congreso de Derecho Constitucional en homenaje al doctor Humberto J. La Roche*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000, p. 442.

⁷ L.A. Ortiz-Álvarez: “La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela...”. *Ob. cit.*, pp. 327-328.

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

(...)

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Artículo 259. La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Con la consagración de este articulado, en criterio de ORTIZ-ÁLVAREZ⁸ Venezuela se coloca “en lo que respecta al desarrollo de la institución, a niveles similares de los mejores sistemas del Derecho Comparado”.

Adicionalmente, cabe mencionar algunas normas que se interrelacionan o vinculan con esta fundamentación de base constitucional a saber: los artículos 2, 25, 26, 136, 138, 139, 141, 254, 255, 257, 265 y 267, entre otros, que consagran respectivamente, los valores de justicia e igualdad; la responsabilidad de los funcionarios públicos por los actos que ordenen o ejecuten que violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución y la ley; el derecho a una tutela judicial efectiva; la distribución del Poder Público; las responsabilidades individuales de los funcionarios por abuso o desviación de poder; la responsabilidad personal del juez por error judicial, retardo u omisiones injustificadas; el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia; la remoción de los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia en caso de faltas graves y la jurisdicción disciplinaria judicial.

Para TORREALBA⁹, todas estas normas, “permiten conceptualizar a la responsabilidad estatal como una categoría de orden multívoco, (...) por lo

⁸ L.A. Ortiz-Álvarez: “La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela...”. *Ob. cit.*, pp. 330-331.

⁹ José Miguel Torrealba Santiago: “La cláusula constitucional de responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela”. *Revista de Derecho TachireNSE*. N° 25. 2014, pp. 204-205.

que puede considerarse como una garantía; un derecho; un valor y un medio de control u ordenador de la actividad estatal (...)."

2. Cláusulas establecidas en pactos y tratados internacionales

La responsabilidad del Estado Juez por error judicial, también encuentra sustento jurídico, en pactos y convenios internacionales sobre derechos humanos, válidamente suscritos y ratificados por la República, los cuales se incorporan a la jerarquía constitucional. Entre ellos se encuentran:

- a. *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*¹⁰: Consagra el derecho a la indemnización cuando la persona haya sufrido una pena como resultado de una sentencia condenatoria firme ulteriormente revocada, o cuando el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, "a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido" (Cfr. artículo 14, numeral 6).
- b. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*¹¹: Dispone expresamente que: "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial" (Cfr. artículo 10).

3. Cláusulas legales que pueden dar origen a exigir la responsabilidad patrimonial del Estado juez por error judicial

Existen en el ordenamiento jurídico venezolano, un conjunto de normas que desarrollan el bloque de la constitucionalidad expuesto *supra*, de las cuales destacan las dirigidas a hacer efectiva la responsabilidad individual del Juez por error judicial, en el ámbito civil, penal, disciplinario, entre otros, que con fundamento en los valores constitucionales de justicia, igualdad y precisamente, responsabilidad, así como en base a una interpretación progresiva, armónica e integral de los derechos de los particulares, pueden dar origen a exigir la responsabilidad del Estado Juez por esta especial causal o servir en todo caso de garantía reforzada de ésta.

¹⁰ Su Ley aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 2.146 Extraordinario del 28-01-1978.

¹¹ Su Ley aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 31.256 del 14-06-1977.

En este sentido, CELIS¹², haciendo referencia a las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 26, 49.8, 136, 139, 140 y 255 del Texto Fundamental, señala que el establecimiento de las responsabilidades personales de los funcionarios públicos, pueden “constituirse en el punto de partida para intentar una demanda por daños y perjuicios originados por la actuación ilícita desplegada por el funcionario de que se trate. En definitiva, forma parte del elenco de normas constitucionales que dan sustento a la institución bajo estudio (...)”.

Por su parte, ORTIZ-ÁLVAREZ¹³, afirma:

(...) la falta personal puede –salvo en el caso límite de la falta personal pura– implicar también la responsabilidad del Estado, vista la conexión de dicha falta personal con el servicio público. Dicho de otro modo, un mismo hecho, configura una falta personal del funcionario y a la vez –dada la conexión con el servicio– compromete la responsabilidad del Estado (sin que ello, se insiste, sea óbice para que éste repita luego contra el funcionario).

Precisado lo anterior, forman parte de este catálogo de normas, las siguientes:

- a. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*¹⁴: Dicha ley establece como causal de remoción de los Magistrados y Magistradas que integran el Alto Tribunal, el que éstos incurran “en grave e inexcusable error de derecho (...)” (Cfr. artículo 62 numeral 14).
- b. *Ley Orgánica del Poder Ciudadano*¹⁵: Consagra como causal de remoción de los Magistrados o Magistradas, incurrir en faltas graves, siendo una de ellas: actuar con “grave e inexcusable ignorancia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la ley y del derecho” (Cfr. artículo 11 numeral 3).
- c. *Código Orgánico Procesal Penal*¹⁶: Establece el derecho a la respectiva indemnización en razón del tiempo de privación de libertad, cuando a causa del recurso extraordinario de revisión de la sentencia el

¹² Julio César Celis: “La responsabilidad patrimonial del estado por el ejercicio anormal de la función jurisdiccional”. *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo*. CIDEP. Caracas, 2016, p. 162. Recuperado de <http://derechoadministrativoucv.com.ve/files/AEDA-01.pdf>.

¹³ L.A. Ortiz-Álvarez: “La Responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de 1999”. *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela con ocasión al vigésimo aniversario del curso de Especialización en Derecho Administrativo*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2001, p. 189.

¹⁴ Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 5.991 Extraordinario del 29-7-2010, cuya última reimpresión consta en la Gaceta Oficial de la República N° 39.522 del 01-10-2010.

¹⁵ Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 37.310 del 25-10-2001.

¹⁶ Publicado en la Gaceta Oficial de la República N° 6.078 Extraordinario del 15-06-2012.

condenado sea absuelto. Igualmente corresponderá indemnización cuando se declare que el hecho no existió, no reviste carácter penal y el imputado ha sufrido privación de libertad durante el proceso, siendo que en estos casos el Estado está obligado al pago. En cuanto a la determinación el Código establece que fijará su importe computando un día de pena o medida de seguridad por un día de salario base de Juez de primera instancia (Cfr. artículos 257 al 259 y 462 al 469).

- d. *Código de Procedimiento Civil*¹⁷: Regula las demandas para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces en materia civil, así la queja, prevista en sus artículos 829 al 849, exige que la falta provenga de ignorancia o negligencia inexcusable, sin dolo y haber causado un daño a la parte querellante. A tales fines, se tendrá siempre por inexcusable la negligencia o la ignorancia cuando, aun sin intención, se hubiere dictado providencia manifiestamente contraria a la ley expresa, o se hubiere faltado a algún trámite o solemnidad que la ley misma mande observar bajo pena de nulidad (Cfr. artículos 831 y 832).
- e. *Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana*¹⁸: Establece como causal de responsabilidad disciplinaria de los jueces sancionable con su destitución “Incurrir en error Inexcusable por Ignorancia de la Constitución de la República, del derecho o del ordenamiento jurídico, declarado así por alguna de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia que conozca de la causa” (Cfr. artículo 29 numeral 21).

III. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO JUEZ POR ERROR JUDICIAL

1. Error judicial grave e inexcusable

A. Definición

En líneas generales, la definición de error judicial en Venezuela, ha sido producto de la labor interpretativa de la doctrina y la jurisprudencia nacional y foránea.

¹⁷ Publicado en la Gaceta Oficial de la República N° 4.209 Extraordinario del 18-09-1990.

¹⁸ Publicado en la Gaceta Oficial de la República N° 6.207 Extraordinario del 28-12-2015.

Al respecto, COBREROS citado por ORTIZ-ÁLVAREZ¹⁹, califica como error judicial todo “aquel daño que se produzca en una resolución judicial” obviamente en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, a lo que agrega, “entendiéndose en principio por resolución a las ‘providencias, autos y sentencias’”, lo cual es ratificado por ORTIZ-ÁLVAREZ²⁰, al precisar que “por supuesto abraza a los autos o sentencias definitivas o interlocutorias, incluso por supuesto las decisiones (de otorgamiento o de denegación injustificadas) sobre medidas cautelares”, señalando además que, para evitar una desnaturalización de la función judicial el error susceptible de comprometer la responsabilidad del Estado, tiene que ser en principio, “un error grave o manifiesto”.

Por su parte, BADELL²¹, citando a TAWILL y TORREALBA, señala:

El error judicial grave, inaceptable e injustificable constituye la principal causa generadora de la responsabilidad del Estado juez.

Cierto que en el ejercicio de la facultad de juzgar, el juez no está exento de incurrir en falsas apreciaciones de derecho o de hecho generadoras de responsabilidad. El error judicial que da lugar a la responsabilidad es la grave alteración de la realidad fáctica o jurídica que ha sido planteada, hecha por el juez en la sentencia, bien por incurrir en una errónea apreciación de los hechos, en su adecuación a los supuestos legales, previstos en el ordenamiento jurídico, o en la aplicación de las normas legales.

En el mismo sentido, CELIS²² afirma: “Se puede entender el error judicial como aquella actividad judicial desplegada por el Juez que no es conforme a Derecho, bien porque exista una desviación o tergiversación de los hechos o por errónea o inexacta aplicación e interpretación de las normas que resulten aplicables a la resolución del caso concreto”.

Ahora bien, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23-02-1992²³, lo calificó como:

(...) aquél que no puede justificarse por criterios razonables, que lesiona gravemente la conciencia jurídica, revistiendo por vía consecencial, carácter de

¹⁹ Luis A. Ortiz-Álvarez: “La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela...”. *Ob. cit.*, p. 331.

²⁰ *Ibid.*, p. 331.

²¹ Rafael Badell Madrid: *Responsabilidad del Estado en Venezuela*. Discurso y Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Acto celebrado el 01-07-2014. Palacio de las Academias, Caracas, Venezuela, pp. 39-40. Recuperado de http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Recursos/Sesiones/Documentos/02072014123815_DISCURSO%20DE%20INCORPORACION.pdf.

²² J.C. Celis. *Ob. cit.*, pp. 164-165.

²³ Consúltase a Jesús Caballero Ortiz: *Régimen Jurídico del Poder Judicial*. Consejo de la Judicatura. Caracas, 1996, p. 249.

falta grave que puede conducir a la máxima sanción disciplinaria (destitución). Tal error no es concebible en un juez y por ello cabe calificarlo como inexcusable sea porque constituye una crasa ignorancia o una suprema negligencia (...) Por ejemplo, una condena a muerte o a pena perpetua de presidio o por más de 30 años a un procesado; o una condena al pago por una deuda de juego; una medida preventiva dictada sobre una plaza pública; una sentencia redactada en idioma extranjero; o también una condena a presidio o prisión por deuda, etc. (...).

Posteriormente, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 364 del 18-03-2009, caso: “*Rafael Alberto Latorre Cáceres*”, reiteró lo siguiente:

El error judicial ha sido entendido por esta Sala como la equivocación grave cometida por el juez en su actividad de juzgamiento (*iudicare*) o en su actividad procesal (*procedere*), es decir, los denominados errores *in iudicando* e *in procedendo*, sin que exista motivo que los justifique o excuse y que además cause un serio daño al justiciable. Al respecto esta Sala ha indicado lo siguiente:

“Para los errores referidos al orden procedimental importa, más allá de si se ha seguido estrictamente el iter señalado por la ley, si se han garantizado las formas esenciales que preserven el debido proceso y el derecho a la defensa. No se trata de una simple equivocación o inadvertencia sino de una actuación grave, arbitraria, de carácter inexcusable que cause, como antes se indicó, un daño grave, directo y efectivo.

Asimismo, que el error judicial en el juzgamiento implica entonces una alteración grave en la declaración judicial en los hechos (quaestio facti) o en el derecho (quaestio iuris) que no pueda justificarse, es decir, no se trata de equivocaciones en cuanto a interpretaciones jurídicas diferentes o dudosas del ordenamiento, o de considerar equivocada o errada una interpretación distinta a la dada por las partes, o de calificar jurídicamente un hecho de manera disímil a la calificación hecha por las partes para lo cual, además, el juez está facultado conforme al principio expresado en el aforismo iura novit curia.

Se trata entonces de alteraciones y equivocaciones manifiestas, notables y evidentes en la actividad de juzgamiento o en la actividad procesal propiamente, las cuales contraríen los valores, principios y normas constitucionales, desnaturalizando la función jurisdiccional de tal manera que no existan fundamentos o motivos para sostener esta actuación y que, por supuesto, cause un daño directo, cierto y efectivo” (Vid. Sentencia N° 01.693 del 17 de octubre de 2007).

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 325 del 30-03-2005, caso: “*Alcido Pedro Ferreira y otros*”, se pronunció sobre el error judicial, en los siguientes términos:

(...) debe esta Sala destacar que la exigencia de un error inexcusable no debe devenir de un simple error de juzgamiento de los jueces de instancia sino de un error grotesco en el juez que implique un craso desconocimiento en los criterios de interpretación o en la ignorancia en la aplicación de una interpretación judicial, el cual no se corresponda con su formación académica y el ejercicio de la función jurisdiccional en la materia objeto de su competencia. Así pues, se observa que el

error judicial inexcusable es aquel que no puede justificarse por criterios jurídicos razonables, lo cual le confiere el carácter de falta grave que amerita incluso la máxima sanción disciplinaria, por lo que se requiere en cada asunto particular ponderar la actitud de un juez normal y de acuerdo a ello y a las características propias de la cultura jurídica del país, establecer el carácter inexcusable de la actuación del funcionario judicial (...) Ello así, el mismo se configura como un concepto relativamente genérico y abstracto en cualquier ordenamiento jurídico, por lo que el mismo debe responder a unos factores que en principio parecen taxativos, los cuales son: i) una errónea apreciación de los hechos, lo cual conlleva indefectiblemente en un gran número de oportunidades a una consecuencia jurídica errada; ii) el erróneo encuadramiento de las circunstancias fácticas en el ordenamiento jurídico y iii) la utilización errónea de normas legales.

En este sentido, se observa que el error judicial para ser calificado como inexcusable debe ser grosero, patente e indudable, que no quepa duda alguna de lo desacertado de la decisión emitida, y que manifieste una contradicción abierta, palmaria e inequívoca entre la realidad acreditada en el proceso y las conclusiones que el juzgador obtiene respecto a dicha realidad. Conforme a lo expuesto, observa esta Sala que constituyendo el error inexcusable una causal de revisión del fallo, y visto el carácter excepcional, extraordinario y discrecional de la Sala Constitucional para la revisión de sentencias, debe advertir que la errónea interpretación de una norma constitucional o legal no conlleva prima facie a la revisión de la decisión, sino sólo cuando la misma -interpretación- acarrea la consecuente violación de normas constitucionales (...) (Vid. Sentencia de esta Sala N° 44/2.3.00, caso: "Francia Josefina Rondón Astor").

B. Determinación

Su verificación según REYES y TAWIL, citados por ORTIZ-ÁLVAREZ²⁴, se dará cuando "del contexto de la sentencia, de la realidad de los hechos y sus circunstancias, y de la apreciación de la prueba, por una parte y, por la otra, de la confrontación entre la solución dada y la que jurídicamente convenía al caso, resulte manifiesta la materialidad de la equivocación".

C. Tipos de error

Sostiene ORTIZ-ÁLVAREZ²⁵, que el error judicial puede ser de hecho o de derecho, pudiendo responder dicho error a numerosos factores, entre los cuales para TAWILL citado por el referido autor: "destacan la errónea

²⁴ L.A. Ortiz-Álvarez: "La Responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios...". *Ob. cit.*, p. 183.

²⁵ L.A. Ortiz-Álvarez: "La responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela..." *Ob. cit.*, p. 331.

apreciación de los hechos, el mal encuadramiento de las circunstancias fácticas en el ordenamiento o la utilización errónea de normas legales”.

En este sentido, CELIS²⁶ afirma:

Cuando se trata de una falsa o errada interpretación o calificación de los acontecimientos llevados a juicio, se está en presencia de un falso supuesto de hecho, y por otra parte, cuando las circunstancias fácticas han sido correctamente apreciadas y calificadas por el juzgador, pero éste las subsume en una norma jurídica que no resulta aplicable al caso concreto, que no se encontraba vigente o resulta inexistente (sic) en el ordenamiento jurídico, u omite aplicar las que correspondan, o en definitiva hace derivar de éstas consecuencias jurídicas no previstas por ellas, se configurará el falso supuesto de derecho. En ambos casos, la función judicial ha sido prestada de forma, por decir lo menos, irregular.

De todos los criterios jurisprudenciales y doctrinales expuestos, se sigue que será error judicial “*inexcusable*” o “*grotesco*”, aquel razonamiento hecho por el juez en la decisión, que evidencie palmariamente una ignorancia crasa bien en cuanto a la apreciación y adecuación de los hechos o del acervo probatorio a la norma, o en todo caso del derecho en su aplicación o interpretación, que conlleve a que se produzca, en la esfera jurídica material o inmaterial del justiciable, una lesión antijurídica que no tiene el deber de soportar; dando lugar así al derecho de éste de hacer exigible la responsabilidad patrimonial del Estado Juez por funcionamiento anormal del servicio público de administración de justicia.

2. Daño antijurídico o injusto

A. Definición

Entiende ORTIZ-ORTIZ²⁷, “por daño, toda afrenta, lesión o menoscabo de un bien jurídico producido por una persona sobre otra; y daño indemnizable será aquel daño en cuyo acaecimiento participa la libre voluntad del agente sin legitimación alguna que lo excuse”.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.²⁸, señalan que el concepto de lesión patrimonial se convierte en el basamento mismo del sistema de responsabilidad Estatal, precisando que:

²⁶ J.C. Celis. *Ob. cit.*, p. 165.

²⁷ Rafael Ortiz-Ortiz: “Causación e imputabilidad en la responsabilidad patrimonial del Estado”. *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*. Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, p.179.

²⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Cuarta Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1993, pp. 372-373.

A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea *antijurídico*, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuricidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre *no tenga el deber jurídico de soportarlo* (antijuricidad objetiva...).

La antijuricidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado *en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate*.

En este contexto, agrega GONZÁLEZ PÉREZ²⁹ que la lesión será antijurídica cuando el "(...) perjudicado no tenga la obligación de soportarla (...)".

Precisadas estas nociones, corresponde advertir, que si bien el principio general predominante en la responsabilidad patrimonial del Estado, es que el daño, lesión o alteración patrimonial antijurídica, se debe estudiar desde un punto de vista objetivo, es decir, sin necesidad de verificar la culpa del ente u órgano que lo causa; sin embargo para ROJAS³⁰ en el caso de la responsabilidad del Estado Juez por error judicial inexcusable, "es necesario verificar la culpa, y hay que calificarla, ya que solo cuando la culpa es grave, habrá responsabilidad del Estado juez". Así, para el referido autor:

La razón de este elemento, que lo diferencia del principio general de la objetividad de la responsabilidad del Estado, radica en dos criterios (...) decisivos: (i) el juez puede equivocarse (...) como ser humano al fin y al cabo puede cometer errores de apreciación tanto de los hechos como del derecho, lo cual no implicaría por sí solo la responsabilidad. De hecho, para que esos errores puedan ser subsanados, el justiciable tiene el derecho a una segunda instancia judicial para apelar de la sentencia que le cause un agravio, y; (ii) la sentencia, siempre va a causar un perjuicio. En efecto, los fallos siempre beneficiarán a algunos y no a otros. Al fin y al cabo, las sentencias no son más que la forma que tiene el Estado de impartir y administrar justicia, y si el juez está dirimiendo un conflicto entre dos partes, una de ellas será beneficiada y otra no lo será.

²⁹ Jesús González Pérez: *Manual de Procedimiento Administrativo*. Editorial Civitas. Madrid, 2000, p. 369.

³⁰ Manuel Rojas Pérez: "La responsabilidad del Estado Juez en Venezuela". *Revista de Derecho* 15. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005, pp. 115-119.

En el mismo sentido, ECHANDÍA³¹, al pronunciarse sobre la responsabilidad civil en la que pueden incurrir estos funcionarios judiciales afirma:

(...) para los simples errores de los jueces existe el principio de las dos instancias con los recursos ante el superior, y muy especial de casación, dentro del mismo proceso, y el más extraordinario (...) de revisión de sentencias ejecutoriadas por motivos especiales; si se trata de un vicio de procedimiento, existe la nulidad. Estos errores y vicios no constituyen abuso, ni faltas, porque son propios de la razón humana, (...) sin embargo cuando se causa un perjuicio a las partes en el proceso o a terceros que intervinieron en él, por motivo de un error "inexcusable" del juez, queda éste obligado a responder civilmente por aquellos (...).

En suma, la institución del daño antijurídico o injusto, constituye un presupuesto indispensable para determinar el grado o nivel de afectación, disminución o desequilibrio que experimenta una persona en su esfera material o moral sin que tenga el deber de soportarlo, como consecuencia de la principal actividad de los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es inherente, a saber: dictar decisiones.

B. Características

En este tipo especial de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del servicio público de administración de justicia, destacan en relación al daño, las siguientes características: (a) Abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante; (b) Debe ser cierto, lo que implica que sea real y actual; (c) Debe ser específico o individualizado en cuanto a la cantidad o número de justiciables afectados patrimonialmente por un acto jurisdiccional, vulnerándose así el principio de igualdad en las cargas públicas; (d) Es necesario además que sea antijurídico o injusto, esto es, que se trate de un daño que el administrado no tiene el deber jurídico de cargar o soportar, dado que excede el común de las cargas que la gestión estatal comporta para la colectividad; (e) Debe ser jurídicamente imputable en el caso concreto del funcionamiento anormal del servicio público de administración de justicia, al Estado; (f) Comprende no sólo daño material sino también moral e incluso solo daño moral, por ejemplo por el desprestigio causado a una persona con fundamento en un acto de imputación en materia penal que resulte posteriormente falso; (g) Sería extensible a los ciudadanos que les afecte una decisión judicial de manera indirecta, los cuales como terceros interesados, tendrían la posibilidad de reclamar la respectiva indemnización

³¹ Hernando Devis Echandía: *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del proceso*. Tomo I. Decimocuarta edición. Editorial ABC. Santafé de Bogotá, 1996, p. 306.

por funcionamiento anormal del servicio público de administración justicia, por error judicial inexcusable.

3. Imputación del daño

En el caso de la Responsabilidad del Estado Juez por error judicial inexcusable, no basta que exista un daño antijurídico sufrido por el justiciable, sino que es necesario que ese daño sea atribuible al Estado. Así, es la República, como personificación jurídica del Estado, la responsable por los daños que sufran los particulares por el mal funcionamiento del servicio de justicia, con base en un error judicial inexcusable.

4. Relación de causalidad

En el supuesto de la responsabilidad del Estado juez por error judicial, será suficiente a los efectos de solicitar indemnización, que el particular haya sufrido un daño y que éste haya sido causado por el Juez en el ejercicio de la función jurisdiccional. Para ROJAS³² “en el caso de un error judicial, debe comprobarse que existe la lesión, y que esa lesión se configuró por medio de una sentencia, sentencia ésta que contiene un desliz grave, que produce un error tal que crea un daño patrimonial al ciudadano. Así, debe comprobarse el nexo existente entre el daño producido y la sentencia que lo generó (...)”.

IV. PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO JUEZ POR ERROR JUDICIAL INEXCUSABLE

1. Peculiaridades del procedimiento para su declaratoria

A. Cuando se trate de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia

Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del servicio de administración de justicia por errores judiciales de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, debe existir, previamente, la declaratoria de su responsabilidad por actuar con grave e inexcusable ignorancia del Texto Fundamental, de la ley y del derecho.

En este sentido, el artículo 265 constitucional, establece: “Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia podrán ser removidos o removidas por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las

³² M. Rojas Pérez. *Ob. cit.*, p.122.

dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado o interesada, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca”.

Por su parte, Ley Orgánica del Poder Ciudadano³³, en sus artículos 32 al 34, regula dicho procedimiento en los siguientes términos:

Artículo 32. Los ciudadanos o ciudadanas o los representantes de los Poderes Públicos podrán solicitar al Consejo Moral Republicano la calificación de la falta en que presuntamente se encuentre incurso el magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia.

Artículo 33. Una vez recibida la solicitud, el Presidente o Presidenta del Consejo Moral Republicano notificará al magistrado para que dentro de los siguientes ocho (8) días hábiles presente el escrito de descargo correspondiente. Seguidamente el Presidente o Presidenta convocará a una sesión extraordinaria a los fines de que el descargo, y los miembros del referido Consejo analicen la documentación y el soporte que acompañen a la solicitud. En todo caso deberán garantizarle el debido proceso; luego de deliberar, y por mayoría simple, adoptarán la resolución correspondiente, salvo que alguno de los miembros del Consejo Moral Republicano estime necesario recoger la información complementaria, caso en el cual ordenarán al Secretario Ejecutivo realizar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes las gestiones tendentes al cumplimiento de tal finalidad. La calificación de falta grave se llevará a cabo en la sesión extraordinaria que deberá ser fijada en ese mismo acto, y en todo caso no podrá excederse de los diez (10) días hábiles siguientes.

Artículo 34. El Consejo Moral Republicano informará por escrito a la Asamblea Nacional los hechos pormenorizados de la conducta del magistrado o magistrada que contenga la calificación de faltas graves en un lapso de tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha de la decisión. En el informe se anexarán todos los documentos probatorios de los hechos que dieron lugar a la calificación de la falta.

Asimismo, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³⁴, en su artículo 63, dispone: “Una vez que sea calificada la falta y sean recibidas las actuaciones del Consejo Moral Republicano, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional deberá convocar, dentro de los diez días hábiles siguientes, a una sesión plenaria para escuchar al interesado o interesada y resolver inmediatamente sobre la remoción planteada”.

Con relación a la interpretación de estas disposiciones y la naturaleza del procedimiento, la Sala Constitucional en sentencia N° 1.117 del 05-06-2006, caso: “*L.V.A.*”, estableció con carácter vinculante, el siguiente criterio:

³³ Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 37.310 del 25-10-2001.

³⁴ Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 39.522 del 01-10-2010.

No obstante lo anterior, debe esta Sala advertir que este control no está referido al acto jurisdiccional el cual constituye la médula misma de la autonomía del Poder Judicial; **razón por la cual el ejercicio del control político confiado al Poder Ciudadano no puede abarcar las consideraciones o razones de mérito que sean plasmadas a través de decisiones judiciales**; acotación esta que en el caso concreto reviste mayor importancia y que lo ilustra más claramente, visto que el control político que se efectuó en detrimento del quejoso sólo se fundamentó con ocasión del desempeño de funciones de administración de recursos económicos confiados para el Gobierno del Poder Judicial, y no de su actividad jurisdiccional como Magistrado (...).

Ahora bien, la Sala al establecer con carácter vinculante el alcance del control político, al señalar que el mismo no está referido al acto jurisdiccional el cual constituye la médula de la autonomía del Poder Judicial, necesariamente se debe concluir que la interpretación conforme a los principios de la Constitución del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano –particularmente, de los numerales 3, 4 y 5– no puede abarcar las consideraciones o razones de mérito que sean plasmadas a través de actos judiciales, por lo que la interpretación de la norma al referirse a actuar con grave e inexcusable ignorancia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la ley y del derecho o adopten decisiones que atenten o lesionen los intereses de la Nación o violen, amenacen, o menoscaben los principios fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, deben ser consideradas no en el ejercicio de su función jurisdiccional y en caso de realizarse un análisis en ese sentido, por parte del Consejo Moral Republicano la aplicación de las normas devendrían en inconstitucionales. No es así cuando la calificación del Consejo Moral Republicano en base a dichos numerales, está referida a la actuación de un Magistrado que obra administrativamente, como en el caso de autos (...).

A lo expuesto debe agregarse, que la Sala Constitucional mediante sentencia N° 516 del 07-05-2013, caso: “*Nancy Castro de Várvaro*”³⁵, estableció:

Ciertamente, las causales de remoción de los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia aparecen recogidas en los artículos 11 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano y 62 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; y, sin lugar, a dudas en ambos preceptos figura entre las causales de remoción, precisamente, las que estipule el Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana; no obstante, ello pareciera dar lugar apenas a una aplicación

³⁵ Por sentencia N° 06 del 04-02-2016, la referida Sala se declaró competente para continuar conociendo de la mencionada demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana de 2009, reformado en el 2010 y derogado por el Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.207 Extraordinario, del 28-12-2015, visto que en el caso *sub lite*, el contenido de las disposiciones impugnadas, así como la regulación del procedimiento disciplinario judicial fueron recogidas igualmente en este Código.

muy puntual de la estructura normativa de dicho Código a los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, ya que el artículo 265 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reserva el régimen disciplinario de los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia a un proceso complejo en el que participan dos poderes públicos: el Poder Ciudadano y el Poder Legislativo, de tal suerte que la residualidad contenida en el único aparte del artículo 1 del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana es de tal forma general que infunde sospecha de contradicción a la norma de competencia contenida en el artículo 265 constitucional, lo cual requiere la suspensión de su contenido para evitar que su ejercicio simultáneo cause perjuicios irreparables por una potencial invasión de competencias.

Por tanto, hasta tanto esta Sala Constitucional se pronuncie respecto del fondo de esta nulidad, SUSPENDE cautelarmente el único aparte del artículo 1 del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana publicado en la Gaceta Oficial N° 39.493 del 23 de agosto de 2010. Así se decide.

De los criterios jurisprudenciales que preceden se desprende que, en base al principio de autonomía e independencia del Poder Judicial venezolano, los errores judiciales inexcusables en los que pudieran incurrir los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia en sus sentencias o fallos en ejercicio de su función judicial, no pueden ser objeto para su declaratoria del procedimiento complejo de naturaleza ético-política ejercido por Consejo Moral Republicano y la Asamblea Nacional, de conformidad con las normas citadas *supra*, salvo que, la calificación que en tal sentido se realice esté referida a su actuación ya no en el plano judicial sino administrativo. Siendo ello así, esa declaratoria como ocurrió en el caso citado, constituiría en los términos de esta investigación, una causal eximente de la responsabilidad del Estado Juez.

Por tanto, la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal del servicio público de administración de justicia por error judicial inexcusable de los Magistrados del Alto Tribunal, estaría supeditada a la declaratoria que del mismo hiciera la Sala Constitucional del mencionado Tribunal al ejercer bien de oficio o a solicitud de parte interesada su potestad extraordinaria de revisión constitucional³⁶, respecto de un fallo o decisión judicial dictado por los Magistrados de las otras Salas.

³⁶ En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su fallo N° 93 del 06-02-2001, caso: "*Corpoturismo*", determinó que sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, posee la potestad de revisar lo siguiente: (a) Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país; (b) Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia; (c) Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás

En este sentido, surge además, la duda razonable, *-en base a los criterios jurisprudenciales establecidos supra-*, sobre si la decisión de la Sala Constitucional que determine el error judicial inexcusable, habilitaría a hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria de estos altos funcionarios, como una garantía reforzada de aquella.

Ahora bien, en relación a los errores judiciales inexcusables en los que pudieran incurrir los Magistrados de la Sala Constitucional, cabe acotar que, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, contra sus decisiones no se oír, ni admitirá recurso alguno, es decir, sus fallos no están sujetos a que otro Tribunal los revise y declare el error judicial de ser el caso. Tal circunstancia, aunada a los criterios jurisprudenciales antes señalados, haría nugatoria en principio, la posibilidad de exigir esta especial responsabilidad patrimonial del Estado, respecto de estos altos funcionarios.

B. Cuando se trate de los jueces que integran el Poder Judicial

Si la declaratoria de error judicial inexcusable surge del ejercicio del recurso extraordinario de revisión en el ámbito penal o del procedimiento de queja, se estima, en principio, que serán suficientes esos fallos para exigir la responsabilidad del Estado Juez. Sin embargo, hay que tener en consideración, que contra estas decisiones podría ejercerse solicitud de revisión constitucional en la cual podría confirmarse o no tal declaratoria.

Ahora bien, si el error judicial inexcusable de los jueces es declarado por cualquiera de las Salas del Máximo Tribunal, se ordenará el envío de copia certificada del fallo a la Inspectoría General de Tribunales para que se inicie el procedimiento para hacer exigible la responsabilidad disciplinaria del Juez que ocasionó con su decisión el daño antijurídico, si se tratase de un Juez titular, en cuyo caso será competente para seguir tramitando ese procedimiento y pronunciarse sobre el mismo la Jurisdicción Disciplinaria Judicial, integrada por Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial, los cuales conocerán y aplicarán en primera y segunda instancia,

Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional; y (d) Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional.

respectivamente, los procedimientos disciplinarios por infracción a los principios y deberes contenidos en el mencionado Código.

Si se trata de un juez no titular, remitirá en principio, copia certificada del fallo a la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia³⁷, órgano delegado del Alto Tribunal que por oficio “remueve” o deja sin efecto la designación de ese juez.

Tal particularidad tiene sustento en la ya referida sentencia N° 516 del 07-05-2013, caso: “*Nancy Castro de Vároaro*”, en la cual la Sala Constitucional estableció:

Señala el encabezado del artículo 2 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, lo siguiente: (...)

El precepto legal transcrito contempla el denominado ámbito subjetivo de la Ley, esto es, quiénes son los sujetos sometidos al régimen jurídico contemplado en el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana; a saber: los jueces y juezas permanentes, temporales, ocasionales, accidentales o provisorios.

El enunciado legal así descrito y sin ninguna consideración adicional guarda consonancia con el orden constitucional; sin embargo, cuando se considera que el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, además de fijar los referentes éticos con base en los cuales se ha de determinar la idoneidad y excelencia de un juez o una jueza para la función jurisdiccional, estatuye un régimen de inamovilidad propio de la carrera judicial; la extensión de este proceso disciplinario judicial a los jueces temporales, ocasionales, accidentales o provisorios para poder excluirlos de la función jurisdiccional, pese a que formalmente no han ingresado a la carrera judicial, pareciera colidir con el texto Constitucional.

En efecto, señala el artículo 255 constitucional que el ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los y las participantes. Asimismo, continúa señalando este mismo artículo, los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o removidas, suspendidos o suspendidas de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.

De ese modo, cuando el artículo 255 constitucional refiere que ‘los’ jueces o juezas sólo podrán ser removidos o suspendidos mediante los procedimientos previstos en la ley, alude a aquellos jueces que han ingresado a la carrera judicial por haber realizado y ganado el concurso de oposición público, como lo exige el encabezado del artículo; pues es dicho mecanismo el que hace presumir (de forma *iuris tantum*) la idoneidad y excelencia del juez o jueza; una presunción que es, efectivamente, desvirtuable mediante el proceso disciplinario judicial como parte de la validación constante y permanente de la idoneidad y excelencia; pero que

³⁷ Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional N° 331 del 02-05-2016, caso: “*Pedro José Lara Arrieta*”.

se erige a su vez como una garantía de la inamovilidad propia de la carrera judicial.

Siendo ello así, aun cuando efectivamente el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana le es efectivamente aplicable a todos los jueces - indistintamente de su condición- como parámetro ético de la función jurisdiccional; no obstante, el procedimiento para la sanción que dicho Código contempla pareciera, salvo mejor apreciación en la definitiva, no ser extensible a los Jueces y juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios, ya que dicho proceso es una garantía de la inamovilidad ínsita a la carrera judicial; y se obtiene la condición de juez o jueza de carrera si se gana el concurso de oposición público.

Por tanto, a fin de no contradecir el contenido normativo del artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se SUSPENDE cautelarmente, mientras dure el presente juicio, la referencia que hace el artículo 2 del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana a los jueces y juezas temporales, ocasionales, accidentales o provisorios y que permite la extensión, a esta categoría de jueces y juezas, del procedimiento disciplinario contemplado en los artículos 51 y siguientes del mencionado Código, por no tratarse de jueces o juezas que hayan ingresado a la carrera judicial, correspondiéndole a la Comisión Judicial la competencia para sancionarlos y excluirlos de la función jurisdiccional, visto que se trata de un órgano permanente, colegiado y delegado de la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, al que compete coordinar las políticas, actividades y desempeño de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, la Escuela Nacional de la Magistratura y la Inspectoría General de Tribunal (ex: artículo 73 del Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia), así como someter a la consideración de la Sala Plena las políticas de reorganización del Poder Judicial y su normativa (artículo 79 eiusdem) (...).

C. Otras peculiaridades

En todo caso, debe reiterarse, que de las sentencias que dicten las Salas del Máximo Tribunal, en las que se declare error judicial inexcusable, cabe en principio, solicitud de revisión constitucional ante la Sala Constitucional, en consecuencia, esa declaratoria de error judicial inexcusable podría ser confirmada o no por dicha Sala, lo cual pudiera generar alguna incidencia -v. gr.: *cuestión prejudicial*-, en el respectivo proceso judicial para hacer exigible la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal del servicio público de administración de justicia.

En este mismo sentido, se precisa que si bien es cierto que, de las decisiones de la Jurisdicción Disciplinaria Judicial que determinen la responsabilidad personal del juez titular por destitución, podría solicitarse revisión constitucional, también lo es que tal solicitud quedaría ilusoria en el

supuesto de haber incurrido el juez en su fallo en error judicial inexcusable declarado por la referida Jurisdicción, toda vez que la calificación del error judicial como grotesco o inexcusable, a los fines de establecer la responsabilidad disciplinaria de los jueces, sólo la puede hacer el Tribunal Supremo de Justicia, en cualquiera de las Salas que le corresponda conocer de una determinada causa, razón por la cual será poco probable que aquella se aparte de dicha calificación y que el juez afectado con la misma solicite la revisión y en consecuencia, que la Sala Constitucional ejerza su potestad revisora. Siendo ello así, la decisión de la Jurisdicción Disciplinaria Judicial en la cual se destituya al operador de justicia por error judicial inexcusable, constituiría otra prueba documental, a los fines de exigir la responsabilidad del Estado Juez.

En relación a la comunicación u oficio de la Comisión Judicial, que “remueve” o deja sin efecto el nombramiento del Juez que no es titular, se estima *–sin pretensión de adentrarse en su naturaleza jurídica–* que pudiera estarse en presencia de un hecho administrativo³⁸ y no de un acto administrativo de remoción como lo ha calificado el Alto Tribunal³⁹ o de destitución con base en lo previsto en la ya referida sentencia de la Sala Constitucional N° 516/2013, visto que, en principio, pareciera no cumplir con los requisitos del artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁴⁰, ni ser el resultado del respectivo proceso disciplinario. No obstante, tal actuación *–con independencia de lo señalado supra–* también constituiría parte del acervo probatorio para demandar la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal del servicio público de administración de justicia.

Al margen de todas las peculiaridades señaladas, las decisiones que declaren la existencia de un error judicial grave e inexcusable, siempre que se encuentren firmes, constituirían un título de imputación que habilitaría al administrado lesionado por fallo antijurídico, a exigir la responsabilidad del Estado Juez.

2. Procedimiento en vía administrativa

En criterio de Torrealba⁴¹, el “ordenamiento jurídico venezolano establece en primer término la posibilidad de resolver en sede administrativa las

³⁸ En este sentido, consúltese a Agustín Gordillo: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado. Fundación Estudios de Derecho Administrativo y Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Caracas, 2001, pp. xx-20 a la xx 22.

³⁹ *Cfr.* Sentencia de la Sala Constitucional N° 2.414 del 20 de diciembre de 2007, caso: “*Yolanda del Carmen Vivas Guerrero*”, entre otras.

⁴⁰ Publicada en Gaceta Oficial de la República N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

⁴¹ J.M. Torrealba. *Ob. cit.*, p. 213.

reclamaciones que por razones de contenido patrimonial se interpongan contra el Estado en sus diferentes expresiones institucionales (...)”, entre las cuales se inserta las derivadas de la responsabilidad del Estado juez por error judicial.

Tal posibilidad está consagrada en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República⁴², concretamente en sus artículos 68 al 74, en los cuales se regula el procedimiento administrativo previo a las “acciones contra la República”, advirtiéndose que siempre que el valor de la reclamación sea igual o inferior a quinientas Unidades Tributarias, (500 U.T.), no se requerirá la opinión de la Procuraduría General de la República.

En relación a sus características, señala el referido autor⁴³, “que el antejuicio administrativo es un procedimiento administrativo especial, que sólo puede iniciarse a instancia de parte interesada; es de carácter inter-orgánico y en cuanto a sus efectos tiene fines declarativos”; amén de constituir un requisito de admisibilidad de la demanda según lo establecido en el artículo 35 numeral 3 de la referida Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴⁴.

En este contexto, se estima que la determinación de la competencia del órgano para interponer la solicitud por escrito a los fines de instaurar las demandas de contenido patrimonial contra la República a la que alude el referido Decreto Ley, dependerá en todo caso de si la reclamación es contra un Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, un juez titular o un juez no titular.

Una vez ejercida y en ausencia de oportuna respuesta por parte de la Administración en el lapso que consagra el referido Decreto Ley, o en el supuesto de respuesta negativa o insatisfactoria a las pretensiones del interesado, éste quedará facultado para acudir a la vía judicial.

3. Procedimiento en sede judicial

De conformidad con el ya citado artículo 259 constitucional, corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, condenar al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración. A tales fines, la Ley Orgánica de la Jurisdicción

⁴² Publicado en la Gaceta Oficial de la República N° 6.210 Extraordinario del 30-12-2015, reimpresso en la Gaceta Oficial N° 6.220 Extraordinario del 15-3-16.

⁴³ J.M. Torrealba. *Ob. cit.*, p. 213.

⁴⁴ Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 39.447 del 16-06-2010, reimpressa en la Gaceta Oficial N° 39.451 del 22-06-2010.

Contencioso Administrativa⁴⁵, desarrolla los procedimientos en primera y segunda instancia de las demandas de contenido patrimonial en sus artículos 56 al 64 y 87 al 94, respectivamente, siendo aplicables a dichos procedimientos no sólo las disposiciones fundamentales, sino además, las disposiciones generales previstas en los artículos 27 al 32; las disposiciones comunes previstas en sus artículos 33 al 41; y las relativas a la inhibición y recusación, consagradas en los artículos 42 al 55; en concordancia con las normas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁶ que regulan las competencias de la Sala Político Administrativa; así como las disposiciones generales relativas a los procesos que se conozcan y tramiten ante las Salas del Alto Tribunal, establecidas en los artículos 26 y 85 al 109, respectivamente.

V. ALGUNOS CASOS DE PRESUNTOS ERRORES JUDICIALES

1. Sentencia de la Sala Constitucional N° 2.673 del 14-12-2001, caso: *“DHL Fletes Aéreos y otros”*

La Sala estableció que:

Siendo así las cosas, observa esta Sala que el recurso que nos ocupa, ha sido interpuesto contra la sentencia del 6 de noviembre de 2001, dictada por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, respecto de la cual los apoderados judiciales de las compañías recurrentes estimaron que la misma se apartó de las interpretaciones de esta Sala Constitucional con respecto a la institución de la perención, como forma de extinción de la instancia, ya que *“...al declarar consuma la perención de la instancia en una causa que se encontraba en estado de sentencia desde que se dijo “Vistos” el 23 de abril de 1997, contradice y por ende, desacata abierta e indudablemente la doctrina “vinculante” establecida por esta Sala Constitucional en materia de perención...”*. Asimismo, señalaron que la decisión cuestionada lesiona el derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, dado que *“...por muy beneficioso que resulte la puesta al día de la Sala Político Administrativa, ello no puede ser producto del quebrantamiento del deber fundamental de todo funcionario judicial ni puede sacrificarse para cumplir ese in (sic) los derechos constitucionales (...) de nuestras representadas, quienes –repetimos- tienen derecho a una decisión de fondo de la controversia, no pudiendo desconocerse ese derecho por un formalismo inútil como lo es la presentación anual de diligencias para recordar al órgano judicial su deber fundamental: dictar sentencia sobre el fondo de la causa....”*.

En virtud de las anteriores denuncias y con fundamento en las sentencias mencionadas, esta Sala considera pertinente asumir su competencia para conocer y decidir la revisión solicitada, advirtiendo que la misma estará supeditada al examen que de las actas procesales se realice para verificar la existencia de un

⁴⁵ Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 39.447 del 16-06-2010, reimpressa en la Gaceta Oficial N° 39.451 del 22-06-2010.

⁴⁶ Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 39.522 del 01-10-2010.

error evidente o craso en la interpretación de la Constitución vigente, o de la sustracción absoluta de los criterios interpretativos de normas constitucionales adoptados por esta Sala Constitucional. Así se decide (...).

Ciertamente, observa esta Sala que, en la decisión lesiva, la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia se pronunció sobre la perención de la instancia cuando la causa se encontraba en estado de sentencia, a partir del 23 de abril de 1997, oportunidad en la cual se dijo “vistos”. Cabe advertir, sin embargo, que dicha decisión refleja la doctrina sobre la perención de la instancia asumida por la Sala Político Administrativa en sentencia del 13 de febrero de 2001 (caso *Molinos San Cristóbal*) y ratificada en fallos posteriores (...).

De conformidad con lo expuesto, observa esta Sala que, en el presente caso, la Sala Político Administrativa en decisión del 6 de noviembre de 2001, declaró la perención de la instancia en un proceso administrativo, que se encontraba en espera de sentencia y en el cual, por tanto, las partes no tenían obligación de cumplir con algún acto procesal, imponiendo a éstas una carga procesal inexistente en nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, analizado como ha sido el fallo recurrido, encuentra esta Sala que el razonamiento que informa la referida sentencia, no resulta compatible con los principios consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ni con el criterio interpretativo de la Constitución asumido por esta Sala, con respecto a la institución de la perención de la instancia y la pérdida de interés en obtener una oportuna sentencia, a partir del fallo citado *ut supra*, dictado el 1º de junio de 2001 (...).

Precisado lo anterior, considera esta Sala que la adopción obligatoria por parte de los tribunales de la República y de las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia, de la doctrina jurisprudencial mencionada, ha debido ser cumplida, inexorablemente, a partir del 1º de junio de 2001, por ser esta la ocasión en la que esta Sala Constitucional formalmente asumió, por primera vez, un criterio interpretativo sobre la perención de la instancia y el artículo 26 de la Constitución vigente (...).

Sentado lo anterior, se observa que, en el presente caso, la sentencia cuya revisión se solicita, fue proferida con posterioridad al fallo dictado por esta Sala Constitucional el 1º de junio de 2001, motivo por el cual la Sala, para garantizar la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, en ejercicio de las potestades que tiene atribuidas en materia de revisión, en los términos indicados en el presente fallo, anula la decisión N° 762 del 8 de mayo de 2001, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y, en consecuencia, ordena la reposición de la causa al estado en que dicha Sala se pronuncie acerca del recurso contencioso administrativo de anulación interpuesto y, así se declara.

De este fallo se evidencia, que la Sala Constitucional supeditó su potestad revisora al examen de las actas procesales para verificar la existencia de un error evidente o craso en la interpretación de la Constitución vigente, o de la

sustracción absoluta de los criterios interpretativos de normas constitucionales por ella adoptados.

No obstante, una vez que determinó que la decisión de la Sala Político Administrativa impuso a las partes una carga procesal inexistente en nuestro ordenamiento jurídico y que se sustrajo de su criterio interpretativo vinculante, la Sala Constitucional no emitió pronunciamiento alguno sobre si se estaba en presencia o no de un error judicial inexcusable, en el caso sometido a su conocimiento.

2. Sentencia de la Sala Constitucional N° 2 del 03-02-2012, caso: “niño Warao”

La Sala estableció que:

En el caso *sub iudice* (...) la Sala colige, con basamento en las anteriores conclusiones, que el niño indígena Warao (...) no fue juzgado por la autoridad legítima y competente reconocida por el pueblo Warao según sus costumbres ancestrales y mucho menos, el niño Warao fue sancionado a través de una *Monikata*, conforme al sistema punitivo propio de la etnia indígena Warao, todo lo cual constituye, a juicio de la Sala, una infracción al principio del *juez natural* en el propio derecho indígena (...).

Además, la Sala constata del acta levantada con ocasión del juzgamiento en la “*Jurisdicción Especial Indígena*” (folio 41 del expediente), que el denominado “*Cacique*” de la Comunidad de Atoibo no firmó la misma. La asamblea denominada *Monikata*, como lo refirieron los testigos expertos, se realiza con el *Aidamo* de la comunidad donde ocurre el hecho conflictivo.

En consecuencia, la Sala considera que lo ajustado a derecho es anular la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, mediante la cual se condenó al niño quejoso a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del “*delito de homicidio intencional*”. Así se decide.

La anterior declaratoria trae como consecuencia ineludible, por ser un acto judicial que no es aislado de la decisión dictada por la “*Jurisdicción Penal Indígena*”, la anulación de la sentencia dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que revisó y avaló, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial (...) sin hacer el control previo de los aspectos formales de la decisión dictada por la “*Jurisdicción Especial Indígena*”. (...).

Efectivamente, el referido Juzgado de Control no cumplió con lo señalado en el artículo 140 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, que establece el deber de ordenar, en los procesos judiciales en los cuales sean partes los pueblos y comunidades indígenas o sus miembros, la realización de un

informe socio antropológico y uno de la autoridad indígena o la organización indígena representativa, que ilustre sobre la cultura y el derecho indígena. Sólo se basó el Juzgado Segundo de Control especializado en la materia de responsabilidad penal del adolescente en lo manifestado por las partes, para concluir que, desde el punto de vista constitucional, la condena del quejoso de autos a cumplir la pena de veinte años de prisión se correspondía con “*los usos y costumbres ancestralmente aceptados por los dichos pueblos y/o minorías*” (...) cuando era ineludible en derecho verificar el contenido del derecho originario consuetudinario a través de otros medios probatorios, que le hubiera permitido esclarecer al juzgador si se encontraba comprometido el principio del *juez natural*, principio este que ha sido calificado reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala Constitucional como de orden público constitucional.

En consecuencia, visto que la decisión dictada, el 2 de diciembre de 2009, por el Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, avaló indebidamente la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “*Jurisdicción Especial Indígena*” (...) la declara nula de pleno derecho, así como igualmente nulas las actuaciones judiciales subsiguientes.

En cumplimiento de lo cual, la Sala ordena la inmediata libertad del niño indígena Warao condenado por las indicadas sentencias, cuya nulidad se ha declarado, y por tanto se ordena al Juez de Primera Instancia en Función de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, donde se encuentra la causa penal principal, libre de inmediato la correspondiente orden de excarcelación.

La Sala deja constancia de que no se ordena la reposición y, por tanto, la celebración de un nuevo juicio ante la “*Jurisdicción Especial Indígena*”, toda vez que, consta en autos, y ello no fue contradicho en la audiencia oral, que el niño Warao condenado estuvo recluso en la Casa de Formación Integral Varones de Tucupita, desde el mes de diciembre de 2009, por un término que excedió con creces la pena privativa de libertad que, aunque no le correspondía (por no pertenecer al derecho propio o consuetudinario indígena), era la que le impusieron según el término medio, por la dosimetría penal, a un adolescente regido por el derecho común ordinario, la cual, según lo establece el parágrafo primero del artículo 628 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no podía ser menor de seis meses ni mayor de dos años (...).

En relación con este fallo, se observa que la Sala Constitucional, ordena la inmediata libertad del niño Warao al constatar en el caso las violaciones a los derechos constitucionales al juez natural, debido proceso, presunción de inocencia y libertad, entre otros.

Sin embargo no emitió pronunciamiento alguno sobre si la sentencia del Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que revisó y avaló, conforme al contenido del artículo 134 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, la decisión emanada de la referida jurisdicción especial, *-sin*

cumplir con el deber contenido en el artículo 140 de la referida Ley-, razón por la cual estimó la Sala que se había basado en un falso supuesto, configuraba un supuesto de error judicial grave e inexcusable.

En este sentido se advierte, que si bien es cierto que los órganos jurisdiccionales con competencia para declarar error judicial inexcusable en los asuntos sometidos a su conocimiento, deben ser cuidadosos en su apreciación, también lo es que su determinación a los fines de hacer exigible la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal del servicio público de administración de justicia “debe abordarse desde una perspectiva amplia, a favor del ciudadano (...)”⁴⁷, siempre que se configuren los demás presupuestos para su procedencia.

CONCLUSIONES

La responsabilidad patrimonial del Estado Juez en Venezuela por error judicial, tiene rango constitucional a partir del Texto Fundamental de 1999 y constituye, como ya se señalara, siguiendo a TORREALBA, en sí misma un valor, un derecho, una garantía y un medio de control u ordenador de la actividad desplegada por el Poder Judicial, que está estrechamente relacionada con otro valor superior sobre el cual descansa no sólo el ordenamiento jurídico del Estado venezolano sino su actuar, que es la justicia, la cual debe ser impartida por los jueces que integran esta rama del Poder Público, de forma idónea, imparcial, accesible, transparente, autónoma, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles, como lo disponen los artículos 2 y 26 constitucionales.

Simultáneamente, ha consagrado la Constitución de 1999, la responsabilidad individual de los funcionarios públicos, entre ellos, la de los Magistrados que integran el Tribunal Supremo de Justicia y la de los jueces, por error judicial en sus fallos, la cual ha sido desarrollada por el legislador.

En consecuencia, la declaratoria de esta responsabilidad al estar vinculada con el ejercicio de la función jurisdiccional de la cual están investidos estos funcionarios judiciales, habilitaría al justiciable que haya sufrido un daño antijurídico en una decisión o sentencia, a exigir la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal del servicio público de administración de justicia, por error judicial grave o inexcusable, o en todo caso, serviría de garantía reforzada de ésta.

A pesar de toda esta normativa de base constitucional, no existe en Venezuela una ley especial que regule el sistema de responsabilidad

⁴⁷ J.M. Torrealba. *Ob. cit.*, p. 208.

patrimonial del Estado, en consecuencia la responsabilidad del Estado Juez, como modalidad especial de aquella, está regida por un conjunto de leyes y por la interpretación que de las mismas ha hecho la Sala Constitucional del Alto Tribunal; así como por las dificultades propias para determinar en cada caso, cuándo se está en presencia de un error judicial inexcusable vista la falta de estándares al respecto; todas estas circunstancias, han hecho surgir un conjunto de peculiaridades que limitan o podrían hacer casi ilusorio el derecho del justiciable a exigirla.

En este sentido, el pronunciamiento sobre el fondo del recurso de nulidad incoado contra el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, podría ser la oportunidad propicia, para que la Sala Constitucional, como última y máxima intérprete del Texto Constitucional, abordara algunas de estas peculiares circunstancias.

EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

Julio Alexander Carta Rivero¹

Resumen: *El presente trabajo se realizó con la finalidad de vislumbrar a groso modo el Control judicial aplicable a la Administración Pública en Venezuela, en tal sentido se abordó de una manera sencilla y didáctica una serie de interrogantes que una vez resueltas nos permiten entender de forma general de qué trata el referido control judicial, cómo es posible llevar a cabo ese control y por qué y para qué se lleva a cabo ese control.*

Palabras clave: *Control – Administración Pública – Plena jurisdicción.*

SUMARIO. Introducción. I. ¿Qué debemos entender por Administración Pública? **II.** ¿Qué es el control judicial sobre la Administración Pública? **III.** ¿Cómo se ejerce el control judicial sobre la Administración Pública? **1.** Aspectos procesales comunes del contencioso administrativo. **A.** Legitimación e interés. **B.** Formas de iniciar un proceso contencioso. La iniciativa procesal. **C.** Inadmisibilidad de la demanda. **D.** El despacho saneador. **E.** Auto para mejor proveer. **F.** Las medidas cautelares. **2.** Procedimientos. **A.** Procedimiento común a las demandas de nulidad, interpretación de normas y controversias administrativas. **B.** Procedimiento breve. **C.** Procedimiento de las demandas de contenido patrimonial. **D.** Procedimiento contencioso administrativo funcional. **E.** Procedimiento de apelación (segunda instancia). **IV.** ¿Por qué se ejerce el control judicial sobre la Administración Pública en Venezuela? **V.** ¿Para qué se ejerce el control judicial sobre la Administración Pública en Venezuela? **Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordamos de una manera general y de sencilla comprensión un tema tan interesante y complejo como lo es el control judicial sobre la Administración Pública; en tal sentido, hicimos el mayor de los esfuerzos para realizar el análisis de los aspectos que a nuestra consideración son los de mayor relevancia respecto al tema que nos ocupa.

La metodología a través de la cual fue abordado el tema y que considero es la más acorde a la manera en que desarrollamos el asunto según fue expresado en el párrafo anterior es la siguiente: tratamos de dar respuestas a cuatro sencillas preguntas, las cuales una vez resueltas nos dan un enfoque

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2016). Ex Abogado Asociado I y II de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (2017-2018). Cursante de las especializaciones de Derecho Administrativo y Derecho de la Navegación y del Comercio Exterior, ambas de la Universidad Central de Venezuela.

global del tema que nos permite comprender a groso modo de qué trata el control judicial sobre la Administración Pública en Venezuela. Las preguntas son *¿qué?*, mediante la cual estudiamos someramente qué debemos entender por Administración Pública y qué es el control judicial sobre la Administración Pública, es decir, se realizó una delimitación de los sujetos pasivos en el Contencioso Administrativo y se determinó en términos generales de qué trata el referido control. Acto seguido, analizamos el *¿cómo?*, es decir, cómo se ejerce ese control judicial sobre la Administración Pública y a tal efecto nos correspondió analizar los aspectos procesales comunes a los procesos destinados a realizar el control bajo estudio y cada uno de los procesos mediante los cuales se desarrolla el referido control. Luego examinamos el *¿por qué?*, a los fines de determinar las situaciones jurídicas por las cuales se puede accionar o poner en movimiento el aparato judicial a los fines de ejercer el control judicial sobre la Administración Pública. Finalmente tratamos el *¿para qué?*, con lo cual buscamos dar respuesta a la finalidad del control tratado en estas páginas, es decir, lo que se busca o se quiere conseguir mediante el ejercicio del control judicial sobre la Administración Pública.

Una vez abordados los puntos anteriormente expresados, realizamos una breve conclusión sobre el tema según lo estudiado durante el desarrollo de estas páginas.

I. ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

Es necesario a los fines de llevar a cabo el análisis de la situación planteada para el estudio, hacer una precisión con respecto a lo que debe entenderse por Administración Pública, ello así, podremos determinar quién o quienes podrían ser sujetos pasivos en los supuestos de aplicación del control judicial sobre la Administración Pública.

Al respecto, es preciso traer a colación lo expresado por algunos de los más grandes doctrinarios y exponentes del Derecho Administrativo a nivel internacional y nacional, tales como, el autor alemán OTTO MAYER y el Austriaco ADOLF MERKL en lo que respecta al ámbito internacional o mundial, y en cuanto al ámbito nacional lo señalado al respecto por ELOY LARES MARTÍNEZ, lo que nos servirá para establecer con precisión como ya señalamos qué es lo que debemos entender por Administración Pública, lo cual se traduce en la determinación de los potenciales sujetos pasivos en los procesos judiciales dispuestos por el ordenamiento jurídico para la aplicación del control judicial sobre la Administración Pública, bien sea por funcionamiento normal o anormal de la misma.

Señala OTTO MAYER, citado por ELOY LARES MARTÍNEZ que “administración debe ser toda actividad del Estado que no es legislación ni justicia”², vemos pues, una primera aproximación en virtud de una delimitación o definición negativa o por sustracción o deducción, de lo que debemos entender por Administración Pública.

Por su parte el autor de la escuela de Viena ADOLF MERKL, comulga con la teoría del maestro alemán OTTO MAYER e igualmente llega a una definición de Administración Pública por sustracción o deducción “en el que el minuendo lo constituye la suma de actividades del Estado y el sustraendo la suma de legislación y justicia”. Del mismo modo, señala el mismo autor que como Administración debe entenderse las funciones de “aquel complejo orgánico regido por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecer del órgano inferior”³.

Por otro lado, debemos señalar que en la actualidad es generalmente conocido que en lo que respecta al ámbito público, por Administración Pública debemos entender o conocer dos acepciones diferenciadas, una en sentido objetivo o material que es el sentido expresado por los dos autores previamente citados, y al respecto señaló ELOY LARES MARTÍNEZ que es la “actividad, tarea o función del Estado”, a lo que debemos deducir como ya ha sido precisado todo lo que sea función legislativa y función judicial; y la otra acepción es la referida al sentido orgánico o subjetivo, respecto de la cual señala el prenombrado autor que es el “cuerpo o conjunto de entes u órganos ordinariamente encargados de ejercer la expresada actividad o función”⁴.

Por lo que es preciso indicar que, la definición de administración aplicada al Estado tiene una doble connotación, y en tal sentido el profesor ELOY LARES MARTÍNEZ señaló lo siguiente: “(...) el vocablo ‘administración’, aplicado al Estado, puede ser empleado ya en sentido objetivo, como actividad, tarea o función del Estado, ya en sentido subjetivo, como cuerpo o conjunto de autoridades, funcionarios y agentes, en general, de órganos del Estado ordinariamente encargados de ejercer la expresada actividad o función”⁵.

Surge así entonces la distinción entre Administración en sentido orgánico compuesta por el conjunto de órganos o entes que integran el aparato Estatal y, Administración en sentido objetivo, material o funcional para establecer o determinar lo que es Administración Pública en virtud del cumplimiento de

² Eloy Lares Martínez: “Manual de Derecho Administrativo XIV edición”. Universidad Central de Venezuela. Caracas 2013, p. 47 y sigs.

³ *Ibíd.*

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*

la función administrativa integrada bien sea por los entes u órganos que como ya señalamos componen el aparato del Estado, es decir, Administración propiamente dicha, como por los particulares o empresas que desarrollen actividad administrativa, surgiendo así, la figura de la “Administración por colaboración”. En este último caso, señala el numeral 6 del artículo 7 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que están al control de esa jurisdicción “Cualquier sujeto distinto a los mencionados anteriormente, que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa”⁶.

II. ¿QUÉ ES EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

El control judicial sobre la Administración Pública está referido a que una vez surgido un conflicto entre un particular y algún ente u órgano de la Administración Pública, entre entes, entre órganos o entre órganos y entes de la misma, o surgidos en virtud del ejercicio de la actividad administrativa, bien sea, ejercida por los sujetos ya señalados o por la denominada “Administración por colaboración”, existan los medios o mecanismos judiciales para dirimir tal conflicto, mediante el análisis y determinación de la conformidad o no a derecho de los actos, actuaciones, abstenciones u omisiones derivados de los sujetos antes señalados en sus distintos niveles, es decir, el análisis de la constitucionalidad y legalidad del funcionamiento normal o anormal de los mismos.

Anteriormente la concepción del control judicial en la jurisdicción contencioso administrativa, erradamente estaba limitada al control de la conformidad o no a derecho de los actos administrativos, lo cual dejaba fuera del referido control a un sin fin de situaciones jurídicas y se asignaba la competencia para conocer sobre estas últimas a tribunales de otras materias (civil, mercantil, laboral, etc.), y que en la práctica acarrea la inadmisibilidad de cualquier acción interpuesta ante la jurisdicción contencioso administrativa que no estuviese referida a la nulidad de un acto administrativo.

Ello así, el catálogo de las acciones que pueden intentarse ante la jurisdicción contencioso administrativa se ha ampliado, razón por la cual hubo una mutación de la concepción del objeto del contencioso administrativo que dejó de ser concebido como un juicio objetivo sobre la constitucionalidad y la legalidad del acto administrativo hacia lo que el foro ha denominado “plena jurisdicción”, en la cual es posible interponer acciones

⁶ Gaceta Oficial N° 39.447 del 16-10-2010, reimpressa por error material en N° 39.451 del 22-06-2010.

destinadas a algo más que la simple acción de nulidad de un acto administrativo, es decir, pretensiones de variada índole, tales como reclamos por prestación de servicio público, demandas por vías de hecho, demandas de índole contractual con una variada gama de pretensiones (interpretación, cumplimiento, nulidad, resolución, etc.), demandas de contenido patrimonial, controversias administrativas, entre otras.

En este orden de ideas, nos parece oportuno traer a colación lo expresado por el profesor JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY:

...la pretensión del actor puede ser la de condena a cancelar una cantidad de dinero, como puede ser igualmente someter a la consideración del tribunal, si la actuación se encuentra ajustada o no a derecho y se tomen los correctivos pertinentes sin que sea necesario o finalidad única, ordenar un pago determinado. Puede considerarse el restablecimiento en una condena de hacer, o restituir la situación a una determinada oportunidad como puede ser que se inicie un procedimiento administrativo⁷.

Precisado lo anterior, a los fines de establecer cuál es la fundamentación jurídica en el ordenamiento jurídico actual de nuestro país sobre la cual se sustenta la noción de “plena jurisdicción” del contencioso administrativo, debemos imperativamente traer a colación lo establecido en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual es del tenor siguiente: “ (...) condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Del artículo parcialmente transcrito *ut supra*, el cual debe ser concatenado con el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se desprende que ésta no limita su objeto únicamente a un juicio objetivo sobre los actos administrativo, sino que el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa es amplio, pues el referido artículo hace una enumeración enunciativa y no taxativa de los mandatos que pueden emanar de la sentencia del juez contencioso administrativo, ya que al establecer el artículo 259 constitucional que el juez puede “disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa” deja una ventana abierta a la posibilidad de que el sujeto activo en el caso concreto pueda solicitar cualquier pretensión fundada en derecho; pero además, asoma la posibilidad

⁷ José Gregorio Silva Bocaney: “De las Demandas y El Contencioso Administrativo”. 100 años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009, Tomo II. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2011, p. 1104.

de que el juez pueda disponer lo que sea necesario para restablecer la situación jurídica subjetiva lesionada.

Pese a lo anteriormente expresado, debemos destacar que en la práctica esto es normalmente desatendido por los jueces del contencioso administrativo, pues, los mismos lucen escépticos ante el mandato constitucional y en ocasiones no son capaces de disponer lo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada y terminan infringiendo también el mandato de la tutela judicial efectiva, establecido en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Asimismo, debemos señalar que no es totalmente cierto que el juzgamiento sobre la conformidad o no a derecho de la actuación u omisión de la Administración Pública sea competencia plena de los juzgados contencioso administrativo, pues, existe casos en los cuales por la especialidad de la materia de que se trate, la competencia para el juzgamiento sobre la actuación u omisión de la Administración Pública está asignada a tribunales especializados en dichas materias, tales son los casos de la materia contencioso tributaria, materia agraria e incluso lo que pudiéramos denominar laboral-administrativo o administrativo-laboral, dentro de lo que se incluye la actividad administrativa desarrollada por las Inspectorías del Trabajo en virtud de sus competencias y la actividad administrativa realizada o materializada por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL). Sobre la última materia mencionada (administrativo-laboral), es necesario indicar que el establecimiento de la competencia para conocer en los procesos judiciales derivados del ejercicio de la actividad administrativa de los mencionados órganos y entes respectivamente, ha sido variante en virtud de un vaivén de criterios jurisprudenciales al respecto, en ocasiones la competencia ha correspondido a los juzgados del contencioso administrativo y en ocasiones a los juzgados laborales.

En la actualidad la competencia está asignada a los Juzgados del Circuito Judicial Laboral; en lo que respecta a los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo en materia de inamovilidad el numeral 3 del artículo 25 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, excluye expresamente la competencia sobre tal asunto; y en lo que respecta a los actos emanados del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL) la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) atribuye la competencia a Juzgados Superiores del Circuito Laboral del lugar donde se encuentre el ente emisor del acto. En este orden de ideas, se pronunció la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia conociendo sobre un conflicto negativo de competencia mediante sentencia N° 27 de fecha 25-

05-2011, publicada en fecha 26-07-2011, mediante la cual sostiene que la competencia en estos casos se determina en virtud de la naturaleza de la relación y no en virtud de la naturaleza del órgano o ente que ejerce la actividad administrativa.

Dicho esto, debemos señalar entonces que la “plena jurisdicción” no está referida a la competencia exclusiva del juzgamiento de la actuación normal o anormal de la Administración Pública recaída en cabeza de los jueces del contencioso administrativo, sino que está referida a la mutación o ampliación de asuntos que pueden ser sometidos al conocimiento de dichos jueces o de jueces especializados que actúen como jueces del contencioso administrativo (tal sería el caso de los jueces laborales en lo que respecta al juzgamiento sobre la conformidad o no a derecho de los actos administrativos emanados de INPSASEL, por mencionar un ejemplo) en virtud de la universalidad de control existente hoy día en contraposición al llamado juicio objetivo de nulidad de actos administrativos.

III. ¿CÓMO SE EJERCE EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

Determinado lo anterior, nos corresponde ahora analizar los mecanismos judiciales de control sobre la Administración Pública en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Venezuela, es decir, los procesos judiciales dispuestos por el ordenamiento jurídico venezolano, lo cual hacemos de la forma siguiente:

1. Aspectos procesales comunes del contencioso administrativo

En este punto hago referencia a los aspectos que considero más relevantes, que son los que señalo a continuación:

A. Legitimación e interés

Señala el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo siguiente: “Están legitimadas para actuar en la Jurisdicción Contencioso Administrativa todas las personas que tengan un interés jurídico actual”.

En tal sentido, es preciso destacar que el interés exigido por dicha norma no es un interés directo sino actual, es decir, que en el caso concreto pueden estar legitimadas para intervenir en los procesos, personas ajenas a la relación jurídica que dé origen al mismo en esta competencia o mal llamada jurisdicción que se sientan afectados, o que tengan un interés jurídico actual

en la causa, pues estarían legitimados para actuar, pero debemos destacar que esto debe ser verificable y demostrado en el caso concreto.

En tal sentido debemos destacar que el interés exigido por la referida norma, no es aplicable a los casos de actos administrativos de efectos generales, pues aquí hay una excepción y en este caso rige la llamada “acción popular” en cuanto respecta al Contencioso Administrativo; por otro lado, tampoco se requiere el interés jurídico actual en materia constitucional para la interposición de demandas de nulidad de leyes. De resto, se debe demostrar el interés jurídico actual en la causa.

B. Formas de iniciar un proceso contencioso. La Iniciativa procesal

Establece el artículo 30 *eiusdem*, que “Los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerán a instancia de parte, o de oficio, cuando la ley lo autorice”.

Del precitado artículo, se desprende que el proceso contencioso administrativo se inicia a instancia de parte, o de oficio, pero en este último caso sólo cuando una ley lo autorice.

Un ejemplo sobre conocimiento de oficio previsto por la ley, es el advertido por el numeral 16 del artículo 23 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante el cual se faculta a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia para avocarse de oficio al conocimiento de algún asunto que curse ante otro tribunal que sea afín a la materia.

Por lo general, el conocimiento de los órganos de tal jurisdicción está precedido por el ejercicio de una acción a instancia de parte, mediante la interposición de una acción en un escrito libelar, el cual debe cumplir los parámetros establecidos en el artículo 33 de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Es preciso señalar, que la ley en el único aparte del artículo 33 establece la posibilidad de iniciar un proceso contencioso administrativo mediante la interposición oral de la demanda por causa motivada; sin embargo, en la práctica eso no es común. Insisto en que por lo general los procesos se inician a instancia de parte y mediante la consignación de un escrito libelar.

C. Inadmisibilidad de la demanda

Señala el artículo 35 *ejusdem*, los supuestos de hecho en virtud de los cuales el juez debe declarar inadmisibile la demanda interpuesta, y reza lo siguiente:

Artículo 35. La demanda se declarará inadmisibile en los supuestos siguientes:

1. Caducidad de la acción.
2. Acumulación de pretensiones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles.
3. Incumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, los estados, o contra los órganos o entes del Poder Público a los cuales la ley les atribuye tal prerrogativa.
4. No acompañar los documentos indispensables para verificar su admisibilidada.
5. Existencia de cosa juzgada.
6. Existencia de conceptos irrespetuosos.
7. Cuando sea contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley.

Respecto a la caducidad de la acción debemos señalar que es la consecuencia de la inacción de un sujeto legitimado para ejercer un acto productor de efectos jurídicos, cuando este no pone en movimiento el aparato judicial dentro del lapso perentorio previsto por la ley.

En este sentido, en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa encontramos varios supuestos de hecho que acarrear la caducidad de la acción. Así, tenemos que cuando se trate de acciones de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, el término para que ocurra la caducidad de la acción es de ciento ochenta días continuos, contados bien sea a partir de la notificación al destinatario del acto que se pretende impugnar o contados a partir de una vez transcurridos noventa días hábiles sin que la Administración haya decidido el respectivo recurso administrativo, cuando este haya sido interpuesto, contados estos últimos a partir de la interposición del mismo.

En lo que respecta a los actos administrativos de efectos temporales el término de la caducidad será de treinta días continuos, debiendo atenderse para el cómputo del término, lo señalado en este sentido respecto a los actos administrativos de efectos particulares.

Por otro lado, tenemos que cuando se trate de vías de hecho y recursos por abstención o carencia, el término para que ocurra la caducidad de la

acción es de ciento ochenta días continuos, contados a partir de la materialización de la vía de hecho o a partir del momento en que la Administración incurrió en la abstención.

También nos señala la ley, que pueden existir en otras leyes especiales términos de caducidad de la acción distintos a los aquí señalados, por ejemplo, podemos referirnos al lapso previsto al respecto por la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual establece un lapso de tres meses para el ejercicio de todo recurso con fundamento en dicha ley, contado a partir de la ocurrencia del hecho generador o a partir de la notificación del mismo.

Ahora bien, debe llamar poderosamente la atención de quien pretenda analizar, interpretar y entender la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el hecho de que el artículo 32 que establece lo relativo a la caducidad de la acción, no señala absolutamente nada respecto a la caducidad de la acción en los casos de reclamos por omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos.

En este contexto, en principio me incliné por pensar que lo correcto era aplicar a la materia de servicios públicos el lapso de caducidad previsto para las vías de hecho y las abstenciones o carencias, ello debido a que todas estas acciones se tramitan por el procedimiento breve establecido en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que sería realizar una interpretación analógica en materia procesal, lo cual no sería correcto.

Finalmente, luego de indagar un poco al respecto y a falta de regulación expresa en la precitada ley y en alguna ley especial, me encuentro con el análisis realizado por el profesor JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY⁸, mediante el cual señala que pueden generarse dos situaciones, la primera sería la anteriormente señalada, es decir, la aplicación del lapso de caducidad previsto para las acciones por vías de hecho y para las acciones por abstenciones o carencias por ser estas al igual que los reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos tramitadas por el procedimiento breve; y, una segunda situación en la cual no se aplicaría lapso o término de caducidad ni prescripción alguna, puesto que el legislador no estableció nada al respecto.

En vista del panorama anteriormente detallado, el precitado autor termina inclinándose por apoyar la segunda tesis, a la cual me sumo debido a la naturaleza de la materia de que se trata, pues, es claro que los servicios

⁸ José Gregorio Silva Bocaney: “De los servicios públicos. De las demandas que interpongan los usuarios por su prestación y la ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa”. *Los servicios públicos domiciliarios*. Editorial Jurídica Venezolana y FUNEDA. Caracas, 2012, pp. 39-41.

públicos están destinados a satisfacer necesidades básicas y esenciales de la colectividad y en vista de la falta de regulación en lo que respecta a la caducidad de las acciones derivadas de la prestación de servicios públicos, mal podríamos señalar o establecer un lapso de caducidad, invadiendo una materia que debe ser regulada por el legislador.

Por otro lado tenemos que, la acción o demanda no debe acumular pretensiones mutuamente excluyentes ni de procedimientos incompatibles, es decir, no puede contener dos o más pretensiones que sean francamente opuestas, tal sería el caso de que en una misma demanda se pretenda la resolución y el cumplimiento de un contrato, pues, una excluye a la otra y no es materialmente posible satisfacer ambas pretensiones. Asimismo, no pueden acumular pretensiones que deban resolverse por dos o más procedimientos incompatibles, esto es, no pueden llevarse ante un mismo proceso la pretensión de nulidad de un acto administrativo y una pretensión de abstención o carencia, pues, dichas pretensiones tienen respectivamente un proceso totalmente diferenciado de la otra, con lapso y etapas totalmente diferentes.

Debe darse cumplimiento cabal a los procedimientos previos a las demandas cuando así sea previsto legalmente, tal es el caso del Antejuzicio Administrativo el cual se constituye en un procedimientos administrativos previo a la interposición de la demanda de contenido patrimonial, acarreado como consecuencia del incumplimiento del referido procedimiento administrativo previo, la inadmisibilidad de la demanda. Esto no debe confundirse con el agotamiento o no de los recursos administrativos, los cuales en la actualidad son potestativos para el particular, pues actualmente Venezuela se inscribe dentro del sistema optativo de los recursos administrativos en contraposición al sistema preceptivo de recursos administrativos que impone el agotamiento de los mismo antes de acudir a la sede judicial, es decir, al contencioso administrativo.

Por otro lado se debe acompañar al libelo los documentos fundamentales e indispensables para verificar la admisibilidad de la acción, esto es, los documentos de los cuales deriva el derecho o pretensión invocada.

No debe existir cosa juzgada; el escrito no debe contener conceptos irrespetuosos; y, no debe ser contrario al orden público, a las buenas costumbres ni a disposición expresa de la ley.

Adicionalmente debemos señalar, que en lo que respecta a las pretensiones que se tramitan por el procedimiento breve (recursos de abstención o carencia, vías de hecho y reclamos por omisión, demora o deficiente prestación de servicios públicos), en virtud de lo previsto por el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,

constituye una causal de inadmisibilidad la no presentación por parte del accionante de los documentos que acrediten los trámites efectuados ante los órganos o entes de la Administración Pública competentes en el asunto.

D. El despacho saneador

Es la oportunidad que se le da al actor de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 *iusdem* para corregir los requisitos del libelo, lo cual deberá realizarse dentro de los tres días de despacho siguientes a partir de la devolución del mismo.

Cabe acotar que hay errores que son fatales, en los cuales no tiene sentido devolver el libelo al actor, pues éste no podrá ya sanear los mismos, tal sería el caso de caducidad de la acción y de la cosa juzgada.

E. Auto para mejor proveer

De conformidad con el artículo 39 *eiusdem* el juez podrá en cualquier estado de la causa solicitar información o hacer evacuar de oficio las pruebas que considere necesarias para formar su convicción, en éste sentido, debemos destacar que esto representa una particularidad del contencioso administrativo, tornándolo en un proceso inquisitivo, como excepción al principio dispositivo del derecho común, ello debido a que en el contencioso administrativo el juez puede dictar auto para mejor proveer en cualquier estado de la causa, lo cual no sucede así en materia procesal civil, pues, el artículo 514 señala que el juez solo puede dictar auto para mejor proveer dentro del lapso perentorio de quince días después de presentados los informes.

Además del límite temporal, establece dicha normal una limitación objetiva o material, pues indica expresamente que es lo que el juez puede acordar mediante tal auto.

Es totalmente evidente, que la potestad otorgada al juez en el contencioso administrativo es mucho más amplia o discrecional y es por esto que considero lo que señalé líneas arriba respecto a que el auto para mejor proveer en el contencioso administrativo es una particularidad del mismo y que llega a tornar el proceso en uno de naturaleza inquisitiva.

Debemos además destacar que el referido auto es inapelable.

F. Las medidas cautelares

Las medidas cautelares juegan un rol vital dentro de todo proceso, independientemente de la naturaleza o materia de que se trate, ya que están íntimamente relacionadas con la tutela judicial efectiva, pues las mismas buscan conservar la utilidad del juicio.

Un aspecto que es muy importante destacar en el contencioso administrativo es que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que la República no está sujeta a medidas cautelares, pues, se presume que la misma es solvente, lo que constituye uno de los privilegios o prerrogativas de los cuales dispone la República, tema éste que no podrá ser profundizado en esta ocasión; sin embargo, es ineludible señalar que en la práctica cuando la República resulta vencida, al particular se le hace cuesta arriba obtener el cumplimiento de la sentencia.

En esta sentido es preciso realizar una aclaratoria, pues, se puede llegar a caer en la confusión de creer que nunca es posible dictar ningún tipo de medida cautelar nominada o innominada que recaiga sobre la República según lo establecido por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y que señalamos precedentemente, lo cual no es correcto, pues el hecho de que se establezca que la República no está sujeta a medidas cautelares ya que se presume que la misma es solvente, aplica únicamente para las medidas cautelares que buscan el aseguramiento del pago de dinero en las pretensiones de contenido patrimonial, pues, puede perfectamente decretarse contra la República una medida cautelar de suspensión de efectos de actos administrativos, por poner un ejemplo.

El procedimiento para las medidas cautelares está regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en los artículos 103 y siguientes, salvo los casos en que es aplicable el procedimiento breve, lo cual está regulado por el artículo 69 *eiusdem*. Debemos señalar que hoy en día la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece un sistema cautelar bastante robusto y amplio a juzgar por la redacción de su artículo 104, lo cual deja claro que pueden imponerse medidas típicas y atípicas, lo que constituye sin lugar a dudas un avance en la materia, pues, hasta el año 2010 solo se contaba en el contencioso administrativo con la medida cautelar de suspensión de efectos de los actos administrativos, medida que solo resulta útil en los casos de recursos de nulidad de actos administrativos de efectos particulares con contenido positivo (orden de demolición, destitución, multa, etc.).

Además, es importante señalar que del mismo artículo se desprende que el juez aparte del *fumus bonis iuris* y del *periculum in mora* como requisitos

clásicos del sistema cautelar, debe ponderar o valorar los intereses en juego y como es lógico pensar se debe sustanciar y decidir la misma en cuaderno separado.

2. Procedimientos

A. Procedimiento común a las demandas de nulidad, interpretación de normas y controversias administrativas

Una vez notificadas las partes, el juez dispone de cinco días de despacho siguientes, para fijar la audiencia de juicio, la cual debe ser celebrada dentro de los veinte días de despacho siguientes a su fijación. La misma será oral, en la cual se debe presentar el escrito de promoción de pruebas.

Tres días de despacho siguientes el juez debe manifestarse sobre la admisión o no de las pruebas, y ordenará evacuar las que lo requieran, para lo cual se dispone de diez días de despacho, prorrogables hasta por diez días más. Terminada la fase probatoria si la hubiera, corresponde la presentación de informes de forma escrita u oral.

Luego de la fase de informes, el juicio entra en estado de sentencia, para lo cual la ley establece treinta días de despacho siguientes, prorrogable este lapso por un lapso igual por justa causa. Transcurrido el lapso para dictar sentencia sin que esto haya ocurrido, se debe entender que las partes dejan de estar a derecho y deben ser notificadas de la sentencia extemporánea.

Éste procedimiento está regulado del artículos 76 al 86 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

B. Procedimiento breve

Admitida la acción concreta, se citarán a las partes y los terceros que deben ser notificados y se solicitará informe al sujeto pasivo sobre la situación que dio origen al proceso, el cual deberá ser presentado en un lapso no mayor a cinco días hábiles, desde que conste en autos la citación.

La audiencia oral deberá celebrarse dentro de los diez días de despacho siguientes a la presentación del informe o de transcurrido el lapso para su presentación, y en esta los intervinientes podrán presentar pruebas. En esta audiencia el juez oír a los intervinientes y propiciará la conciliación; asimismo, admitirá las pruebas ese mismo día o al día siguiente y ordenará la evacuación de las que lo requieran. En casos especiales la audiencia podrá ser prolongada y una vez finalizada la misma se deberá publicar la sentencia dentro de los cinco días de despacho siguientes.

Cabe acotar que en éste procedimiento no existe como tal un lapso probatorio, todo se desarrolla en una única audiencia.

Es imperativo destacar, que en este procedimiento señala el artículo 68 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que en los casos de reclamos por omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, se debe notificar a La Defensoría del Pueblo, al Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicio (INDEPABIS) el cual no existe en la actualidad, pero debe en todo caso notificarse a la Superintendencia para los Derechos Socio-económicos (SUNDDE) y a los Consejos Comunales o locales directamente relacionados con el caso; asimismo, se debe notificar al Ministerio Público y a cualquier persona o ente público, privado o del Poder Popular relacionado con el asunto, a solicitud de parte o a juicio del tribunal.

Éste es el procedimiento para conocer sobre los reclamos por servicios públicos, vías de hechos y abstenciones y está regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa desde el artículo 65 al 75.

C. Procedimiento de las demandas de contenido patrimonial

En éste caso la audiencia preliminar tendrá lugar el décimo día de despacho siguiente, la misma será oral, con la asistencia de las partes y el juez podrá de oficio o a solicitud de parte resolver los defectos del procedimiento; del mismo modo, el demandado deberá expresar si contraviene los alegatos a los fines de trabar la *litis*; asimismo, las partes deberán promover sus pruebas.

Si el demandante no asistiere a la audiencia preliminar el procedimiento se declarará desistido, pero si no asistiere el demandado, la causa seguirá su curso. Se deberá dar contestación a la demanda por escrito dentro de los diez días de despacho siguientes a la audiencia preliminar y para las actuaciones subsiguientes debe transcurrir íntegramente el lapso anteriormente señalado.

Vencido el lapso anterior las partes presentarán sus escritos de prueba dentro de los cinco días de despacho siguientes; dentro de los tres días siguientes a la presentación de escritos de pruebas las partes podrán expresar si convienen u oponerse a las pruebas, vencido éste lapso, dentro de los tres días de despacho siguientes el juez se pronunciará sobre la admisión de las pruebas y ordenará evacuar los medios que lo requieran, lo cual deberá realizarse dentro de los diez días de despacho siguientes, lapso que será prorrogable a instancia de parte por diez días, y si no se requiere evacuación el lapso para ello será suprimido.

Finalizado el lapso probatorio, dentro de los cinco días de despacho siguientes se fijará la celebración de la audiencia conclusiva en la cual las

partes podrán exponer oralmente sus conclusiones, las cuales podrán consignar por escrito y el juez dará las indicaciones para que las partes expongan sus conclusiones, replica y contra replica.

Finalizada la audiencia conclusiva el juez dispone de treinta días continuos para dictar sentencia, lo cual podrá diferirse por causa justificada por treinta días continuos.

Debemos señalar que por éste procedimiento deben ser llevadas las demandas de contenido patrimonial y las de índole contractual, las cuales pueden tener pretensiones que no sean de contenido patrimonial, además de ello, debe haberse cumplido previamente a la interposición de la demanda el antejuicio administrativo.

El procedimiento está regulado desde el artículo 56 al 64 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

D. Procedimiento contencioso administrativo funcional

El conocimiento de las pretensiones derivadas de relaciones de empleo público corresponde a los tribunales superiores regionales, las cuales en principio están referidas a reclamaciones de funcionarios públicos o aspirantes a ingresar a la función pública cuando consideren lesionados sus derechos y de las solicitudes de declaratoria de nulidad de cláusulas de convenios colectivos.

La acción debe intentarse dentro del lapso de tres meses contado a partir del día en que ocurrió el hecho generador o a partir de que el interesado sea notificado del acto.

Recibida la querella, el juez admitirá la misma dentro de los tres días de despacho siguientes, si no estuviese incurso en causal de inadmisibilidad, y dentro de los dos días de despacho siguientes solicitará el expediente administrativo.

En esa misma oportunidad se exhortará a la parte accionada a dar contestación a la querella dentro de los quince días de despacho siguientes a partir de la citación. Si no hubiere contestación, la querella se entenderá contradicha en todas sus partes si la accionada goza de ese privilegio.

Vencido el lapso de contestación el tribunal fijará en uno de los cinco días de despacho siguientes la audiencia preliminar. En esta el juez pondrá de manifiesto los términos en que en su concepto ha quedado trabada la *litis*. Las partes podrán formular consideraciones al respecto que podrán ser acogidas por el juez, el cual podrá formular preguntas y deberá llamar a las partes a

conciliación; asimismo, podrá fijar una nueva oportunidad para continuar la audiencia preliminar.

Las partes podrán solicitar la apertura del lapso probatorio, dentro de los cinco días de despacho siguientes a la audiencia preliminar, y deberán acompañar las que no requieran evacuación y promover las que lo requieran. La evacuación de estas tendrá lugar dentro de los diez días de despacho siguientes al vencimiento del lapso anterior, más el término de la distancia para las que requieran evacuarse fuera de la sede del tribunal.

Vencido el lapso probatorio el juez fijará la audiencia definitiva en uno de los cinco días de despacho siguientes, en la cual las partes haciendo uso del derecho de palabra podrán defender sus posiciones y el juez podrá interrogar a las mismas y luego se retirará a estudiar su decisión definitiva, cuyo dispositivo deberá ser dictado en la misma audiencia, salvo que por la complejidad del caso la misma deba ser dictada dentro de los cinco días de despacho siguientes.

Este procedimiento encuentra regulación en la Ley del Estatuto de la Función Pública desde el artículo 92 al 111.

E. Procedimiento de apelación (segunda instancia)

La apelación cuando se trate de sentencias definitivas deberá interponerse dentro de los cinco días de despacho siguientes a la publicación de la recurrida, la cual de ser admitida lo será en ambos efectos y el tribunal que dictó la sentencia deberá pronunciarse sobre la admisión de la apelación dentro de los tres días de despacho siguientes al vencimiento del lapso anterior y remitirá inmediatamente el expediente a la Alzada.

Respecto a las pruebas, debemos destacar que en esta instancia solo serán admitidas las documentales y que deberán ser consignadas con los escritos de fundamentación a la apelación y con la contestación a esta. La fundamentación deberá presentarse dentro de los diez días de despacho siguientes a la remisión del expediente, vencido éste lapso se abrirá uno por cinco días de despacho para la contestación a la fundamentación. Si no hay fundamentación, la apelación se considera desistida. Vencido el lapso de contestación a la fundamentación, el tribunal dispone de treinta días de despacho siguientes para decidir, lapso prorrogable por otro lapso igual por causa justificada.

En lo que respecta a la apelación sobre sentencias interlocutorias se aplica el mismo procedimiento anteriormente señalado con la variación de que esta será oída en un solo efecto, salvo que la misma causa gravamen irreparable, entonces será oída en ambos efectos.

IV. ¿POR QUÉ SE EJERCE EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA?

El control judicial del poder se ejerce debido a que la parte actora considera que algún acto, actuación, omisión o abstención de la administración o del particular o empresa que desarrolla alguna actividad administrativa en el ejercicio de la misma ha vulnerado alguno o algunos de los derechos de que él dispone, o debido a la necesidad de la interpretación de alguna ley o norma que a criterio del accionante sea ambigua y requiera ser aclarada o interpretada, caso en el cual consideramos que debe demostrar un interés jurídico legítimo y actual.

V. ¿PARA QUÉ SE EJERCE EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA?

Debemos señalar que esto dependerá del caso concreto, pues, las pretensiones como ya hemos indicado pueden ser de variada índole, pudiera pretenderse la nulidad de un acto administrativo, el restablecimiento de una situación jurídica que se considere vulnerada por una vía de hecho, que se ordene a la Administración la realización de alguna actuación, como por ejemplo dar respuesta a alguna solicitud planteada por el particular, podría también tratarse de una pretensión de pago de dinero, o de interpretación, validez o nulidad de un contrato, interpretación de alguna ley o norma, o cualquier otra pretensión que el actor desee someter al conocimiento del juez contencioso administrativo.

CONCLUSIONES

Establecido todo lo anterior, y dentro de las limitaciones propias del presente trabajo, pues, desde que decidí abordar el mismo he tenido presente que no es posible agotar el universo de situaciones o supuestos que pueden derivar de un pretendido estudio o análisis de esta materia, llegamos a concluir que el control judicial sobre la Administración Pública en Venezuela está relacionado con la acción de determinar la conformidad o no a derecho de los actos, actuaciones, omisiones o abstenciones derivadas de la actividad de los órganos o entes que conforman el Poder Público en sus distintos niveles, así como de los particulares o empresas que desarrollan actividad administrativa; asimismo, debemos concluir indicando que en la actualidad el ordenamiento jurídico venezolano pone a la disposición de los justiciables una variada gama de mecanismos judiciales a los fines de ejercer el control judicial sobre la Administración Pública en el contencioso administrativo venezolano, lo cual legislativamente ha marcado una evolución debido a la

mutación del contencioso administrativo objetivo al contencioso administrativo de plena jurisdicción; sin embargo, en muchas ocasiones la positivización de esta gama de mecanismos no es suficiente a los fines de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.