

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

5

Estudios

Consideraciones sobre la declaración de caducidad de las concesiones por no iniciar la explotación de la mina en la Ley de Minas

Miguel Ángel Basile Urizar

A mudança de foco no controle da corrupção no brasil: a iniciativa privada

Denise Bittencourt Friedrich y Rogérico Gesta Leal

Comentarios a la aplicación de la Ordenanza General de Contribuciones Especiales por Plusvalía en virtud de los cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento de terrenos del Municipio Baruta

Víctor Alfonso Jiménez Ures

Anotaciones sobre algunas causas de extinción de las concesiones administrativas

Andry Matilla Correa

Valor jurídico del expediente administrativo

Cecilia Sosa Gómez

Actualidad

Corrupción y democracia en América latina.
Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela

Román J. Duque Corredor

Notas sobre la reforma a la Ley Orgánica de Precios Justos del 19 de noviembre 2014

Domingo Piscitelli

El Decreto Presidencial N° 1.542 como golpe a la autonomía municipal.
Una reinterpretación nacionalizadora de la Ley Orgánica

de Ordenación Urbanística

Emilio J. Urbina Mendoza

Colaboración estudiantil

Una primera aproximación al régimen actual de arbitraje para empresas mixtas

Santiago Rodríguez Senior

Documentos

Carta de México sobre la responsabilidad patrimonial del Estado

enero - abril 2015

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

N° 5 enero - abril 2015



© Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
© Universidad Monteávila

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
Publicación del Centro de Estudios de Derecho Público
de la Universidad Monteávila
Final Av. El Buen Pastor, Urb. Boleíta Norte,
Caracas, Venezuela
Teléfonos: (0212) 232-52-55 / 71-70 / 58-80
Fax (0212) 232-56-23
RIF J-30647247-9

www.uma.edu.ve
www.redav.com.ve

Hecho el Depósito de ley
Depósito legal ppi201302DC4673

Esta publicación no puede ser reproducida en todo o en parte,
salvo permiso escrito de los autores.

REVISTA ELECTRÓNICA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Publicación cuatrimestral

Consejo de Redacción

José Ignacio Hernández G.

Director

Carlos García Soto

Subdirector

Miembros del Consejo de Redacción

Antonio Silva

Claudia Nikken

Cosimina Pellegrino

Daniela Urosa Maggi

Flavia Pesci-Feltri

José Valentín González

Fabiola Tavares

Miguel Ángel Torrealba

“Porque hemos creído que la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad, porque el individuo tiene un fin propio y la sociedad es un medio de realizarlo”.

Federico Urbano

Exposición de Derecho administrativo venezolano

1910

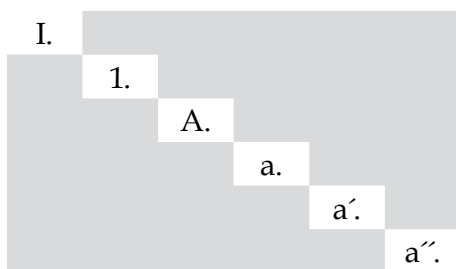
Normas de publicación

Las colaboraciones serán solicitadas por el Consejo de Redacción o serán recibidas por éste, para su evaluación a los efectos de su publicación, a las siguientes direcciones de correo electrónico: info@redav.com.ve. Las colaboraciones, solicitadas o recibidas, deben ser inéditas. REDAV no está en la obligación de publicar la colaboración solicitada o recibida. Los autores que publican colaboraciones en REDAV ceden los derechos correspondientes como primera publicación, así como el derecho de explotar y usar la colaboración para posteriores publicaciones. Si el autor decide publicar su colaboración posteriormente, debe comunicarlo a REDAV.

Las colaboraciones recibidas, bien sea porque hayan sido solicitadas por REDAV, o porque hayan sido recibidas sin haber sido solicitadas, serán sometidas al arbitraje de dos miembros del Consejo de Redacción, quienes no conocerán la identidad del autor de la colaboración sometida a arbitraje. Si el dictamen de los dos miembros del Consejo de Redacción no coincidiera, se someterá al dictamen de un tercer miembro del Consejo de Redacción.

En todo caso, las colaboraciones deben cumplir con las siguientes políticas editoriales:

1. Deben presentarse a espacio y medio, en letra *Times New Roman*, 12, en hoja tamaño carta. Si el trabajo ha de ser publicado en la sección “estudios”, la extensión no debe sobrepasar las cuarenta cuartillas. Si ha de ser publicado en la sección “actualidad”, la extensión no debe sobrepasar las veinte cuartillas.
2. Utilizar los siguientes tipos para la división del texto según la jerarquía de sus partes:



3. Las notas bibliográficas deben ajustarse a las siguientes reglas. Para libros: nombre y apellidos del autor o compilador, en el caso que sea obra colectiva; título del libro (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número de la (s) página (s) citada (s). Para revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor; título del trabajo (entre comillas); nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número (s) de la (s) página (s) citada (s). Todas las notas bibliográficas deben realizarse al pie de la página correspondiente.
4. Antes del texto de la colaboración debe colocarse en un solo párrafo un resumen de la colaboración, en idiomas español e inglés, junto con cinco palabras claves, en idiomas español e inglés.
5. En texto aparte de la colaboración, deben señalarse todos los datos necesarios para ubicar al autor, además de un breve resumen de su información académica y profesional.

ESTUDIOS

Miguel Ángel Basile Urizar, *Consideraciones sobre la declaración de caducidad de las concesiones por no iniciar la explotación de la mina en la Ley de Minas*

Denise Bittencourt Friedrich y Rogérico Gesta Leal, *A mudança de foco no controle da corrupção no brasil: a iniciativa privada*

Víctor Alfonso Jiménez Ures, *Comentarios a la aplicación de la ordenanza general de contribuciones especiales por plusvalía en virtud de los cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento de terrenos del Municipio Baruta.*

Andry Matilla Correa, *Anotaciones sobre algunas causas de extinción de las concesiones administrativas*

Cecilia Sosa Gómez, *Valor jurídico del expediente administrativo*

ACTUALIDAD

Román J. Duque Corredor, *Corrupción y democracia en América latina. Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela*

Domingo Piscitelli, *Notas sobre la reforma a la Ley Orgánica de Precios Justos del 19 de noviembre 2014*

Emilio J. Urbina Mendoza, *El Decreto Presidencial N° 1.542 como golpe a la autonomía municipal. Una reinterpretación nacionalizadora de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*

COLABORACIÓN ESTUDIANTEL

Santiago Rodríguez Senior, *Una primera aproximación al régimen actual de arbitraje para empresas mixtas*

DOCUMENTOS

Carta de México sobre la responsabilidad patrimonial del Estado

ESTUDIOS

CONSIDERACIONES SOBRE LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DE LAS CONCESIONES POR NO INICIAR LA EXPLOTACIÓN DE LA MINA EN LA LEY DE MINAS *

Miguel Ángel Basile Urizar

Abogado

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto analizar la declaratoria de caducidad de las concesiones por no iniciar la explotación de la mina en los términos establecidos en los artículos 61 y numeral 3 del 98 de la Ley de Minas.

Palabras clave: Concesiones, Bienes del Dominio Público, Minas, Caducidad.

Summary: This paper aims to analyze the concessions termination as a consequence of the lack of mine operations, in accordance with articles 61 and numeral 3 of 98 of the Mining Act.

Keywords: Concessions, Real Public Domain, Mines, Concessions Termination.

Recibido: 25 de noviembre de 2014 Aceptado: 27 de noviembre de 2014

* El presente trabajo fue objeto de nuestra ponencia en el 6to Congreso Internacional de Derecho Administrativo sobre los Bienes Públicos, los Servicios Públicos y los Contratos Públicos, dictado por el Centro de Adiestramiento Jurídico (CAJO) del 5 al 6 de junio de 2014. A todo evento, se agregaron al presente trabajo unas consideraciones adicionales muy puntuales.

SUMARIO

Introducción

- I. Sobre el Sistema de Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado
- II. Sobre el carácter mixto (y no objetivo y absoluto) del Sistema de Responsabilidad Patrimonial del Estado
- III. Sobre el momento en que se empieza a contar el lapso de caducidad de la concesión minera por no haber iniciado la explotación
- IV. Sobre la potestad de abstenerse a declarar la caducidad de la concesión minera por no iniciar la explotación, en vista de causas no imputables al concesionario
- V. Sobre la validez de establecer en la concesión un lapso distinto al estipulado en la Ley de Minas

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto analizar la declaratoria de caducidad de las concesiones mineras por no iniciar la explotación de la mina correspondiente en el lapso establecido en los artículos 61 y el numeral 3 del artículo 98 del Decreto N° 295, Con Rango y Fuerza de Ley de Minas¹ (en adelante “Ley de Minas”), en concreto poder dar respuesta a las siguientes interrogantes:

- ¿Cuándo se empieza a contar el lapso de caducidad de la concesión minera por no haber iniciado la explotación?
- ¿Es válido que la Administración no declare la caducidad de la concesión minera aun cuando haya operado el lapso correspondiente, sin que se inicie la explotación de la mina en virtud de causas no imputables al concesionario?

1 Gaceta Oficial N° 5.382 Extraordinario de 28 de septiembre de 1999.

- ¿Se puede establecer en una concesión minera un lapso de caducidad por no iniciar la explotación minera distinto al estipulado en la Ley de Minas?

Ahora bien, a los efectos de poder iniciar el análisis de los objetivos antes planteados consideramos pertinente comenzar con unas consideraciones preliminares y muy breves sobre el régimen jurídico minero, que servirán de base para dilucidar ciertas respuestas. Después, haríamos unos breves comentarios a los artículos 24 y numeral 2 del artículo 55 de la Ley de Minas de 1945², ya que se trata del antecedente inmediato de las normas objeto del presente estudio y a su vez podrían darnos mayores elementos para lograr los cometidos antes enunciados. Una vez realizado lo anterior, analizaremos cada una de las preguntas antes formuladas de manera independiente.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO MINERO

En cuanto al régimen jurídico minero en general nos interesa hacer unos comentarios breves y generales en lo que respecta: (i) a las bases o finalidades que rigen la actividad minera en la Ley de Minas³; (ii) la naturaleza y características de los

2 Gaceta Oficial N° 5.382 Extraordinario de 28 de septiembre de 1999.

3 El artículo 2 del Decreto N° 9.041 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos (Gaceta Oficial N° 39.952 Ordinario de 26 de junio de 2012) ("LOBP") establece que las disposiciones que comprende son de obligatorio cumplimiento para aquellas personas naturales y jurídicas privadas o públicas que custodien o ejerzan algún derecho sobre un *bien público, dejando a salvo* las competencias y autonomías atribuidas en la materia por la Constitución y las *leyes correspondientes*. A tal efecto, el numeral 4 del artículo 6 de la LOBP señala que los yacimientos mineros se entienden por *bienes públicos*. Por tanto, somos del criterio que el artículo 2 de la LOBP utiliza una remisión a las leyes especiales, que implicaría que en lo que respecta a los yacimientos mineros aplican directamente las leyes especiales y supletoriamente la LOBP; ya que esa norma indica expresamente que las dis-

derechos mineros; y (iii) el límite al ejercicio de los derechos mineros en el marco de las concesiones mineras.

1. Principios que rigen la actividad minera en la Ley de Minas

La actividad minera en la Ley de Minas se rige por ciertos principios que no son simples normas referenciales, sino que se tratan de lineamientos en que la autoridad se debe basar para fundamentar toda decisión en ese ámbito. Por tal motivo, aun cuando no es objeto del presente estudio, consideramos pertinente hacer unas breves referencias sobre algunos principios que tienen incidencia en nuestro entender primero sus bases o finalidades, a los efectos de poder sentar las bases que servirán para analizar correctamente el objeto del presente estudio.

La Ley de Minas tiene como finalidad, según su exposición de motivo, *“ordenar el régimen jurídico de las minas, de manera que mediante reglas claras y modernas se garantice la **preservación del ambiente** y se pueda atender al **desarrollo minero integral**, armonizando las actividades mineras con el resto de nuestra economía”* (resaltado, subrayado y cursiva nuestro). Tal finalidad se refleja en el artículo 5 de la Ley de Minas que establece lo siguiente:

posiciones de la LOBP aplican *dejando a salvo* lo indicado en las leyes especiales.

A todo evento, como ha advertido Luís Alfonso Herrera Orellana se trata de una *“inútil advertencia”* (...) ya que de las competencias atribuidas a la Superintendencia de Bienes Públicos (“SBP”), (...) *“en la práctica, implicarán relaciones de subordinación administración de los estados y los municipios respecto de la SBP, e incluso de otros Poderes Públicos, como el Legislativo y el Judicial, que en lugar de ejercer control político y judicial, respectivamente, sobre la acción patrimonial del Ejecutivo Nacional, terminarán siendo controlados administrativamente por éste”* (Herrera Orellana, Luís Alfonso, “El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos: comentarios críticos sobre su (in)compatibilidad con la Constitución de 1999”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 1, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A., Caracas, 2013, pp. 234-238).

“Artículo 5

Las actividades mineras reguladas por esta Ley, se llevarán a cabo *científica y racionalmente*, procurando siempre la *óptima recuperación o extracción del recurso minero*, con arreglo al principio *del desarrollo sostenible, la conservación del ambiente y la ordenación del territorio*”(resaltado, subrayado y cursiva nuestro).

A tal efecto, aplicaría en un primer lugar principios en materia ambiental, en concreto el principio de *prevención o conservación del ambiente y el desarrollo sostenible*.

En lo que respecta al principio de *prevención o conservación del ambiente*, Meier Echeverría ha afirmado que se trata en términos generales de:

(...) “adelantarse a los efectos esperados, probables, calculados de un hecho natural o una decisión humana, para tomar anticipadamente las disposiciones que requieran a fin de evitar, controlar, mitigar o corregir, en la medida de las posibilidades que permitan el conocimiento y las técni-

Por otra parte, el artículo 63 de la LOBP indica que las concesiones sobre Bienes Públicos que autoriza la Constitución se *regirán* por lo dispuesto en las *leyes especiales que regulen la materia de concesiones*. A tal efecto, los artículos 113 y 156 en el numeral 16 de la Constitución autorizan el otorgamiento de las concesiones sobre los recursos naturales propiedad de la Nación y en concreto de los yacimientos mineros. Por tal motivo, se entiende que en el caso de las concesiones que tengan objeto los yacimientos mineros aplicarán las leyes especiales, entre las cuales estarían la Ley de Minas, su Reglamento, el Decreto N° 318 con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones (Gaceta Oficial N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999) demás normas aplicables.

No obstante, en el caso del régimen de concesión de yacimiento mineros indicado en el artículo 63 de la LOBP habría una exclusión de la aplicación de las disposiciones contenidas en esa Ley, ya que señala expresamente que esa materia *se regirá* por las leyes especiales. En todo caso, las disposiciones de la LOBP aplicarían únicamente por analogía en caso de lagunas legales, de conformidad con el artículo 4 del Código Civil (Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982).

cas de dominio del espacio y el tiempo, esos efectos o consecuencias”.

(...)

“La prioridad axiológica y práctica de la prevención se justifica en los rasgos o caracteres ecológicos, económicos y sociales de los bienes ambientales” (...) “En efecto, por constituir bienes frágiles, vulnerables, precarios, escasos e insustituibles; es decir, bienes susceptibles de sufrir daños irreversibles y, por tanto, susceptibles de perder, también de manera irrecuperable, la función insustituible que cumplen en la preservación del ciclo de la vida y en la satisfacción de las necesidades humanas individuales y colectivas, por lo que es preferible, tanto desde el punto de vista ecológico como económico, prevenir la degradación, la contaminación y daño a los mismos, que remediar con posterioridad tales perjuicios, ya que, en muchos casos, la restauración es científicamente imposible (daños irreversibles). En el plano ecológico, la restauración de un ecosistema constituye siempre una operación aleatoria. Y en el plano económico, la reparación del daño ambiental es generalmente más costosa que la aplicación de medidas preventivas”⁴.

En ese orden de ideas, observamos que la Constitución^{5,6} y Ley Orgánica del Ambiente consagran el principio de pre-

4 Meier Echeverría, Henrique, *Categorías Fundamentales de Derecho Ambiental*, Ediciones Homero, Caracas, 2011, pp. 57-59.

5 Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

6 “Artículo 129. Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas. En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que afecten los recursos naturales, se considerará incluida aún cuando no estuviere expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en con-

servación o conservación del ambiente^{7,8}. Sin embargo, la Ley de Minas también establece el mencionado principio y se hace patente su influencia en aquellas disposiciones que condicionan el ejercicio de la actividad de exploración y explotación de las minas al cumplimiento de los controles ambientales, los cuales pueden ser diversos en lo que respecta a la actividad minera⁹.

En este sentido, el artículo 15 de la Ley de Minas señala expresamente que *“las actividades mineras deben efectuarse con acatamiento a la legislación ambiental y a las demás normativas que rigen la materia”*. Asimismo, y de manera más concreta, se condiciona el uso y aprovechamiento racional de las aguas del dominio público para el ejercicio de actividades mineras al cumplimiento de las disposiciones ambientales respectivas, de acorde al artículo 14 de la Ley de Minas.

Se trata de un principio que debe regir las actuaciones de la Administración Pública en general y no sólo del Ministerio con competencia en materia ambiental, ya que el Ministerio con competencia en Minas debe procurar no autorizar las actividades mineras en tanto se incumplan los controles ambientales, a los efectos de lograr la prevención de la contaminación del ambiente derivada de la actividad minera, de acuerdo el artículo 36 de la Ley de Minas.

No obstante, sí debemos destacar que en tanto la actividad degradante sujeta a control no esté reservada por el Estado, o

diciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultare alterado, en los términos que fije la ley”.

7 Gaceta Oficial N° 5.833 Extraordinario del 22 de diciembre de 2006.

8 “Artículo 4.

La gestión del ambiente comprende:
(...)

2. Prevención: Medida que prevalecerá sobre cualquier otro criterio en la gestión del ambiente”.

9 Amorer Reyes, Elsa, “El régimen de administración de las concesiones mineras por el Ministerio de Energía y Minas”, *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 79-87.

estándolo se haya creado en el particular el derecho a ejercerla a través de un título especial, como la concesión, el principio de prevención no podrá servir de justificación para el Ministerio para no emitir las autorizaciones ambientales correspondientes, a menos que se trate de un daño intolerable conforme a lo indicado en la Ley Orgánica del Ambiente¹⁰.

Asimismo, dentro del catálogo de principios ambientales estaría el principio del *desarrollo sostenible o sustentable* el cual ha sido definido tradicionalmente como “satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades”¹¹. Sin embargo, se trata de un principio cuya aplicabilidad en casos concretos ha creado ciertas dificultades por la sola dificultad de precisarlo conceptualmente¹², y además tómese en cuenta que su aplicación sería todavía más dificultosa en un ámbito donde los recursos no son renovables o finitos. Por tal motivo, entendemos que su aplicabilidad en el presente caso

10 “Artículo 83.

El Estado podrá permitir la realización de actividades capaces de degradar el ambiente, siempre y cuando su uso sea conforme a los planes de ordenación del territorio, sus efectos sean tolerables, generen beneficios socioeconómicos y se cumplan las garantías, procedimientos y normas. En el instrumento de control previo se establecerán las condiciones, limitaciones y restricciones que sean pertinentes”.

11 Véase en ese sentido a Rivera Henríquez, María Valentina y Baeza Herrera, Teresa Alejandra, “Desarrollo sustentable en Latinoamérica”, *Revista Interamericana de Ambiente y Turismo*, Volumen 8, N° 1, *Interamerican Journal Of Environment And Tourism*, Chile, 2012, pp. 27-28, disponible en <http://riat.utralca.cl/index.php/test/article/view/53/pdf>.

En ese sentido, en Venezuela ese principio ha tenido su influencia en distintas disposiciones la Constitución, tales como las contenidas en los artículos 129 y 299 de la Constitución (Meier, Henrique, *El Derecho Ambiental y el Nuevo Milenio*, Ediciones Homero, Caracas, 2007, pp. 54-59).

12 Cantú Martínez, Pedro César, “El Axioma Del Desarrollo Sustentable”, en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 137, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2012, pp. 83-91, disponible en <http://revistacienciasociales.ucr.ac.cr/wp-content/revistas/137/06-CANTU.pdf>. Moreno Plata, Miguel, “Una Lectura Prospectiva De La Agenda Rio+20: La Emergencia De La Gobernanza Para El Desarrollo Sostenible”, en *Xihmai*, Volúmen 8, N° 15, Universidad La Salle Pachuca, México, 2013, pp. 57-74.

debe atenerse en definitiva que la actividad que sea susceptible de dañar el ambiente no lo haga en términos que pueda afectar negativamente a las futuras generaciones.

Por otra parte, en el marco de la actividad minero aplica el principio del *desarrollo minero integral*, sobre el cual DUQUE SÁNCHEZ ha sostenido, sobre la base de la doctrina de J. V. GONZÁLEZ, que los aspectos económicos industriales constituyen una de las bases de la legislación minera, en los siguientes términos:

“Para algunos autores, entre ellos los alemanes, la Ley de Minas no es sino la economía política de esta rama de la industria, reducida a preceptos legales: éstos deben proponerse, pues, ya sean leyes, ya reglamentos “como objeto inmediato, el desarrollo de las riquezas minerales y la dirección que conviene dar a la explotación, para que no se realice solamente en provecho de los que la practican, sino también en provecho de la sociedad y del gobierno mismo... Se debe considerar la explotación de las minas, en general, como una de las fuentes más fecundas de la prosperidad pública”¹³.

Se trata por tanto de un principio que en el marco del régimen jurídico minero, reconoce el potencial económico que tiene la actividad de explotación de las minas y propende a que sean desarrolladas para su máximo aprovechamiento¹⁴.

13 Duque Sánchez, José Román, *Manual de Derecho Minero Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1966, pp. 19-20.

14 De hecho, ese principio goza de reconocimiento en el Acuerdo mediante el cual se aprueba en todas sus partes y para que surta efecto jurídico, y sea de obligatorio cumplimiento en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, las Líneas Generales del Plan de la Patria, Proyecto Nacional Simón Bolívar, Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019 en su punto 3.1 .16 (Gaceta Oficial Nro. 6.118 Extraordinario de 4 de diciembre de 2013).

En nuestra opinión, las disposiciones objeto del presente estudio, es decir los artículos 61 y 98 en su numeral 3 de la Ley de Minas, son reflejo de la aplicación del principio de desarrollo sostenible, pues tienen por finalidad sancionar al concesionario que no haya siquiera iniciado la explotación de la mina.

2. La naturaleza y características de los derechos mineros

La Constitución establece, en el artículo 12, la demanialidad de las minas o yacimientos minerales en los siguientes términos:

“Artículo 12.

Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles. Las costas marinas son bienes del dominio público”.

Tal disposición es ratificada por la Ley de Minas, en el artículo 2¹⁵, en términos similares.

En todo caso, debemos precisar que por yacimiento entendemos al *“sitio donde se halla naturalmente una roca, un mineral o un fósil”*¹⁶. En efecto, dicho concepto debe ser interpretado de cara a la realidad, lo que a su vez justifica su tecnicidad, ya que dichas sustancias estarían ubicadas en *“tres capas o esferas de la*

15 “Artículo 2.

Las minas o yacimientos minerales de cualquier clase existentes en el territorio nacional pertenecen a la República, son bienes del dominio público y por tanto inalienables e imprescriptibles”.

16 Diccionario de la Real Academia Española en su vigésima edición.

tierra que los geólogos denominan núcleo, manto y corteza"¹⁷. Por tanto, observamos que el yacimiento sería la forma física en que se manifiesta una mina, es decir como dichas sustancias se acumulan. Entonces, se trataría de una figura indivisible a la mina, por cuanto corresponde a la propiedad del subsuelo¹⁸.

Distinto sería entonces el mineral susceptible de extracción, o siguiendo los términos utilizados anteriormente las sustancias orgánicas o inorgánicas que se encuentran en la mina o yacimiento. En efecto, Monsalve Casado indica de manera precisa la distinción entre dichas figuras de la siguiente forma:

"Creemos, ya tratado el concepto físico-geométrico de mina, es el momento de resolver una interesante aun cuando fácil problema, que se ha suscitado alguna que otra vez; es aquel que interroga si el mineral extraído, es la mina misma o solamente el fruto de ella. Si tenemos presentes los conocimientos expuestos en este capítulo, observamos que la mina, en su noción genérica, es una acumulación de sustancias, un depósito, un inmueble, no algo o parte de sustancias mineras ya extraídas que vienen a constituir bienes muebles; por otra parte, en el concepto físico-geométrico, bien clara y distinta es la noción del sólido enclavado, que determina la propia ley, para que vaya a ser confundido con lo que de él se extraiga. Además, la mina es teóricamente inagotable, como que se prolonga hasta el centro de la tierra, y cuánto fuera el mineral extraído en nada mermaría lo que es por naturaleza inagotable.

Otro argumento, si puede más evidente, de que nuestro derecho minero considera el mineral extraído sólo como producto de la mina y, por tanto, distinto de ella, es el siguiente: la propiedad de las minas pertenece originariamente al Estado en cuya jurisdicción se hallen y, en lo tocante a las

17 Ortiz Monsalve, Álvaro, *Derecho de Minas*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 2.

18 Duque Sánchez, José Román, *Manual de Derecho Minero Venezolano*, cit., p. 103.

de hidrocarburos y demás minerales combustibles, las concesiones no confieren la propiedad de los yacimientos a los concesionarios, sino el derecho real inmueble de explorarlos y explotarlos; y este derecho que no es el de propiedad de la mina, les hace dueños de los materiales extraídos ¿Cómo se explica esto? Sencillamente: porque el mineral extraído es distinto de la mina, es solamente su fruto”¹⁹.

Hay que precisar que el mineral extraído se trata, conforme al artículo 527 del Código Civil, de un bien inmueble por su naturaleza por tratarse de “*frutos de la tierra*” (...), pero sólo mientras no hayan sido “*separados del suelo*”. En este orden de ideas, una vez que el mineral sea extraído pasa a ser un bien mueble, ya que “*pueden cambiar de lugar, bien por sí mismos o movidos por una fuerza exterior*”, de conformidad con el artículo 531 del Código Civil. Por ejemplo, un terreno es un bien jurídicamente distinto a la tierra que un particular puede sustraer con diversos propósitos, por ejemplo para venderlo con fines botánicos o de construcción. Entendemos que la misma circunstancia descrita que ocurre con los yacimientos y el mineral extraído, sólo que estaría fuertemente regulado.

Tal circunstancia es relevante a los fines de precisar que la demanialidad sólo aplica a los yacimientos mineros pero no al mineral extraído, el cual incluso puede llegar a ser comercializado, bajo ciertas restricciones²⁰, y por ende se trataría de un bien de dominio privado²¹. En todo caso, esa precisión per-

19 Monsalve Casado, Ezequiel, *Manual de Ciencia Jurídico – Minera*, Talleres Gráficos Padilla y Contreras, Buenos Aires, 1947, pp. 127-128.

20 Artículos 74 y siguientes del Reglamento de la Ley de Minas (Gaceta Oficial N° 37.155 Ordinario de 9 de marzo de 2001).

21 De hecho, y tal como expondremos en otra oportunidad, la naturaleza del mineral extraído desde la perspectiva de la teoría de los bienes públicos puede llegar a ser tan distinta al de los yacimiento o la mina de la cual se extrajo que en ciertas circunstancias pudiera ser considerado un Bien no Público, como sería el caso del oro una vez extraído y antes de que sea efectivamente vendido obligatoriamente a la República, de conformidad con el artículo 5 de la LOBP y el artículo 21 del Decreto N° 8.413 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que reserva al Estado las activida-

mite dilucidar que la demanialidad no se trata de un derecho de propiedad por parte del Estado sino más bien como una potestad o *publicatio* a diferencia de lo que se podría deducir del segundo aparte del artículo 113 de la Constitución²² de la actividad de exploración y explotación de las minas o yacimientos²³.

Como consecuencia de lo anterior, los particulares no tienen el derecho pre-existente sobre la propiedad de los yacimientos mineros, así como tampoco el derecho real al goce o disfrute del mismo a los efectos del ejercicio de la actividad de exploración y explotación, salvo que el Estado otorgue un título que lo permitiera, tal como sería el caso de la concesión²⁴.

En efecto, tal circunstancia estaría regulada por el artículo 7 de la Ley de Minas, que establece que los particulares pueden “*dedicarse a la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos mineros*” únicamente a través de concesiones de exploración y subsiguiente explotación; autorizaciones de explotación para el ejercicio de la pequeña minería; mancomunidades mineras; y minería artesanal.

A tal efecto, los derechos mineros comprenden la exploración y explotación de las sustancias minerales otorgadas según el título de manera exclusiva y se caracterizan por: (i) ser un derecho real inmueble y por tanto susceptible de enajenación

des de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a éstas (Gaceta Oficial N° 39.759 Ordinario de 16 de septiembre de 2011).

22 “Cuando se trate de explotación de *recursos naturales propiedad de la Nación* o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado **podrá otorgar concesiones por tiempo determinado**, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público” (resaltado, subrayado y cursiva nuestra).

23 Vergara Blanco, Alejandro, “El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral”, *Revista de la Administración Pública*, 173, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 457 y ss.

24 Turuphial Cariello, Héctor, *Teoría General y Régimen Jurídico del Dominio Público en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008, pp. 435-436.

y gravamen²⁵; (ii) indivisible; (iii) temporal; (iv) tener derechos complementarios como la posibilidad de solicitar la constitución de servidumbres, la ocupación temporal y la expropiación de bienes, permitir la utilización de tierras baldías y otorgar el derecho al uso y aprovechamiento de las aguas del dominio público; y (v) de contenido presunto pero no seguro; todo en los términos establecidos en la Ley, de conformidad con los artículos 9, 11, 13, 14, 24, 29, 31 y 34 de la Ley de Minas.

3. Sobre el ejercicio de los derechos mineros en el marco de las concesiones mineras

Tal y como señalamos anteriormente, una de las formas de explotación de las minas es a través del otorgamiento de una concesión.

Sin perjuicio de entrar en detalle sobre el régimen jurídico de las concesiones, es importante recalcar que su otorgamiento sí crea derechos en los particulares²⁶. Así,

25 En tal sentido, debemos advertir que el artículo 64 de la LOBP señala que *“las concesiones sobre Bienes Públicos no crean derechos reales; sólo otorgan frente a la administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar el uso, aprovechamiento o explotación del bien”*. En tal sentido, y aún cuando a nuestro entender no sería aplicable al régimen de concesiones mineras conforme a lo explicado anteriormente en la nota al pie de página N° 2 del presente trabajo, lo anterior no sería correcto ya que las concesiones sí crean derechos reales sobre el bien objeto de la concesión, al menos en lo que respecta a sus atributos (Ghazzaoui Piña, Ramsis, *“Notas sobre el uso, aprovechamiento y gestión de los bienes del dominio público”*, *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Centro de Adiestramiento Jurídico, Caracas, 2014, p. 133). Ahora bien, no sólo el artículo 29 de la Ley de Minas establece que las concesiones mineras sí otorgan derechos reales y el artículo 33 del Decreto N° 318 con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones reconoce que la concesión crea derechos en la persona correspondiente, a nuestro entender *“el uso, aprovechamiento o explotación del bien”* se tratan justamente de los típicos atributos de un derecho real, por lo cual esa disposición resulta contradictoria en sí misma.

26 Hernández, José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio Comparado del Derecho español y venezolano*. FUNEDA. Ediciones IESA,

la Ley de Minas establece, en el artículo 24, que la *“concesión minera es el acto del Ejecutivo Nacional, mediante el cual se otorgan derechos e imponen obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de los recursos minerales existentes en el territorio nacional”*. Por tal motivo, entendemos que al haber sido necesario una actuación, ya sea unilateral o bilateral, por parte del Estado para crear en el particular el derecho a explorar o explotar una mina, debe ser justamente otra actuación por parte del Estado la que extinga ese derecho, no siendo ello posible que sea de pleno derecho, salvo ciertos casos que así lo determine la Ley de Minas expresamente²⁷.

Adicionalmente a las características antes enumeradas, debe tomarse en consideración que al tratarse del nacimiento de derechos subjetivos para la gestión de la actividad reservada, la discrecionalidad por parte de la Administración Pública estaría reducida. Ello tiene como consecuencia que si el concesionario debe obtener un acto administrativo habilitante que condicione el ejercicio de su derecho y cumple con todos los requisitos establecidos en la Ley de Minas, el Reglamento de la Ley de Minas²⁸ y demás normas aplicables, la Administración Pública debe otorgar el acto respectivo, sin poder lícitamente negarse a ello. Lo anterior, al menos, en tanto el ejercicio del derecho minero no conlleve a un acto ilícito y por ende prohibido.

Caracas, 2004, pp. 341-343. Hernández, José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 157-158.

27 Se extingue el derecho minero de pleno derecho por el vencimiento del término por el cual fue otorgado y por estar inmersos en el supuesto de hecho de los artículos 20, 21 y 22 de la Ley de Minas, de conformidad con los artículos 96 y 97 de la misma Ley.

28 Gaceta Oficial N° 37.155 Ordinario de 9 de marzo de 2001.

II. ANTECEDENTES DE LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN MINERA POR FALTA DE INICIO DE EXPLOTACIÓN

La Ley de Minas de 1945²⁹ establecía, en los artículos 24 y numeral 2 del artículo 55, la declaratoria de caducidad por no iniciar la explotación de la concesión minera, en los siguientes términos:

“Artículo 24.

En virtud del título minero el concesionario está obligado a poner la concesión en explotación en los plazos siguientes, contados desde la fecha de la publicación del título en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela:

a) cinco años para las concesiones de veta o de manto, y

b) tres años para las concesiones de aluvión”.

(...)

“Se entiende que la concesión está en explotación cuando se estuvieron extrayendo de ésta las sustancias a que se refiere la presente Ley, o haciéndose lo necesario para lograr su extracción mediante las obras que según el caso fueren apropiadas a este fin, y siempre que la trabajen, por

29 Escapa al objeto del presente estudio un análisis detallado de los antecedentes del régimen jurídico de minas en Venezuela. En este sentido, nos interesa en particular destacar, brevemente, las diferencias de la declaratoria de caducidad de la concesión minera entre la Ley de Minas vigente y la de 1945 por cuanto ello nos servirá para dilucidar los cuestionamientos planteados inicialmente. En todo caso, a los efectos de poder consultar los antecedentes en Venezuela del régimen jurídico de la minería sírvase de consultar los siguientes estudios: Duque Sánchez, José Román, *Manual de Derecho Minero Venezolano*, cit., pp. 56 y ss.; Amorero R., Elsa, *El régimen de la explotación minera en la legislación venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991; Bahri Pinto, “Recorrido de la explotación minera en Venezuela”, *Anuario*, N° 30, Tomo Único, Universidad de Carabobo, Valencia, 2007, pp. 33 y ss.; Turuphial Cariello, Héctor, *Teoría General y Régimen Jurídico del Dominio Público en Venezuela*, cit., pp. 134-142.

lo menos, cinco obreros por día, para lo cual podrá establecerse la media diaria anual”.

Artículo 55.

Podrá declararse caduca la concesión por las causas siguientes:

(...)

“2. El haber transcurrido los lapsos previstos en el artículo 24, sin haberse empezado la explotación. En este caso el concesionario puede renovar su título por una sola vez mediante solicitud que hará el Ministro de Fomento dentro de los tres últimos meses anteriores al vencimiento del respectivo lapso, y bajo la condición de pagar a la Nación la suma de un mil bolívares. El Ministro ordenará, luego de haberse efectuado ese pago, que se extienda el nuevo título con las formalidades del primero, a costa del interesado, y pondrá en él la constancia de que la duración de la concesión se contará desde la fecha de la publicación del primer título, con el beneficio del nuevo plazo para la exploración”.

Del artículo antes transcrito, llama a la atención que el lapso de caducidad iniciaría a partir de la publicación del título correspondiente en la Gaceta Oficial, no bastando que se celebre o que se autentique en una notaría o en última instancia se registre.

Asimismo, nótese que la declaración de caducidad de la concesión minera se trataría de una potestad de cierto grado discrecional, ya que la norma indica expresamente que “*podrá declararse*” y no que se debe declarar. En tal sentido, bajo el régimen de la Ley de Minas de 1945, podría entenderse que la caducidad no operaba de pleno derecho sino a través de un acto expreso de la Administración Pública y se trataba de una potestad que admitía excepciones.

Adicionalmente, se establecía la posibilidad de renovar el título minero antes de que operara la caducidad por no haber iniciado la explotación de la mina, con la única condición de que se pagara un monto determinado. A tal efecto, se trataría de una potestad en mayor medida reglada, ya que con sólo haber efectuado el pago correspondiente, se tendría que renovar el título minero.

Ahora bien, con la publicación de la vigente Ley de Minas se modificó el régimen establecido en la Ley derogada y se reguló, en los artículos 61 y el numeral 3 del artículo 98, la declaratoria de caducidad por no iniciar la explotación de la concesión minera, de la siguiente forma:

“Artículo 61

Las parcelas objeto de los derechos mineros deben ponerse en explotación en un lapso máximo de siete (7) años contado a partir de la fecha de la publicación del respectivo Certificado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela. La explotación de la concesión no podrá ser paralizada sino por causa justificada y por un lapso no mayor de un (1) año, excepto en los casos fortuitos o de fuerza mayor que deberán ser comunicados al Ministerio de Energía y Minas, quien decidirá al respecto. Sin embargo, durante el lapso de la paralización, el titular del derecho continuará aquellas actividades y trabajos necesarios para la preservación de los mismos”.

“Artículo 98

Son causales de caducidad de las concesiones las siguientes:”

(...)

“3. Cuando no se inicie la explotación dentro del lapso previsto en el artículo 61 de esta Ley”.

La Ley de Minas vigente modificó las condiciones para que se pudiese declarar la caducidad de la concesión minera, ya que el lapso empezaría a contarse es a partir de la fecha de publicación en Gaceta Oficial del Certificado de Explotación y no de la de la concesión o título minero.

Sobre el particular, se observa que el certificado de explotación es un acto administrativo emitido por el Ministerio competente en materia de minas, una vez evaluado y aprobado el estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental, en el marco de la fase de exploración. En él constan “*las unidades parcelarias escogidas por el concesionario*” a ser explotadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la Ley de Minas. Cabe destacar que en la práctica el Certificado de Explotación indica adicionalmente a las unidades parcelarias escogidas por el concesionario las ventajas especiales que correspondan³⁰.

A tal efecto, se trata del acto administrativo definitivo que el Ministerio competente en materia de minas emitiría al culminar la fase de exploración y que permite al concesionario iniciar la fase de explotación³¹. A todo evento, habría requisitos adicionales que tendrían que cumplirse antes de iniciar la

30 Resolución DM/N° 077-2009 del Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería (Gaceta Oficial N° 39.260 de 9 de septiembre de 2009); Resolución N° 109 de 11 de mayo de 2004 del Ministerio de Energía y Minería (Gaceta Oficial N° 37.939 de 17 de mayo de 2004); Resolución N° 11 de 26 de enero de 2004 del Ministerio de Energía y Minería (Gaceta Oficial N° 37.867 de 28 de enero de 2004).

31 Bahri Pinto señala que el certificado de explotación “*una vez publicado en Gaceta Oficial de la República, confiere al concesionario, el derecho de explotación del área y mineral concedido por un lapso de 20 años*” (Bahri Pinto, “Reco-rrido de la explotación minera en Venezuela”, Anuario, N° 30, ob. cit. pp. 48-49). No obstante, nosotros entendemos que el concesionario ya tenía ese derecho –el derecho de gestión de la actividad reservada, es decir de la explotación de la mina- desde el momento en que se le otorgó la concesión. El Certificado de Explotación funge en ese nivel como una típica autorización administrativa que levanta barreras para el ejercicio de un derecho pre-existente, sólo que el derecho existía desde el momento en que se otorgó la concesión.

explotación de la mina, como la acreditación del cumplimiento de las fianzas ambientales correspondientes³² y la fianza de fiel cumplimiento del programa de desarrollo y explotación³³, sin embargo se tratan de aspectos formales o de mero trámites, mientras que es el Certificado de Explotación aquel que determina sobre la base de aspectos técnicos, el alcance de la explotación de la mina correspondiente.

Asimismo, observamos que ya no se hace mención en los artículos antes transcritos de que el Ministerio *podrá* declarar la caducidad de la concesión una vez que se den las condiciones para ello. Por tal motivo, de los artículos antes señalados pareciera que cuando el Ministerio declara la caducidad de una concesión minera se trata del ejercicio de una potestad con menor discrecional que en el marco de la Ley de Minas de 1945.

Además, se eliminó el régimen de renovación de la concesión antes de que operara su caducidad. Por lo cual podría entenderse que la potestad que ejerce el Ministerio competente en minas en este punto se vería reducida en su discrecionalidad.

Por último, no se modificó sustancialmente el concepto de la actividad de explotación en comparación con la Ley dero-

32 “Artículo 59.

Antes de iniciar la explotación, el concesionario acreditará ante el Ministerio de Energía y Minas, mediante copia certificada, el cumplimiento de las fianzas ambientales que garanticen la reparación de los daños ambientales que puedan causarse con motivo de dicha explotación”.

33 “Artículo 60.

El concesionario presentará a satisfacción del Ministerio de Energía y Minas, antes de iniciar la explotación, fianza de fiel cumplimiento del programa de desarrollo y explotación, librada por bancos o empresas de seguro de reconocida solvencia, por un monto equivalente al cinco por ciento (5%) de los ingresos estimados de las ventas anuales. Esta fianza será renovada y actualizada cada año. El Ministerio ordenará la ejecución de la fianza en caso de paralización por más de seis (6) meses de las actividades, sin causa justificada”.

gada, ya que la Ley de Minas señala, en su artículo 58, lo siguiente:

“Artículo 58.

Se entiende que una concesión está en explotación, cuando se estuviere extrayendo de las minas las sustancias que la integran o haciéndose lo necesario para ello, con ánimo inequívoco de aprovechamiento económico de las mismas y en proporción a la naturaleza de la sustancia y la magnitud del yacimiento.

Parágrafo Único: Cuando un concesionario tuviere un grupo de concesiones, todas ellas se considerarán en explotación, cuando desde una misma instalación, se estuviere ejerciendo una actividad minera conforme a lo establecido en este artículo”.

III. SOBRE EL MOMENTO EN QUE SE EMPIEZA A CONTAR EL LAPSO DE CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN MINERA POR NO HABER INICIADO LA EXPLOTACIÓN

La Ley de Minas establece expresamente, en los artículos 61 y el numeral 3 del artículo 98 antes comentados, que el lapso de caducidad de la concesión minera se extingue a partir de los siete (7) años contados a partir de la fecha de la publicación del respectivo Certificado de Explotación en la Gaceta Oficial.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia interpretó que el lapso de caducidad de una concesión por no iniciar la explotación minera se empieza a contar desde la fecha en que se celebró la concesión y no a partir de la publicación del certificado de explotación en la Gaceta Oficial.

Tal criterio lo sostuvo el Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa en la Sentencia N° 395 de 25 de

marzo de 2009, caso *Unión Consolidada San Antonio*. El fondo del asunto versó sobre un contrato minero que celebró la parte actora con la Corporación Venezolana de Guayana (“CVG”), pero que de conformidad con los artículos 132 y siguientes de la Ley de Minas fue transformado en concesión minera. En virtud de lo anterior, la parte actora habría cumplido con el procedimiento contenido en la Ley de Minas y obtuvo por parte del Ministerio el Certificado de Explotación. Ahora bien, el Ministerio, años después, emitió la Resolución N° 388 de fecha 17 de diciembre de 2004 en la cual declaró la caducidad de la concesión sobre la base, entre otros, del numeral 3 del artículo 98 de la Ley de Minas, por no haber iniciado la explotación de la mina por más de siete (7) años.

Por tal motivo, la parte actora interpuso recurso de reconsideración en contra de esa resolución, pero al no obtener respuesta del Ministerio, optó por interponer el correspondiente recurso de nulidad por ante el Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa. Al decidir el caso antes expuesto, el Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa indicó lo siguiente:

“De las normas antes transcritas se observa que tanto la Ley de Minas de 1945, vigente para el momento de la celebración del contrato de concesión de minas de oro y diamantes de veta, como el referido Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Minas de 1999, vigente para fecha en que la Administración declaró la caducidad de los referidos contratos, establecen lapsos máximos dentro de los cuales las concesionarias deben iniciar la explotación de las concesiones mineras, a saber: el primero de cinco (5) años para veta y tres (3) años para aluvión; y, el segundo, de siete (7) años para las parcelas objeto de explotación de derechos mineros (vid. sentencia N° 847 del 17 de julio de 2008).

Ahora bien, cabe resaltar que en cuanto al cómputo del lapso de caducidad, ya esta Sala precisó, en el fallo citado,

que el mismo comienza desde la fecha de celebración del contrato de concesión, al exponer en dicha decisión que:

“...advierte la Sala que desde el 30 de julio de 1993, fecha de autenticación de los contratos de concesión suscritos por la sociedad mercantil Minas de San Miguel C.A., hasta la fecha en que la Administración dictó la resolución recurrida, transcurrió un lapso superior a diez (10) años sin que se diera inicio a la explotación de las minas (...)

...omissis...

(...) puede concluirse que desde la fecha en la cual fueron celebrados los contratos de concesión minera entre la recurrente y la Corporación Venezolana de Guayana hasta la declaratoria de caducidad de los mismos no se inició la exploración de las minas, (...) lo cual demuestra el incumplimiento en el que incurrió...”.

En este sentido, y de acuerdo a las disposiciones normativas antes referidas, corresponde a esta Sala determinar si la empresa Unión Consolidada San Antonio C.A. dio inicio a la explotación de las minas de oro y diamantes de veta, en el lapso comprendido desde el 30 de julio de 1993, fecha de autenticación del contrato de concesión suscrito entre dicha sociedad mercantil y la Corporación Venezolana de Guayana -con la correspondiente conversión de ese contrato en concesión-, hasta la fecha en que la Administración dictó la resolución recurrida”.

Del extracto anterior debemos destacar, en *primer lugar*, que se trató de un contrato administrativo que celebró la parte actora con la CVG bajo la vigencia de la Ley de Minas de 1945, y que fue transformado a concesión a raíz de la Ley de Minas. En este sentido, al transformarse en una concesión, pasó a estar sujeta al cumplimiento de las obligaciones estipuladas en la Ley vigente pero no en la derogada, de conformidad con lo establecido en el artículo 134 de la Ley de Minas. Por tal motivo, las disposiciones establecidas en la Ley de Minas

vigente eran aplicables a la concesión y no aquellas de la Ley de Minas derogada de 1945, como a nuestro entender indicó erradamente la Sala.

En *segundo lugar*, es pertinente resaltar que la sentencia N° 395, caso *Unión Consolidada San Antonio*, para fundamentar ese criterio, invocó a su vez la sentencia de la misma Sala, N° 847 de 17 de julio de 2008, caso *Minas de San Miguel, C.A.*, cuyo fondo versó sobre el recurso de nulidad de una Resolución del entonces Ministerio competente en minas que declaró caducas las concesiones de la parte actora por no haber iniciado la explotación en el lapso correspondiente, entre otros alegatos.

Cabe destacar que el caso comentado se diferencia del caso de *Unión Consolidada San Antonio* en virtud de que en éste el fondo del asunto versó sobre concesiones que fueron otorgadas en el marco de la Ley de Minas de 1945³⁴ y que por ende no

34 “En este sentido, aprecia la Sala que la Ley de Minas, publicada en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 121 Extraordinario del 18 de enero 1945, establece en sus artículos 195, 55 numeral 2 y 24, lo siguiente:

“Artículo 195.- La caducidad por falta de pago de los impuestos mineros, o por no explotación de la concesión, se regirá por las disposiciones establecidas para tales respectos por los Títulos VII del Libro Primero y VI del Libro Segundo de la presente Ley.”

“TÍTULO VII De la extinción de los derechos Artículo 55.- Podrá declararse caduca la concesión por las causas siguientes: 2.- El haber transcurrido los lapsos previstos en el artículo 24, sin haberse empezado la explotación (...).” “Artículo 24.- En virtud del título minero el concesionario está obligado a poner la concesión en explotación en los plazos siguientes, contados desde la fecha de la publicación del título en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela:

- a) cinco años para las concesiones de veta o de manto, y
- b) tres años para las concesiones de aluvión.”

Asimismo, el Decreto N° 295 con Rango y Fuerza de Ley de Minas, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.382 en fecha 28 de septiembre 1999, establece en sus artículos 98 y 61 lo que a continuación se indica:

“Artículo 98: Son causales de caducidad de las concesiones las siguientes:
3. Cuando no se inicie la explotación dentro del lapso previsto en el artículo 61 de esta Ley;

fueron convertidas a raíz de la Ley de Minas vigente. En consecuencia, para ese caso en particular eran aplicables las disposiciones contenidas en la Ley de Minas de 1945 y no la vigente Ley, por lo cual el lapso de caducidad sí se contaba en base a la concesión o título minero y no al certificado de explotación o alguna otra autorización aplicable para esa fecha.

A todo evento, cabe mencionar que de igual forma la Sala no hace referencia a la necesidad de que ese título minero o concesión sea publicado en Gaceta Oficial, sino que inicia la cuenta del lapso de caducidad a partir de su autenticación.

Por tal motivo, la Sala, en la Sentencia N° 395 precitada, es incongruente al sostener que el lapso de caducidad por no haber iniciado la explotación de minas se cuenta a partir de la celebración de la concesión, al fundamentarse en un precedente jurisprudencial que es distinto y en el cual no puede basarse para llegar a esa conclusión.

En consecuencia el lapso de caducidad de las concesiones por no haber iniciado la explotación de la mina empieza a con-

Artículo 61: Las parcelas objeto de los derechos mineros deben ponerse en explotación en un lapso máximo de siete (7) años contados a partir de la fecha de la publicación del respectivo Certificado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela la explotación de la concesión no podrá ser paralizada sino por causa justificada y por un lapso no mayor de un (1) año, excepto en los casos fortuitos o de fuerza mayor que deberán ser comunicados al Ministerio de Energía y Minas, quien decidirá al respecto. Sin embargo, durante el lapso de la paralización, el titular del derecho continuará aquellas actividades y trabajos necesarios para la preservación de los mismos."

De las normas antes transcritas, observa la Sala, que tanto la Ley de Minas de 1945, vigente para el momento de la celebración de los contratos de concesión de minas de oro y diamantes de veta y aluvión, como el Decreto N° 295 con Rango y Fuerza de Ley de Minas de 1999 vigente para fecha en que la Administración declaró la caducidad de los referidos contratos, establecen lapsos máximos dentro de los cuales las concesionarias deben iniciar la explotación de las concesiones mineras, a saber: el primero de cinco (5) años para veta y tres (3) años para aluvión; y, el segundo, de siete (7) años para las parcelas objeto de explotación de derechos mineros.

tarse a partir de la publicación en Gaceta Oficial del Certificado de Explotación y no a partir de la celebración de la concesión.

De hecho, curiosamente el Ministerio competente en materia de minas indicó en la Resolución DM/N° 039/2010, por la

En este orden de ideas, de la revisión de los expedientes administrativos se aprecia que consta en autos la siguiente documentación:

a. A los folios 41 al 53 del expediente administrativo N° 1, contrato de concesión minera suscrito entre la sociedad mercantil Minas de San Miguel C.A., y la Corporación Venezolana de Guayana para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de las minas de oro y diamantes de veta y aluvión en un área denominada "SAN GABRIEL" ubicada en el Municipio Cedeño del Estado Bolívar, autenticado ante la Notaría Pública Segunda de Puerto Ordaz, el 30 de julio de 1993, bajo el N° 41, Tomo 153 de los Libros de Autenticaciones llevados por dicha Notaría.

b. A los folios 40 al 52 del expediente administrativo N° 2, contrato de concesión minera suscrito entre la sociedad mercantil Minas de San Miguel C.A., y la Corporación Venezolana de Guayana para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de las minas de oro y diamantes de veta y aluvión en un área denominada "SAN FELIX" ubicada en el Municipio Cedeño del Estado Bolívar, autenticado ante la Notaría Pública Segunda de Puerto Ordaz, el 30 de julio de 1993, bajo el N° 40, Tomo 153 de los Libros de Autenticaciones llevados por dicha Notaría.

c. A los folios 46 al 58 del expediente administrativo N° 3, contrato de concesión minera suscrito entre la sociedad mercantil Minas de San Miguel C.A., y la Corporación Venezolana de Guayana para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación las minas de oro y diamantes de veta y aluvión en un área denominada "LOS ARCÁNGELES" ubicada en el Municipio Cedeño del Estado Bolívar, autenticado ante la Notaría Pública Segunda de Puerto Ordaz, el 30 de julio de 1993, bajo el N° 21, Tomo 154 de los Libros de Autenticaciones llevados por dicha Notaría.

d. A los folios 47 al 59 del expediente administrativo N° 4, contrato de concesión minera suscrito entre la sociedad mercantil Minas de San Miguel C.A., y la Corporación Venezolana de Guayana para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de las minas de oro y diamantes de veta y aluvión en un área denominada "SAN ONOFRE" ubicada en el Municipio Cedeño del Estado Bolívar, autenticado ante la Notaría Pública Segunda de Puerto Ordaz, el 30 de julio de 1993, bajo el N° 39, Tomo 153 de los Libros de Autenticaciones llevados por dicha Notaría.

Así pues, de los documentos cursantes en autos, advierte la Sala que desde el 30 de julio de 1993, fecha de autenticación de los contratos de concesión suscritos por la sociedad mercantil Minas de San Miguel C.A., hasta la fecha en que la Administración dictó la resolución recurrida, transcurrió un lapso superior a diez (10) años sin que se diera inicio a la explotación de las minas de oro y diamantes de veta y aluvión".

cual se declara la caducidad de la Concesión sobre la mina Unicornio³⁵, -en el marco de una concesión otorgada en el marco de la Ley de Minas del año 1945- que la caducidad por no iniciar la explotación de la mina empieza a partir de la publicación del Título Minero en Gaceta Oficial, por lo que no asumió el criterio jurisprudencial antes señalado³⁶.

IV. SOBRE LA POTESTAD DE ABSTENERSE A DECLARAR LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN MINERA POR NO INICIAR LA EXPLOTACIÓN, EN VISTA DE CAUSAS NO IMPUTABLES AL CONCESIONARIO

Ya comentamos que bajo la Ley de Minas de 1945 se podría haber interpretado que la caducidad de las concesiones por no explotación de la mina no operaba de pleno derecho, sino que requería de un acto expreso por parte de la Administración Pública. Tal interpretación la sostenemos en virtud del que la disposición comentada de la Ley derogada decía expresamente que se podrá declarar su caducidad, por lo que habría un margen claro de discrecionalidad.

35 Gaceta Oficial N° 39.448 Ordinario de 17 de junio de 2010.

36 Que la autoridad minera “a la sociedad mercantil Compañía Aurífera Brisas del Cuyuní, C.A.,” (...) “una concesión de explotación de mineral de cobre, molbidenio y oro de venta denominada “UNICORNIO” (...) “según Título Minero publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.405 de fecha 03 de marzo de 1998”

(...).

“Que este Despacho analizó cada uno de los argumentos y razonamientos presentados por la concesionaria Compañía Aurífera Brisas del Cuyuní, C.A., en su escrito de descargo y determinándose, los siguientes incumplimientos:

“1º) No inició la explotación de la Concesión “UNICORNIO” *dentro de los siete (7) años siguientes a la publicación del Título Minero correspondiente*, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 61 de la Ley de Minas, lo cual constituye causal de caducidad de las concesiones mineras” (...) (resaltado, subrayado y cursiva nuestra).

Sin embargo en los artículos 61 y el numeral 3 del artículo 98 de la vigente Ley de Minas se señala simplemente que en caso de que no se inicie la explotación en el lapso correspondiente, se entenderá como una causa de caducidad de la concesión, sin atribuir ningún tipo de potestad discrecional al Ministerio, al menos de manera expresa.

A tal efecto, la competencia del Ministerio en esta materia se encuentra establecida en el artículo 6 de la Ley de Minas en los siguientes términos:

“Artículo 6

El Ministerio de Energía y Minas es el órgano del Ejecutivo Nacional competente a todos los efectos de esta Ley y le corresponde la planificación, control, fiscalización, defensa y conservación de los recursos mineros, así como el régimen de la inversión extranjera en el sector y ejecutar o hacer ejecutar las actividades mineras que le señale la Ley”.

En este sentido, se trata de una declaratoria general de competencia en lo que respecta al contenido y atribuciones que señale la Ley de Minas, que, sin embargo, no es suficiente para señalar por sí sola que las potestades son discrecionales o regladas en mayor medida, debiendo analizarse cada caso en particular.

Por tanto, debemos empezar por reiterar que en vista de que la concesión minera constituyó en el concesionario un derecho -de gestión, pero no de titularidad- que no tenía originalmente, por ser una actividad reservada, únicamente puede sustraerse o eliminarse ese derecho de su esfera jurídica a través de otro acto equivalente al del otorgamiento de la concesión minera. Tal circunstancia es un requisito indispensable cuando el motivo de la extinción no sea de pleno derecho, que recordemos sólo ocurre en tanto sea por el vencimiento del

tiempo por el cual se había acordado y por estar inmerso en el supuesto de hecho de los artículos 20, 21 y 22 de la Ley de Minas.

De lo anterior podemos concluir que el Ministerio tiene, necesariamente, que pronunciarse sobre la caducidad de una concesión por no iniciar la explotación en el lapso correspondiente, y en consecuencia se trata del ejercicio de una potestad.

Ahora bien, al tratarse del ejercicio de una potestad necesariamente hay un grado de discrecional³⁷, aun cuando la norma en sí no pareciera señalar tal circunstancia. En todo caso, el ejercicio de toda potestad administrativa en lo que respecta a la discrecionalidad, aun cuando sea reducida, debe atender a “la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma”, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (“LOPA”).

Ahora bien, en cuanto al supuesto de hecho debemos considerar en, *primer lugar*, que la naturaleza jurídica de la obligación contenida en el artículo 61 de la Ley de Minas es contractual, por cuanto se materializa justamente en el marco de una actuación bilateral, aun cuando esté consagrada de antemano en la Ley antes referida.

En *segundo lugar*, se debe tomar en cuenta que al tratarse de una obligación, al fin y al cabo, el deudor (concesionario) frente a un supuesto incumplimiento podría eximirse de responsabilidad en virtud de ausencia de culpa o relación de causalidad.

37 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político Administrativa de 5 de mayo de 1983, caso Hola Juventud (Brewer-Carías, Allan, Ortiz-Alvarez, Luis, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa* (1961-1996), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, p. 595); Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa N° 615 de 5 de julio de 2012, caso Orlando Castro Llanes.

A todo evento, antes de determinar el grado de ausencia de culpa que debe existir para que se pueda eximirse la responsabilidad del concesionario, consideramos pertinente determinar si se trata de una obligación de medio o de resultado.

Como punto previo hay que tomar en cuenta que las obligaciones de resultado son aquellas *“en las cuales la prestación a que se obliga el deudor es un efecto específico, preciso y concreto de su actividad; la prestación es un fin en sí mismo, pues el deudor se compromete a obtener un determinado resultado”* (...); mientras que las obligaciones de medios serían aquellas en las que *“el deudor no se compromete a obtener un determinado resultado, no garantiza ese resultado, la prestación está constituida por hechos o actividades del deudor que pueden producir o no determinado resultado”*³⁸.

En todo caso, Mazeud y Tunc indican que el criterio definitorio para distinguir si una obligación es de resultado o de medios es *“lo aleatorio del resultado”* (...), ya que *“sin duda, el azar se encuentra por doquiera; y, por ello, incluso en las obligaciones de resultados, hay que admitir algunas circunstancias de fuerza mayor. Pero en las obligaciones que analizamos actualmente, el azar es tal, que la frustración en la conquista del resultado no permite presumir una culpa del deudor”*³⁹. En tal sentido, en el marco de las obligaciones de resultados hay una responsabilidad objetiva ya que no se admiten las causas que eliminan o atenúan la culpa del deudor (concesionario), pero sí las causas extrañas no imputables, como la fuerza mayor⁴⁰; mientras que en las obligaciones de medios sí se admiten las causas que eliminan o atenúan la culpa, por ejemplo que no se haya *“desviado su conducta por*

38 Maduro Luyando, Eloy; Pittier Sucre, Emilio, *Curso de Obligaciones, Derecho Civil III*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 70-71.

39 Mazeaud, Henrí; Mazeaud, Léon; Tunc, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual*, Tomo Primero, Volúmen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 131.

40 Melich Orsini, José, *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias, Políticas y Sociales, Caracas, 2009, pp. 487-490.

negligencia o por imprudencia de la dirección requerida para obtener el fin perseguido”.

En ese orden de ideas, el artículo 61 no señala alguna excepción al cumplimiento de la obligación de iniciar la explotación antes de que se cumplan los siete (7) años a partir de la publicación del Certificado de Explotación en la Gaceta Oficial; a diferencia de lo que sí ocurre en el caso de la paralización de la explotación en tanto haya una causa justificada.

Se trata de una obligación muy particular, que si bien es uno de los pasos lógicos para cumplir las obligaciones generales de la concesión, no tiene como finalidad que el concesionario obtenga efectivamente los minerales sino sólo hacer lo necesario para que ello se logre, aun cuando en definitiva no se extraigan los minerales. En tal sentido, a los efectos de poder determinar si hubo o no incumplimiento el elemento central es el grado de diligencia del deudor (concesionario) y no propiamente si se logró extraer el mineral. Tal circunstancia es incluso cónsona con el hecho de que en una mina se presume la existencia de los minerales objeto de la concesión, sin embargo no hay certeza de ella, de conformidad con el artículo 34 de la Ley de Minas.

Por tal motivo, entendemos que la obligación contenida en el artículo 61 es de medios y no de resultados. Por ende sería admisible, a los efectos del eximente de responsabilidad, alegar que el concesionario se actuó con la debida diligencia a los fines de poder extraer el mineral, aun cuando ello no se pudo lograr.

Es importante destacar que a los efectos de evaluar el grado de diligencia que el concesionario ha debido tener a los fines de iniciar la explotación se podría apreciar bajo la figura del buen padre de familia, sin embargo también se podría utilizar la figura de la persona razonable. En este sentido, la persona razonable *“no es ciudadano normalmente diligente (“buen padre de*

familia”), sino más bien un comerciante dedicado a la misma rama del comercio que la persona cuya conducta está siendo evaluada, y que tenga cierto grado de diligencia en el desempeño de sus funciones”⁴¹ . A todo evento, aun cuando forma un aspecto relevante dentro del objeto del presente estudio, por ser muy particular y por tener conocimiento de que el Ministerio competente en materia de minería ha exigido un grado de diligencia altísimo ⁴² que trataremos de dilucidar esa duda en otra oportunidad. Lo que sí podemos afirmar es que con independencia de los sistemas de apreciación que se utilicen para determinar el grado de diligencia que los concesionarios deben mantener en el ejercicio del derecho de explotar la mina, la conclusión debe estar sustentada de manera técnica, de conformidad con el artículo 5 de la Ley de Minas.

Adicionalmente, debe tomarse en consideración que, sin perjuicio de los eximentes de responsabilidad por falta de culpa antes mencionados, el concesionario podría alegar que no hubo una relación de causalidad entre su actuación y el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 61 de la Ley de Minas. Por tal motivo, podría alegar una causa extraña no imputable, como el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho del príncipe y el hecho del acreedor.

En este sentido, ya habíamos comentado que el fin de la Ley de Minas atiende al equilibrio de la preservación del ambiente y el desarrollo sustentable de las minas desde un aspecto económico. Por tal motivo, en la medida de que la abstención de

41 Madrid Martínez, Claudia, La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios, aspectos internos e internacionales, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, pp. 84-86.

42 Por ejemplo el Ministerio ha indicado que no es causa eximente de responsabilidad de cara a la declaratoria de caducidad de la concesión el hecho de que el concesionario no inicie la mina por haber sido invadida por un grupo de mineros informales y sólo se haya limitado a presentar tres denuncias por ante ese Ministerio (Resolución N° DM/N° 450-2007 del Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería [Gaceta Oficial N° 38.775 de 24 de septiembre de 2007]).

la declaración de la caducidad de la concesión por falta de inicio de la explotación atienda a la satisfacción de los principios antes referidos, entonces con mayor validez se podría ejercer esa potestad.

Precisado lo anterior, entendemos que el Ministerio tendría la discrecionalidad, reducida, de abstenerse a declarar la caducidad aun cuando no se haya iniciado la explotación de la mina en el lapso antes señalado. A todo evento, para que ello pueda acordarse debe (i) ser declarado expresamente por un acto, más que nada por un tema de responsabilidad funcional; (ii) configurarse los eximentes de responsabilidad en la persona del concesionario, ya sea por falta de culpa y/o relación de causalidad; y (iii) la decisión debe obedecer a *“la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma”*, es decir con el principio de prevención ambiental y el desarrollo sustentable de la economía, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la LOPA.

Concluido lo anterior, tómese como ejemplo un caso hipotético en el cual se otorga una concesión minera, pero una vez culminados los siete (7) años a partir de la publicación en la Gaceta Oficial del Certificado de Explotación se habría verificado que no se inició la explotación de la mina, sin embargo el concesionario alega que ello se debió a que no se lograron cumplir con los controles ambientales correspondientes por motivos imputables a la autoridad ambiental –y asumamos que sea cierto–; sin los cuales, recordemos, no puede iniciarse la explotación de la mina, conforme al artículo 59 de la Ley de Minas.

En ese escenario se debe distinguir si la autoridad ambiental al no otorgar al concesionario las autorizaciones ambientales actuó conforme a derecho o no.

A todo evento, advertimos que es virtualmente imposible asumir todos los posibles escenarios en los que la autoridad ambiental puede abstenerse de otorgar las autorizaciones con-

forme a derecho, en caso de que la explotación de la mina no tenga como consecuencia un daño intolerable. Ello, asumiendo que el concesionario ha cumplido con sus obligaciones en el marco del procedimiento aplicable. Por ejemplo, estaría el caso en que la autoridad ambiental se limita a rechazar las condiciones que el concesionario plantea la explotación de la mina y éste, pudiendo replantear las condiciones, sin embargo no lo hace.

En ese ejemplo, a nuestro criterio, el equilibrio entre el principio de desarrollo sustentable y el de prevención deberían permitir al Ministerio en competencia de minas asuma que si el concesionario modifica las condiciones originalmente planteadas a satisfacción de la autoridad ambiental podría lograrse plantear un daño tolerable y en consecuencia cumplir con los controles ambientales.

Podría plantearse que en ese caso el concesionario no hizo absolutamente todo lo posible para obtener las autorizaciones ambientales correspondientes. Sin embargo, entendemos que en el escenario antes planteado el grado de diligencia que se tendría que exigir supera cualquier sistema de apreciación, incluso el de una persona razonable. Además, si el Ministerio con competencia en minas entiende que sí se puede obtener la autorización ambiental para explotar la mina, por cuanto hay términos en los que el daño al ambiente sería tolerable, entonces en virtud del principio de desarrollo sustentable –a los fines de lograr la explotación y además propender al ahorro de los costos y gastos de asignar la concesión a otra persona distinta- lo correcto sería no declarar la caducidad y permitir, sino coadyuvar, al concesionario obtenerlos.

Por otra parte, en el caso en que la autoridad ambiental haya actuado conforme a derecho, podría asumirse que no otorgó la autorización en virtud de que la explotación de la mina podría causar un daño intolerable. Bajo ese escenario muy particular,

se debería entender simplemente que la concesión es de ilegal ejecución, por lo que debe ser revocada.

Asimismo, en el escenario en que la autoridad ambiental no haya actuado conforme a derecho al no otorgar las autorizaciones ambientales, la consecuencia lógica sería que el Ministerio se abstenga de declarar la caducidad de la concesión aun cuando no se haya iniciado la explotación de la mina una vez culminado el lapso correspondiente. Ello, por cuanto media un hecho no imputable al concesionario. En todo caso, la dificultad radicaría en probar que efectivamente el Ministerio con competencia en materia ambiental haya negado las autorizaciones sin estar conforme a derecho.

En todo caso, en los últimos dos ejemplos el Estado tendría que responder patrimonialmente al concesionario por los daños ocasionados en materia ambiental⁴³.

El Ministerio con competencia en minas ha sostenido en la Resolución N°003, de fecha 16 de enero de 2004, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Canteras El Toco, C.A, y luego lo reiteró en la Resolución N° 288, por la cual se declara sin lugar el recurso de reconsideración interpuesto por la representación de la empresa Minera La Cerba-

43 A todo evento, ténganse en consideración las tendencias jurisprudenciales actuales en torno a que el Estado no sería responsable patrimonialmente cuando se trate del ejercicio de la actividad de policía administrativa en materia ambiental (Basile Urizar, Miguel Angel, "La aplicación jurisprudencial del principio de la irresponsabilidad patrimonial del Estado en materia ambiental en Venezuela", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 2 enero-abril, Universidad Monteávila, Caracas, 2014, pp. 43 y ss.) o incluso, como lo han advertido Miguel Angel Torrealba y Rosnell Vladimir Carrasco, los actos que sean producto de esa actividad estarían excluidos del control jurisdiccional (Torrealba, Miguel Angel, "Interés General y Tutela Cautelar en el Contencioso-Administrativo: Reseña de una Peligrosa Tendencia Jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 2 enero-abril, Universidad Monteávila, Caracas, 2014, p. 46).

tana, C.A.⁴⁴, que es *irrelevante* si en definitiva el concesionario actuó diligentemente de cara al cumplimiento de los controles ambientales y no se hayan cumplido por negativa o abstención injustificada por parte de la autoridad ambiental, por lo que en consecuencia siempre procedería declarar la caducidad de la concesión⁴⁵.

44 Gaceta Oficial N° 5.757 Extraordinario de 27 de enero de 2005.

45 "Precisado lo anterior es necesario para este Despacho observar que en el presente caso la representación de la empresa Minera La Cerbatana, C.A, ha reconocido en forma expresa en este procedimiento la falta de explotación de las referidas concesiones, sin embargo atribuye esa falta de explotación a la supuesta existencia del «*hecho del príncipe*», que -a su juicio- se habría configurado por el hecho de «*no haber obtenido aún la correspondiente autorización emanada del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales*». En tal sentido, aduce la referida empresa la existencia de «*sendos oficios distinguidos con los N° VMM-182/02 y VMM- 183/02, fechados ambos el día 24 de mayo de 2002*» emanados del Viceministerio de Minas.

Al respecto, este Despacho reitera el criterio expresado en anteriores oportunidades, en el sentido de que: «*...si bien el criterio sostenido en los oficios números VMM-182/02 y VMM- 183/02 en principio parece plausible, sin embargo, el mismo no tiene base legal ni está acorde con el principio según el cual 'nadie puede valerse de su propia torpeza'*». ***En efecto, la duración de una concesión y el lapso de su vigencia previstos en la Ley no pueden estar supe- ditados a que el concesionario presente en forma oportuna, completa y diligente sus solicitudes o recaudos ante las autoridades encargadas del ambiente, o que, de ser el caso, ejerza tos recursos administrativos y jurisdiccionales correspondientes ante el silencio administrativo (silencio rechazo) o contra los actos denegatorios expresos, todo ello en defensa de sus derechos e intereses.***

Asimismo, considera este Despacho que dicho criterio del 24 de mayo de 2002, no resulta cónsono con el hecho cierto de que en algunos casos los concesionarios realizan operaciones económicas sobre la base del título de concesión otorgado, atribuyéndole un valor y usufructuándolo a través de mecanismos especulativos, sin que ello lleve aparejado como contrapartida el transcurso del tiempo atinente a la caducidad. Esta situación se vuelve un verdadero incentivo para la negligencia de las concesionarias mineras en la instauración, tramitación y atención de sus asuntos ambientales y, en definitiva, en detrimento de un verdadero desarrollo de la actividad minera del país.

En consecuencia, resulta forzoso para este Despacho declarar que los oficios distinguidos con los N° VMM-182/02 y VMM-183/02. Fechados ambos el día 24 de mayo de 2002 «*emanados del Viceministerio de Minas, están viciados de nulidad absoluta por ausencia de base legal y por estar fundados en un falso supuesto esencial. Así se declara*» (Vid Resolución N°003, de fecha 16 de enero de 2004, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Canteras El Toco, C.A)" (resaltado, subrayado y cursiva nuestra).

Sin embargo, el Ministerio asumió posteriormente en la ya comentada Resolución DM/N° 039/2010, por la cual se declaró la caducidad de la Concesión sobre la mina Unicornio, la posición de que la diligencia en el cumplimiento de los controles ambientales debe ser *alta* a los efectos de considerar la posibilidad de abstenerse a declarar la caducidad y se debe procurar acudir a todas las vías correspondientes⁴⁶.

V. SOBRE LA VALIDEZ DE ESTABLECER EN LA CONCESIÓN UN LAPSO DISTINTO AL ESTIPULADO EN LA LEY DE MINAS

En el marco de las obligaciones contractuales, rige la autonomía de la voluntad de las partes, según el cual las personas pueden libremente *“constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”*, de conformidad con el artículo 1.133 del Código Civil. Ahora bien, ese principio tiene como límite aquellas obligaciones que por tratarse de orden público no pueden ser relajadas por las partes, en atención a lo establecido en el artículo 6 del Código Civil.

46 “Que este Despacho analizó cada uno de los argumentos y razonamientos presentados por la concesionaria Compañía Aurífera Brisas del Cuyuní, C.A., en su escrito de descargo y determinándose, los siguientes incumplimientos:

“1º) No inició la explotación de la Concesión «Unicornio» dentro de los siete (7) años siguientes a la publicación del Título Minero correspondientes, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 61 de la Ley de Minas, lo cual constituye causal de caducidad de las concesiones mineras, tal y como se desprende del artículo 98, numeral 3 de la Ley ejusdem, en virtud de que en criterio de este Despacho, la citada sociedad mercantil *no actuó de manera diligente, realizando todas las actuaciones o solicitudes con el objeto de obtener los permisos y autorizaciones correspondientes, inclusive interponiendo los recursos administrativos y jurisdiccionales respectivos, ante la falta de respuesta oportuna por parte de la Administración*. Asimismo del oficio dirigido al «(...) Presidente de la sociedad mercantil» (...) por la autoridad minera *«donde se desprende de su contenido, lo siguiente: Se exhortó a la concesionaria a continuar realizando las gestiones pertinentes para la obtención de los permisos correspondientes para llevar a cabo la actividad de explotación en dicha área minera»*”.

No obstante, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y sus limitaciones son inaplicables en el caso de las concesiones, ya que no existe en los particulares un derecho para ejercer la actividad reservada o aprovechar los bienes de dominio público⁴⁷.

Precisado lo anterior, debemos indagar si es lícito o no que el Ministerio con competencia en materia de minas pueda establecer un lapso de caducidad de la concesión por falta de iniciado la explotación distinto al estipulado en el artículo 61 de la Ley de Minas. Ello debe precisarse desde la perspectiva del ejercicio de las potestades administrativas.

En tal sentido, habíamos dicho que no toda potestad es enteramente reglada o discrecional, sino que en mayor medida una o la otra. A tal efecto, la norma contenida en el artículo 61 de la Ley de Minas comporta una obligación que no tiene excepción pero cuya aplicación -mediante estipulación contractual- obedece al ejercicio de una potestad que puede, dadas las condiciones necesarias para ello, válidamente optar por una consecuencia jurídica distinta a la prevista en la norma escrita.

Las condiciones que deben configurarse de forma tal que el Ministerio competente en la materia pueda estipular un término distinto al señalado en el artículo 61 de la Ley de Minas, deben obedecer a *“la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma”*, es decir con el prin-

47 “Conviene resaltar que los particulares no ejercen en estos sectores la libre iniciativa privado, sino simplemente el derecho a la iniciativa privada que ha sido concedido por la Administración”. (...) “No tiene cabida por tanto –o lo tiene en un ámbito muy restringido– la autonomía privada empresarial. Además, mientras que el principio que informa al derecho de acceso al mercado es la libertad, pues los particulares podrán escoger libremente y conforme a su autonomía privada la actividad en la cual emprenderán su empresa, en estos casos rige el principio contrario: los particulares sólo podrán emprender las actividades económicas en los supuestos en los que la Administración les confiera el correspondiente derecho” Hernández, José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio Comparado del Derecho español y venezolano*. ob cit... p. 343.

cipio de prevención ambiental y el desarrollo sustentable de la economía, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la LOPA.

En este sentido, si el desarrollo sustentable de la mina impone que la explotación deba iniciarse con mayor anticipación y ello sea factible desde un punto de vista técnico entonces sí sería válido colocar un lapso menor. Asimismo, si en virtud del principio de preservación ambiental se requiere mayor tiempo para precisar e implementar las medidas necesarias para que el daño al ambiente sea mínimo, consideramos que sí sería válido colocar uno distinto al establecido en la Ley de Minas.

A todo evento, lo que sí consideramos que no atiende al principio del desarrollo sostenible en el régimen jurídico minero es que el Ministerio competente en materia de minas se abstenga de colocar en la Concesión un lapso para iniciar la explotación y por el contrario rechaza su aplicación. En este último caso, se trataría de una cláusula nula y aplicaría la norma contenida en los artículos antes comentados de la Ley de Minas.

A MUDANÇA DE FOCO NO CONTROLE DA CORRUPÇÃO NO BRASIL: A INICIATIVA PRIVADA

Denise Bittencourt Friedrich
Rogério Gesta Leal

Resumen: La corrupción ocupa un espacio significativo de importancia y debate en Brasil y en el mundo. Esta investigación considera que para hacer frente a las prácticas corruptas, los instrumentos de control deben atacar tanto al agente pasivo como al agente activo, pues la corrupción suele ser el resultado de los esfuerzos combinados de estos dos agentes.

Palabras clave: corrupción, control fiscal.

Summary: Corruption has a significant role in the Brazilian studies, and also, worldwide. This paper consider that an anti-corruption policy should be based in controls over the passive agent and also, the active agent. Commonly, corruption is the consequence of the combine effort of both agents.

Keywords: corruption, fiscal control.

Recibido: 5 de enero de 2015 Aceptado: 12 de enero de 2015

SUMARIO

Introdução

I. Limites do modelo de controle interno e externo

II. A iniciativa privada no centro do controle da corrupção

Conclusões

INTRODUÇÃO

Existe no Brasil um sistema de controle da administração pública que dá especial relevo para dois mecanismos: o controle interno e o controle externo. Ambos são importantes, porém, sozinho não estão dando conta da complexidade da corrupção, que envolvem muitos agentes e uma diversidade expressiva de práticas, como, por exemplo, suborno, licitações dirigidas, superfaturamentos, etc. Ter conhecimento disso impõe a necessidade de agregar aos instrumentos tradicionais, outras formas de controle que podem oferecer respostas melhores.

Por óbvio, que este desiderato passa por uma política de conscientização da sociedade, assim como passa pela consolidação das democracias, especialmente na América Latina, que ainda vive a lembrança e a constante ameaça de regimes ditatoriais. Diante da revelada complexidade da corrupção, exige-se um sistema complexo e completo de ferramentas e medidas para alcançar índices reduzidos de suas práticas.

Neste trabalho, será apresentado o desenho dos tradicionais controle internos e controle externo brasileiro, e para tanto o paradigma analisado será o federal¹, insculpido no texto constitucional a partir de 1988. O primeiro é o controle interno

1 Cabe lembrar que o modelo federativo brasileiro é formado por três esferas (municipal estadual e federal), todas com autonomia administrativa, financeira e legislativa. Sendo assim, todos os entes federados tem o dever de criar sistemas de controle, quem de acordo com o princípio da simetria, devem assemelhar-se ao modelo desenhado na Constituição Federal.

da administração pública federal, que no âmbito da administração pública federal foi denominado de Controladoria Geral da União; o segundo refere-se ao controle externo exercido pelo Poder Legislativo federal, que tem no Tribunal de Contas da União um órgão auxiliar da controladoria contábil e financeira dos demais poderes no desempenho de atividade administrativa. O terceiro instrumento a ser debatido refere-se à Lei Federal 12.846/13, cujo alvo é a iniciativa privada. A razão da escolha é uma: todos os três instrumentos eleitos são instituições jurídicas de grande destaque no combate e controle da corrupção.

Passa-se em seguida ao desenvolvimento destes dois objetivos.

I. LIMITES DO MODELO DE CONTROLE INTERNO E EXTERNO

A Constituição Federal brasileira², ao tratar dos poderes do Estado, impôs a necessidade de cada um deles manter sistemas de controle interno, integrados entre si e ao controle externo exercido especialmente pelo Poder Legislativo com o

2 Reza o referido artigo que Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I- avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II- comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III- exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV- apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

auxílio do Tribunal de Contas. Corroborar esta ideia Lima (2012, p. 26) para quem a nova ordem constitucional:

Trouxe ainda em suas inovações que a fiscalização e o controle não se restringiriam às áreas financeiras e orçamentárias, mas, também, à contábil, à operacional e à patrimonial, respeitando não só o princípio da legalidade, mas reconhecendo a igual importância, nessa tarefa, de serem perseguidos e preservados os princípios da legitimidade e da economicidade, dentre outros.

Considerando os aspectos que dizem respeito particularmente à fiscalização e controle, a Constituição de 1988 representou um avanço, em decorrência da criação de sistemas de controle interno nos Poderes Legislativo e Judiciário e da determinação de que, juntamente com o do Poder Executivo, esses sistemas fossem conservados de forma integrada.

Aderiu o constituinte à crescente preocupação com a temática, que vem aumentando significativamente, deixando de ser apenas um assunto do Poder Executivo e estendendo-se aos outros dois poderes –Legislativo e Judiciário– tendo possuírem autonomia financeira para gerir os repasses que recebem do Executivo, e, em decorrência disso, necessitam ter um sistema de controle.

Então, percebe-se que a Constituição Federal por si só já representou um avanço, reservando espaços bem delimitados para o controle da Administração Pública, “fazendo referência ao sistema de controle interno, que deve ser institucionalizado, mediante lei, em cada esfera de governo” (LIMA, 2012, p. 18), demonstrando assim uma grande preocupação do constituinte com a atividade de controle interno. Também são inegáveis os avanços nesta área, como bem aponta o Plano Brasil 2022 (<<http://www.sae.gov.br/brasil2022/?p=13>>).

Destaca, o referido Plano, como principais avanços ocorridos no século XXI, a criação, em 2003, da Controladoria Geral da União (Lei nº 10.683), com as funções de controle interno, disciplinar, promoção da transparência e da cidadania, aprimoramento do marco legal para prevenção e combate à corrupção, bem como a coordenação das ouvidorias federais. Além disso, merecem destaque as parcerias firmadas em 2003-2009 com organizações de âmbito nacional (MPF, AGU, DPF, MPE) e internacional (ONU, OEA, OCDE, UNODC). A criação, em 2003-2009, do Programa de Fiscalização da execução de recursos federais transferidos aos municípios mediante sorteio público de municípios (1.751 municípios de pequeno e médio porte). Entre 2003 e 2009, Atividade Correcional que desencadeou a demissão³ de 2.398 servidores públicos estatutários e 3.973 contratados pelo regime celetista⁴.

Entre 2006-2009, o controle da administração pública ganhou cunho internacional, tendo a CGU acompanhado a implementação, no Brasil, das medidas previstas em três tratados internacionais ratificados na área de prevenção e combate à corrupção: Convenção da ONU, Convenção da OEA e Convenção da OCDE. Tem-se, ainda, assumido papel proativo na cooperação para troca e disseminação de conhecimento relacionado às temáticas de combate à corrupção e fortaleci-

3 Cabe lembrar que, segundo a Lei Federal 8.112/90, que é o regime jurídico dos servidores públicos federal, a demissão é uma sanção administrativa aplicada aos servidores públicos quando houver apuração de prática de ilícito administrativo.

4 Outros exemplos da ampliação da atividade de controle citados pelo documento "2004-2009: Operações Especiais -[...] a CGU realiza ações de controle em objetos selecionados utilizando-se de informações previamente coletadas nos trabalhos regulares, em que se identifique um padrão de desvios e irregularidades, ou por decisão compartilhada com outros órgãos de defesa do Estado, [...].

2004: Criação do Portal da Transparência [...]. Mais de 1 milhão e quatrocentas mil visitas em 2009.

2005: Instituição, por meio do Decreto nº 5.483/2005, da Sindicância Patrimonial, procedimento investigatório, destinado a apurar corrupção ou improbidade administrativa, que importe em enriquecimento ilícito, praticado por servidor público, já tendo sido instaurados 96 procedimentos."

mento da gestão pública em países de língua portuguesa e da América Latina (Plano Brasil 2022, <<http://www.sae.gov.br/brasil2022/?p=13>>).

Outro programa que se foi alvo de destaque pelo Plano Brasil 2022 é o *Programa Olho Vivo no Dinheiro Público*, criado em 2008, cujo objetivo é a capacitação de cidadãos, alunos e professores para acompanhar a atuação do setor público, abrangendo: 1.353 municípios brasileiros envolvidos, mais de 33 mil cidadãos capacitados, além de 743.891 alunos e 23.705 professores, nas atividades voltadas ao público infantojuvenil. As edições locais dos Concursos Culturais, no âmbito desse programa, envolveram 41.887 estudantes e 1.326 professores em 37 municípios de 22 Unidades da Federação, com uma média de 1.900 alunos mobilizados por Regional. No mesmo ano houve a implantação do Programa de Fortalecimento da Gestão Pública, com o intuito de contribuir para a boa e regular aplicação dos recursos públicos pelos entes federados brasileiros, por meio da promoção das seguintes ações: i) capacitação de agentes públicos; ii) distribuição de bibliografia técnica; iii) fortalecimento da capacidade institucional dos controles internos, contando, atualmente, com 576 municípios atendidos, com capacitações realizadas com mais de seis mil servidores públicos (<<http://www.cgu.gov.br/assuntos/controle-social/olho-vivo>>)⁵.

Por último, o Plano Brasil 2022 destaca as ações realizadas no ano de 2009, de cunho educativo, instituídas pela Escola Virtual da CGU, como um instrumento de promoção

5 No mesmo ano deu-se início a outros dois programas: 2008: Observatório da Despesa Pública (ODP), unidade voltada à aplicação de metodologia científica, apoiada em tecnologia da informação de ponta, para a produção de informações que visam subsidiar e acelerar a tomada de decisões estratégicas, por meio do monitoramento dos gastos públicos. As análises conduzidas no ODP são direcionadas à identificação de situações que possam constituir irregularidades, a fim de evitá-las antes que ocorram. E o lançamento do site infantil *Criança Cidadã* (<http://www.sae.gov.br/brasil2022/?p=13>>).

da cidadania, integridade pública e prevenção da corrupção por meio de mecanismos e técnicas de Educação a Distância (EaD). Assim como também houve a articulação com o setor empresarial, fruto de uma parceria com o Grupo de Trabalho do Pacto Empresarial pela Integridade e Contra Corrupção, do Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, o qual deu origem ao manual “Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção”.

Para o referido Plano, o controle interno tem um papel importante na consolidação da democracia brasileira, pelo aspecto de transmitir ao cidadão a mensagem de que os gastos públicos estão sob fiscalização constante para evitar que desperdícios sejam permitidos. Quer com isso, gerar um ambiente de mais confiabilidade nas instituições democráticas e de crescentes avanços no exercício do direito de participação dos cidadãos.

Os indicadores acima expostos demonstram que tem havido um empenho significativo e inegável no aperfeiçoamento dos instrumentos de controle interno, ultrapassando a atividade meramente contábil, assumindo a responsabilidade de combate à corrupção através de medidas pedagógicas, preventivas⁶, trabalhos em rede com outros órgãos, aperfeiçoamento do quadro de servidores e capacitação de cidadãos para

6 Segundo Neves Filho (AGU 2011, p. 77), anteprojeto de lei orgânica da administração pública congresso nacional (APLOAP) que dispõe: sobre o Controle Interno e determina que “O controle das atividades dos órgãos e entidades estatais deve obedecer ao disposto na Constituição, nesta Lei e na legislação especial e observar as seguintes diretrizes: (...);

II- controle a posteriori, constituindo exceção o controle prévio ou concomitante;”

Crítica o autor este projeto “As manifestações prévias e concomitantes do controle interno com o intuito de auxiliar o gestor não devem ser combatidas, e sim incentivadas. [...] O controle interno existe para auxiliar os bons gestores. Percebendo o controlador que o gestor está prestes a cometer ato que atente contra o patrimônio público e a probidade administrativa, seria atitude irresponsável simplesmente esperar que o erro seja cometido sem nenhuma atitude.”

exercerem o controle democrático, aumento da transparência, atuação incisiva tanto no âmbito nacional como no âmbito internacional, medidas de prevenção na esfera privada. Todas são importantes, pois demonstram que a atividade de controle passou, no Brasil, a partir da Constituição de 1988, a ser uma política de estado e não apenas de governo. Isso garante a consolidação destas atividades, assim como a sua melhoria, deixando de vincular-se à vontade política de governos transitórios sem comprometimento com os valores republicanos.

Porém, não se pode imaginar que não há mais nada a ser feito, pelo contrário, há muito a ser feito em sede de controle da gestão pública. Não pela simples razão de que o dinheiro é público e por isso tem que ser usado em benefício da coletividade. Mas as razões justificadoras da necessidade de pensar uma política pública de estado séria e eficiente de controle interno como meio de combater à corrupção, repousam no impacto psicológico que tem sobre o imaginário do cidadão, que deixa de acreditar nas instituições democráticas, fomentando altos níveis de apatia política, e com isso, o abandono de uma vida republicana comprometida com a gestão pública.

Tanto é assim que o Plano Brasil 2022 reconhece a necessidade de melhorar os instrumentos de controle interno. Com este intuito, desenhou três metas a serem alcançadas até 2022. A meta 1 indica que seja consolidado no “âmbito do Poder Executivo Federal, o papel do Controle Interno como parte integrante do ciclo de gestão”, para alcançá-la trilhou os seguintes planos de ação que visam:

1. Estruturar as Assessorias Especiais de Controle Interno em cada ministério, como unidades integrantes do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, com a atribuição primordial de prestar assessoramento e orientação aos gestores.
2. Desenvolver e implantar Sistema de Gestão de Riscos inerentes à gestão que permitam aos administradores

públicos identificar os pontos críticos e de maior relevância na execução dos programas e ações sob sua responsabilidade.

3. Desenvolver capacidades e instrumentos que permitam ao Controle Interno subsidiar os gestores, tempestivamente, com informações necessárias ao processo decisório e ao aperfeiçoamento e alcance dos objetivos das políticas públicas.
4. Contribuir para melhoria da gestão pública e aperfeiçoamento dos marcos legais que a norteiam, entre os quais: Lei de licitações e contratos; Transferências voluntárias; Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária; e Normativos que disciplinam o ressarcimento de valores aos cofres públicos e agilizam a responsabilização civil e criminal dos envolvidos em desvios.

A meta 2 tem o intuito de firmar uma política mais sólida de responsabilização penal, civil e administrativa dos agentes, para combater a impunidade que ainda assombra a administração pública federal. Para tanto impôs a aprovação do então Projeto de Lei nº 5.586/2005⁷, que trata da criminalização do enriquecimento ilícito. Outra meta imposta foi o acompanhamento da evolução patrimonial dos servidores públicos federais; o aprimoramento dos mecanismos de detecção de indícios de enriquecimento ilícito de servidores públicos federais, investindo em técnicas de inteligência, capacitação de servidores e informatização de procedimentos; a incrementação das sindicâncias patrimoniais; o fortalecimento do sistema de correição, mediante o estímulo à instalação de Corregedorias Seccionais; o aprimoramento das funções disciplinares da Administração Pública e a capacitação de servidores para integrar comissões

7 Este Projeto de Lei não se converteu em lei, conforme informações disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=292771>. Acessado em: 12 jul 2014.

de processos disciplinares; aprovação do projeto de lei de Responsabilidade Civil e Administrativa de Pessoa Jurídica⁸.

A terceira e última meta diz respeito à necessidade de criar e consolidar o Sistema de Integridade da Administração Pública Brasileira na busca de valores tais como a ética, a transparência pública, o fortalecimento da gestão, a simplificação e a clareza de normas, o controle social, valores estes relacionados à “incorruptibilidade, confiança, imparcialidade, objetividade e transparência dos agentes públicos”(Plano Brasil 2022, <<http://www.sae.gov.br/brasil2022>>).

Destacam-se as seguintes ações que foram desenhadas visando à realização das metas: fortalecer o Sistema de Gestão da Ética e de Prevenção a Conflitos de Interesses da União; efetivar e consolidar o direito de acesso à informação pública⁹; aprofundar a criação de parcerias público-privadas e o engajamento de atores privados na luta contra a corrupção, buscando abrir caminho para que o Brasil apresente um ambiente de negócios atrativo a investimentos externos¹⁰; consolidar a Estratégia Nacional de Prevenção e Combate à Corrupção; incentivar os governos estaduais e municipais a implementar medidas de melhoria dos seus controles e de promoção da integridade e da transparência pública; ampliar e modernizar o Portal da Transparência e desenvolver outros instrumentos que promovam, ao máximo, a transparência pública; prosseguir no aperfeiçoamento do marco legal de combate à corrupção; regulamentação do *lobby*; aprovação do projeto de lei sobre prevenção de conflito de interesses na Administração Pública; implementar novas medidas para efetivar os dispositivos da

8 Refere-se ao Projeto de Lei nº 6.826/2010 na data de acesso estava na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acessado em: 16 ago. 2014.

9 Atualmente este projeto de lei converteu-se na lei de acesso à informação, Lei Federal nº 12.527/11.

10 A Lei Federal de Combate à Corrupção nº 12.846/13 que se dirige à iniciativa privada, que será adiante analisada.

Convenção da ONU, contra a Corrupção, como aqueles referentes ao suborno no setor privado (artigo 21 da Convenção), à malversação ou peculato de bens no setor privado (artigo 22 da Convenção); e implementar novas medidas para efetivar os dispositivos da Convenção da OCDE contra o suborno de funcionários públicos estrangeiros por organizações nacionais. (Plano Brasil 2022, <http://www.sae.gov.br/brasil2022/?p=13>>).

Estas são as ações que foram colocadas para alcançar as metas traçadas, algumas delas já foram regulamentadas, como a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12. 527/11) e a Lei Anticorrupção (Lei Federal nº 12.846/13).

O controle interno decorre do poder/dever de a administração pública fiscalizar seus próprios atos para que, na identificação de alguma ilegalidade, anulá-los¹¹. Isso em razão de a administração pública não ter a liberdade de escolher entre anular ou não os atos contaminados por ilegalidade, mas deve anulá-los, e só em casos de relevante interesse público, especialmente diante o princípio da proteção da confiança, caiba a ela fazer um juízo de ponderação para avaliar a manutenção do ato ilegal. Neste sentido, a Lei 9.784/99 dispõe no artigo 54 que a “Administração *deve* anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade” (grifos nosso); porém, em nome do princípio da segurança jurídica e da confiança, a mesma lei limita o dever de anular ao prazo decadencial de 5 anos, a contar da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Além disso, em nome do mesmo princípio, a lei prevê a possibilidade de convalidação dos atos que podem ser sanados, pela própria Administração Pública, quando não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.

11 Súmula 473 STF da tratou do tema: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Partindo para a análise centrada no modelo de controle interno brasileiro no âmbito federal, em cumprimento ao artigo 74 da Constituição Federal, o Executivo Federal criou a Controladoria Geral da União (CGU), que é o órgão do Governo Federal responsável por assistir, direta e imediatamente, ao Presidente da República quanto aos assuntos que, no âmbito do Poder Executivo, sejam relativos à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio das atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria (< <http://www.cgu.gov.br/CGU/>>). A atividade do órgão de controle interno não se exaure em si mesma, pois, por força do parágrafo 1º do artigo 74 da Carta Magna¹², tem o dever de colaborar com os sistemas de controle externo.

A integração acima citada é importante, pois como preceitua Santos (2013), no combate à corrupção, o fortalecimento das instituições públicas é importantíssimo, e quanto mais elas trabalharem de forma integrada, melhor será o resultado obtido. Mas não pode ficar restrita aos sistemas de controle interno e externo institucionalizados, tendo em vista que precisa integrar-se com a sociedade civil.

Esta integração deve ocorrer tanto entre os setores de um mesmo órgão (por exemplo: entre a Secretaria Federal de Controle Interno –SFC– e o órgão superior que é a CGU); mas a integração também inclui órgãos de poderes distintos (como preceitua o artigo 74 da Constituição Federal, entre o controle interno e o controle externo – CGU e TCU); e, indo um pouco mais além, a integração deve incluir entidades federadas de graus distintos (municípios e estados).

Santos (2013) chama a atenção para uma posição estrategicamente privilegiada do controle interno na promoção de

12 § 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

interação com organismos de âmbito federal, estadual e municipal, sem que isso implique a perda de autonomia dos entes federados. A federação tem que ser entendida no sentido de pessoas jurídicas de direito público interno que possuem *autonomia*, mas estão sujeitos às diretrizes da Constituição Federal, especialmente no artigo 3º que diz serem fundamentos da Republica Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A corrupção enquanto fenômeno gera efeitos nefastos sobre todos estes valores, porque promove injustiças (como por exemplo, em concorrências públicas, não permitindo que todos os interessados tenham acesso igualitário); prejudica o desenvolvimento nacional em razão dos desvios de verbas públicas, que deixam de ser aplicadas em políticas públicas, isto, por sua vez, aumenta a pobreza e a marginalização; além de não levar em conta o bem comum, mas o interesse de grupos muito restritos. Por todas estas razões, quando o tema for combate à corrupção, é importante a troca de experiência e o mútuo auxílio entre os três entes federados, especialmente os municípios, que podem não ter recursos suficientes para implementar um controle interno eficiente. Assim, nada mais correto que os demais entes federados ajudá-lo.

Por todas estas razões, além de outras aqui não referidas, o órgão de controle interno federal poderá promover medidas de combate à corrupção que contam com a colaboração dos municípios e dos estados, assim como em outras ocasiões em que possa intervir para indicar medidas a serem tomadas. Como bem lembra Santos (2013), a realidade da maioria dos municípios brasileiros não conta com sistemas de controle internos solidificados, e muitos ainda enfrentam problemas tecnológicos de acesso à internet, e de falta de pessoal. Diante desta realidade, a CGU estaria autorizada a auxiliá-los sempre que “[...] a realidade local impuser certas restrições que dificultem

a divulgação pela própria municipalidade/órgão das informações de execução financeira, e isso tende a ser mais a regra do que a exceção, o CI deve garantir o direito ao cidadão.” (SANTOS, 2013, p. 141).

A CGU já tem atuado neste sentido, como, por exemplo, o Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos é uma iniciativa do governo federal, que visa inibir a corrupção entre gestores de qualquer esfera da administração pública. São sorteados 60 municípios de cada vez, dentre aqueles com até 500 mil habitantes, exceto as capitais estaduais. Nos sorteados, os auditores examinam contas e documentos e fazem inspeção pessoal e física das obras e serviços em realização. Além disto, o programa também privilegia o contato com a população, diretamente ou através dos conselhos comunitários e outras entidades organizadas, como forma de estimular os cidadãos a participarem do controle da aplicação dos recursos oriundos dos tributos que lhes são cobrados (<<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-de-programas-de-governo/programa-de-fiscalizacao-por-sorteios-publicos>>).

A corrupção não será combatida com a separação rígida entre formas de controle, precisa sim da união de esforços para que os órgãos públicos e a sociedade civil possam pensar juntos como combater este mal que assombra todas as democracias. Para atingir este fim, os entes federados, órgãos públicos e poderes devem deixar de lado o apego à pretensa autonomia. E neste sentido, é normal que o órgão federal esteja mais bem aparelhado, tenha pessoas mais experientes e possa contribuir para o aperfeiçoamento dos controles internos dos estados e dos municípios.

Compete à CGU, por meio da Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), avaliar a execução de programas de governo, comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e à eficiência, da gestão dos administradores públicos federais, exercer o controle das operações de crédito e, também,

exercer atividades de apoio ao controle externo. Tal secretaria concentra-se no aprimoramento da gestão e da execução das políticas públicas, visando à melhoria da prestação de serviços públicos, que para tanto, divide-se em quatro eixos: (i) Avaliação da Execução de Programas de Governo; (ii) Avaliação da Gestão dos Administradores; (iii) Ações Investigativas; e (iv) Orientação Preventiva aos Gestores Públicos. (< <http://www.cgu.gov.br/ControleInterno/>>)

A CGU avocou a função de prevenção da corrupção, por entender que não lhe cabe apenas detectar casos de corrupção, mas que, antecipando-se a eles, desenvolva meios para prevenir sua ocorrência. Essa atividade é exercida por meio da sua Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC), órgão responsável por centralizar as ações de prevenção da corrupção. (< <http://www.cgu.gov.br/PrevencaodaCorrupcao/>>).

Programas, como Olho Vivo no Dinheiro Público, inovam na ordem institucional pois incentivam o controle social, estimulando os cidadãos a se comprometerem na luta contra a corrupção. Diante de tais medidas, o Estado demonstra ter percebido a importância do controle social sobre a gestão dos recursos públicos, lançando-se na implementação da comunhão de esforços no controle da corrupção.

A CGU também se lançou no fomento à ética como instrumento de prevenção da corrupção, por meio de um programa denominado *Ética e integridade*, que visa aumentar os padrões de ética e de integridade de seus agentes públicos no desempenho de suas funções, seguindo a linha de preocupação crescente na maior parte dos países da comunidade internacional. Através deste programa foi editada a Lei 12.813/13 conhecida como a Lei de Conflito de Interesse, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego (<<http://www.cgu.gov.br/PrevencaodaCorrupcao/Integridade/index.asp>>). Para fiscalizar se há a incidência

do conflito de interesse, a CGU disponibiliza dois importantes instrumentos: a consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada. (<<http://www.cgu.gov.br/PrevencaodaCorrupcao/Integridade/ConflitodeInteresses/index.asp>>)

Outra área de atuação é a *Promoção da Integridade no Serviço Público Federal*, por meio da qual estimula a integridade no serviço público, para que seus agentes, imbuídos de valores republicanos, atuem como verdadeiros servidores do interesse público. (<<http://www.cgu.gov.br/PrevencaodaCorrupcao/Integridade/index.asp>>).

Tramita no Congresso Nacional (<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=67005&tp=1>) uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 45 de 2009 que propõe alterar o artigo 37 da Constituição Federal no inciso XXIII¹³, incluindo a atividade de controle como essencial a todos os entes federados, os quais deverão agregar as funções de ouvidoria, controladoria, auditoria governamental e correição. A finalidade da proposta é tornar a atividade de controle independente de ideologia partidárias do governo, para tanto exige quadro próprio de servidores, organizados em carreira independente, concursados para este fim, e estabelece suas funções de ouvidoria, controladoria, auditoria governamental e correição. Tais funções são apenas exemplificativas, ou seja, outras poderão ser agregadas. Na exposição de motivos, o Senador Renato Casa Grande diz que pretende que o controle interno deixe de ser simples atividade de controle a posteriori, passando, a partir da alteração, a ser incluído como função *essen-*

13 Com a seguinte redação “As atividades do sistema de controle interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a que faz referência o art. 74, essenciais ao funcionamento da administração pública, contemplarão em especial as funções de ouvidoria, controladoria, auditoria governamental e correição, e serão desempenhadas por órgãos de natureza permanente, e exercidas por servidores organizados em carreiras específicas na forma da lei”.

cial e permanente e continua da administração pública¹⁴. A importância desta PEC repousa no fato de, pelo princípio da simetria, os Estados estarem obrigados a criar sistemas de controle interno que atendam a estes objetivos.

Delforge (2014, p. 65) aponta que mesmo diante da evolução das atribuições do controle interno, assim como sua necessária integração com outras formas de controle, como o controle externo, e entre as três esferas de entes federados, associado ao controle social, há resistência em manter o modelo tradicional de controle contábil

Entretanto, esse tipo de controle não ocorre adequadamente, o que verificamos, na maioria dos casos, é o cumprimento de um viés contábil do processo fiscalizatório, trazendo como consequência controle interno ineficiente, sobrecarga de tarefas e acúmulo de etapas de fiscalização, que deverão ser realizadas pelo controle externo.

Este diagnóstico contraria a integração preconizada pelo constituinte de 1988, na medida em que o mau funcionamento do controle interno reflete na demanda por mais controle externo, porém, um jamais pode substituir o outro, pois o sistema interno, por estar mais familiarizado com os temas e casos de fraude, pode melhor identificar irregularidades e tomar as medidas para corrigi-las, e assim notificar os órgãos responsáveis pelo controle externo. Porém, quando apenas

14 A última alteração na PEC foi em 11 de setembro de 2013 com a seguinte redação “As atividades do sistema de controle interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a que faz referência o art. 74, essenciais ao funcionamento da administração pública, contemplarão em especial as funções de ouvidoria, controladoria, auditoria governamental e correição, e serão desempenhadas por órgãos de natureza permanente, e exercidas por servidores organizados em carreiras específicas na forma da lei, e por outros servidores e militares, devidamente habilitados para essas atividades, em exercício nas unidades de controle interno dos Comandos militares”.

cumpra esta última tarefa (notificar os órgãos responsáveis pelo controle externo) sem tomar as medidas que estão ao seu alcance, acaba por sobrecarregar os Tribunais de Contas, cuja abrangência é bem maior que os órgãos de controle interno.

Nesta linha adverte Delforge (2014, p. 66)

Por não realizar uma auditoria eficiente, o controle interno provoca um acúmulo de funções que deverão ser assumidas pelos Tribunais de Contas. Estes, por sua vez, não conseguem fiscalizar eficazmente a aplicação de recursos e de subvenções.

Consequentemente, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial deixa de ser feita de maneira preventiva e concomitante para ocorrer apenas *a posteriori*, quando é mais difícil impedir o mau uso do recurso, sua aplicação incorreta ou seu desvio.

[...] A perda de oportunidade no apontamento dos erros faz com que vários recursos sejam perdidos e/ou mal aplicados.

O controle interno, apesar de ser constitucionalmente obrigatório, às vezes não é exercido de forma adequada¹⁵.

Outro ponto que compromete a independência do controle interno refere-se ao quadro de servidores. Independente do ente federado, deve haver servidores concursados, que gozem da garantia da estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal, com o mínimo possível de agentes de cargos comissionados alocados nos órgãos de controle interno. Isso

15 O autor (2014, p. 66) aponta outra falha no controle interno “Observamos que um dos motivos é a dificuldade de assimilação e de aplicação de suas diretrizes, pois estas se encontram dispersas em várias leis, medidas provisórias, decretos, portarias e instruções normativas. Essa dispersão faz com que a aplicação das diretrizes, muitas vezes, se subordine ao critério e ao conhecimento do corpo técnico que analisará a questão em pauta.”

assegura uma neutralidade no desempenho de suas funções, minimizando os riscos de o controle interno tornar-se um controle norteador por questões políticas partidárias. A adoção da medida aqui apontada também beneficia a qualidade técnica das tarefas dos órgãos de controle, pois, no momento que possuem quadro de agentes organizados em carreiras, com competências definidas em lei, os respectivos concursos poderão ser elaborados para medir os conhecimentos e habilidades necessários para o cargo. Por outro lado, se os cargos forem cedidos para ocupantes de cargo comissionados, não se formará um quadro competente para atender as finalidades delimitadas na Constituição.

A INTOSAI, no *Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector* (<<http://www.intosai.org/issai-executive-summaries/view/article/intosai-gov-9100-guidelines-for-internal-control-standards-for-the-public-sector.html>>) desenha os seguintes objetivos gerais para o controle interno da atividade estatal: (i) executar as operações de maneira ordenada, ética¹⁶, econômica, eficiente e efetiva; (ii) satisfazer as obrigações de responsabilidade, ou seja, fazer com que os servidores públicos sejam responsabilizados por suas condutas; (iii) cumprir as leis e regulamentos, não apenas as leis administrativas, mas financeiras, contábeis, etc.; (iv) decorre do primeiro objetivo, o dever de salvaguardar os recursos públicos do desperdício, abuso, má-administração, e entende como recursos não apenas os de natureza econômica/financeira, mas também informações, documentos.

Adverte o referido Guia que “Internal control cannot by itself ensure the achievement of the general objectives defined earlier.”, ou seja, os objetivos traçados não serão alcançados se não for somado ao sistema de controle interno outros instru-

16 Referente à ética, o documento vincula o bom governo (good governance) a uma gestão ética, conforme se conclui da citação “Therefore public ethics are a prerequisite to, and underpin public trust and are a keystone of good governance.” (p. 19)

mentos de controle. O controle interno pode apenas assegurar uma razoável segurança e eficácia, porém, jamais terá mecanismos para transformar uma gerência má em boa, especialmente porque há fatos que estão fora do alcance do controle interno, tais como “shifts in government policy or programs, demographic or economic conditions are typically beyond management’s control and may require managers to re-design controls or adjust the level of acceptable risk” (*Guideline*, 2014, p. 21).

Nesta perspectiva, nenhuma forma de controle pode ser pensada isoladamente. Muito pelo contrário, devem atuar de forma integrada, formando uma rede de informações, de auxílio mútuo, dividindo experiências, suprimindo limites operacionais.

Neste sentido, o *Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector* (2014) indica que mesmo que o controle seja interno, não pode ser fechado, pois deve contar com agentes externos tais como, auditores externos dos órgãos de controle externo, legisladores, e outras partes. Tais agentes não são responsáveis pela implementação nem operacionalização dos programas e política de controle, mas podem ajudar com informações, denúncias, troca de experiência, etc.

Os agentes externos podem contribuir, e para tanto devem ser chamados e estimulados a colaborar com o controle interno. Pode ser por meio de denúncia, ou por meio de debates acerca de temas importantes tais como o que entende por condutas imorais¹⁷ dos agentes públicos, o que esperam dos agentes públicos, realizando avaliações sobre a gestão pública.

17 A definição da moralidade administrativa, valor democraticamente eleito pela sociedade brasileira e, em grande parte, pela sociedade mundial, passa pelo crivo discursivo definido pela ideia habermasiana da ética discursiva.

Seguindo a proposta deste trabalho, a seguir será realizada a análise do modelo brasileiro do chamado controle externo, realizado pelos Tribunais de Contas, mas que por uma questão de espaço, deter-se-á no Tribunal de Contas da União, órgão federal vinculado ao legislativo da mesma esfera.

A variedade de modelos que o controle externo tem assumido nos países do mundo é bastante diversificada. O modelo brasileiro é peculiar no ponto em que

[...] o modelo de Tribunal de Contas no País é único no mundo. Não corresponde ao modelo tradicional de Tribunal de Contas, uma vez que assume funções fiscalizadoras que seriam típicas de controladoria, bem como procura assumir o papel de ouvidoria e órgão consultivo. As suas estruturas organizacionais e seus processos decisórios são um misto dos processos e formas de decidir do Legislativo e do Judiciário. Esse hibrismo e adaptabilidade são características bem típicas do Brasil e das instituições brasileiras, e que pode torná-las maduras e perenes. (RIBEIRO, 2002, p. 91)

Cabe, porém, avaliar se todo este ineditismo, pela combinação de vários modelos, é melhor que os modelos homogêneos.

Os Tribunais de Contas são órgãos¹⁸ a quem cabe prioritariamente auxiliar o Legislativo no controle externo que realiza perante os outros dois poderes e atua no controle interno do próprio Poder Legislativo. Além disso, é um órgão autônomo e colegiado, de natureza técnica e não jurídica. Julgam contas e a legalidade de atos para registro, a partir de inspeções e auditorias de natureza contábil e financeira.

18 Apenas com a Constituição Federal de 1889 foi elevado à categoria de órgão constitucional (Dall Pozzo, 2010).

A autonomia deste órgão fica por conta de sua composição funcional, pois possuem quadro de servidores próprios, conselheiros¹⁹ ou ministros que são as autoridades máximas com todas as garantias e prerrogativas dos ministros do Superior Tribunal Federal. A investidura como ministro se dá da seguinte forma: dos nove ministros, seis são indicados pelo Congresso Nacional; um pelo Presidente da República e dois são escolhidos entre auditores e membros do Ministério Público que funciona junto ao TCU. A Constituição Federal impõe a idade mínima de 35 anos e máxima de 65 anos; idoneidade moral e reputação ilibada; notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos específicos.

Critica-se este sistema de nomeação dos conselheiros por entender que compromete a neutralidade e a independência do órgão, objeto de preocupação inclusive de organizações internacionais que lidam com a temática, como se pode perceber do texto abaixo:

La independencia de las Entidades Fiscalizadoras Superiores está inseparablemente unida a la independencia de sus miembros. Por miembros hay que entender aquellas personas a quienes corresponde tomar las decisiones propias de las Entidades Fiscalizadoras Superiores y representarlas, bajo su responsabilidad, en el exterior, es decir, los miembros de un colegio facultado para tomar decisiones o el Director de una Entidad Fiscalizadora Superior organizada monocráticamente

19 Os Tribunais de Contas dos estados são compostos por sete conselheiros e terão sua disposição estabelecida pelas respectivas Constituições estaduais, porém, sempre que as constituições estaduais forem regular este órgão dentro de sua competência, em observância ao princípio da simetria, não poderão afastar-se do modelo desenhado na Constituição Federal para o tribunal de contas da união. Ver decisão Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.190-1/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582656>>.

(Issai, <http://www.issai.org/media/12943/issai_100_e.pdf>, p. 7).

Percebe-se da citação que, para garantir a independência dos órgãos de controle, as autoridades controladoras não deveriam ter nenhuma espécie de vínculo com os controlados. Contudo, com o modelo de nomeação e indicação pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a independência e autonomia das decisões, e, por conseguinte, do próprio órgão de controle, fica comprometida.

Além deste ponto falho, Speck (2008, p 552) critica a forma “pouco exigente quanto à pré-qualificação dos ministros/conselheiros” do TCU. Ao exigir requisitos meramente formais, como a idade mínima e máxima, ou usar termos de difícil verificação, como reputação ilibada e notórios conhecimentos jurídicos, a Constituição Federal pouco vinculou a escolha dos conselheiros a critérios qualitativos pertinentes ao cargo.

No dizer de Dall Pozzo (2010, p. 96), as competências do Tribunal de Contas da União são oito: “fiscalizadora, judicante, sancionadora consultiva, informativa, coercitiva normativa e de ouvidoria”. Fiscaliza por meio de auditorias a legalidade de alguns atos administrativos; a aplicação da transferência voluntária de verbas federais para os estados e município; e o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. Pela função judicante, o TCU julga as contas dos administrativos e outros responsáveis por valores públicos. A função sancionadora permite que o Tribunal de Contas aplique as sanções permitidas em lei. Já a função consultiva autoriza o TCU a emitir pareceres prévios das contas do Presidente da República, e demais chefes dos Poderes Legislativos, Judiciário e Ministério Público que servirão de base informativa para o Congresso Nacional julgar as contas dos referido órgãos. Pela função informativa o TCU deve prestar informações solicitadas pelo Congresso Nacional. Referente à função corretiva, a Corte de Contas impõe medidas a atos que julgar irregulares, visando evitar a sua sustação.

Por outro lado, a função normativa reflete a autonomia de elaborar seu próprio regimento e expedir atos normativos como instruções. Finalmente, pela função de ouvidoria o TCU recebe denúncias que servem de base para possíveis investigações.

Concernente a esta última função, o TCU permite denúncias de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato que queiram apontar irregularidades ou ilegalidades. Porém, o Regimento Interno do TCU, nos artigos 234 a 236, ao regulamentar o processo de denúncia, é pouco claro e muito resumido, sem explicar onde e como deverá ser apresentada a denúncia. No site do TCU quando é acessado o link *Ouvidoria* existe apenas um número de telefonia que remete a ouvidoria (<<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/ouvidoria>>). Não existe um link visível de forma imediata para que o cidadão possa fazer sua denúncia. A possibilidade de fazer denúncias pela internet só aparece após vasculhar o site da Ouvidoria e verificar que no link *Lista de dúvidas frequentes divididas por temas* (<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/ouvidoria/perguntas_frequente>) aparece a opção de formalizar denúncias. Acredita-se que esta sistemática tenha dificultado o uso deste recurso, pois deveria ter na página principal da ouvidoria um *link* para denúncias.

Da análise feita nos dois órgãos acima referidos, pode-se perceber que a CGU preocupa-se mais com a criação de mecanismos de participação social no controle da corrupção. O mesmo não pode ser verificado de forma tão explícita em relação ao TCU, o que representa um empecilho para a luta contra a corrupção e um entrave ao direito de oferecer denúncia prevista na Constituição Federal.

Cabe tecer alguns comentários acerca do sigilo da identidade dos denunciante. O artigo 234 do Regimento Interno do TCU preceitua o sigilo das denúncias que preencham os requisitos de admissibilidade, as quais serão apuradas em caráter sigiloso. Porém, o STF em Mandado de Segurança 24.405/2003

entendeu, por maioria dos votos, inconstitucional o sigilo das denúncias previsto no Regimento Interno e na Lei Federal 8.443/92 por afronta ao artigo 5º, incisos V, X, XXXIII e XXXV da Constituição Federal. O impetrante do Mandado de Segurança alegou a inconstitucionalidade da decisão do Tribunal de Contas que, após pedido formal, negou-lhe informar quem havia feito a denúncia, a negatória foi fundamentada com base no Regimento Interno do TCU e na lei 8.443/92. Segundo o impetrante, esta decisão contraria o disposto no artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal que veda o anonimato. Também argumentou que o sigilo só se justifica quando imprescindível para a segurança nacional, o que não se verifica no seu pedido.

O Ministro Carlos Velloso, no seu voto, salienta que esta postura do TCU não afronta a vedação do anonimato do texto constitucional, pois não é caso de anonimato uma vez que o TCU sabe quem denunciou, porém, mantém em sigilo para não prejudicar a apuração dos fatos e proteger o denunciante. Ocorre que, mesmo diante desta reflexão, o referido ministro julgou pela impossibilidade do anonimato, tendo em vista que impossibilitaria o ajuizamento da ação de danos morais contra o denunciante. A posição do Ministro demonstra bastante preocupação com os direitos individuais de imagem, honra, porém, deixa de lado o fato de sua decisão acabar restringendo o número de denúncias, deixando a Corte de Contas de receber informações que, após uma apreciação sua, serão investigadas ou não. No mesmo sentido do relator foi o voto do Ministro Marco Aurélio, que acrescentou ser uma afronta ao princípio da publicidade manter o sigilo previsto no Regimento interno e na Lei Orgânica do TCU. (MS n. 24405/2003. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86127>>).

Após analisar o artigo 5º inciso IV da Constituição Federal, o Ministro Carlos Brito conclui que a vedação de anonimato prevista no dispositivo refere-se à “manifestação do pensamento” que é “quando alguém vem a público para tecer uma consideração que corresponde a uma cosmovisão ou mundivi-

dência" (MS n. 24405/2003 <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86127>>, p. 23). Assim, o caso em tela refere-se a agentes públicos, restritos à Administração Pública, e por isso não se aplica o dispositivo constitucional. Diz ainda que, ao permitir que qualquer cidadão faça denúncias para os tribunais de contas, está a Constituição incentivando os cidadãos a participarem e fiscalizarem a gestão dos recursos públicos. Pondera o citado ministro que, não permitindo o sigilo, estar-se-ia inibindo a cidadania de participar criticamente da vida pública, valor consagrado no inciso II do artigo 2º da Constituição Federal, e por isso não deve prosperar o Mandado de Segurança. Disso, percebe-se que o Ministro Brito pondera o pedido de segurança frente aos outros valores constitucionais, como a participação popular na vida pública. Neste sentido afirma que

Receio que, ao obrigarmos o Tribunal de Contas a revelar, para o administrador público, a identidade do denunciante, temo que estejamos inibindo a cidadania de participar da vida pública. No caso, não houve o anonimato, o cidadão identificou-se. (ibidem, p. 25)

Entende-se que há outras formas de impor responsabilidade para denúncias infundadas e de má-fé, mas o sigilo do autor da denúncia é uma forma de proteger o cidadão que, sabedor de irregularidades, pode não trazê-las ao conhecimento das autoridades competentes por medo de perseguições políticas, por exemplo. Pode inclusive ser um servidor público, ou o ocupante de um cargo comissionado, que tome conhecimento de infrações, e por receio não denuncie.

Outra razão justificadora do sigilo da identidade do denunciante é o fato de o Tribunal de Contas ter legitimidade para de ofício dar início a uma investigação, então porque não, após avaliar a plausibilidade da denúncia (que não é anônima), promover a investigação, sem que a identidade de seu autor seja revelada. Acredita-se que esta é a interpretação que melhor se

atende ao fomento à participação do cidadão na fiscalização da gestão pública.

Também se apresenta inadequado o fato de o TCU estar vinculado a um dos poderes do estado, o Poder Legislativo, que é um poder político. Melhor seria que fosse um órgão desvinculado do legislativo, cuja indicação dos ministros não passasse pela apreciação do Presidente da República e do Congresso Nacional, pois se acredita que isso compromete a legitimidade e a independência da Corte de Contas. Mesmo que seja um órgão que não se subordina ao Poder Legislativo²⁰, assim como o Ministério Público não se subordina a nenhum dos três poderes, de forma que ambos possuem autonomia, porém o sistema de nomeação e rol de atribuições daquele órgão comprometem esta qualidade. Em comparação com o Ministério Público e outros órgãos do Poder Executivo, cabe destacar que na descrição constitucional destes o constituinte expressamente diz serem órgãos autônomos e independentes²¹ assim como atribui independência financeira²². O mesmo não ocorre quanto aos Tribunais de Contas, pois a redação do texto cons-

20 Dal Pozzo (2010) destaca que “Entende-se juntamente com Pontes de Miranda, Celso Antônio Bandeira de Mello, Odete Medauar, Helly Lopes Meirelles, Ricardo Lobo Torres e Borges de Carvalho que o Tribunal de Contas é órgão autônomo de matriz constitucional e que não se vincula a nenhum dos poderes instituídos, muito embora tenha função auxiliar do Poder Legislativo em sua tarefa constitucional” (POZZO, 2010, p. 106).

21 O artigo 127, § 2º da Constituição Federal traz este princípio: “Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento”.

22 Artigo 127 da Constituição Federal

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º.

titucional deixa clara a vinculação das Cortes de Contas ao Poder Legislativo, inclusive quando diz que *a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta* é tarefa do Congresso Nacional, o qual contará com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Percebe-se disso, que sequer este órgão possui uma função própria, cabendo a ele auxiliar apenas. Além disso, em nenhum momento o texto constitucional fala em independência ou autonomia dos Tribunais de Contas, o que deixa evidente que, de fato, não goza de autonomia como defende parte da doutrina. Sob esta perspectiva Speck (2008, p. 552) afirma que “os TCs são instituições semiautônomas”.

A independência dos órgãos de controle também é tema da ISSAI 100 (<http://www.issai.org/media/12943/issai_100_e.pdf>), que abaixo será analisado. Segundo este documento, o sistema de controle interno não otimiza esforços, na medida em que, quem julga não é o mesmo que aprecia. Além disso, um órgão técnico analisa se há irregularidades contábeis ou financeiras, e encaminha para um órgão que não tem domínio destes conhecimentos, mas mesmo assim, não fica vinculado à decisão técnica de quem entende. Este sistema pode gerar a seguinte situação: contas apontadas como irregulares sob o aspecto técnico podem ser aprovados pelo Congresso Nacional. Não há dúvidas que é um sistema no qual os interesses e acordos políticos com viés fraudulento se disseminam com muita facilidade.

Outra crítica dirige-se a suposta neutralidade das decisões do Tribunal de Contas. Esta crítica guarda pertinência com o sistema de governo adotado no Brasil, o presidencialismo, que, da forma como o Executivo vem se impondo ao Legislativo, coloca em risco a autonomia deste último. Neste sentido, a crítica de Filgueiras (2008b), em diagnosticar que ainda que o partido do Presidente não tenha a maioria no Congresso Nacional, chama a atenção o alto índice de aprovação das medidas de sua iniciativa. Isso pode comprometer o sistema de controle de

check and balance. Também no que se refere ao controle exercido pelo Poder Legislativo como auxílio do Tribunal de Contas, pode-se verificar a forte influência do Poder Executivo, inclusive pela nomeação de conselheiros para este órgão.

Os fatos aqui apontados colocam a questão para se pensar formas de garantir uma autonomia real e, a partir dela, desempenhar suas atribuições constitucionais de forma neutra e imparcial.

Agora cabe investigar acerca da natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas. Primeiramente deve-se sempre ter presente o disposto no artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXXV segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, segundo o qual nem mesmo o legislador pode limitar o livre acesso ao judiciário. Além disso, também importa lembrar que, no Brasil, o contencioso administrativo foi abolido, o que reforça a ideia de inafastabilidade do Poder Judiciário. Tudo isso, autoriza a afirmar que as decisões administrativas podem ser revistas pelo Judiciário. Não seria diferente com as decisões dos Tribunais de Contas.

Mas ainda que possam ser apreciadas pelo Poder Judiciário, raras são as possibilidades deste órgão realmente *decidir*, afirmação que se sustenta a partir da análise do inciso II do artigo 74 da Constituição Federal²³ no qual o verbo julgar foi utilizado. Nos demais casos, os verbos são: realizar, inspecionar, fiscalizar, prestar informações, sustar, representar perante o Poder competente. Para reforçar os limites das reais possibilidades de julgar, o Regimento Interno do TCU²⁴ refere-se

23 “II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;”

24 Artigo 1º “Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma da legislação

a auditar, acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União, efetuar cálculos; processar e julgar as infrações administrativas contra as finanças públicas e a responsabilidade fiscal tipificadas na legislação vigente, com vistas à aplicação de penalidades; decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão; entre outros casos.

Desta descrição cabem duas advertências: primeira, pouco campo de julgamento²⁵, ou seja, pouca margem para decidir tecnicamente sobre a regularidade das contas dos agentes públicos, restringindo esta atividade apenas quando se tratar de pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas que de alguma forma movimente ou tenha acesso a recursos públicos federais. Segunda, ainda que não julgue, mas apenas decida²⁶, não será uma decisão administrativa gravada com certa definitividade, pois, ao emitir seu parecer (decisão que aponta irregularidades ou não, por exemplo), o Congresso Nacional terá o poder de julgar se aprova ou não. Desta forma, a grande maioria das decisões do Tribunal de Contas está sujeita à revisão pelo Congresso Nacional, que mesmo diante de um parecer que indique irregularidades, poderá (inclusive por questões políticas) julgar as contas regulares. Isso retoma a discussão acerca da neutralidade do controle externo, pois, ao fim e ao cabo, será sempre uma avaliação política.

vigente, em especial da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992:"

25 Lei Federal 8.443/92 "Art. 15. Ao julgar as contas, o Tribunal decidirá se estas são regulares, regulares com ressalva, ou irregulares."

26 Neste sentido, o artigo 10 da Lei Federal 8.443/92 fala em decisões. Art. 10: "A decisão em processo de tomada ou prestação de contas pode ser preliminar, definitiva ou terminativa.

§ 1º Preliminar é a decisão pela qual o Relator ou o Tribunal, antes de pronunciar-se quanto ao mérito das contas, resolve sobrestar o julgamento, ordenar a citação ou a audiência dos responsáveis ou, ainda, determinar outras diligências necessárias ao saneamento do processo.

§ 2º Definitiva é a decisão pela qual o Tribunal julga as contas regulares, regulares com ressalva, ou irregulares.

§ 3º Terminativa é a decisão pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas iliquidáveis, nos termos dos arts. 20 e 21 desta Lei."

O tema do controle externo dos poderes públicos assumiu, nos tempos atuais, uma dimensão e preocupação que vai além das fronteiras de um país. Muito provável que este fenômeno seja decorrente de outro: a globalização. Hoje, os maiores conglomerados econômicos atuam no âmbito mundial, muitas vezes tendo de entrar no jogo corrupto para ganhar espaço e eliminar adversários. Ciente disso, a organização internacional não governamental, a *International Organisation of Supreme Audit Institutions* (INTOSAI) criada para debater e criar diretrizes para a fiscalização pública. Os países que aderiram a ela possuem maior credibilidade no comércio internacional, e assim atraem investimentos com mais facilidade. Esta organização emite diretrizes internacionais para as entidades fiscalizadoras em geral, mas de forma mais específica se dirige a *Supreme Audit Institutions* que são os sistemas de controle externo (<<http://www.intosai.org/>>).

Os princípios gerais da atividade de controle indicado pela INTOSAI estão desenhados no *International Standards of Supreme Audit Institutions*. O ISSAI 100 já aponta para a importância de os órgãos de controle serem independentes, e para assegurar este valor duas exigências estão no referido documento: “Rule of law and democracy are, therefore, essential premises for really independent government auditing and are the pillars on which the Declaration of Lima is founded.” Assim, não basta dizerem que os sistemas de controle nacionais são independentes se não estiverem assentados sobre o Estado de Direito e a democracia. O ISSAI 100 (<http://www.issai.org/media/12943/issai_100_e.pdf>, p. 23) regulamenta as diretrizes básicas que a atividade de controle deve seguir. Quanto às finalidades do controle, adverte que o controle não é um fim em si mesmo, mas é

[...] an indispensable part of a regulatory system whose aim is to reveal deviations from accepted standards and violations of the principles of legality, efficiency, effectiveness and economy of financial management early

enough to make it possible to take corrective action in individual cases, to make those accountable accept responsibility, to obtain compensation, or to take steps to prevent--or at least render more difficult--such breaches.

A finalidade do controle não se limita a apontar falhas, pretende, segundo a Organização, que medidas de responsabilização sejam adotadas, assim como de reparação do dano financeiro e a criação de medidas preventivas para que os casos ocorridos não se repitam. Mas para se chegar a este ponto, a independência do controle externo precisa ser assegurada.

Já encaminhando para o final deste ponto, destaca-se que deixar a cargo da burocracia estatal a atividade de controle, seja interno ou externo, corresponde ao aumento da burocracia, que, por conseguinte, aumenta as chances reais de práticas corruptivas, especialmente no Brasil, com o sistema de nomeação dos conselheiros, de quem o texto constitucional exige pouco conhecimento técnico, além dos limites decisórios das cortes de contas. Estes diagnósticos demonstram a real necessidade de pensar formas de agregar aos controles estatais, outros instrumentos.

Sob este enfoque, além destes dois modelos de controle institucionalizados, uma tendência internacional está consolidando-se, e o Brasil, visando cumprir compromissos assumidos internacionalmente, aderiu a este novo paradigma de controle, que não tem como foco principal a agente público, mas sim, visa criar instrumentos de repressão da corrupção dirigindo-se ao setor privado que mantém negócios com o poder público, tema a ser tratado a seguir.

II. A INICIATIVA PRIVADA NO CENTRO DO CONTROLE DA CORRUPÇÃO

A atividade de controle da corrupção dirige-se predominantemente ao Estado, especialmente na figura de agentes administrativos e agentes políticos. Porém, este enfoque unidimensional vem sofrendo mudanças, tendo como horizonte a percepção de que as práticas corruptivas dependem da conjugação de duas ou mais vontades: uma é externada pelo agente privado que quer otimizar seu lucro, acelerar os procedimentos administrativos, e para tanto se dispõe a burlar as leis dos Estados; e de outro lado encontra-se o agente público, que intencionalmente ou não, dispõe-se a colaborar com o agente privado.

Ocorre que este sistema desentruva e auxilia a expansão do capital apenas num primeiro momento, quando o *modus operandi* destas práticas ainda forem desconhecidas, e apenas um grupo bastante restrito tem acesso privilegiado a elas. Superada esta fase inicial, a iniciativa privada passou a identificar o lado escuro da corrupção, que, após expandir-se e sendo de fácil acesso, deixa de ser um facilitador dos negócios com o poder público e passa a ser um negócio bastante caro, de resultados incertos (Rose-Ackerman, 2001)²⁷. Sob este mesmo ponto de vista, destaca Corrêa (2011, p. 165) que “O objetivo do estabelecimento de um sistema nacional de integridade é fazer com que a corrupção –e práticas ilícitas relacionadas– seja de alto risco e baixo retorno”.

27 A autora (2001) destaca que o interesse em si mesmo é um fator motivador humano universal, e a corrupção endêmica sugere um fracasso generalizado em aproveitar estes interesses em prol de objetivos produtivos, especialmente porque a corrupção reduz a efetividade das políticas industriais e muitas vezes impõe às empresas atuarem no setor não oficial, gerando assim um *deficit* de arrecadação e empregos formais, e, por conseguinte, redução nos recursos para implementar políticas públicas. Percebe-se daí que não é apenas o *quanto* a corrupção “desvia de dinheiro público”, mas vários outros efeitos que, direita ou indiretamente, acabam por repercutir na limitação financeira do Estado em atender às demandas sociais constitucionalmente amparadas.

Assim, o mercado passa a lutar contra ela, pois ao combatê-la, diminui o custo das transações. Sob o enfoque econômico, a corrupção se torna uma vilã não só dos recursos públicos, como também dos privados, uma vez que as transações corruptas possuem um custo que não pode ser declarado, cria um ambiente de insegurança e instabilidade para os investidores, trabalha com leis obscuras e pouco conhecidas, entre outros prejuízos. Decorre daí a necessidade de pensar medidas para coibi-la. Porém, não pode a iniciativa privada realizar esta tarefa sem ter a seu lado um forte aliado: o Estado.

Com o intuito de lutar contra a corrupção, os Estados Unidos foi um dos primeiros países a lançar-se na luta contra a corrupção, através de uma política de criminalização da corrupção. Em 1977, este país promulgou a lei *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) que proíbe as empresas sujeitas a ela de pagarem suborno a funcionários do governo estrangeiro e outros agentes, com a finalidade de realizar negócios com tais estados (<<http://www.worldcompliance.com/en/resources/white-papers/foreign-corruption-practices-act.aspx>>). O descumprimento desta lei impõe medidas civis e penais. Ocorre que esta medida acabou gerando um efeito inesperado: as empresas americanas deixaram de poder competir em alguns mercados, especialmente naqueles onde os níveis de corrupção são altos. Por isso, os Estados Unidos propôs uma campanha internacional de combate à corrupção tendo como principal alvo a iniciativa privada.

Assim, passou a fazer pressão sobre a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que um de seus objetivos é “Contribuir com uma expansão econômica saudável nos países membros, assim como nos países não membros” (<<http://www.cgu.gov.br/ocde/sobre/informacoes/index.asp>>) e criou-se a Convenção da OCDE²⁸ com o objetivo de implementar aquele objetivo específico.

28 Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

O artigo 2º da Convenção determina que “Cada parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos”. Em cumprimento a este dispositivo, o Brasil promulgou a Lei Federal 12.846 de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização civil e administrativa, de pessoas jurídicas que incidirem na prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Esta lei foi fruto da recomendação que a OCDE fez ao Brasil.

Valer salientar que a partir daí a iniciativa privada deverá domesticar sua ânsia por lucros (a razão de corromper sistemas legais e utilizar de condutas antiéticas), para guiar suas condutas pela ética e pelo respeito às normas administrativas nacionais e internacionais. Tem-se, assim, a vinculação a valores éticos e morais tanto do setor público como do setor privado. Ou seja, não só o gestor público, cujo agir pauta-se na perseguição do interesse público, deve perseguir a moralidade administrativa; esta vinculação também alcançou os agentes da iniciativa privada, que, na busca pelos seus interesses privados e econômicos, não podem visar ao fim (o lucro) sem observar os meios socialmente aceitáveis, ou seja, seu agir também deve pautar-se pela moralidade administrativa.

Este novo paradigma veio acompanhado de uma outra tendência: *compliance*. Esta se ocupa de criar mecanismos a serem implantados nas empresas, visando prevenir e combater condutas ilícitas em desacordo com as indicações acima descritas. Para Maeda (2013, p. 167), os programas de *compliance* refletem os “esforços adotados pela iniciativa privada para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionados às suas atividades e observar princípios de ética e integridade corporativa.”

De forma geral, os programas de conformidade corporativa assentam-se sobre sete elementos indispensáveis, são eles:

(1) o estabelecimento de normas e procedimentos de conformidade, (2) liderança de gestão de alto nível e supervisão do programa de conformidade e ética, (3) delegação de poderes para a autoridade responsável pelo programa, (4) medidas para comunicar normas e procedimentos, (5) monitoramento, auditoria e práticas de avaliação para atingir a conformidade e assegurar a suficiência do programa, (6) disciplina, incentivos e ações de fiscalização aplicados de forma a promover o cumprimento, e (7) respostas organizacionais a má-conduta com vistas à prevenção futura de má-conduta e deficiências do programa de correção. As orientações também exigem que os sete elementos sejam ajustados e implementados à luz de uma avaliação periódica de riscos. (McGuffey e Soldan, 2006, pp. 9-10. Tradução livre).

Estes elementos dirigem-se a qualquer programa, independentemente do tamanho da empresa. Ocorre que, inicialmente, os programas de integridade (como também são chamados os programas de *compliance*) foram pensados para as grandes corporações, pois são as que ocupam os maiores espaços na mídia internacional sempre que se envolvem em escândalos. Basta lembrar a grande repercussão dos casos deflagrados de corrupção envolvendo a multinacional alemã Siemens²⁹. Porém,

29 Segue trecho de reportagem “Na semana passada, a Siemens teve o seu selo ético cassado. A multinacional alemã era uma das quatro primeiras empresas no Cadastro Empresa Pró-Ética, e por isso possuidora do selo dado pela Controladoria-Geral da União (CGU), no ano de 2011. A decisão foi em função das denúncias de formação de cartel no setor metroferroviário de São Paulo e do Distrito Federal. A Siemens teve ainda o seu nome incluído na lista de empresas inidôneas e suspensas, mantido pela controladoria.” Disponível em <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2014/03/17/corruptao-caso-siemens-e-as-propinas-do-metro-paulista/>>. Acessado em: 19 set. 2014. Além do caso envolvendo o Brasil, em 2006 a empresa havia se envolvido em outro escândalo, como relata a seguinte reportagem: “Em novembro de 2006, um grande esquema de pagamento de propinas veio à tona, levando ao afastamento de praticamente toda a diretoria no primeiro semestre de 2007. Em resposta ao problema, a empresa adotou um programa anticorrupção, e a nova gestão, sob o presidente Peter Löscher, garantiu que preferiria

os programas de integridade não são dirigidos apenas a grandes corporações, pois, como destacam os americanos McGuffey e Soldan (2006), devem ser desenvolvidos programas na *medida certa* para o tamanho da empresa. Assim, propõem um programa compatível com o tamanho e os recursos que cada empresa dispõe, pois não pode ser desprezado o custo que tais programas demandam.

A justificativa de pensar programas adequados para empresas menores, segundo os autores (2006, p. 8), repousa no dado que “Entre 2000 e 2005, por exemplo, a grande maioria das organizações condenadas foram aqueles com menos de 200 funcionários.” (Tradução livre). Os principais ajustes para as empresas menores estão nos seguintes aspectos: disseminar a cultura de cumprimento dentro da organização, e lembrar que organização de pequeno e médio porte é muito mais dependente de sua gestão de topo porque têm menos níveis de gestão, fato que aumenta a transparência das decisões tomadas pela alta administração. Em vez de uma organização *sem rosto*, funcionários de organizações menores tendem a conhecer a alta administração e sua ética de negócios e estilo de gestão.

Além desta cultura ética, outra medida a ser adotada é aproveitar as lideranças da empresa para liderarem os programas de *compliance*. Enquanto as grandes empresas dispõem de recursos para criar toda uma equipe exclusiva para este fim, as empresas menores têm mais dificuldades para dispor de

abrir mão de negócios lucrativos a ter novamente que lançar mão de práticas ilícitas.

Mas um novo caso no Brasil parece expor a dificuldade que a empresa sediada em Munique tem em transformar palavras em atos. Na última semana, a Siemens notificou as autoridades antitruste brasileiras sobre uma formação de cartel, com participação da multinacional alemã, para fraudar licitações para a compra de equipamento ferroviário e para a construção e manutenção de linhas de trem e de metrô em São Paulo e em Brasília”. Disponível em: <<http://www.dw.de/esc%C3%A2ndalo-no-brasil-p%C3%B5e-em-d%C3%BAvida-esfor%C3%A7os-anticorrup%C3%A7%C3%A3o-da-siemens/a-16961389>>. Acessado em: 19 set. 2014.

recursos econômicos na contratação de mais pessoas, portanto, a responsabilidade será tipicamente atribuída às lideranças que já trabalham na empresa. (McGuffey e Soldan, 2006)

Os autores oferecem outras medidas, porém, não cabe aqui analisá-las exaustivamente, apenas se quis demonstrar como há a necessidade de implantação de programas, em empresas de qualquer porte, para evitar práticas corruptivas. No Brasil, a preocupação com pequenas e microempresas justifica-se mais ainda, devido aos facilitadores que elas recebem para contratar com o poder público³⁰.

Os programas de *compliance* não são impostos a nenhuma empresa, porém, algumas legislações têm criado mecanismos de atenuação dos efeitos das sanções, podendo chegar até a total exclusão da responsabilidade das pessoas jurídicas, quando tiverem implantado bons sistemas de fomento da ética nas relações com o poder público.

Exemplo disso é a lei inglesa *UK Bribery Act*, em vigor desde 2010. Esta lei responsabiliza as empresas que cometeram práticas consideradas corruptas, porém, se a empresa comprovar que tinha implantado um programa de *compliance*, a responsabilidade da pessoa jurídica, a quem se vinculava o sujeito autor do ato ilegal, poderá deixar de ser responsabilizada. Percebem-se dois efeitos da lei inglesa: tornou mais severa as penas às pessoas jurídicas que, no anseio de negociar com o poder público acabam oferecendo vantagens para os agentes públicos; e, por outro lado, atenua as sanções se a infratora (pessoa jurídica) demonstrar que possuía programas adequados para inibir seus empregados e representantes de agir segundo padrões éticos e legais regulados em normas internas, como por exemplo, códigos de ética (Maeda, 2013).

30 A Lei Complementar 123/06 traz benefícios de ordem econômica, ao permitir que os valores cobrados pelas pequenas e microempresas possam ser até 10% mais altos, e flexibiliza a exigência de regularização fiscal.

No Brasil, embora a “cultura anticorrupção ainda não está difundida” (Clayton, 2013, P. 153), avanços significativos vêm sendo alcançados. A título exemplificativo, inicialmente, comprometeu-se com a comunidade internacional em colaborar com a política de combate à corrupção; internamente, vem desenvolvendo instrumentos de controle importantes, como acima foi descrito, e medidas legais significativas, como, por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção. Está última em consonância com a orientação internacional. Neste aspecto, o Brasil foi signatário de três convenções importantes: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da ONU; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da OEA; e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE. Em cumprimento a estes compromissos assumidos internacionalmente foi promulgada a Lei Federal nº 12.846/2013 a qual será objeto de análise.

Primeiramente, a referida lei não avançou, como ocorre na Inglaterra, Espanha e Estados Unidos, em relação à responsabilidade penal. A lei brasileira preferiu não penalizar criminalmente as pessoas jurídicas infratoras de seus enunciados. Isso tem sido alvo de críticas, pois para alguns (COSTA e FERNANDES, 2013) deveria ter seguido a tendência internacional. Para outros, poucos efeitos práticos teria, pois as principais sanções penais são as restritivas de liberdade, as quais são impossíveis de serem aplicadas a pessoas jurídicas. As demais sanções, como multas, a responsabilidade administrativa e civil dão conta de promoverem. Segundo Capanema (2013), os processos administrativo e civil são mais céleres, e por isso a possibilidade de responsabilidade penal poderia entrar os outros dois processos.

A lei dirige-se tanto às pessoas jurídicas nacionais como às estrangeiras que tenham qualquer atividade no Brasil. O artigo 2º da Lei contempla a responsabilidade objetiva de tais pessoas, ou seja, independe de provar culpa ou dolo na prática dos

atos. Neste sentido, basta que seja comprovada a ação ou omissão (neste aspecto a *compliance* terá efeito importante), o dano, material ou não, ao Estado, e a ligação entre a ação/omissão ao dano, ou seja, o nexo causal, para as sanções serem aplicadas. Um problema deste artigo refere-se à exigência de que tais atos tenham sido praticados em “seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”, pois pode ocorrer de atuarem em benefício exclusivo de terceiro, e sendo assim, inviabilizaria a aplicação das sanções.

A responsabilidade imposta pela lei, pode ser apurada ainda que não tenham sido identificados os autores do fato. E caso esteja sendo investigada sua autoria no âmbito judicial, isso não interrompe nem suspende o andamento do processo administrativo. Referente aos autores das infrações, a incidência da lei anticorrupção não exclui a responsabilidade pessoal dos autores, pessoas físicas, em outras esferas de responsabilidade. Desta forma, os autores, poderão ser responsabilizados civil, penal e administrativamente. Isso faz com que a pessoa jurídica não tenha vantagem em omitir os agentes suspeitos de terem infringindo a lei, pelo contrário, se colaborarem com as investigações poderão ser beneficiadas com a redução das sanções previstas.

A redação do artigo 4º, §1º, da Lei Anticorrupção dispõe que havendo fusão ou incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita ao pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, sem incidir a sanção de publicação da decisão administrativa. Embora o dispositivo exclua desta atenuante os casos de simulação ou evidente intuito de fraude devidamente comprovados, acredita-se que esse tratamento dá margem para manobras no sentido de ser vantajoso o desmembramento em empresas menores, cabendo a elas fazerem a atividade suja, e no caso de serem descobertas, incorporarem-se ou fundirem-se a outras, e deixar todo seu capital (que pode ser pequeno) para pagar a multa e os danos decorrentes das práticas corruptas. Deve-se

ter presente que, se este patrimônio for insuficiente, não terá, pela leitura do dispositivo, como buscar o complemento do valor, mesmo diante da incorporação a uma corporação maior. Melhor seria a Lei ter exigido que ao se fundirem ou incorporarem-se, as pessoas físicas tivessem cuidado redobrado para investigar a conduta das pessoas jurídicas incorporadas ou a quem se fundem, sob pena de responderem pelos atos por elas praticados.

Outra falha na lei vem disposta na exigência prevista no artigo 5º, incisos II e III de atrelar à configuração da infração à *comprovação* das condutas lá descritas³¹. Não foi feliz o legislador, pois *comprovadamente* refere-se a uma decisão transitada em julgado? Se for assim, não se estaria obedecendo a autonomia da responsabilidade administrativa prevista na Lei. Não sendo esta a ideia da expressão *comprovadamente*, fica a dúvida de qual sentido esta expressão terá. Outra indagação diz respeito a não ter a lei exigido a comprovação para outras condutas. São questões importantes de serem reguladas pelo decreto, sob pena de abrirem brechas comprometedoras da aplicabilidade e efetividade da lei.

As sanções administrativas poderão ser de duas categorias: multa e publicação extraordinária da decisão condenatória³². Destaca-se que ambas devem ser cumuladas, tendo em vista a expressão *e* ligando-as. Só admitindo a supressão da

31 II - comprovadamente financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

32 Art. 6o Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

publicação da decisão quando a própria lei previr, como é o caso da fusão e da incorporação previstas no artigo 4º, §1º anteriormente comentado. Deve ser levado em conta que a sanção de publicação da decisão não é o mesmo previsto na Lei federal 9784/99³³ (divulgação dos atos do processo administrativo), mas se trata de uma publicação de maior alcance, em jornais de grande circulação e no *site* da empresa condenada. Além disso, a própria lei criou o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep)^{34 35}, o qual será responsável pela divulgação das empresas punidas administrativamente.

A Lei Anticorrupção perdeu a oportunidade de regular melhor os instrumentos de *compliance*, uma vez que apenas trouxe no artigo 7º, inciso VIII que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditorias e denúncias de irregularidades pode atenuar as sanções administrativas. Deveria ter descrito estas medidas levando em conta que não basta alegar a existência de um programa de *compliance*, se este for insuficiente ou apenas existir formalmente. O parágrafo único deste artigo dispõe que regulamento do Poder Executivo Federal irá descrever os parâmetros para o cálculo das sanções administrativas, porém, até junho de 2014 não foi

33 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

34 Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei. § 1º Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas.

35 Existe atualmente o Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP da CGU no *site* <http://www.cgu.gov.br/Correicao/CeisCnep/index.asp>, porém, o acesso às informações constantes no Sistema é feito de forma restrita pelos entes públicos, o que restringe que os cidadãos façam o controle, por meio de barganha, por exemplo, de empresas fraudulentas.

encontrado referido regulamento, fato que compromete a aplicabilidade da lei.

Uma questão preocupante da lei é o prazo máximo de 180 dias, a contar da data da publicação do ato que instituir a comissão para esta concluir o processo é muito extenso, principalmente diante da leitura do § 2 do artigo 10 que dispõe que “A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade [...] que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação”, ou seja, *contrario sensu*, o ato ou processo investigado não será suspenso, o que pode gerar a situação absurda de ser concluído o ato eivado de práticas corruptivas, inclusive com a total quitação por parte do poder público, enquanto investiga-se a irregularidade. Por óbvio, isto causará transtornos econômicos e desprestígio indesejáveis. Além de um prazo bastante extenso, a lei prevê a possibilidade de ser prorrogado, sem, porém, indicar por quanto tempo ou quantas vezes.

Outra impropriedade da lei no que se refere ao prazo: dispõe o artigo 12 que “O processo administrativo, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade instauradora, na forma do art. 10, para julgamento.”, contudo, o referido artigo 10 não indica o prazo que a autoridade terá para decidir o processo administrativo. O único prazo que este artigo remete é o de 180 dias, o que seria absurdo permiti-lo. Outra opção, que parece ser mais razoável, é utilizar a Lei 9.784/99³⁶ que regula em 30 dias o prazo para a decisão do processo administrativo, admitida uma única prorrogação.

Passo importante deu a Lei Anticorrupção em relação ao Acordo de Leniência, dedicando um capítulo exclusivo para o tema. Colaborando a pessoa jurídica, através de seus representantes, com as autoridades responsáveis pelas investigações, a

36 Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

sanção poderá ser atenuada³⁷. Mas, para surtir este efeito, a pessoa física investigada tem que efetivamente colaborar com as investigações, fornecendo a identificação dos demais envolvidos na infração, e fornecendo as informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração de forma célere.

Porém, quanto a este acordo, há falhas na legislação, dentre as quais se destacam as referentes aos requisitos para poder ser firmado. São eles:

Artigo 16 [...] §1º

- I- a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;
- II- a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;
- III- a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Os dois primeiros não contêm nenhuma impropriedade, contudo, o III inciso trata da confissão da pessoa jurídica, que parece ser inadequado tendo em vista que o acordo de leniência ocorre no início das investigações, ou seja, recém estarão sendo apuradas as infrações, pois o processo administrativo, observando o contraditório e a ampla defesa, é o meio cabível para investigar se houve e qual a extensão da irregularidade/ ilegalidade. Exigir que a pessoa jurídica admita sua participação, seria forçá-la a confessar, mesmo sem saber se um repre-

37 Artigo 16, §2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

sentante seu cometeu ou não aquilo que está sendo acusado. Este requisito poderá criar uma situação que impossibilite o referido acordo, uma vez que a lei exige a presença cumulativa de todos os três.

Feitas estas considerações acerca da nova Lei, cabe ressaltar que a ideia de controle da corrupção sob este paradigma é importante e tem-se mostrado eficaz em outros países. Porém, o legislador brasileiro não usou o rigor técnico, deixando muitas brechas que poderão comprometer sua efetividade.

Um das falhas que, sob a ótica deste trabalho, é significativa, é o fato de não ter previsto maior publicidade nos processos investigativos para dar acesso à população das informações que surgirem no decorrer do processo. Se o processo judicial esta coberto pelo manto da publicidade, deveria o administrativo também submeter-se a ele.

Referente aos programas de *compliance*, eles devem ser mais bem compreendidos no Brasil, pois se tratam de novo instrumento e, devido aos benefícios que possuem, podem ser usados como forma de fugir do rigor das sanções previstas na Lei 12. 846/2013. Além disso, a máquina estatal terá que se preparar para a aplicação da lei, especialmente enquanto instrumento de controle e combate às práticas corruptivas.

CONCLUSÕES

O que ficou mais evidente da análise dos instrumentos de controle interno e externo trabalhados foi a insuficiência de integração e colaboração entre todos eles, e a falta de instrumentos mais abertos à participação social, especialmente pela falta de sigilo das denúncias e pela dificuldade de fazê-las. Embora esta seja prevista na maioria dos casos, quando pesquisados nos *sites* oficiais percebe-se que não são de fácil

visualização, ou permitem o acesso apenas a pessoas cadastradas ou pessoas que demonstrem interesse. Esta situação limita a participação, fazendo com que as informações importantes, como, por exemplo, de um processo de investigação de envolvimento de pessoa jurídica, não sejam divulgadas. Corre-se o risco, por meio desta sistemática de que os controles institucionais transformem-se numa forma de violência estrutural, na qual se acredita haver a participação social, e, por conseguinte, a legitimidade dos instrumentos de controle institucionalizados, sem, contudo, haver.

A Lei Anticorrupção representou um passo importante para a luta contra a corrupção, somando-se aos mecanismos tradicionais um novo paradigma. Isso é de suma relevância, pois quanto mais complexo for o sistema de controle instituído no Brasil, melhor atender-se-á ao combate e controle da corrupção, a qual deve ser vista a partir de suas múltiplas formas de manifestação.

Referências

- Câmara dos Deputados Federais. Projeto de Lei nº 5.586/2005. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=292771>>. Acessado em: 12 jul 2014.
- Câmara dos Deputados Federais. Projeto de Lei nº 6826/2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acessado em: 16 ago. 2014.
- Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições: Almedina, 2003.
- Capanema, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: Nascimento, M. D. do (Org.). *A lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.13- 28.

Controladoria Geral da União. Desenvolvido pela Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/PrevencaodaCorrupcao/ControleSocial/OlhoVivo/index.asp>> Acesso em: 15 jun. 2013

_____,. Desenvolvido pela Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/PrevencaodaCorrupcao/Integridade/index.asp>> Acesso em: 15 jun. 2013.

_____,. Desenvolvido pela Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/PrevencaodaCorrupcao/Integridade/ConflitodeInteresses/index.asp>> Acesso em: 15 jun. 2013.

_____,. Desenvolvido pela Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ControleInterno/>> Acesso em: 15 jun. 2013.

_____,. Desenvolvido pela Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ocde/sobre/informacoes/index.asp>>. Acessado em: 09 jun. 2014.

_____,. Desenvolvido pela Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-de-programas-de-governo/programa-de-fiscalizacao-por-sorteios-publicos>>. Acessado em: 09 jun. 2014.

_____,. Desenvolvido pela Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Correicao/CeisCnep/index.asp>>. Acessado em: 15 jun. 2013.

Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ocde/sobre/informacoes/index.asp>>. Acessado em: 28 mai 2014.

Clayton, Mona. *Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção num país emergente*. In: ADEBBIO, A.D; MAEDA, B. C; AURES, C. H. da S. (Org.). *Temas de anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 149 - 166.

- Comitê Anticorrupção e Compliance. Apêndice. In: ADEBBIO, A.D; MAEDA, B. C; AURES, C. H. da S. (Org.). Temas de anticorrupção & Compliance. 2ª triagem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 317- 348.
- Corrêa, Isabela Morreira. *Sistema de integridade: avanços e agenda de ação para a Administração Pública Federal*. In: AVRITZER, L.; FILGUEIRAS, F. Corrupção e sistema políticos no Brasil. 2011. p. 163- 190.
- Costa, K. A.; Fernandes, J. U. J. *Breves comentários à Lei da Responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira*. In: Nascimento, M. D. do (Org.). A lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 29-58.
- Dal Pozzo, Gabriela T. B. P. *As funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- Delforge, Thaisa Collet dos Santos. *A governança pública no combate à corrupção*. Disponível em: < http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6_ConcursoMonografias/2-Lugar-Universitarios.pdf> Acessado em: 02 mai. 2014.
- Filgueiras, Fernando. *Marcos teóricos da corrupção*. In: AVRITZER, L. et al. (Org.). Corrupção: ensaios e críticas. Belo Horizonte: EDITORA UFMG, 2008. p. 353-361.
- Guidelines for Internal Control Standards for the Public Setor*. Disponível em: < <http://www.intosai.org/issai-executive-summaries/view/article/intosai-gov-9100-guidelines-for-internal-control-standards-for-the-public-sector.html>> Acessado em: 15 mai. 2014.
- INTOSAI. Desenvolvido pela International Organisation of Supreme Audit Institutions. Apresenta informações gerais sobre a instituição. Disponível em:< <http://www.intosai.org/>>. Acessado em: 15 mai. 2014.
- ISSAI 100. International Standards of Supreme Audit Institutions. Disponível em: < http://www.issai.org/media/12943/issai_100_e.pdf>. Acessado em: 15 mai. 2014.
- Lima, Liliane Chaves Murta de. *Controle interno na administração pública: o controle interno na administração pública como um instrumento de accountability*. 2012. Monografia (Instituto Serzedello Corrêa do

- Tribunal de Contas da União - Especialização). Escola da AGU, da Advocacia-Geral da União, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), da Controladoria Geral da União e Instituto Serzedello Corrêa (ISC), do Tribunal de Contas da União, Curso de Especialização Orçamento Público, 2012.
- Maeda, Bruno Carneiro. *Programa de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais*. In: ADEBBIO, A.D.; MAEDA, B. C.; AURES, C. H. da S. (Org.). *Temas de anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167 – 201.
- McGuffey, Kristen; Soldan, Thomas C. *Right-sizing: customizing compliance to the small corporation*. Disponível em: < http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vAZGMtFOh7YJ:www.pli.edu/emktg/compliance_coun/Right_Sizing19.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk > Acessado em: 21 ago. 2014.
- Naves Filho, Gilberto Batista. *Aspectos polêmicos acerca do controle interno*. *Revista da CGU*, Brasília, n. 9, p. 73-83, jun. 2011.
- Ribeiro, Renato Jorge Brown. *O controle externo federal no Brasil: uma análise do modelo de gestão frente às demandas do sistema sócio político*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro, EBAPE/FGV: 2002. <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3393/Renato.pdf?sequence=1>.
- Rose-Ackerman, Susan. *La corrupción y los Gobiernos: causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2001.
- SAE. Desenvolvido pela Secretaria de Assuntos Estratégicos. Apresenta informações gerais sobre o Plano Brasil 2022. Disponível em: <<http://www.sae.gov.br/brasil2022/?p=13>>. Acessado em: 4 jun. 2014.
- Santos, Romualdo Anselmo dos. *Integração e inteligência – instrumentos do controle interno no arcabouço institucional anticorrupção*. In: BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. *Controle Interno: estudos e reflexões*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 125-149.
- SENADO FEDERAL. Desenvolvido pelo Senado Federal. Apresenta informações gerais sobre a instituição. Disponível em: <http://>

www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=67005&tp=1.
Acessado em: 05 mai. 2014.

Speck, Bruno. *Tribunais de Contas*. In: AVRITZER, L. et al. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: EDITORA UFMG, 2008. p. 551-558.

Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS n. 24405/2003 relator Ministro Carlos Velloso. 03 dezembro 2003. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86127>> Acessado em: 01 mai. 2014.

World Compliance. Apresenta informações sobre Compliance. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) Disponível em: <<http://www.worldcompliance.com/en/resources/white-papers/foreign-corruption-practices-act.aspx>>. Acessado em: 01 jun. 2014.

Tribunal de Contas da União. Desenvolvido pelo Tribunal de Contas da União. Apresenta informações gerais sobre a instituição. Disponível em:<<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/ouvidoria>> Acesso em: 15 jun. 2013.

_____, Desenvolvido pelo Tribunal de Contas da União. Apresenta informações gerais sobre a instituição. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento.pdf> Acesso em: 15 jun. 2013.

_____, Desenvolvido pelo Tribunal de Contas da União. Apresenta informações gerais sobre a instituição. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/ouvidoria/perguntas_frequente. Acessado em: 09 jun. 2014.

COMENTARIOS A LA APLICACIÓN DE LA ORDENANZA GENERAL DE CONTRIBUCIONES ESPECIALES POR PLUSVALÍA EN VIRTUD DE LOS CAMBIOS DE USO O DE INTENSIDAD DE APROVECHAMIENTO DE TERRENOS DEL MUNICIPIO BARUTA

Víctor Alfonso Jiménez Ures

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

Resumen: A lo largo del texto se pretende arrojar luces sobre aspectos muy específicos concernientes al cobro de la Contribución Especial por Plusvalía conforme a lo establecido en la Ordenanza General de Contribuciones Especiales por Plusvalía, en Virtud de los Cambios de Uso o de Intensidad de Aprovechamiento de Terrenos del Municipio Baruta.

Palabras clave: Urbanismo, Contribución Especial, Plusvalía.

Summary: Throughout the text it is intended to shed lights on specific aspects concerning the collection of the "Special Contribution on Capital Gains Tax" as set in the "General Ordinance of Special Taxes by Capital Gains in Virtue of the changes of use or intensity of land development" in the Baruta's Local Government.

Key words: Urbanism, Special contribution , Capital Gains Tax

Recibido: 3 de diciembre de 2015 Aceptado: 12 de enero de 2015

SUMARIO

Introducción

- I. Contribución especial por plusvalía
 - II. El caso de los inmuebles declarados patrimonio histórico del municipio
 - III. Cobro en parcelas integradas
- Conclusiones

INTRODUCCIÓN

El artículo 113 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbánica prohíbe expresamente cualquier cambio de zonificación aislado, penalizando con la nulidad absoluta aquellos actos administrativos que pretendan alterar por sí mismos los Usos asignados por ley a un inmueble. En este sentido, sólo es legalmente posible conseguir dichos cambios mediante actos de naturaleza legislativa que involucren al sector geográfico donde se ubica el inmueble.

En otras palabras, nuestro sistema normativo no prevé cambios de zonificación a favor de un único inmueble, como si se tratase de una unidad inmobiliaria independiente del resto de la zona donde se erige, sino que los concibe como parte de un todo, debiendo tenerse en cuenta que los usos y variables urbanas asignados a una zona en concreto dependerán, en gran medida, del perfil urbano que el legislador haya querido asignarle.

Cuando dichos cambios de zonificación implican mejoras sustanciales en las posibilidades de desarrollo de los inmuebles, éstas se traducen en condiciones más beneficiosas para la construcción; lo mismo ocurre con la inclusión de Usos anteriormente no previstos, todo lo cual revaloriza económicamente al inmueble favorecido. Así, cuando a un terreno originalmente destinado a vivienda se le asignan posibilidades

de desarrollarse, por ejemplo, como comercio, dándosele además mayores cuotas de construcción, sin duda dicho inmueble aumenta significativamente su valor, beneficiando con ello a su propietario.

Ese beneficio económico que se obtiene por la afectación positiva originada en los cambios de zonificación es llamado *Plusvalía* o *Plus Valor*; y en el supuesto estudiado, encuentra su razón de ser en las actuaciones de la rama legislativa del poder público municipal, cuestión que hace plenamente justificable la tributación de esa ganancia inesperada, más aún si tenemos en cuenta que lo recaudado por la administración municipal tiene como único fin llevar a cabo proyectos de carácter urbanístico que al estar encaminados a mejorar la calidad de vida del sector afectado por la ordenanza de zonificación de que se trate, también contribuyen a la revalorización de los inmuebles.

En estos casos, el hecho imponible es el aumento del valor que adquieren las parcelas o terrenos propiedad de personas naturales y jurídicas, en virtud de los cambios en el régimen urbanístico al cual están sometidos, y que significa un aumento en el porcentaje de construcción y/o altura permitido, o el cambio del uso del inmueble que permita actividades con mayor posibilidad de lucro.

Siendo de ese modo, la Ordenanza General de Contribuciones Especiales por Plusvalía en Virtud de los Cambios de Uso o de Intensidad de Aprovechamiento de Terrenos, publicada en la Gaceta Municipal de Baruta, Número Extraordinario 154-08/99 de fecha 13 de agosto de 1999, definió al hecho imponible del presente tributo de la siguiente forma:

“Artículo 2. Los propietarios de los terrenos que adquieran un Mayor Valor urbanístico por los cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento, estarán obligados al pago de una contribución especial por plusvalía que se regirá por las disposiciones establecidas en la

presente y en la Ordenanza urbanística que causare el Mayor Valor, en el ámbito territorial determinado en la misma.”

I. CONTRIBUCIÓN ESPECIAL POR PLUSVALÍA

1. Calculo del Mayor Valor

Para calcular el Mayor Valor adquirido por los inmuebles es necesaria la aplicación de la fórmula prevista en el artículo 3 de la precitada *Ordenanza General de Contribuciones Especiales por Plusvalía en Virtud de los Cambios de Uso o de Intensidad de Aprovechamiento de Terrenos*, restándole el valor que detentaba el inmueble para el momento de la reforma legislativa al valor obtenido después del cambio en el régimen urbanístico, siendo aplicable la fórmula la siguiente:

“Artículo 3. La base de cálculo para la determinación de la Contribución Especial por Plusvalía será el Mayor Valor (MV) que adquieren los terrenos como resultado de restarle al Valor Resultante (VR) el Valor Inicial (VI) de los mismos. A tales efectos y a solicitud del contribuyente, la autoridad municipal competente en materia de planificación urbana aplicará las siguientes fórmulas:

$$MV= VR - VI$$

$$VR= M2 \times VU$$

$$VI= M1 \times VU$$

donde,

M2= Es la máxima cantidad de metros cuadrados de construcción, según el uso más rentable para el terreno del cual se trate, permitido en la nueva norma urbanística.

M1= Es la máxima cantidad de metros cuadrados de construcción, según el uso más rentable para el terreno del cual se trate, que permitía la norma urbanística anterior.

VU= Valor del metro cuadrado de construcción según los usos permitidos, expresado en Unidades Tributarias (U.T.)

Parágrafo Primero: Una vez notificado el contribuyente del Mayor Valor por parte de la autoridad municipal competente en materia de planificación urbana, ésta procederá a comunicarle a la Administración Tributaria Municipal dicho Mayor Valor, expresado en Unidades Tributarias (U.T.).

Parágrafo Segundo: No se generará la Contribución Especial por Plusvalía prevista en esta Ordenanza en aquellos casos en que el Mayor Valor (MV) sea igual o menor que cero (0).

Parágrafo Tercero: Las Ordenanzas que cambien la zonificación, el uso o la intensidad del aprovechamiento de terrenos deberán establecer el valor del metro cuadrado de construcción (VU) en su respectivo ámbito de aplicación, diferenciados según los usos permitidos en la misma y serán expresados en Unidades Tributarias (U.T.)”.

Así, la Contribución Especial por Plusvalía, conforme a lo establecido en el artículo 4 ejusdem, no deberá ser mayor al 5% del monto total del Mayor Valor del inmueble, cuando sea la misma ordenanza de zonificación que correspondiere la que fijase la carga impositiva, y si no es el caso y nada se dice respecto a la alícuota exigida, se debe aplicar el 5% del Mayor Valor.

2. El pago

Conforme a lo indicado en el artículo 6 *ejusdem*, el pago de la Contribución Especial por Plusvalía deberá realizarse dentro de los primeros tres años siguientes a la entrada en vigencia de cada Ordenanza que cambie la zonificación, el uso o la intensidad de aprovechamiento de los terrenos de un sector. El retraso en el pago, más allá del lapso permitido por la norma, hará surgir intereses moratorios y compensatorios.

Debe entenderse entonces que se trata de una obligación que nacerá en cada oportunidad que sea dictada una ordenanza de zonificación que mejore las condiciones urbanísticas del inmueble afectado. Es decir, cada vez que se dicte una ordenanza de zonificación que represente mejoras urbanísticas para un inmueble, se deberá cancelar la plusvalía en cuestión.

En otras palabras, que un administrado pague la Contribución Especial por Plusvalía generada por una ordenanza de zonificación vigente que mejoró las condiciones de su inmueble, no le exime de pagar nuevamente dicha contribución especial en caso de que alguna nueva ordenanza en el futuro mejorase aún más las condiciones de uso de su propiedad inmobiliaria.

Resulta entonces redundante decir que este género de pago sólo es susceptible de causarse una vez por cada ordenanza de zonificación, ello en virtud de lo previsto en el artículo 8 de la ordenanza Supra citada, el cual establece que este género de contribuciones especiales deberán honrarse en una única ocasión, y que su cancelación extingue la obligación "*a todos sus efectos*".

Asimismo, el artículo 12 *ejusdem*, consagra beneficios fiscales consistentes en la rebaja del 20% del total de la obligación a quienes cancelen dentro del primer año de vigencia de la Ordenanza de zonificación de que se trate y de un 10% a quienes pagaren dentro del segundo año. Por último, el artí-

culo 11 del mismo texto normativo exime de esta obligación a los terrenos que sean propiedad de la nación, del estado y del municipio, también aquellos inmuebles propiedad de naciones extranjeras que sean utilizados sede de delegaciones consulares o embajadas.

3. Naturaleza

Al momento de ser dictada, la *Ordenanza General de Contribuciones Especiales por Plusvalía en Virtud de los Cambios de Uso o de Intensidad de Aprovechamiento de Terrenos* fue justificada en el artículo 31 de la entonces vigente *Constitución de la República de Venezuela*, el cual era del tenor siguiente:

“Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:

(Omissis)

6- Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que crearen de conformidad con la ley.” (Resaltado nuestro).

Igualmente, entro otros, se fundó en los artículos 113, ordinal 3 y 114 de la derogada Ley Orgánica del Régimen Municipal, los cuales rezaban:

“Artículo 113. El Municipio, además de los ingresos que señala el Artículo 31 de la Constitución de la República, tendrá los siguientes:

(Omissis)

3º La contribución de mejoras sobre los inmuebles urbanos que directa o indirectamente se benefician con la construcción de obras o el establecimiento de servicios por el Municipio y que sean de evidente interés para la comunidad, de acuerdo a lo que determine la Ley Nacional de la materia y las ordenanzas respectivas. El monto total de la contribución de mejoras no podrá exceder del señalado en la Ley Nacional y en su defecto,

del sesenta por ciento (60%) del costo de las obras o de la instalación del servicio, según presupuesto aprobado y verificado por la Contraloría General de la República.

(*Omissis*)

Artículo 114. No podrá exigirse el pago de impuestos, tasas o contribuciones municipales especiales que no hubieren sido establecidos por el Concejo o Cabildo mediante la promulgación de una Ordenanza. La Ordenanza que lo establezca o modifique deberá determinar la materia o acto gravado, la cuantía del tributo, el modo, el término y la oportunidad en que éste se cause y se haga exigible, las demás obligaciones a cargo de los contribuyentes, los recursos administrativos en favor de estos y las penas y sanciones pertinentes. (...)”
(Resaltado nuestro).

Por último, se fundamentó en el artículo 68 de la *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, el cual decía textualmente:

“Artículo 68. Los mayores valores que adquieran las propiedades en virtud de los cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidos por los planes de ordenación urbanística, serán recuperados por los Municipios en la forma que establezcan las Ordenanzas que deben dictar a tal efecto, en las cuales deben seguirse los lineamientos y principios previstos en el Código Orgánico Tributario. (...)”
(Resaltado nuestro).

Ahora bien, dado que todas las normas *Supra* transcritas se encuentran derogadas, fue necesario dotar a dicho instrumento jurídico de un nuevo marco mediante el cual le sea posible justificar su legalidad. En este sentido, encontramos que el actual asidero legal de la normativa municipal en referencia se encuentra establecido en el artículo 179, numeral 2, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que reza:

“Artículo 179. Los municipios tendrán los siguientes ingresos:

(Omissis)

2. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; **y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística (...)**” (Resaltado nuestro).

Y también en el artículo 138, numeral 2, de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, el cual nos indica que:

“Artículo 138. Son ingresos ordinarios del Municipio:

(Omissis)

2. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar, con las limitaciones establecidas en la Constitución de la República; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; **las contribuciones especiales por mejoras sobre plusvalía de las propiedades generadas por cambio de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística** y cualesquiera otros que le sean asignados por ley. (...)” (Resaltado nuestro).

Así, debe concluirse que la Contribución Especial por Plusvalía objeto del presente opúsculo tiene una naturaleza eminentemente tributaria. Sin embargo, tomando una actitud que consideramos “*confusa*”, por darle un término amable, el legislador municipal nos indica, en el artículo 18 de la *Ordenanza General de Contribuciones Especiales por Plusvalía en Virtud de los Cambios de Uso o de Intensidad de Aprovechamiento de Terrenos*, que el procedimiento a seguir para recurrir los cálculos que se efectúen en su aplicación, es el establecido en la Ordenanza de Procedimientos Administrativos del Municipio Baruta, la cual, dicho sea de paso, no es más que un calco de la ley nacional que regula la materia procedimental administrativa.

Empero, dicha discusión, si bien apasionante por las implicaciones técnico-jurídicas que de ella devienen, debe darse por zanjada desde la óptica pragmática, en tanto que, como ya se dijo, la referida ordenanza es clara en darle carácter administrativo al procedimiento, debiendo recordarse que el principio de legalidad imprime en la administración la obligación de cumplir y hacer cumplir las leyes, sin posibilidades de ir más allá, a menos que la misma norma así lo dispusiese. Por lo anterior, no queda más remedio para los administrados, y para los funcionarios encargados de aplicar la norma, que tomar el Cálculo del Mayor Valor como un procedimiento de carácter administrativo a pesar de tener naturaleza tributaria, ello hasta tanto el Concejo Municipal de Baruta no modifique al instrumento que regula la materia.

II. EL CASO DE LOS INMUEBLES DECLARADOS PATRIMONIO HISTÓRICO DEL MUNICIPIO

Toca en este punto analizar lo referente a los inmuebles que son declarados patrimonio histórico, pero al mismo tiempo ven aumentar sus posibilidades de aprovechamiento por causa de una ordenanza de zonificación.

Resulta especialmente destacable comentar en este respecto, que la *Ordenanza Sobre el Patrimonio Histórico del Municipio Baruta*, en el artículo 11, otorga al Concejo Municipal la competencia para declarar como Patrimonio Histórico del Municipio a los bienes que ese cuerpo edilicio considere que deban ser preservados, a sugerencia del cronista del municipio, y seguidamente, en su artículo 15 establece la prohibición taxativa de demolerlos, destruirlos o tan siquiera modificarlos, dejándose abierta solamente la posibilidad de realizar las reparaciones y refacciones necesarias para conservar sus estructuras. De este modo, resulta que dichos inmuebles quedan prácticamente congelados en el tiempo, para provecho de las generaciones futuras.

Siendo ello así, cuando este tipo de estructuras se ve afectada por una ordenanza de zonificación, aunque la misma le resultare favorable, otorgándole mayores posibilidades de desarrollo, la realidad fáctica es que no se podrán aprovechar dichas ventajas.

Ciertamente, si bien no existe una contradicción directa entre ambos instrumentos jurídicos (*Ordenanza Sobre el Patrimonio Histórico del Municipio Baruta* y la ordenanza de zonificación que corresponda según la zona) sí debe tenerse en consideración el hecho de que mientras una de ellas prohíbe de forma directa la ejecución de trabajos que modifiquen la estructura de los inmuebles declarados como Patrimonio Histórico, la otra no hace más que otorgar un beneficio que de ninguna manera podría entenderse como una orden de hacer.

En efecto, se trata de “posibilidades” de desarrollo, no de órdenes expresas de desarrollar, pues mal podría una norma disponer de tal forma de la propiedad de los administrados. Así pues, cuando los contribuyentes pagan la plusvalía causada, en realidad están pagando por la posibilidad de mejoras sobre el inmueble en cuestión.

A la luz de lo anteriormente explicado, los inmuebles declarados patrimonio histórico deberían disfrutar de consideraciones especiales respecto al pago de plusvalía, en tanto resulta que en ellos no podrán desarrollarse las ventajas otorgadas por la nueva zonificación de que se trate. En efecto, creemos injusto que se genere el hecho imponible que nos ocupa sobre este tipo de inmuebles, pues en ellos la reasignación de las posibilidades de desarrollo se convierten en meras expectativas irrealizables. Siendo así, a sabiendas de que no podrán usufructuarse las ventajas inmobiliarias otorgadas por una nueva zonificación, mal podría la administración pública municipal pretender cobrárselas a sus propietarios.

En conclusión, sostenemos que aquellos inmuebles declarados como Patrimonio Histórico del Municipio deberían estar exentos del pago de Plusvalía en Virtud de los Cambios de Uso o de Intensidad de Aprovechamiento de Terrenos, en tanto que las posibilidades de desarrollo que se le asignen no podrán ser aprovechadas, y en función de ello no existen para sus propietarios expectativas plausibles de usufructo, es decir, este tipo de inmuebles no obtienen ningún tipo de plus valor con el cambio de zonificación.

III. COBRO EN PARCELAS INTEGRADAS

Conforme al marco legal del que está provisto el municipio Baruta, los requisitos para que proceda la integración de parcelas son los siguientes:

Carta de solicitud explicativa dirigida a la Dirección de Planificación Urbana y Catastro, indicando y/o anexando:

- Nombre, Apellido, Cédula de Identidad, teléfono, e-mail del Propietario y del Profesional Responsable

de la tramitación (si aplica), debidamente firmada por ellos.

- Copia de cédula de identidad de del Propietario y del Profesional responsable de la tramitación
- Timbre fiscal correspondiente al 0,02 Unidades Tributarias o cancelar una Tasa Administrativa de 0.02 Unidad Tributaria por folio.
- En caso de no ser el Propietario quien trámite la solicitud, el Profesional Responsable deberá presentar Carta de autorización de éste.
- En caso de que el Propietario sea una Persona Jurídica, deberá presentar copia del Registro Mercantil de la compañía y del acta donde se identifiquen los representantes autorizados a realizar la solicitud.
- Copia del título de propiedad debidamente registrado de las parcelas a integrar.
- Plano de ubicación del terreno, tipo: metroguía, info-mapa o página Web de Alcaldía del Municipio Baruta.
- 4 Planos del levantamiento topográfico del terreno correspondiente a cada parcela a integrar o interconectar a escala 1:1.000 ó escala legible y cómoda, indicando: área, linderos, medidas, relieve y Cuadro de Coordenadas UTM referidas al sistema REGVEN contentivo de los puntos que conforman la Poligonal del terreno (según Documento de Propiedad).
- 5 Planos de levantamiento topográfico de la Parcela resultante de la Integración o interconexión, a escala 1:1.000 ó escala legible y cómoda, indicando: área resultante, linderos, medidas, relieve y Cuadro de

Coordenadas contentivo de los puntos que conforman la Poligonal Resultante, referidas a REGVEN.

- Solvencia Municipal sobre Inmuebles Urbanos a nombre del Propietario actual de la Parcela
- Solvencia del C.I.V.(Colegio de Ingenieros de Venezuela) del Profesional Responsable (vigente).
- Cualquier otro requisito que pueda ser necesario dependiendo de la revisión de la solicitud.

Ante todo, deberá tenerse en cuenta que dos parcelas integradas no necesariamente dan nacimiento a una unidad inmobiliaria con mayores beneficios, lo cual como veremos más adelante, entraña una importancia considerable por cuanto incidirá directamente en el cálculo que, sobre la unidad parcelaria resultante de la integración, deberá realizarse a los fines de determinar el monto de la plusvalía.

Dicho lo anterior, conviene entonces advertir a los interesados en tales solicitudes, que deben evaluar cautamente si las posibilidades de desarrollar un inmueble determinado aumentan realmente con una integración, caso contrario, sería prudente estudiar otras opciones, como es el caso de la *Interconexión*.

Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede en los casos de parcelas que fueron beneficiadas por un cambio de zonificación, se pagó la contribución especial por plusvalía respecto a ellas y con posterioridad se procedió a su integración. Efectivamente, nacen dudas sobre el modo en que debería procederse en cuanto al cálculo de esta Contribución Especial en el supuesto planteado.

Así las cosas, si bien la casuística relativa a situaciones similares a la antes descrita suele ser escasa, lo cierto es que

efectivamente podrían presentarse situaciones análogas, y siendo de ese modo, conviene estudiar las posibles posturas que podría asumir la administración pública municipal al respecto, las cuales, por razones de espacio, hemos condensado de la forma siguiente.

1. Nueva parcela, pago del saldo pendiente

Esta primera postura nos dice que, de haberse realizado la Contribución Especial por Plusvalía, el pago extinguiría la obligación, pero sólo sobre los inmuebles preexistentes a la nueva parcela. En efecto, al llevarse a cabo la integración se da nacimiento a una nueva unidad inmobiliaria, que en razón de su tamaño podría gozar de una cantidad de beneficios cuantitativamente superiores.

Siendo de este modo, el cálculo del Mayor Valor realizado sobre dos parcelas separadas no debería arrojar los mismos resultados en inmuebles considerablemente más grandes que gozan de mayores beneficios, incluso si estos derivasen de una integración.

De acuerdo a este razonamiento, las erogaciones realizadas por concepto de Contribución Especial por Plusvalía en las parcelas separadas deberían considerarse como una cuota parte de la totalidad del pago adeudado por la parcela resultante de la integración, ya que la normativa aplicable es explícita al indicar que se trata de un solo pago y no de varios.

No sería posible solicitar a los administrados la cancelación de nuevos pagos, en el estricto sentido, sino la complementación de la obligación en parte ya satisfecha, a los fines de que el nuevo inmueble pueda verse definitivamente liberado del hecho imponible derivado del pago único de la Contribución Especial por Plusvalía.

Todo lo anterior nos lleva a la siguiente conclusión: el pago de la Contribución Especial en referencia, realizado a favor de dos inmuebles primigenios, debería tenerse como parte de un único pago a ser completado con posterioridad al cálculo efectuado sobre la parcela resultante de la integración.

No obstante, lo antes dicho solo es válido si la nueva parcela posee mayores características de desarrollo que las parcelas estudiadas de manera individual; pero quedan dudas sobre la forma en que debería proceder la administración pública municipal si la parcela resultante de la integración tiene menos características de desarrollo que sus antecesoras por separado.

En efecto, si ello sucediese, el producto del cálculo para la nueva parcela sería menor al arrojado por la sumatoria de los resultados atribuidos a los inmuebles integrados, lo cual no solo conlleva a que la nueva parcela quede libre de todo tributo relacionado con plusvalía, sino que también implica la generación de un saldo negativo, es decir, una cantidad dineraria sobrante entre lo inicialmente pagado y el cálculo efectuado con posterioridad a la integración parcelaria.

Así las cosas, la situación arriba descrita operaría en perjuicio de los administrados, quienes tendrían que asumir enteramente la carga de la pérdida, ya que en modo alguno se originaría un crédito fiscal, pues si nos atenemos a la hipotética situación planteada, en su momento no se pagó más de lo debido, sino que se obró conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico aplicable.

2. Nueva parcela, nuevo pago

En este supuesto, debemos entender que las parcelas respecto de las cuales fue hecho el pago de la contribución especial bajo examen desaparecieron a nivel jurídico y catastral con la integración, dando con ello nacimiento a una nueva unidad inmobiliaria con características de desarrollo distintas

en virtud de las nuevas dimensiones obtenidas, como son: los porcentajes de construcción y ubicación, la altura máxima permitida y los retiros laterales, de fondo y de frente.

Como ya se dijo antes, el artículo 8 de la Ordenanza General de Contribuciones Especiales por Plusvalía en Virtud de los Cambios de Uso o de Intensidad de Aprovechamiento de Terrenos es categórico al anunciar que la Plusvalía se paga una sola vez, de lo cual pareciera desprenderse con meridiana claridad que una vez efectuado el pago se extingue dicha obligación tributaria a todos sus efectos, es decir, desaparece de la esfera jurídica.

Dado que el tributo bajo estudio es una obligación o carga para su propietario, que se encuentra vinculada de forma inseparable a la existencia de la unidad parcelaria, puede afirmarse que nos encontramos frente a una obligación *propter rem*. Y así, si tomamos en cuenta que las unidades parcelarias sobre las cuales pudo haber sido pagada la Contribución Especial por Plusvalía están llamadas a desaparecer de la realidad jurídica con la integración, por lógica, igual suerte deberían correr los derechos y obligaciones accesorios a estas.

Sumado a lo anterior, y siendo que la autorización de integración de parcelas da nacimiento a un nuevo inmueble, esta postura nos indica que de igual forma deberían nacer nuevas obligaciones y derechos accesorios respecto a éste, entre ellas, la Contribución Especial por Plusvalía.

Siendo ello así, es incongruente y fuera de toda lógica que en el caso cuyo análisis nos ocupa se le permita al propietario del inmueble resultante de la integración, compensar el tributo ya pagado con ocasión de las parcelas separadas, pues según esta teoría el nacimiento de una nueva unidad inmobiliaria con una capacidad de aprovechamiento y condiciones de desarrollo distintas, representa la génesis de una nueva Contribución Especial por Plusvalía.

Ahora, si bien la interpretación in comento se estima altamente gravosa para el contribuyente que se encuentre bajo el supuesto que nos ocupa, pudiendo incluso hablarse de una posible transgresión al Principio de Justicia Tributaria, previsto en el artículo 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe reseñarse que el legislador municipal, en el caso de Baruta, no previó una regulación que tuviese en cuenta los casos donde se produzca la integración de parcelas con posterioridad a la entrada en vigencia de una Ordenanza de Zonificación que establece condiciones de desarrollo más favorables; y ante ello, el intérprete no puede legislar sobre vacíos que el propio legislador no ha previsto, pues ello implicaría una flagrante usurpación de las funciones atribuidas al Concejo Municipal.

3. Nueva parcela, no hay pago

Siguiendo el hilo conductor de las posturas anteriores, nace el cuestionamiento sobre si el municipio conserva el derecho de cobrar la Contribución Especial por Plusvalía respecto a una unidad inmobiliaria inexistente para el momento de entrada en vigencia de la Ordenanza que dio lugar al cambio del régimen urbanístico al que se encuentran sometidos los inmuebles localizados en una determinada zona.

Dicha duda, da nacimiento a la tercera posición, que viene a ser una variación de la postura anterior, en cuanto coincide con ella en que al realizarse la integración parcelaria desaparecen, jurídica y catastralmente, los inmuebles integrados, y con ellos sus derechos y obligaciones accesorios.

La diferencia radica en que, para esta postura, a la nueva parcela se le considera exenta de la Contribución Especial por Plusvalía, en tanto es creada con posterioridad a la entrada en vigencia de la ordenanza de zonificación aplicable al sector en que se ubica, y siendo así, no pudo haber experimentado beneficio alguno.

En efecto, sostenemos esta postura por cuanto creemos que a la luz del supuesto planteado, el nuevo inmueble resultante de la integración tiene una fecha de nacimiento posterior a la entrada en vigencia de la zonificación aplicable, y siendo del modo descrito, no existe el “*Antes*” para esta recién nacida parcela. Es decir, no resulta materialmente posible establecer un cuadro comparativo de las características de desarrollo inmobiliario “*Antes y Después*” de la entrada en vigencia de la nueva zonificación, ya que la recién creada parcela no existía al momento de la promulgación de la ley municipal que cambió las condiciones de desarrollo de la zona en que se encuentra.

Efectivamente, no pudo haberse originado mejora alguna para dicho inmueble, ya que al nacer le fueron asignadas unas variables determinadas, no pudiendo haber conocido otras. Se trata pues de una parcela virgen que no conoció otra zonificación más que la asignada al momento de su creación, y en razón de ello, no existieron mejoras entre una zonificación respecto a la otra. A tenor de lo antes dicho, si no existen beneficios entonces tampoco debe existir plusvalía.

Ciertamente, la plusvalía solo debe cobrarse cuando existe un aumento en las posibilidades de desarrollo, pero una nueva parcela en realidad no experimenta cambio alguno, las únicas características de desarrollo que ha tenido son las asignadas al momento de ser creada, es decir, la integración parcelaria trae al mundo jurídico una nueva creación no mancillada, que no conoce otra zonificación más allá de la que se le asigna al momento de su nacimiento.

Desde luego, asumir esta postura, que podría considerarse plenamente garantista y respetuosa del ordenamiento jurídico, implicaría dejar de lado la voracidad tributaria a favor de una aplicación del derecho más lógica, garantista y en pro de los administrados.

Sin embargo, a esta posición podría objetársele que la Contribución Especial estudiada versa justamente sobre los cambios de uso o intensidad de aprovechamiento que adquieran los terrenos, y siendo de ese modo, podría entenderse que la referencia específica es a la tierra, no a la forma en que, mediante ficciones de índole jurídico, se busca dividirla. Siendo ello así, a pesar de que se creen novedosas maneras de identificar las distintas fracciones en que el hombre busca dividirse el suelo, lo cierto es que los terrenos siempre han estado materialmente en el mismo sitio, y efectivamente, sus capacidades de desarrollarse sí que podrían modificarse o verse alteradas con un cambio de zonificación.

CONCLUSIONES

Después del análisis realizado, es posible concluir que al igual que sucede con otros muchos instrumentos jurídicos de rango nacional, estatal y municipal, la *Ordenanza General de Contribuciones Especiales por Plusvalía en Virtud de los Cambios de Uso o de Intensidad de Aprovechamiento de Terrenos del Municipio Baruta*, fue superada en algunos aspectos por la casuística de la vida municipal, y siendo así, resulta ampliamente recomendable la revisión de dicho texto normativo con miras a ofrecer normas más justas, o al menos proveer a la administración de mecanismos de resolución lo suficiente amplios como para que sus funcionarios puedan hacer frente a las distintas situaciones que día a día se topan en el cumplimiento de sus deberes, sin que ello implique el sacrificio de los derechos de los particulares o bien, vaya en desmedro del principio de legalidad.

ANOTACIONES SOBRE ALGUNAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Andry Matilla Correa

*Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Derecho
Administrativo de la Facultad de Derecho
de la Universidad de La Habana (Cuba).
Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho
Constitucional y Administrativo
de la Unión Nacional de Juristas de Cuba*

Resumen: *El artículo analiza las distintas causas de extinción de las concesiones administrativas. Para ello, el artículo estudia la extinción de la concesión por vencimiento de plazo, y las principales causas de extinción de la concesión antes del vencimiento del plazo.*

Palabras clave: *Concesión administrativa, extinción de la concesión.*

Summary: *The article analyses the different causes of extinction of administrative concessions. For this purpose, the article studies the concession extinction based in the expiration of the term, and the main extinction causes of the concession, before the expiration of the term.*

Keywords: *Administrative concession, concession extinction.*

Recibido: 10 de febrero de 2015 **Aceptado:** 18 de febrero de 2015

SUMARIO

Introducción

- I. El vencimiento del plazo como causa de extinción de la concesión administrativa
- II. Sobre algunas causales de extinción de la concesión administrativa. antes del vencimiento del plazo

INTRODUCCIÓN

La concesión administrativa puede ser definida como el *acto jurídico-administrativo por el que la Administración Pública confiere a determinada persona, temporalmente, el ejercicio de cierta actividad administrativa que tiene como objeto la gestión de un servicio público, la realización de una obra pública, o la explotación de un bien de dominio público; o, lo que es igual, el título jurídico-administrativo por el que la Administración Pública habilita a determinada persona, temporalmente, para el ejercicio de cierta actividad administrativa que tiene como objeto la gestión de un servicio público, la realización de una obra pública, o la explotación de un bien de dominio público*¹.

Las líneas típicas que esa figura presenta como institución jurídica-administrativa pueden obtenerse de su dinámica funcional y estructural propia. De esa forma, podemos recoger como características² de la *concesión administrativa* las siguientes:

- a) *se otorga en función del interés público*. Este aspecto es el que marca y determina el carácter público de la relación concesional, así como todo su régimen jurídico propio.

1 Nuestras consideraciones sobre la definición de la concesión administrativa las hemos desarrollado en el trabajo: "Base conceptual de la concesión administrativa", en *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, No. 3, 2011, MP Editora, São Paulo, pp.13 y ss.

2 Estas características y sus aplicaciones, con referencias que amplían los que aquí exponemos, puede encontrarse también en nuestro trabajo: "Base conceptual de la concesión administrativa", ob. cit., pp. 13 y ss.

- b) *es un acto sometido al régimen jurídico-administrativo.* Está ordenado y regido por un régimen de Derecho Público, específicamente de Derecho Administrativo; y su configuración y dinámica funcional como acto y como relación jurídica responde a las peculiaridades que al respecto le imprime su encuadre en el ámbito iusadministrativo. Este encuadre viene determinado por el espacio funcional (la función administrativa) en que se desenvuelve la relación concesional; por la finalidad inmediata (el interés público) que mueve al acto de concesión; por el nexo directo de dicho acto con la respuesta a ciertas necesidades de la colectividad que la Administración Pública debe atender como garante fundamental; y por la naturaleza pública del objeto sobre el que ella recae (obra, bien y servicio públicos), el cual pertenece en titularidad a la Administración Pública concedente.
- c) *es un acto bilateral.* Ello está determinado porque genera derechos y obligaciones mutuos entre las partes intervinientes; porque requiere del consentimiento de ambas partes para que el acto pueda producir los efectos previstos; y porque la voluntad del concedente y del concesionario intervienen, en la medida correspondiente, en el fondo del acto, en su sustanciación, por lo que adquieren un carácter constitutivo en relación con dicho acto.
- d) *es un acto formal.* La forma adquiere un carácter esencial para la constitución y la existencia válida de la relación concesional. La presencia del elemento formal es cauce jurídico que le permite a la Administración Pública expresar válidamente su voluntad (en cuanto persona jurídica); y también es una garantía para la protección jurídica de los diversos intereses que convergen en torno a la *concesión administrativa*.

- e) *tiene un carácter intuitu personae*. Esta característica personal de la institución que nos ocupa se manifiesta en una doble vertiente: tanto al momento de elegir al concesionario, como en el período en que dura la vigencia de la concesión administrativa.

Al tiempo de otorgar la concesión, la Administración Pública tiene como base de la selección del concesionario las condiciones personales, técnicas y económicas que muestra dicho sujeto. Esa situación encuentra su fundamento en la naturaleza de los derechos y de la actividad involucrados en el objeto de la concesión, así como en la relación directa que hay entre éstos y la satisfacción del interés público que se persigue a través de la concesión. Por ello no puede adjudicarse a cualquier persona el objeto a conceder, sino solamente a aquella que verdaderamente garantice la buena marcha de su ejecución (su regularidad y continuidad) sin perturbaciones a dicho interés. Sin duda alguna, puede afirmarse que no toda persona puede inmiscuirse en el círculo de acción reservado a la Administración Pública.

En virtud del carácter *intuitu personae* de la concesión, el concesionario tiene la obligación de realizar personalmente lo concedido. Claro está, ello no quiere decir de propia mano, pues casi siempre por el tipo de actividad que va a desempeñar ello es objetivamente imposible. Esta exigencia se refiere a que quienes ejecutan en la práctica lo concedido estén subordinados al concesionario, a partir de una relación de empleo, así como por el hecho de que este último afronte con su patrimonio la ejecución del objeto dado en concesión. Esta característica personal se evidencia en la circunstancia de que los derechos que implica el acto de concesión no son transmisibles, ni cedibles, ni siquiera a los herederos, si no hay una intervención directa del concedente autorizando esa transmisión o si legalmente se dispone así. Tampoco se puede establecer ningún tipo de gravamen a favor de terceros si no hay un pronunciamiento

previo de la norma al efecto. En relación con esa condición *intuitu personae*, son reconocidas como causas de cesación de la concesión administrativa la extinción del concesionario (siempre que no se haya establecido la transmisión a los herederos, en el caso de fallecer la persona natural, o a los continuadores en caso de fusión, absorción o escisión de la persona jurídica concesionaria) y la afectación de su capacidad jurídica.

- f) *la Administración Pública ostenta un conjunto de potestades jurídicas de ejercicio unilateral en el contenido de la relación concesional.* Esta característica es consecuencia de que la Administración Pública no pierde la titularidad de la actividad concedida, de que dicha actividad no pierde su carácter público a pesar de la concesión; y, por sobre todo, por el papel de garante de la satisfacción de los intereses públicos que le corresponde a la Administración Pública concedente. Esta característica tiene su materialización en las potestades del concedente, entre otras, de dirigir y controlar el desarrollo de la actividad concedida, de interpretación unilateral, de sanción, así como en las de modificar y finalizar la concesión de manera unilateral, siempre que el interés público lo requiera. Además, le brinda a la relación uno de los pilares básicos consecuencia de su sumisión a un régimen de Derecho Administrativo, pues esa atribución de poderes jurídicos a favor de la Administración Pública es expresión de su posición jurídica preeminente sobre el concesionario en el vínculo establecido, consecuencia del interés público y su garantía, que en primera instancia debe satisfacer toda concesión administrativa.
- g) *origina derechos para el concesionario (carácter constitutivo).* Esta es una característica esencial de la concesión, y se refiere al efecto fundamental (constitutivo) que genera dicho acto en relación con el concesionario. En virtud del acto concesional nacen o se constituyen nuevos

derechos a favor del concesionario; derechos que, con anterioridad al otorgamiento, no figuraban en la esfera subjetiva individual ordinaria de dicho sujeto, producto de la naturaleza pública del ámbito sobre el que recaen tales derechos.

- h) *se otorga con carácter temporal*. Esto resulta de la naturaleza misma de lo que se concede, de la función que cumple este acto en cuestión y de la finalidad que anima la constitución de la relación concesional.
- i) *la concesión genera una extensión de los efectos jurídicos a terceros*. Un elemento que distingue a la *concesión administrativa* es el hecho de que el vínculo que se establece entre concedente y concesionario extiende sus efectos directos también a terceros. Hay que salvar de antemano, por nuestra parte, que el término tercero no lo utilizamos aquí en el sentido de un sujeto extraño al acto concesional, sino que lo empleamos para denominar genéricamente a los que no son el concesionario y el concedente, pero que se relacionan con las consecuencias de la relación en cuestión; pues por la índole del objeto de la concesión y su dinámica relacional, los usuarios, los contribuyentes o los miembros de la colectividad, no se mantienen extraños a la concesión sino todo lo contrario, ya que la misma existe en función y beneficio del interés público que, de alguna manera, ellos en su conjunto personifican.
- j) *la actividad administrativa objeto de la concesión corre, en principio, por cuenta y riesgo del concesionario (principio de riesgo y ventura)*. Esta característica resulta del hecho de que la concesión administrativa es un medio por el cual la Administración Pública concedente, descarga en otra persona el desarrollo económico –con la correspondiente descarga del riesgo económico de esa empresa– de la ejecución de lo concedido; y, a su vez, el *principio*

de riesgo y ventura es expresión jurídica concentrada de ese desplazamiento del riesgo económico. Dicho principio económico informante de la ejecución de la concesión, tuvo su etapa de plenitud clásica bajo la realidad propia del régimen liberal. Sin embargo, la evolución posterior de las condiciones políticas y económicas de la vida administrativa influyó en esta característica, la cual se nos manifiesta hoy de manera menos absoluta y en dirección a concebir una participación de la Administración Pública, en determinada medida, en los riesgos financieros que implica la concesión. El *principio de riesgo y ventura* en la concesión administrativa se ha flexibilizado ante una operatividad absoluta, y además de las atenuaciones más clásicas en su aplicación –como son el supuesto de la fuerza mayor y las subvenciones a favor del concesionario–, muestra otras en su procedencia como los casos del *fait du prince*, de la teoría de la imprevisión y de las modificaciones tarifarias.

- k) *la concesión administrativa tiene siempre un trasfondo económico-político*. Esta característica no es otra cosa que el reflejo insoslayable de la relación que existe entre la economía, la política, el Estado, la Administración Pública, la función administrativa y el Derecho Administrativo. No se debe estar de espaldas a la realidad que marca el hecho de que sobre la *concesión administrativa*, en su configuración dogmática y en su operatividad objetiva, se manifiestan de manera intensa los intereses políticos y económicos que resultan imperantes y determinantes en un tiempo y espacio dados. Por lo tanto, la *concesión* tampoco escapa –como el propio Derecho Administrativo– al matiz que le imprime la cualidad de ser un producto histórico. La *concesión administrativa* –de manera especial dentro del campo *iusadministrativo*– ha fluctuado, tanto en su concepción teórica y científica, cuanto en su presencia, aceptación y relevancia como institución jurídica dentro del tráfico jurídico adminis-

trativo, en la medida en que han variado las condiciones políticas y económicas del Estado Moderno. Su fisonomía como técnica jurídica, se ha ido moldeando a la par de las transformaciones políticas y económicas que han animado hasta la actualidad el desarrollo de la Administración Pública; así como también su propia existencia, la cual ha dependido de dichas transformaciones.

La *concesión administrativa* es una técnica jurídica administrativa relacionada funcionalmente con la satisfacción de necesidades colectivas y con la concepción y proyección de las vías para responder, desde la actuación estatal, a ese objetivo. Como mecanismo jurídico, su materialización o puesta en práctica está vinculada a cuestiones fácticas como la imposibilidad material de la Administración Pública de ejecutar directamente la actividad involucrada; o a cuestiones conceptuales de política económica, aún cuando se tengan las condiciones técnicas, financieras y materiales en general para que esa entidad pueda asumir la ejecución directa de la actividad de que se trate. De ahí que, tras la *concesión administrativa*, se manifieste una forma conceptual determinada de proveer a la consecución del interés público y se pueda apreciar también un modo de concebir y ordenar una arista de la actuación pública.

Presentada así la situación, podemos derivar que en el interior del perímetro que señala la función administrativa, el instituto concesional administrativo trasciende la simple significación como instrumento de ordenación y formalización de relaciones jurídicas administrativas individuales y con consecuencias patrimoniales, para asumir, igualmente, otros enfoques interpretativos, en lo referente a su presencia y funcionalidad dentro del tráfico jurídico administrativo.

De tal suerte, la *concesión administrativa* se revela con una incidencia que no queda en el plano exclusivo del interés económico de los sujetos intervinientes como partes del vínculo, sino que dicha incidencia traspasa

esos límites estrechos, para proyectarse hacia la comunidad toda, e involucrar aspectos importantes de los cuales puede depender un sector relevante para el desarrollo y para el mantenimiento de la vida misma de ese grupo social políticamente organizado. Además de ser expresión del tráfico económico en el sector público, la *concesión administrativa* extiende sus consecuencias en lo social y en lo político. Por los sujetos que involucra, por el objeto sobre el que puede recaer –bienes, obras y servicios públicos, en los que se involucra asimismo una esfera conectada directamente con la soberanía–, por el espacio funcional en el que operan sus efectos, por el fin esencial al que responde primariamente –el público–, y por el juego de intereses que se manifiesta en su interior, no se hace difícil intuir que la *concesión administrativa* resulta una vía nada desdeñable por la cual el concesionario puede alcanzar un espacio de determinación directa sobre la comunidad. Todo ello desemboca en que la figura de la *concesión administrativa* puede considerarse como un instrumento de política económica, de actuación de intereses públicos, de ejercicio del poder público y de proyección social e ideológica del Estado hacia la colectividad.

En definitiva, la *concesión administrativa* deviene en un espacio de conciliación de intereses diversos en función de satisfacer primariamente el interés público; en un ámbito de colaboración entre sujetos con móviles distintos, orientado básicamente a dar respuesta a ciertas exigencias sociales que no pueden desconocerse. Dicho tipo jurídico administrativo no debe significar, ni debe operar, so pena de desnaturalizarse irremediablemente, como un campo de confrontación de ánimos divergentes que pugnan por ver cuál de ellos prevalece, sin importar las consecuencias que de ese enfrentamiento se generen, ni el alcance que éste pueda tener. Tampoco deber ser tenido como un medio de legitimación para sacrificar el interés colectivo frente a las ansias econó-

micas individuales. Como figura jurídica incardinada en el ámbito *iusadministrativo*, la *concesión administrativa* debe ser capaz de generar, desde su dinámica funcional interna, los mecanismos requeridos para garantizar ciertamente su funcionalidad como zona de conciliación y como forma de colaboración. A su vez, también está llamada a aportar, desde aquella dinámica, los mecanismos adecuados para salvaguardar y sostener la finalidad esencial a la que debe su existencia, en primer orden, como institución jurídica. De eso dependerá su pertinencia y efectividad dentro del tráfico jurídico administrativo y, en consecuencia, su utilización y subsistencia como figura jurídica dentro de ese marco.

Mas, no debe olvidarse que la *concesión administrativa* no es otra cosa que una simple herramienta, un instrumento -uno más dentro de una acción que debe ser necesariamente coral en cuanto a las vías a emplear- al servicio de la sociedad y del hombre; y, en cuanto tal, es incapaz por sí misma de producir beneficios o desatar males. Los resultados que en una u otra dirección pueda revelar su utilización, sólo se deberán a quienes hagan uso de ella y a las intenciones que compulsan y determinan ese empleo.

Al igual que toda relación jurídica que se establece, la relación concesional administrativa tiene una fuente que la origina y, a la vez, está vinculada a determinadas situaciones que, al concurrir en la realidad que involucra en cuanto relación, traen como consecuencia la extinción de ese nexo jurídico administrativo.

Son disímiles las causas por las que puede cesar la concesión administrativa, pero todas ellas tienen como efecto común, con independencia de otros específicos que cada una en particular genera: la extinción de la relación en cuestión y con ello los derechos y obligaciones que fueron adquiridos por las partes al amparo de dicho vínculo.

Las causales de cesación del vínculo concesional administrativo pueden dividirse en dos grandes grupos: la normal y las anormales.

La primera no refiere sino al supuesto más ordinario o – digamos – natural de culminación de una relación concesional que no es otro que el cumplimiento del término o vencimiento del plazo de tiempo que se fijó para la vigencia de la concesión administrativa.

Las causas anormales de extinción suponen que se dé una situación determinada que ha de llevar a la culminación de la concesión administrativa antes del vencimiento del tiempo fijado para dicha relación concesional. Por ellas, hay una terminación prematura de la concesión administrativa, privando a ese vínculo en cuestión de desplegar a plenitud sus efectos jurídicos tal cual pudiera ocurrir si esta hubiera agotado en el tiempo su vigencia.

Precisamente, y como ya lo anunciábamos en el título de este trabajo, en las líneas que siguen pretendemos exponer ciertas ideas sobre algunas de las causales de extinción de las concesiones administrativas.

No encontrará aquí el lector un tratamiento *in extenso* de todas y cada una de las posibles causas de terminación de la relación concesional, pues, realmente, esa es una empresa mucho más amplia y extendida debido a la riqueza y diversidad de cuestiones que entraña; y que, por tal, sobrepasan los objetivos y el espacio que nos hemos trazado en este trabajo.

Aún así, en los acápites siguientes comentaremos algunas causas de extinción de las concesiones administrativas, no pocas de ellas con tratamientos rápidos entre los estudiosos del tema, y que resultan de interés a los efectos de apreciar, en toda su amplitud, el rico universo institucional que abarca la concesión administrativa como institución jurídico-adminis-

trativa. De estos comentarios hemos excluido causales o modos extintivos de la concesión administrativa como la modificación unilateral de las condiciones de la concesión por la Administración Pública, el rescate, la extinción anticipada por razones de interés público, el incumplimiento de las obligaciones por parte del concedente la caducidad, la nulidad, porque el tratamiento de ellas amerita –a nuestros ojos– mayores implicaciones en el análisis; y porque, de ordinario, la doctrina coloca su atención en ellas con mayor asiduidad que otras de las causas extintivas de la concesión que aquí pretendemos reseñar.

Así las cosas, el objeto de nuestro estudio en los acápites que siguen lo centraremos en causas de extinción de la concesión como: el vencimiento del plazo; la extinción del concesionario; la incapacidad sobrevenida del concesionario; la falta de objeto sobrevenida de la concesión; la imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión; el mutuo acuerdo; y la cuestión de la renuncia del concesionario.

I. EL VENCIMIENTO DEL PLAZO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

La concesión administrativa, en su dinámica funcional, implica el otorgamiento al concesionario del ejercicio de ciertos derechos de contenido público durante un tiempo determinado. Lo que convierte al acto en cuestión, en un acto de carácter temporal, es decir, sujeto, de ordinario, a un término resolutorio. A ello agréguese, para la apreciación de su temporalidad, que la obligación principal que le surge al concesionario a raíz de la concesión administrativa es la de realizar determinada actividad (conlleva prolongación en el tiempo) y no una obligación de resultado. En consecuencia, la forma natural, normal, de extinción de la relación concesional tendrá lugar cuando se produzca el cumplimiento de ese espacio temporal por el que se concedió el ejercicio de los derechos invo-

lucrados en el otorgamiento concesional, que marca a su vez el período de vigencia de sus obligaciones al respecto.

La temporalidad de las concesiones como principio general, significada en la fijación de un plazo máximo de duración al final del cual se revierte lo concedido a la Administración Pública concedente, es un aspecto importantísimo en la existencia de las mismas.

Según autorizada doctrina, durante la etapa feudal, la temporalidad y reversión de ciertos privilegios y regalías que otorgaban los monarcas, eran entendidas como un mecanismo para que el Rey no perdiera definitivamente lo otorgado y así no enajenar parte de sus derechos soberanos. Era una forma de evitar que los beneficiados con tales otorgamientos adquirieran por prescripción inmemorial (posesión por cien años) los derechos soberanos del Monarca que le eran deferidos por éste. El plazo (cifrado en un máximo de noventa y nueve años) se constituía entonces en una garantía para conjurar la posibilidad de que el Rey perdiera parte de lo que constituía el contenido de su soberanía³.

3 En este tema, es clásico el estudio del maestro español Eduardo García de Enterría: "El dogma de la reversión de concesiones", publicado originalmente en AA.VV., *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1952; lo citaremos su inclusión en García de Enterría, Eduardo, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*. 2da edición. Editorial Tecnos, S.A., Madrid. 1974. En ese trabajo ("El dogma...", en *Dos estudios...*, ob. cit., p. 44) García de Enterría exponía al respecto: "(...) en el antiguo Derecho la posesión inmemorial o de cien años legítima con presunción indestructible de privilegio la titularidad definitiva de cualquier particular sobre esta materia pública, ordinariamente atributo de la soberanía: regalías, franquicias, señoríos, cosas públicas, vinculaciones. La tesis es ahora que la cláusula de reversión, establecida precisamente para ser efectiva a los noventa y nueve años, tiene por objeto impedir que las cesiones reales o *privilegia principis* otorgadas a los particulares puedan llegar a implicar una pérdida definitiva del patrimonio jurídico del soberano, una enajenación perpetua de soberanía; pues si la duración de tales cesiones llegara a exceder de los cien años, la posesión durante este tiempo implicaría, como se ha dicho, un título nuevo a favor de la

Con el advenimiento del Estado Moderno, la Administración Pública viene a asumir la titularidad del ejercicio de varias de las funciones públicas que antes correspondían al Monarca y que se concentran ahora bajo la rúbrica de la función administrativa. Con este advenimiento, la idea de transferencia de derechos soberanos que involucraban los antiguos privilegios y regalías, se transforma sustancialmente dentro de la nueva

titularidad definitiva del poseedor, y en este sentido esgrimible frente al título original de la cesión (título inferior, por cuanto es anterior a los cien años) y frente a las posibles limitaciones con que ésta estuviera en tal título condicionada. La cláusula de reversión es, pues, una reserva defensiva frente al juego de la prescripción inmemorial, y aquí está el motivo determinante de la fijación del plazo típico de los noventa y nueve años. Es en definitiva la cláusula de reversión una *preconstitución del actus contrarius* capaz de destruir el juego propio de la legitimación inmemorial". Más adelante ("El dogma...", en *Dos estudios...*, ob. cit., pp. 46 y 47) García de Enterría precisaba: "No basta con decir, en definitiva, que la prevención frente a la inmemorial está fundada en el propio interés del Rey en no perder definitivamente porciones de su soberanía, aun con el relieve que a este interés presta la observación de que en la época tal soberanía no era, como es hoy, una posición general y abstracta de superioridad, capaz de instrumentar a su favor toda clase de contenidos y potestades, sino precisamente, como ya hemos visto, un conjunto limitado y tasado de derechos concretos (...), al cual, por tanto, habría de afectar gravemente la pérdida definitiva de cualquiera de ellos. Juega, en efecto, además, y muy singularmente, un principio fundamental, que como tal se sobrepone incluso al interés y a la propia potestad del Rey, que es el principio de la inalienabilidad de los derechos mayestáticos. Este postulado de la inalienabilidad es contenido característico de las llamadas «leyes fundamentales» en la Monarquía medieval, que representan, según la tesis más autorizada, verdaderos pactos entre *Rex* y *regnum*, y que, por ende, no pueden ser unilateralmente modificados o conculcados por el primero (...)". Asimismo expuso: "Hay que hacer advertencia de que en el antiguo Derecho francés se aplica el principio de la inalienabilidad al llamado *dominio de la Corona*, pero que éste se entiende no sólo en su contenido de cosas corporales, sino también comprendiendo las cosas incorporeales, derechos y regalías, y, por tanto, implicando el conjunto de los derechos soberanos. La *lex fundamentalis* de la inalienabilidad del dominio de la Corona, en este sentido, plasma la reacción contra la concepción patrimonial o señorial del Reino, que hacía absolutamente disponibles en beneficio del Rey todas las cosas y derechos públicos, incluso la misma extensión del territorio, y formula, por tanto, la institucionalización de la unidad política del Reino, del cual el Rey no es sino un servidor, aunque el primero (...)". De esta forma, el profesor español ("El dogma...", en *Dos estudios...*,

figura de la concesión administrativa e influirá sobre el posterior papel que jugará la temporalidad en dicha institución.

Como indicó agudamente García de Enterría, dentro de la formación estatal moderna

“(...) la institución de la posesión inmemorial desaparece en su aplicación a los derechos soberanos; estos derechos ya no son regalías, potestades concretas y determinadas, sino contenido instrumental de una posición general y abstracta de superioridad en que la soberanía consiste, a partir de la forma política en desarrollo progresivo del Estado moderno. Esta simple observación coloca ya indefinidamente fuera de todo comercio privado el Poder público, pero aun esta conclusión queda afianzada en cuanto la soberanía llegue a definirse como exclusiva, centralizando en sí de una manera necesaria todas las prerrogativas públicas (...)”⁴.

En los primeros tiempos de consolidación del Estado Moderno y de todo su régimen jurídico, y tal vez debido a la subsistencia aún de disposiciones surgidas al amparo de las ideas y fundamentos del Antiguo Régimen y el nacimiento de otras que mantenían en cierta medida la influencia de tales

ob. cit., p. 55) concluía: “Así, pues, con la cláusula de reversión el Rey trata de evitar la pérdida definitiva de los derechos propios que ha concedido, y a la vez cohonestar la posibilidad de estas cesiones con la regla de la inalienabilidad, que a él mismo se le impone como Ley fundamental del Reino”.

- 4 García de Enterría, Eduardo, “El dogma...”, en *Dos estudios...*, ob. cit., p. 71. Seguidamente (p. 72) este autor acotaba: “(...) Esta nueva realidad por sí sola transforma en esencia todo el sentido de la concesión, invirtiendo su planteamiento clásico: todo ejercicio privado de una función pública, de una prerrogativa de superioridad, de un uso exclusivo de un bien público, requiere una legitimación positiva de la Administración, *en nombre de la cual* solamente puede actuarse, sin que tal ejercicio pueda en modo alguno concebirse como debido a una titularidad personal plena, como un beneficio propio más o menos condicionado con mayor o menor posibilidad de consolidarse definitivamente (...)”.

ideas y fundamentos, se continuó viendo en el plazo de las concesiones (en varias de las cuales se seguía estableciendo que no podían superar los noventa y nueve años) y en la reversión de las mismas a la Administración Pública una garantía, básicamente, de que este ente no otorgaba definitivamente una esfera de su competencia al concesionario;⁵ se veía como la expresión de que aquella no enajenaba de manera definitiva, con la correspondiente pérdida, cierto sector que pertenece a su esfera de titularidad. Por tanto, dichos elementos eran vistos todavía, esencialmente, con un marcado carácter político al constituir un medio de defensa jurídica ante un posible menoscabo de la esfera de actuación que le corresponde a la Administración Pública.

La superación del período inicial de la etapa moderna dejó sentada la imposibilidad que tiene la Administración Pública de ceder definitivamente el ejercicio de sus funciones públicas, por cuanto ésta es una esfera de actuación originariamente propia y exclusiva de la que ella es titular, y también la imposibilidad de los particulares de adquirir la titularidad de tales funciones y mucho menos por la vía de títulos jurídicos de la naturaleza de una concesión administrativa.

Con este planteamiento de base, el plazo en la concesión administrativa vio mermada su justificación política, a lo que contribuyó el hecho de que en todo vínculo concesional, por el carácter de lo concedido, a la Administración Pública se le asignan potestades jurídicas de ejercicio unilateral de vigilancia y control y de extinción anticipada, que le permiten recuperar en cualquier momento el ejercicio de lo concedido esgrimiendo razones de interés público. Tales potestades, al hacerse presentes en el contenido de toda concesión administrativa, y por la propia trascendencia que de por sí tienen en la relación (integran, junto a otras, el núcleo que cualifican la posición jurídicamente superior de la Administración Pública en el vínculo

5 Ver al respecto García de Enterría, Eduardo, "El dogma...", en *Dos estudios...*, ob. cit., pp. 64 y sigs.

concesional), se erigen en un mecanismo suficiente para alejar la idea de una posible pérdida de competencias de la Administración Pública por la vía concesional.

Aunque, no creemos que una posible arista política desaparece del todo de ese plano (tal vez ahora asumiendo otro enfoque), pues la presencia de plazos ciertos (sin ser sumamente extendidos) en la ejecución de la concesión puede darnos una señal formal de que la Administración Pública no se proyecta desde el postulado de desentenderse (nótese que no utilizamos términos como enajenar o perder) definitiva e indefinidamente de la acción de asumir directamente un rol de ejecutora directa en su misión de procurar la satisfacción de los intereses colectivos. Este tipo de señales (aunque ni por mucho determinantes), pueden ser válidas como aspecto a considerar a la hora de interpretar la línea conceptual y política que anima al Estado en relación con la proyección de su acción hacia la colectividad y la satisfacción de sus necesidades.

En consecuencia, se reconoce que el papel del término o plazo en las concesiones administrativa, pasa a tener en primera instancia una trascendencia económica y se pone en función de la amortización de inversiones y la percepción de las ganancias económicas por parte del concesionario.

Ramón Parada ha escrito sobre el rol que juega la presencia del plazo en las concesiones:

“(...) la existencia de un plazo cierto, pero no improrrogable, es una exigencia jurídica estructural de la concesión que asegura la continuidad de la prestación del servicio, al vincular al concesionario durante un tiempo cierto, impidiéndole abandonar en cualquier momento la concesión, al tiempo que sirve de elemento del cálculo de sus responsabilidades. El plazo cierto es también una doble garantía para el concesionario, que no podrá ser obligado a desempeñar la concesión por más tiempo

del pactado, convirtiéndole en un conscripto forzoso, y que permite calcular la indemnización que le corresponde en el caso de que la Administración, utilizando sus poderes exorbitantes, proceda a un rescate anticipado de la concesión, pues ésta no será, obviamente, la misma si el rescate ha tenido lugar faltando cuarenta o dos años del plazo. Además, si este plazo no existiera porque la concesión se hubiere pactado como perpetua o indefinida, no sería posible actuar el rescate, dado que entonces la indemnización debida al concesionario por los beneficios dejados de percibir podría ser, conceptualmente, infinita”⁶.

Es evidente imaginar que el plazo de la concesión administrativa variará según sea la especie concesional y las implicaciones objetivas de la actividad que involucra. Lo que las legislaciones establecen, generalmente, es un plazo máximo, no teniendo, necesariamente, que establecerse en ese período, sino que puede ser menor.

Entre los autores que han tratado el tema, desde siglo XIX, es posible encontrar quienes que se han referido –o se refieren– al supuesto de extinción de la concesión administrativa por el vencimiento del plazo como *caducidad de la concesión por transcurso del plazo o por término o por tiempo*. Con este tipo de calificativo, se asocia entonces al vencimiento del plazo o cumplimiento del término con un tipo de caducidad, institución jurídica esta última que adquiere ciertos ribetes diversos según sea el ámbito del Derecho en que la misma se manifiesta.

En la teoría jurídica general, la *caducidad* es una forma de extinción de los derechos y acciones por el vencimiento del tiempo de vida que legalmente se le asigna a los mismos.

6 Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte general, 14va edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2003, p. 343.

Por lo pronto, en el ámbito de los actos y contratos administrativos, en una perspectiva más general –y de las concesiones administrativas–, la figura de la *caducidad* no encierra exactamente ese significado.

Ante todo, es menester resaltar que a lo largo del desarrollo de los estudios doctrinales, así como de la evolución de la jurisprudencia y la legislación, el término *caducidad* no ha tenido un alcance unívoco en lo que se refiere a las concesiones administrativas y se ha empleado para denominar situaciones diversas. Algo que no solo es palpable en sede de dichas concesiones,⁷ sino que es posible apreciarlo en tema de actos y contratos administrativos, en general.

En un sentido que, tal vez, pudiéramos calificar como extendido o amplio, es factible encontrar escritores que se refieren a la *caducidad* de la concesión administrativa en los casos en que el vínculo concesional (o el establecido en virtud del un acto o contrato administrativo) se extingue por el normal ven-

7 Sobre la caducidad en las concesiones administrativas, pueden ver, solo con fin ilustrativo sobre específicos, trabajos en idioma español, al efecto: García-Trevijano Fos, José Antonio, “Caducidad de concesiones hidráulicas”, en *Revista de Administración Pública*, Año VI, Número 16, Enero-Abril, 1955, Instituto de Estudios Políticos, Madrid; García de Enterría, Eduardo, “El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas y la práctica de las concesiones en cartera”, en *Revista de Administración Pública*, Año VI, Número 17, Mayo-Agosto, 1955, Instituto de Estudios Políticos, Madrid; Garrido Falla, Fernando, “Efectos jurídicos de la caducidad de las concesiones de servicios”, en *Revista de Administración Pública*, No. 45, Septiembre-Diciembre, 1964, Instituto de Estudios Políticos, Madrid; Lafuente Benaches, María Mercedes, *La concesión de dominio público (Estudio especial de la declaración de caducidad)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1988; Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1993; Aguilar Valdez, Oscar R., “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Servicio público y policía*, El Derecho, Universitas S.R.L., Buenos Aires, 2006.

cimiento del plazo de duración fijado para ese vínculo (*caducidad de la concesión por transcurso del plazo*)⁸.

Pero, también encontramos el uso del calificativo de *caducidad* asociado a la idea de sanción que se aplica al obligado por un acto o contrato administrativos –y por una concesión administrativa– y que genera efectos extintivos para la relación jurídica en cuestión (*caducidad-sanción*).

Como se apreciará de los dos sentidos ilustrados, el término *caducidad*, en los predios del Derecho Administrativo, ha resultado, en algunos casos, de un uso genérico y engloba dos supuestos de hecho distintos, cuyo denominador común es el de provocar la extinción de ciertas relaciones jurídicas generadas por actos o contratos administrativos, y, en lo que nos interesa en estas líneas, por la concesión administrativa.

8 Esto puede apreciarse en una parte de la doctrina española, por ejemplo: Fernández de Velasco, Recaredo, “Teoría jurídica de las concesiones administrativas”, en *Revista de Derecho Privado*, No. 53, Febrero, y No. 54, marzo, Tomo V (Enero-Diciembre 1918), Madrid, 1918, pp. 79 y sigs.; Royo Villanova, Antonio, Royo Villanova, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, 15ta edición, Imprenta Castellana, Valladolid, 1935, p. 138; Villar Palasí, José Luis quien en su importante trabajo sobre la voz “Concesiones Administrativas”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Publicada bajo la dirección de Carlos-E. Mascareñas con la colaboración de eminentes profesores y juristas, Tomo IV, Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1952, denominaba a un acápite (pp. 746 y ss.) “Teoría de la caducidad-sanción” y a otro (pp. 754 y sigs.) “Teoría de la caducidad por transcurso del plazo”; también de Villar Palasí, *Apuntes de Derecho Administrativo*. Parte General, Tomo II, Tomo II, Madrid, 1977, p. 426; Carretero Pérez, Adolfo, “Configuración jurídica y presupuestaria de las Obras públicas”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, Número 163, Julio-Agosto-Septiembre, 1969, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, p. 425; más contemporáneamente, Blanquer, David, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Los sujetos y la actividad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 467, enseñaba que una vez expirado el plazo máximo de duración del contrato se producía la caducidad de la concesión. Fuera de España, se aprecia en autores como: Rieffolo Bessone, José F., *Contrato de obra pública*, Librería “El Ateneo” Editorial, Buenos Aires, 1946, p. 33. En Cuba: Alfonso y Caballero, Mario, (*La legislación sobre Servicios Telefónicos Públicos y la concesión a la “Cuban Telephone Company”, (Estudio de interpretación legal)*), Impresor Albino Rodríguez, Habana, 1941, pp. 8, y 61 y ss.

Pensamos que el alcance amplio de la expresión *caducidad*, tal cual ilustramos ya, puede mover a imprecisiones, pues si bien en ambos supuestos que trasunta ese alcance extendido (caducidad por transcurso del plazo y caducidad-sanción) el efecto básico es el cese de la concesión administrativa (del acto o del contrato administrativo), ellos, como supuestos fácticos, difieren sustancialmente entre sí; así como también en el régimen jurídico aplicable a uno y otro. En el caso del transcurso del término de la concesión, la terminación de la misma es una consecuencia natural del decurso del tiempo. En el otro, esa extinción es totalmente anormal; representa una sanción extrema contra el concesionario y, por ende, su régimen y consecuencias jurídicas se tornan esencialmente distintos de aquél.

A raíz de esa realidad, y en aras de buscar un poco más de precisión terminológica y técnica, preferimos circunscribir estrictamente la figura de la *caducidad* de las concesiones administrativa –que es, en definitiva, el tema que aquí nos mueve–, conjuntamente con buena parte de los estudiosos, sólo al supuesto en que se constituye como una sanción que genera una extinción anticipada de la concesión administrativa por incumplimientos obligacionales del concesionario.

Para nosotros, en su sentido más estricto, técnicamente hablando, la *caducidad* no es sino una forma de extinción de la relación jurídica que se crea en virtud de actos y contratos administrativos, como consecuencia de incumplimientos graves de las obligaciones por parte del obligado frente a la Administración Pública a tenor de tales actos o contratos. Es decir, que la *caducidad* resulta un tipo de sanción a imponer –la más extrema en la escalada de intensidad del espectro de posibles sanciones– por incumplimientos graves del obligado por un acto o contrato administrativos frente a la Administración Pública; incumplimientos esos que no están relacionados sólo con la no realización de sus obligaciones dentro de un plazo fijado.

De ahí que descartamos considerar bajo la idea amplia de *caducidad*, en pos de un mejor ajuste a las exigencias de la técnica jurídica, en lo que a concesiones administrativas se refiere, que el vencimiento del plazo configure un supuesto de *caducidad* de la concesión administrativa, circunscribiendo la idea de esta a la noción señalada en el párrafo precedente.

Tal como hemos dejado ver ya, cuando se produce el cumplimiento del término de la concesión administrativa, el efecto fundamental que se genera es la extinción de la relación que en virtud de la concesión se establece. La terminación por vencimiento del plazo tendrá un carácter *ipso iure*, de pleno derecho. Lo que quiere decir que no se requerirá de un pronunciamiento expreso de sujeto alguno por el cual se dé por extinguido el vínculo concesional. Esta cesación *ipso iure* es consecuencia lógica de la temporalidad de la concesión.

Ahora bien, la relación concesional, al expirar el término, puede tomar dos caminos: la extinción o la prórroga de su vigencia.

La prórroga de la concesión administrativa puede realizarse por un período igual o menor al previsto para la concesión, según se establezca normativamente o por acuerdo entre el concedente y el concesionario. La procedencia de la prórroga debe fundarse en una disposición normativa que así lo permita o en un acuerdo de las partes que puede aparecer en la letra originaria de la concesión o establecerse durante el período de desenvolvimiento de la misma o en la etapa previa a su expiración, siempre que normativamente no se prohíba tal posibilidad de prorrogar la concesión. Sin embargo, pensamos que dicha prórroga debe solicitarse y concederse con anterioridad al cumplimiento del término, para que el vínculo cobre continuidad temporal, que es lo que se busca con ella; pues si se extingue el nexo concesional por el transcurso del tiempo y luego se vuelve a asumir, aunque sea por el mismo concesionario y sujetándose a las mismas condiciones, no sería ya una

prórroga de la concesión, sino un nuevo otorgamiento y una nueva concesión.

En relación con la prórroga de la concesión deben considerarse dos posibles situaciones: el hecho que se establezca la prórroga como un derecho del concesionario, de ahí que no se requiera autorización del concedente para que ésta proceda, sino que sólo será necesario que el concesionario manifieste previamente y de forma expresa su intención de prorrogarse en el ejercicio de lo concedido⁹; y el supuesto en que se exija

9 Gastón Jèze (*Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo VI, Traducción directa de la 3ra edición francesa por Julio N. San Millán Almagro, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 317) explicaba en su momento que: “En la práctica, se halla a veces una cláusula que establece la facultad de prórroga de la concesión, por un período determinado de antemano, ante el simple pedido del concesionario. Por ejemplo, el contrato de concesión establece: «Al finalizar el período... de la concesión, ésta podrá prorrogarse por 10 años, si el concesionario lo desea». La común intención de las partes contratantes es, manifiestamente, conferir al concesionario un derecho a la prolongación de la concesión por el período previsto. Bastará, pues, al concesionario manifestar, antes del término de la concesión, la voluntad inequívoca de usar de este derecho, para que la concesión se prorrogue pura y simplemente en las condiciones del contrato existente. Este efecto se produce inmediata y definitivamente. No se necesita la manifestación de voluntad del concedente de aceptar la solicitud del concesionario. Por consiguiente, si al mismo tiempo o aun posteriormente, el concesionario pide una modificación de las cláusulas del contrato de concesión, no puede considerarse que dicho pedido anula implícitamente la manifestación de voluntad de prorrogar la concesión.”. Jèze (*Principios Generales...*, ob. cit., Tomo VI, p. 320) añadía: “En caso de que el contrato le otorgue derecho a reclamar la prórroga, el concesionario solicita la continuación de la concesión en las mismas condiciones. Ni el concedente ni el concesionario pueden modificar unilateralmente las condiciones contractuales. Si se efectúa un cambio, por decisión unilateral, en la organización reglamentaria del servicio público concedido se aplicarán las reglas relativas al restablecimiento del equilibrio financiero, en caso de cambio en la situación jurídica cuyo mantenimiento era considerado por las partes como un elemento esencial, en el momento de celebrar el contrato”. Además el maestro francés (*Principios Generales...*, ob. cit., Tomo VI, p. 319) decía: “Por lo general, la cláusula que estipula la prórroga de la concesión a solicitud del concesionario establece un preaviso para el ejercicio de este derecho. Este preaviso es, entonces una condición esencial. No puede reemplazarse por el simple conocimiento que tenía el concedente de la intención del concesionario de usar su derecho”.

que la prórroga de la concesión debe estar condicionada a la autorización o aceptación en este sentido por parte de la Administración Pública, por lo que aquélla no operará automáticamente a favor del concesionario con la sola solicitud que este último haga.

La presencia de la posibilidad de prorrogar la concesión administrativa responde, desde nuestro punto de vista, a la idea de mantener la continuidad y regularidad en la realización del objeto de la concesión (esencialmente el servicio público concedido) en función del interés público, y de la conveniencia que esa ejecución se siga sosteniendo mediante el modo concesional y por el concesionario actual. Además, constituye un estímulo al concesionario, quien ve prolongada en el tiempo la posibilidad de obtener ganancias, más allá del período en el que tenía inicialmente prevista la amortización de su inversión y la obtención de dividendos; lo que sin dudas redundará en un mayor beneficio patrimonial para él. Por otro lado, en ocasiones la prórroga aparece como necesidad para el concesionario, ante la circunstancia de que no ha podido amortizar aún el costo de las inversiones que realizara en la concesión.

Igualmente, se han advertido dos supuestos que pudieran acaecer, una vez expirado el término de la concesión administrativa, y que se relacionan con la continuidad del concesionario en la realización de lo concedido.

Así, puede acontecer que, vencido el plazo y operada formalmente la extinción del vínculo concesional, el concesionario se mantenga ejecutando la concesión sin que la Administración Pública muestre inmediata oposición a ello. En este caso, si esa ejecución se realiza de buena fe y sin afectaciones a las necesidades públicas, se puede entender que el concesionario continuará su ejecución bajo las condiciones anteriormente vigentes;¹⁰ adquiriendo esta realización un carácter precario,

10 V. gr.: de Laubadère, André, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Tomo III, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris,

pues al no existir pronunciamiento expreso sobre la procedencia de esa continuidad ésta adquiere sólo una vigencia de hecho, y la Administración Pública puede dar por terminada esa situación en cualquier momento. Autores que precisan a la concesión administrativa como un contrato administrativo, destacan que en ese caso no opera una tácita reconducción de la misma;¹¹ conclusión ésta que vemos muy vinculada a la naturaleza de los derechos que involucra la concesión y a la persona o el ámbito en que actúa el sujeto a la que se le otorga la misma,

1956, pp. 142, 179 y 180; Marienhoff, Miguel S., MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-B, 2da edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 628; Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2da edición, con la colaboración de Estela B. Sacristán, Abeledo-Perrot, LexisNexis Argentina, S.A., Buenos Aires, 2005, p. 151; Ábalos, M. Gabriela, "La concesión de servicios públicos", en Farrando, Ismael (h) - Martínez, Patricia R. (Directores) y otros, *Manual de Derecho Administrativo*. Reimpresión de la 1era edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 2000, p. 458.

- 11 De Laubadère, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 142: "(...) *Cependant la continuation par le particulier cocontractant, après l'expiration du contrat, des prestations qui faisaient l'objet de celui-ci est susceptible de produire des effets juridiques et de faire naître des droits à son profit à l'un des deux titres suivants:*

1° *Dans certains cas la continuation effective du contrat pourra être considérée comme une tacite reconduction; la situation des parties demeurera contractuelle comme issue d'un contrat tacite; (...).*

2° *En dehors même de la notion de contrat tacite la continuation de fait de l'activité du cocontractant, par exemple de la concession de service public par le concessionnaire après l'expiration de la durée prévue, pourra, si elle est faite de bonne foi et est utile à l'administration, ouvrir droit au profit du cocontractant à la compensation pécuniaire des dépenses exposées par lui au titre d'une situation quasi-contractuelle: C.E. 20 mars 1942, Dame Vve Bastit, p. 92."*

Ver también, por ejemplo: Linotte, Didier y Romi, Raphaël, *Services publics et droit public économique*, 5e édition, Litec Groupe LexisNexis, Paris, 2003, p. 338. Según Miguel S. Marienhoff (*Tratado...*, Tomo III-B, ob. cit., p. 628): "b) En la hipótesis de referencia no existe *tácita reconducción* de la concesión de plazo vencido. Esto es así porque no hay concesiones de servicio público «*implicitas*», ni derechos «*implicitos*» nacidos de una concesión de servicio público. Trátase de principios generales aplicables en materia de «concesiones», sean éstas de uso del dominio público, de obra pública o de servicio público. (...)". Igualmente, entre otros: Canosa, Armando N., *Régimen administrativo del transporte terrestre*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 398.

pues como en principio no existe un derecho subjetivo al otorgamiento de una concesión administrativa, tampoco puede considerarse que ésta se ha realizado tácita o implícitamente, ni que al concesionario le asiste un derecho al mantenimiento de la concesión si continua de hecho en el ejercicio de la misma una vez que haya expirado su término. Pero, igualmente, los aludidos autores han acotado que esa actuación del concesionario no es ilegal, cuando sea de buena fe y de utilidad pública, y mientras esa situación de hecho persista se amparará bajo la figura de un *cuasicontrato* administrativo, permitiendo ello que el concesionario tenga derecho a que se le compensen los gastos incurridos en ese tiempo¹².

El otro caso ha sido descrito, entre otros escritores, por Alcides Greca, quien apuntaba:

“Una circunstancia no prevista en los contratos de concesión, pero que podrá ser materia de legislación especial, es la que se presenta al vencimiento del plazo de la concesión, cuando los poderes públicos no han organizado un nuevo servicio, ya sea por realización directa o mediante una nueva concesión. En dicha circunstancia, la Administración pública podrá exigir al concesionario que siga prestando el servicio en las mismas condicio-

12 De Laubadère, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 142; Marienhoff, Miguel S., *Tratado...*, Tomo III-B, ob. cit., p. 628; Dembour, Jacques, *Les moyens d'action de l'administration*, Faculté de Droit de l'Université de Liège, Faculté de Droit, Liège, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967, p. 211, y del propio Dembour, *Droit Administratif*, Troisième édition, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales de Liège, Liège, 1978, p. 424, en ambos textos este autor belga se refería específicamente a las concesiones de dominio público; Sarmiento García, Jorge, *Concesión de servicios públicos*, 2da edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 308. Para Andrée de Coudevylle (*Les concessions de service public des collectivités locales*, Sirey, Paris, 1983, p. 141): “Bien que les droits et obligations du concessionnaire prennent fin avec l'expiration du contrat, il se peut que le concessionnaire ait été amené à poursuivre l'exploitation de la concession venue à expiration; dans ce cas, on applique la théorie du «concessionnaire de fait», celui-ci aura droit au remboursement des frais de gestion qu'il a exposés”.

nes del contrato ya vencido y hasta tanto se instale un nuevo servicio. Así lo ha establecido la ley 4732 de la provincia de Buenos Aires, que reglamenta los servicios de energía eléctrica. Ello tiene por fundamento que el servicio no debe faltar en momento alguno y que ha de ser prestado en forma regular y continua. (...), esta facultad, atribuida a la Administración del Estado, puede importar una evidente injusticia si no se le fija a ésta un plazo máximo, dentro del cual estaría facultada para mantener en una situación tan precaria al concesionario”¹³.

Para nosotros, los dos casos descritos de continuidad del concesionario en la concesión sin prórroga formal, son esencialmente idénticos, distinguiéndose entre sí en que el primero es tácitamente permitido y el segundo expresamente dispuesto. En ellos la situación de la concesión toma un carácter precario, subsistiendo hasta que el concedente decida terminarla y manteniéndola bajo las condiciones que preexistían antes de que finalizara el plazo; no implican prórroga, tácita o expresa, de la concesión. Ambos supuestos se fundamentan en la conveniencia para el interés general de que se mantenga la realización de

13 Greca, Alcides, *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*, Tomo III, 2da edición, Imprenta de la Universidad, Santa Fe, 1943, pp. 221 y 222. Enrique Sayagués Laso (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Montevideo, 1959, p. 77) escribía sobre la circunstancia referida por Greca, que no creía admisible la solución, salvo que surja de textos legales o cláusulas expresas de la concesión. Por su parte, Rafael Bielsa (*Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. 146), cuando analizaba los efectos de la extinción, en sentido general, de la concesión en relación con las diversas situaciones respecto del concedente, destacaba de forma muy semejante a Greca: “Pero si el poder concedente, por razones de urgencia, considera que el servicio debe seguir prestándose durante algún tiempo más, él puede obligar al concesionario a prestarlo en las condiciones pactadas, y, desde luego, el concedente está obligado a pagar al concesionario, si éste justifica derecho, alguna retribución suplementaria. Esto se funda en el principio de la *continuidad del servicio público*, bien entendido *sin perjuicio patrimonial del concesionario*”; para este último argentino, el fundamento jurídico de esta atribución era la urgente *necesidad pública*.

la concedido hasta tanto se elimine, se reorganice o se entregue a otra persona para su ejecución.

Ahora bien, como ya se ha dicho varias veces, con el vencimiento del plazo de la concesión administrativa se produce la extinción de la relación concesional y con ello de los derechos y obligaciones que se crearon con el nacimiento de esa relación. Por tal motivo, con tal extinción se produce además una *reversión* o retorno del ejercicio de la actividad concedida a la Administración Pública, la cual lo había transferido temporalmente a través del acto de concesión.

Sobre la reversión ya adelantamos algunas ideas someras en el inicio de este tópico, por lo que para no repetirnos innecesariamente nos emitimos allí; así como, en especial, a otros trabajos doctrinales que existen que han desarrollado la cuestión con mucha más amplitud y sabia certeza que la que podemos reunir nosotros aquí¹⁴.

14 En relación con la reversión de las concesiones y su trascendencia jurídica, ya hemos afirmado que existe en la bibliografía jurídica española un clásico estudio de Eduardo García de Enterría que es clave y sentó cátedra en este punto y el que recomendamos como muchos otros lo han hecho ya: “El dogma...”, en *Dos estudios...*, ob. cit., pp. 16 y ss. También, de manera resumida, en García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 15ta edición, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 789, se ha observado: “En el fondo de esta construcción (sujeción a un plazo y reversión necesaria a la Administración del servicio y su soporte físico transcurrido el mismo) late un viejo prejuicio histórico: el deseo de evitar una enajenación subrepticia de las funciones públicas cedidas a las particulares por el juego de la prescripción inmemorial”; y seguidamente se dice: “Dentro de este esquema la reversión del servicio y de sus instalaciones en un plazo inferior a cien años (de ahí el tope mítico de los noventa y nueve años, que todavía hoy fijan los textos vigentes) venía a jugar el papel de una cláusula política, garantizando la consolidación de la titularidad pública escindida, y, en cuanto tal, acostumbró a considerarse como de esencia a toda concesión”. A reglón seguido García de Enterría y Fernández, continúan: “Los efectos negativos de este planteamiento tradicional sólo pudieron apreciarse en toda su dimensión al término de las concesiones otorgadas a mediados del siglo pasado. Al acercarse el momento de la reversión se vio claramente (el tema de los ferrocarriles fue especialmente alecciona-

En la literatura jurídica donde, de un modo u otro, se toca el tema que nos ocupa –por ejemplo en autores de procedencia española, aunque no en exclusiva–, no dejamos de encontrar quienes se han referido a la *reversión* como la forma de extinción de la relación concesional por el transcurso del plazo¹⁵.

dor) que la cláusula reversional, absolutamente inútil desde la perspectiva política inicial, una vez aclarado que en el Derecho moderno nadie puede ostentar una prerrogativa de función pública a título personal ni, por lo tanto, ganarla por el simple transcurso del tiempo, cualquiera que éste sea, habría servido solamente para impulsar la crisis del sistema concesional al impedir la renovación de las instalaciones afectadas al servicio en la última fase de vida de las concesiones cuando ya no sea posible amortizar las inversiones necesarias.”; para también exponer (p. 790): “A partir de esta constatación se hizo inevitable el abandono de las viejas ideas, y la necesidad de configurar la reversión como una cláusula de índole exclusivamente económica, ligada a las necesidades de este orden y, muy particularmente, al problema de la amortización de las inversiones realizadas por el concesionario. Desde esta nueva perspectiva la reversión pierde su antiguo carácter de elemento esencial de toda concesión y pasa a ser considerada como un elemento accidental del negocio, esto es, procedente únicamente en caso de pacto expreso, como una pieza más, allí donde esté concebida de ese modo, de la fórmula económica en que toda concesión consiste”.

- 15 Lo constatamos, entre otros, en las palabras de: Leopoldo Calvo Sotelo (*Derecho Político y Administrativo*, Editorial REUS (S.A.), Madrid, 1927, p. 475), cuando afirmaba que, entre varias formas, la concesión se extingue “(...) por reversión, o término del plazo de tiempo para el que la concesión fue otorgada; (...)”. Por su parte, Fernando Garrido Falla (*Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, reimpresión de la 7ma edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 435) refería sobre la reversión: “La reversión constituye una forma normal de extinción del contrato de concesión por el transcurso del plazo por el cual fue otorgado (...)”. Cano Tello, Celestino A., *La hipoteca de concesiones administrativas*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1973, p. 224. Juan Miguel de la Cuétara (*La actividad de la Administración*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1983, p. 192): “La **finalización** de una concesión puede producirse por **transcurso del plazo** de tiempo previsto (reversión), (...)” Rivero Ysern, José Luis, *Manual de Derecho Local*, 3era edición (segunda en Civitas), Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997, p. 354: “La reversión es la forma normal de extinción de la concesión de servicio público y tiene lugar por el transcurso del tiempo fijado en el contrato”. Ariño Ortiz, Gaspar *et al*, *Principios de Derecho Público Económico*, 3era edición ampliada, Fundación de Estudios de Regulación, Editorial Comares, S.L., Granada, 2004, p. 586. Entre los autores latinoamericanos: Lopes Meirelles, Hely, *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e

Esta calificación nos parece imprecisa, pues la *reversión* no es una forma extintiva, sino una consecuencia o efecto que provoca la cesación del vínculo concesional. El modo de extinción de la concesión, en este caso, es la expiración del plazo por el que ella se otorgó. La concesión no se extingue porque revierte a la Administración Pública; sino que por extinguirse la relación al vencerse el plazo de vigencia de la concesión es que lo concedido revierte o retorna al concedente. Por otro lado, la *reversión* como efecto de la extinción de las concesiones administrativas no es un fenómeno exclusivo de su expiración por el vencimiento del término, sino que se manifiesta como consecuencia en otros tipos extintivos (en caso de rescate, caducidad, revocación o resolución por interés público, mutuo acuerdo, por ejemplo), por ser una cuestión relacionada con la recuperación del ejercicio de una esfera de actuación propia de la Administración Pública que concedió, pero manteniendo siempre su titularidad. Por ello, no creemos procedente aceptar que se hable de *reversión* como forma extintiva relativa al transcurso del término de la concesión, porque entonces se estaría limitando formalmente el efecto de la *reversión* al supuesto exclusivo del cumplimiento del plazo concesional establecido, obviando así los demás supuestos en que este efecto se manifiesta y que no se relacionan propiamente con el vencimiento de ese plazo.

De igual modo, hay un segmento de autores que se refieren a la *reversión* como la situación de paso al concedente de los bienes afectados a la ejecución del objeto de la concesión una vez extinguida esta.

Así, por ejemplo, el profesor mexicano Miguel Acosta Romero hablaba del “derecho de reversión” como

José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores L.T.D.A., São Paulo, 2003, p. 379, quien destacaba sobre los motivos y formas de extinción de la concesión: “*O primeiro é o término do prazo da concessão, também conhecido como reversion, porque representa o retorno do serviço ao poder concedente; (...)*”.

“(…) una institución administrativa que opera en las concesiones y consiste en que una vez transcurrido el plazo de la concesión, los bienes afectos ya sea al servicio público, o a la explotación de bienes del Estado, pasan a ser propiedad de éste sin necesidad de contraprestación alguna”¹⁶.

Para otro mexicano, Jorge Olivera Toro:

“La reversión es el acto que tiene por objeto hacer que pasen a la propiedad del Estado todos los bienes afectos a la explotación de la concesión (instalaciones y obras), siempre y cuando ocurran las circunstancias que expresa la ley (por ejemplo: expiración del plazo de la concesión)”¹⁷.

Sobre ese tipo de consideraciones conceptuales sobre la *reversión* en las concesiones administrativas, creemos también que no es del todo precisa –al menos desde el punto de vista técnico jurídico–, pues la llamada “reversión de los bienes”, en tanto estos bienes resultan el soporte material de la ejecución de lo concedido, es una consecuencia de la reversión a la Administración Pública concedente de la realización directa de la actividad cuyo ejercicio transfirió temporalmente al concesionario en virtud de la concesión administrativa. Revierten los bienes –que correspondan– porque opera la reversión de lo concedido a manos del concedente. No está de más recordar que revertir significa, esencialmente: volver una cosa al estado o condición que tuvo antes, venir a parar una cosa en otra, y volver una cosa a la propiedad que tuvo antes, o pasar a un nuevo dueño. Por lo tanto, si bien en lo que a *reversión* en la concesión administrativa atañe, los bienes pueden ser elemento

16 Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del Derecho Administrativo*. Primer curso, 12da edición actualizada, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, p. 865.

17 OLIVERA TORO, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, 3era edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1972, p. 247.

visible, este fenómeno no involucra solo a esos bienes, sino, primariamente, a las competencias que la Administración Pública transfiere como derechos al concesionario, además del soporte físico –los bienes– que se involucran en el ejercicio de la concesión administrativa.

De otro lado, aún en la senda de tener mejor precisión para la idea de la *reversión* en la concesión administrativa, y atendiendo al tipo de bienes involucrados en el retorno de lo concedido a la Administración Pública concedente, nos parece oportuno precisar que si bien la gran mayoría de autores, fallos y normas vigentes catalogan a la transmisión al concedente de los bienes propiedad del concesionario (que aporta al universo material que implica la ejecución del objeto de la concesión), como reversión de esos bienes a la Administración Pública, no han dejado de existir quienes critican el uso de esa terminología¹⁸. El argentino Marienhoff –como ilustración de aquéllos que así lo han hecho– ha objetado esa expresión de la siguiente manera:

“(...) aunque gramaticalmente se le acepte como correcta en este sentido, en realidad no es de uso recomendable, por cuanto si los bienes aludidos nunca fueron del Estado, se presta a confusión decir que ellos “reverti-

18 V. gr., entre los autores argentinos: Sarría, Eustorgio, *Derecho Administrativo*, 3ra edición, Editorial Temis, Bogotá, 1957, p. 196; Marienhoff, Miguel S., *Tratado...*, Tomo II-B, ob. cit., pp. 632 y 633; Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 473; Sarmiento García, Jorge, *Concesión...*, ob. cit., p. 239; Mata, Ismael, “Régimen de los bienes...”, ob. cit., p. 296. Por su parte, el español Fernando Albi (*Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, S.A., Madrid, 1960, p. 654) señalaba: “(...) no tiene sentido cualquier alusión a los pretendidos derechos de los concesionarios con referencia a las instalaciones materiales. El concesionario carece de derechos respecto a las mismas; sólo tiene obligaciones: las de hacerlos funcionar y conservarlas. Es simplemente, en este aspecto, un agente de la Administración, un gestor del servicio, un administrador de las instalaciones. La terminología utilizada –como tantas veces ocurre– es defectuosa; en realidad, nada revierte a la Administración; nada recobra ésta, porque jamás perdió nada”.

rán" a él. En estos casos es más propio hablar de "transferencia" de bienes del cocontratante al Estado, pues tal expresión aleja la duda a que me he referido"¹⁹.

A partir de lo anterior, podemos decir entonces que el análisis de la *reversión* en las concesiones administrativas involucra dos cuestiones esenciales: una que se refiere a la gestión directa de la actividad (como el servicio público) que temporalmente se transfiere al concesionario, y que revierte a su titular, la Administración Pública, sin mayores traumatismos; y la otra, que está relacionada con los bienes que sirven de base a la gestión de lo concedido, cuestión ésta que adquiere mayor relevancia si la actividad concedida debe continuar realizándose, por cualquiera de las formas de gestión que existen, después de extinguido el nexo concesional. Es decir, que la continuidad y la regularidad de la ejecución de la actividad dada en concesión vendrán a determinar también la necesidad de reversión de los bienes que soportan materialmente dicha ejecución.

Ante todo, hay que tener presente que el conjunto de bienes que sirven de soporte material a una concesión administrativa está integrado por una masa heterogénea de ellos. Así, los bienes vinculados al desempeño de la concesión, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, pueden ser bienes *demaniales* cuyo uso ha sido otorgado por la Administración Pública o bienes incorporados por el concesionario en función de la actividad que ejecuta; también pueden ser bienes inmuebles o muebles. Y por el papel que desempeñan dentro de la actividad que se desenvuelven, pueden tener un carácter imprescindible, necesario o no para su existencia. De manera general – y especialmente por el influjo de la doctrina francesa – se integran los

19 Marienhoff, Miguel S., *Tratado...*, Tomo II-B, ob. cit., pp. 632 y 633. Marienhoff (*Tratado...*, Tomo II-B, ob. cit., p. 633) precisaba: "Los expositores tratan de justificar y explicar en estos casos el uso del vocablo «reversión». Dicen que, en un principio, en la mayoría de los supuestos los bienes utilizados por el concesionario para prestar el servicio, eran del Estado; en virtud de ello, el lenguaje jurídico generalizó utilizando en todos los casos el vocablo «reversión»".

bienes en tres categorías denominadas: *bienes de retorno*, *bienes de recuperación* y *bienes propios del concesionario*.

Considerando los distintos bienes relacionados con el párrafo anterior, el análisis sobre su destino, una vez expirado el plazo de la concesión, debe fraccionarse. Si en la concesión existen bienes públicos involucrados, los derechos transferidos, que recaen sobre ellos, vuelven *ipso iure* a la Administración concedente. En este caso, si bien se habla normalmente de reversión de esos bienes, en verdad lo que retorna a la Administración Pública es el derecho de uso y disfrute sobre los mismo, que se otorgó en virtud de la concesión; así como la tenencia de dichos bienes, que funge como presupuesto necesario para su uso y disfrute, y que le fue conferida al concesionario a raíz del vínculo concesional. En relación con estos bienes, creemos que no es necesario que se exprese en la letra del acto que retornarán a la Administración Pública, porque es, a nuestro entender, una operación lógica debido al derecho que tiene el concesionario sobre ellos y la naturaleza jurídica de tales bienes.

El grueso de los bienes que se vinculan a la concesión son los incorporados por el concesionario como acción necesaria para el desempeño de la actividad objeto de la concesión y que en dependencia de la función que se les asigna dentro de esa actividad, serán imprescindibles o no para su realización. En sentido general, un amplio grupo doctrinal concuerda en destacar que, después de extinguida la concesión, para que opere al concedente la transferencia de los bienes del concesionario afectados a la actividad concedida, dicha transferencia debe estar expresamente estipulada en la letra de la concesión o en la normativa vigente que regula esa relación; igualmente debe figurar expresamente en ellas cuáles serán esos bienes. En consecuencia, el principio básico que rige en este sentido es el de que si no existe pronunciamiento expreso en la concesión o en las normas sobre la procedencia de la transferencia de los bienes del concesionario al concedente después de finalizada la relación concesional por transcurso del plazo, estos bienes

continúan en propiedad del primero;²⁰ aunque, el panorama doctrinal no ha estado exento de opiniones que matizan esta solución²¹. Esta situación viene determinada por el hecho de ser la *reversión* una disposición de carácter exclusivamente económico, cuya naturaleza económica fuera resaltada por García

20 V. gr.: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso...*, Tomo I, ob. cit., p. 790; Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tomo IV, Instituciones Fundamentales. (Segunda Parte). Dominio Público, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, p. 267; Sayagués Laso, Enrique, *Tratado...*, Tomo II, p. 77; Marienhoff, Miguel S, *Tratado...*, Tomo II-B, ob. cit., pp. 631 y 632; Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, 2da edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 209, y *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 151; Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, 8va edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 416; Mata, Ismael, "Régimen de los bienes en la concesión de servicios públicos", en A.A.V.V., *Contratos administrativos*. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 294. Esa conclusión se desprende también de lo expresado por Bielsa, Rafael, *Principios...*, ob. cit., p. 139; Alessi, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Traducción de la 3ra edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1970, p. 177; Arimany Lamoglia, Esteban, *La reversión de instalaciones en la concesión administrativa de servicio público*. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona. 1980, pp. 17 y sigs.; Morell Ocaña, Luis, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4ta edición, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1999, p. 337; Sala Arquer, José Manuel, *La liberación del monopolio de petróleo en España*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, pp. 179 y ss.

21 Matizada aparece la opinión de Otto Mayer (*Derecho Administrativo Alemán*, Tomo IV, *Parte especial. Las obligaciones especiales*, Traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Ediciones ARAYÚ, Buenos Aires, 1954, pág. 176): "Si no se ha previsto nada en este sentido, el Estado o el municipio podrá elegir entre dejar que el empresario anterior disponga libremente de los medios que quedan o tomarlos para continuar la empresa, claro está, mediante indemnización (...)". Igualmente matizada es la afirmación que realizara Alcides Greca (*Derecho y Ciencia...*, Tomo III, ob. cit., pág. 221): "(...) Cuando la empresa concesionaria ha sido autorizada para imponer precios o tarifas que le permitan, no sólo obtener el interés de su capital, sino recuperar paulatinamente su total inversión realizada, las obras e instalaciones del servicio deben pasar a poder de la Administración pública sin indemnización alguna. Puede determinarse, también, que al expirar el plazo, corresponderá al Estado adquirir las instalaciones pagando un precio (...)".

de Enterría;²² y porque de esa forma se protegen los derechos patrimoniales del concesionario, especialmente su derecho de propiedad²³.

Acercándonos más a los bienes aportados por el concesionario, que deberán ser entregados a la Administración Pública concedente por disposición expresa una vez extinguido el vínculo concesional, en este caso que nos ocupa a tenor de la expiración de su término, tenemos que distinguir aquellos bienes generalmente inmuebles que están afectados al desempeño de lo concedido y que presentan un carácter indispensable para su desarrollo (reciben el nombre de *biens de retour* en la denominación francesa).

-
- 22 En su obra en coautoría con Tomás-Ramón Fernández, *Curso...*, Tomo I, ob. cit., pp. 790 y 791, se concluía: “Con todo, la naturaleza exclusivamente económica de la cláusula de reversión es hoy indiscutible. En función de dicha naturaleza se precisa el momento en que la reversión deberá producirse (...) y de acuerdo con ella se miden sus concretos efectos, que corresponde determinar al propio contrato, en el que han de precisarse los bienes que por estar afectos al servicio deben ser entregados gratuitamente a la Administración (*biens de retour*), y aquellos otros que por su utilidad para el servicio puedan revertir a la Administración, previo pago de su precio al concesionario (*biens de reprise*).”.
- 23 Decía Miguel S. Marienhoff (*Tratado...*, Tomo II-B, ob. cit., pp. 631 y 632): “Si las partes nada estipularon acerca del destino de tales bienes, es evidente que éstos, al disolverse o extinguirse el vínculo contractual, seguirán perteneciendo a su dueño; es decir al cocontratante (“concesionario” en este caso) (...) El derecho de propiedad es, por principio, “*perpetuo*”, carácter que sólo cede por las causas que establezca el derecho objetivo o que las partes señalen en sus convenios. De modo que si los interesados nada dijeron acerca del ulterior destino de los bienes particulares del concesionario, tales bienes continuarán perteneciéndole al mismo, quien entonces podrá disponer de ellos. En tal caso, el Estado no puede apropiarse de los bienes del concesionario sin cumplir con los requisitos de la Ley Suprema sobre expropiación: de lo contrario cometería un despojo.”. En similar cuerda se movía Juan Carlos Cassagne (*La intervención administrativa*, ob. cit., p. 209) cuando acota: “En rigor, la reversión de los bienes del concesionario no puede considerarse una cláusula implícita del contrato de concesión o licencia, ya que la voluntad de perder el dominio no se presume (como en general, la renuncia de derechos) y toda cláusula de renuncia al derecho de propiedad es de interpretación restrictiva”.

De ordinario, se estipula que estos bienes pasen a manos del concedente de manera gratuita, sin costo alguno, si el concesionario recuperó la inversión que sobre ellos realizó. Para entender el por qué de esa operación gratuita no debe olvidarse que en el establecimiento del plazo de la concesión influye de manera marcada la recuperación económica del concesionario; lo que hace que tal duración de la relación se prefije también en función de que el concesionario pueda recuperar el gasto en que incurrió por las inversiones realizadas, así como en función de que pueda obtener un cierto margen, mayor o menor, de ganancias (móvil principal que lo lleva a vincularse con el concedente en este nexo jurídico-administrativo). Con ese presupuesto de base, el transcurso del plazo de la concesión debe señalar, para el concesionario, la recuperación del valor de esos bienes más la obtención del plus ganancial. Por lo tanto, es esa recuperación patrimonial con la respectiva producción de dividendos, ligada a la necesidad de la Administración Pública de continuar (directa o indirectamente) la realización del objeto que se concedió, y de lo indispensable de esos bienes para lograr dicha realización, la que hace que la transferencia de los bienes que aquí nos ocupan, del concesionario al concedente, adquiera un carácter gratuito, pues, ante esa realidad, no existe causa jurídica suficiente para amparar una posible reclamación del concesionario en la que exija del concedente el pago de su valor por la cesión establecida; dicho valor deberá estar amortizado al cumplirse el plazo. La cuestión de la gratuidad de la *reversión*, como principio, ha sido analizada en extenso por la doctrina, y es hoy una conclusión acogida por los teóricos con cierto pacifismo, que esa gratuidad en relación con los bienes aportados por el concesionario, operará sólo si durante el tiempo de ejecución de la concesión el concesionario pudo recuperar la inversión realizada en los mismos²⁴.

24 Al respecto, sirvan como botón de muestra –en referencia numéricamente mínima al respecto–, lo expuesto por: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso...*, Tomo I, ob. cit., p. 790; Sala Arquer, José Manuel, *La liberalización...*, ob. cit., pp. 180 y 181. En otro tipo de opinión que creemos necesario destacar, en un sentido marcadamente a favor del

De otro lado, están asimismo otros bienes del concesionario que igualmente se utilizan en la ejecución de la actividad concedida, pero que su carácter necesario en relación con esa ejecución es más atenuado que los del párrafo anterior. Estos bienes también pueden ser determinados como que pasan al concedente, de ahí su condición de decisión facultativa. Y por ellos deberá también pagar este último un precio al concesionario si la inversión que sobre ellos ha realizado este último no ha sido amortizada durante el período de ejecución de la concesión; por lo que esta adquisición tiene un carácter oneroso para el concedente (en la nominación francesa son *biens de reprise*).

Cuando se dispone el mencionado movimiento de bienes del concesionario al concedente, ya sea de modo gratuito u oneroso, adquiere una fuerza importante la obligación (ya presente de por sí en el caso en que se involucren bienes públicos) que nace para el primero de conservar en buen estado esos

capital privado, el profesor español Gaspar Ariño Ortiz (*Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1993, p. 342) atacaba el valor económico y financiero de la reversión en las concesiones administrativas, en los siguientes términos: "(...) desde un punto de vista económico y financiero, la reversión (se entiende, gratuita) es un absurdo, un elemento dañino y contraproducente para la promoción, extensión y conservación de los grandes servicios públicos como son los teléfonos, el transporte aéreo o el servicio eléctrico. El volumen de inversiones en estos campos es tal y tan continuo, que resultaría prácticamente imposible su amortización (y por tanto, prohibitiva su realización) por el sector privado. Dicho de otro modo: afirmar la reversión equivaldría a forzar la retirada del capital privado en la gestión de estos servicios. La renovación y reposición continua de nuevas instalaciones, capaces de hacer frente a la demanda creciente, se verían absolutamente imposibilitadas ante la perspectiva de su reversión, pues por largo que fuese el plazo de ésta, sembraría de inseguridades el mercado de capitales, y supondría una elevación tal de las tarifas a percibir (elevación forzada por la necesidad de amortizar dentro del plazo) que haría inviable el servicio. Así pues, el mecanismo reversional vendría a ser en estas concesiones, de tan elevadas cifras de inversión (en todas lo es, pero especialmente en estas), no un factor de garantía, sino un factor de distorsión económica, gravemente perjudicial para el servicio, agravándose ello en las fases finales de la concesión".

bienes, y la necesaria vigilancia y control del segundo para que se cumpla esa conservación, porque la entrega en buen estado de tales bienes garantizará la consecuente continuación de la actividad referida.

Sobre los bienes propiedad del concesionario, que no entran en la categoría de bienes anteriormente reseñadas (*bienes de retorno y bienes de recuperación*), y que son los denominados bienes propios del concesionario, hay que decir que se mantienen estos en el patrimonio del concesionario y si el concedente desea adquirirlos también debe hacerlo pagando por ellos, salvo que se establezca o estipule otra cosa en el marco jurídico ordenador de la concesión administrativa en cuestión.

II. SOBRE ALGUNAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA ANTES DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO

La manera no natural de extinción de las concesiones administrativa se da cuando el vínculo jurídico termina antes del vencimiento del plazo fijado. Se dice que es la forma no natural o anormal, porque la concesión administrativa se otorga para que se desarrolle y surta todos sus efectos jurídicos en el tiempo determinado para ella; por lo que, normalmente y hasta el último momento, deberá estar desplegando todos sus efectos característicos. Lo que no ocurre cuando la relación se concluye antes del tiempo señalado, ya que evita que la misma extienda todas sus consecuencias jurídicas propias. Lo normal es que las relaciones jurídicas surjan para desplegar todos sus efectos y no para que éstos queden cortados prematuramente.

Varios son los motivos por lo que se puede llegar a dar por terminada una concesión con anterioridad al transcurso del tiempo que se le fijó. Sin embargo, las formas o medios para extinguir esa relación jurídica, y que están ligados a esos motivos son: la *revocación* (si la concesión está considerada en su

naturaleza jurídica como un acto administrativo) o la *resolución* (si se entiende como un contrato administrativo; la *resolución* ha sido llamada también rescisión por una parte de la doctrina) y la *nulidad* (absoluta o relativa).

Las tres instituciones jurídicas mencionadas en el párrafo anterior (*revocación*, *resolución* –o *rescisión*– y *nulidad*) son los medios o formas jurídicas que se utilizan para lograr la finalización del vínculo.

Estaremos en presencia de la *revocación*, cuando la Administración Pública, mediante un acto administrativo, extingue un acto administrativo anterior fundándose en motivos de interés público (oportunidad, mérito o conveniencia). Por lo que al ser formalizada la concesión a través de un acto administrativo, su cese anticipado se puede lograr mediante un pronunciamiento posterior con ese objetivo, proveniente de la autoridad administrativa que dictó el primero o de otra autoridad con competencia al efecto prevista por el ordenamiento positivo, y sobre la base de motivos de interés público u oportunidad. La *revocación* de la concesión administrativa es un medio exclusivo de la entidad administrativa concedente –u otra con competencia atribuida al efecto–, por la naturaleza del nexo, del acto y del sujeto, siendo ajena por completo su utilización para el concesionario.

A diferencia de lo que acontece en la concesión como acto administrativo, en el contrato de esa índole, la forma de extinción anticipada característica es la *resolución* (también se le ha dado el nombre de *rescisión*²⁵ o *résiliation*).

25 Dentro de los estudiosos que han puesto su atención en las cuestiones que suscitan los contratos administrativos, no dejan de contarse los que destacan que la *resolución* y la *rescisión* son dos formas extintivas diferentes y, en consecuencia, no son dos figuras identificables entre sí. Esta idea tiene su claro asiento en la distinción que en el ámbito civil se hace de las referidas categorías, como lo reconocen abiertamente los que así sostienen lo anterior. Al respecto puede verse como sostenedor de ese planteamiento, entre otros, a Juan Gascón Hernández, “Rescisión y resolución de los contratos

El italiano Francesco Messineo planteó que la *resolución*

“(…) presupone un contrato perfecto, pero además un evento sobrevenido, o un hecho (objetivo) nuevo, o un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato, que de algún modo altere las relaciones entre las partes tal y como se habían constituido originariamente, o perturbe el normal desarrollo (ejecución) del contrato, de manera que éste no pueda continuar existiendo, porque se ha modificado, o en absoluto se ha roto, aquella composición de intereses, cuya expresión constituye el contrato (...)”²⁶

La doctrina francesa, principalmente, ha elaborado una interesante clasificación o distinción de la *résiliation* (rescisión o resolución) de los contratos administrativos;²⁷ y que creemos oportuno reseñar aplicándola al terreno específico de las concesiones administrativas desde su enfoque contractual –en cuanto a su naturaleza jurídica²⁸–.

administrativos.”, en *Revista de Estudios Políticos*, Volumen IV, Año II, No. 8, Octubre, 1948, Madrid, pp. 250 y sigs.; también Villar Palasí, José Luis, *Apuntes de Derecho Administrativo*. Parte general, Tomo II, Madrid, 1977, pp. 461 y ss.

26 Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV, *De las obligaciones*. Parte general, Traducción de la 8va edición italiana por Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 522.

27 Cabe mencionar, entre otros, a: Jèze, Gastón, *Principios Generales...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 174 y sigs.; Péquignot, Georges, *Théorie Générale du Contrat Administratif*, Éditions A. Pédone, Paris, 1945, pp. 390 y ss.; de Laubadère, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., pp. 143 y ss.; Rivero, Jean y Waline, Jean, *Droit Administratif*, 19 édition, Éditions Dalloz, Paris, 2002, pp. 131 y 132. Fuera de Francia a: Gascón Hernández, Juan, “Rescisión y resolución...”, ob. cit., pp. 250 y ss.

28 Sobre la naturaleza jurídica de la concesión administrativa puede verse el resumen de posiciones que hacemos en: Matilla Correa, Andry, *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*, Centro de Estudios de Administración Pública, Universidad de La Habana, Editorial Universitaria, La Habana, 2009, pp. 72 y sigs.; así como otros tratamientos más puntuales sobre alguna teoría al efecto, que hacemos en trabajos como: “La teoría de León Duguit sobre la naturaleza jurídica de la conce-

Así las cosas, se puede clasificar a la *resolución* de las concesiones administrativas atendiendo a su fundamento en: *resolución sin culpa o sin falta* y en *resolución por (con) falta o por culpa (résiliation aux torts)*.

Estaremos en presencia del primer supuesto referido cuando la causa de la resolución no sea un incumplimiento de las obligaciones establecidas en el acto concesional o en la normativa vigente, imputable al concesionario o al concedente; mientras que la segunda vendrá determinada por lo contrario, es decir, motivada por un incumplimiento de tales obligaciones achacado al concesionario, a la Administración o a ambos (a esta última Jèze la denomina *rescisión por culpa común*)²⁹. La *resolución por culpa* es una especie de sanción a imponer cuando el infractor o sujeto sobre el que recae la culpa es el concesionario y se especifica con el nombre de *caducidad*.

La *resolución* de la concesión administrativa puede ser también *facultativa (discrecional)* u *obligatoria*, de derecho o *de pleno derecho*. Esta última se configurará cuando expresamente, en el acto o en la normativa (de ahí que se subdivide en *resolución de pleno derecho prevista por el contrato* y *prevista por la ley*), se señale que ante ciertos acontecimientos procederá con carácter necesario u obligatorio la resolución o revocación del vín-

sión administrativa (La teoría de la convención de carácter complejo)", en Matilla Correa, Andry/ Prado Maillard, José Luis y Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (Coordinadores), *Ensayos de Derecho Público en conmemoración del sesquicentenario del natalicio de León Duguít*, Lazcano Garza Editores, Monterrey, Nuevo León (México), 2011; "Maurice Hauriou y la naturaleza jurídica de la concesión administrativa: la teoría de la doble naturaleza o doble aspecto", en Matilla Correa, Andry/ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando y Santaella Quintero, Héctor (Coordinadores), *Ensayos de derecho público. En memoria de Maurice Hauriou*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

29 Jèze, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo IV, *Teoría general de los contratos de la Administración, Primera parte*, Formación. Ejecución de los contratos, Traducción directa de la 3er^a edición francesa por Julio N. San Millán Almagro, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 183.

culo. Mientras que la *resolución facultativa* se constituye cuando se deja abierta, por el contrato o las normas, la posibilidad de que al ocurrir determinados eventos el concedente declare o no resuelta la concesión o el concesionario solicite dicha acción extintiva³⁰.

Atendiendo a la autoridad que pronuncia la resolución, ésta se particulariza en *resolución jurisdiccional o judicial*, cuando es pronunciada por el juez encargado de conocer de las controversias originadas a raíz de la concesión a instancia de una de las partes³¹, y en *resolución administrativa*, cuando la Administración puede decidir unilateralmente dicha resolución. Esta segunda especie puede venir establecida en la letra del acto de concesión o en las reglamentaciones al efecto.

En relación con el sujeto que insta la *resolución*, la misma puede ser *resolución de la concesión administrativa a instancia del concedente o del concesionario o por decisión de ambas partes (mutuo acuerdo, resolución amigable o convencional)*.

Igualmente, y siguiendo el criterio de si la resolución conlleva indemnización o no, pueden agruparse en *resolución con indemnización y sin indemnización (pura y simple)*.

30 Gastón Jèze (*Principios Generales...*, Tomo VI, ob. cit., pp. 175 y ss.) expresaba que para la Administración la rescisión facultativa existe en dos series de hipótesis: cuando puede rescindir, en cualquier momento, sin tener que dar motivos (tiene un poder general discrecional de rescisión en su favor, al que no puede renunciar y que no es necesario inscribir en el contrato ni en las reglamentaciones) y cuando el contrato estipula la rescisión del contrato. Para el empresario, la rescisión es facultativa cuando puede solicitarla, en los casos previstos por el contrato o las disposiciones, en determinado plazo.

31 De Laubadère, André (*Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., pp. 147) escribía: “La résiliation juridictionnelle est celle qui est prononcée par le juge du contrat à la demande de l’une des parties”. Y Esclarecía en la nota 6 al pie de la propia página 147: “Le juge du contrat étant le juge administratif, il convient d’employer l’expression «résiliation juridictionnelle» et non «résiliation judiciaire».”

Hay que destacar que ninguna de esas clasificaciones es excluyente entre sí, sino que, como responden a criterios de agrupación con finalidad esencialmente metodológica, que muestran diferentes ángulos de visualización del mismo fenómeno, un supuesto de resolución dado puede estar sometido a la vez a varias de ellas.

Entre las causas que originan la extinción por revocación o resolución (según sea el caso) de la concesión administrativa antes del vencimiento del plazo, sin perjuicio de otras que existen, procederemos a tratar en los acápites siguientes a: la extinción del concesionario; la incapacidad sobrevenida del concesionario; la falta de objeto sobrevenida de la concesión; la imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión; el mutuo acuerdo; y la cuestión de la renuncia del concesionario.

1. La extinción del concesionario

La extinción del concesionario como causa de terminación de las concesiones administrativas se fundamenta en el indiscutido carácter *intuitu personae* de esta figura. Dicho carácter plantea la cuestión de que si el concesionario deja de existir, también debe plantearse, en principio, el cese del vínculo que le une al concedente.

Dentro de esta causal debemos distinguir dos situaciones diferentes, en atención a la naturaleza del concesionario:

- en el supuesto de que el concesionario sea un empresario individual, una persona natural, la extinción de la concesión por esta causal se planteará a partir de la muerte del mismo, o de la declaración judicial de presunción de muerte, así como de la desaparición o declaración judicial de ausencia de dicha persona.
- en el supuesto de que el concesionario sea una persona jurídica, un empresario social, la extinción se planteará

a partir de la disolución, fusión con otra entidad, absorción por otro ente, o escisión en dos o más personas.

En sentido general, la doctrina está conteste en reconocer la extinción del concesionario como evento que puede provocar la cesación del vínculo concesional. Donde se han confrontado criterios encontrados en relación con este tema, ha sido en las consecuencias precisas que para la concesión administrativa trae la extinción del concesionario; así como en la calificación de la forma de extinción concesional que opera a tenor de esa causal.

Ajustándonos a la primera de esas ideas tenemos que, para nosotros, la extinción del concesionario debe plantear, en principio, y como regla, la terminación obligatoria de la concesión administrativa, apoyándonos en el carácter *intuitu personae* de dicha institución. Sin embargo, la viabilidad de esa regla estará en dependencia de los pronunciamientos que al respecto se hagan en la letra de la concesión administrativa en concreto o en las disposiciones legales vigentes.

En efecto, esa regla de la extinción obligatoria cede su espacio cuando se dispone legalmente o en el acto en cuestión, que a la muerte de la persona natural concesionaria, o cuando se fusione, se absorbe o escinda una sociedad, sus herederos, resultante, entidad absorbente, o continuadores, ocupen en la relación concesional el lugar que ostentaba el concesionario primitivo. La aparición de este tipo de disposiciones responde principalmente a la necesidad de mantener la continuidad en la realización de la actividad concedida, evitando perturbaciones en la misma, cuando esa actividad reviste una marcada importancia para el interés de la colectividad.

En lo atinente a la concesión de servicio público, se ha planteado³² que el caso en que se dispone que a la muerte del

32 Ver en este sentido: de Laubadère, André, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Tomo II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,

concesionario no se extingue de pleno derecho la relación, sino que los herederos del causante pueden continuar con su realización, es expresión de la idea de conciliar las necesidades del servicio público con los derechos que los causahabientes obtienen del causante. A lo que añadimos que debe exigirse a los herederos y al continuador luego de la escisión, para tal sucesión, que deben mantener la aptitud económica y técnica necesaria a los fines de continuar ejecutando lo establecido, pues en ambos casos es dable que se produzca una afectación en la solvencia económica de los mismos, que pueda obstaculizar el normal desempeño de la actividad concedida.

Desde nuestra perspectiva, esta idea de continuidad en la concesión de los herederos y demás continuadores sólo puede ocurrir bajo disposición expresa de un texto legal o concesional; y el silencio al respecto no da lugar a presunciones favorables, ya que, de lo contrario, se violentaría el principio personal de las concesiones administrativas.

No debe olvidarse tampoco que en materia concesional no siempre es criterio único de adjudicación las condiciones económicas del sujeto, sino que se exige también la concurrencia de otras condiciones como las personales. En consonancia con ello puede ocurrir que esos sucesores o continuadores estén aptos económicamente para garantizar la continuidad de la ejecución de la concesión, pero si no concurren en ellos otros requerimientos personales exigidos (que por ser personales varían de un sujeto a otro, con independencia de que estén estrechamente relacionados) con carácter necesario para desarrollar sin perturbaciones el objeto de la concesión, no será atinado, en función del interés general, otorgarle automáticamente la concesión de que se trate al heredero o continuador al extinguirse el concesionario originario.

Paris, 1956, p. 118 y *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 183; y Coudevylle, Andrée, *Les concessions de service public...*, ob. cit., p. 62.

Circunscribiéndonos ahora a la calificación de la forma de terminación de la concesión que opera a raíz de la extinción del concesionario, veremos que hay interesantes divergencias que se producen fundamentalmente entre autores que catalogan a la mencionada institución como un contrato administrativo o público.

Así, hay escritores, dentro de la mencionada tendencia contractual sobre la concesión administrativa, que sostienen que por la extinción de concesionario se configura en supuesto de caducidad³³ de la concesión; hay otros estudiosos que se han

33 Así: Lentini, Arturo, *Istituzioni di Diritto Amministrativo, Volume primo, Parte Generale*, Società Editrice Libreria, Milano, 1939, p. 601. El español R. López Sallaberry ("Cuestiones de Derecho Administrativo.", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año XXVIII, Tomo LVI, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880, p. 770), recogía, al amparo de la legislación española entonces vigente, como causa de caducidad en las concesiones de ferrocarriles de servicio general a la disolución o quiebra de la compañía concesionaria. También otro español, Recaredo Fernández de Velasco ("Teoría jurídica...", ob. cit., p. 80 y Los contratos administrativos, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1927, p. 203), enumeraba entre los casos de caducidad en los ferrocarriles a la disolución por resolución administrativa o judicial de la Compañía concesionaria. En idéntico sentido para Cuba, por la entonces vigente Ley de Ferrocarriles de factura española: Govín y Torres, Antonio, *Elementos teórico-prácticos del Derecho Administrativo vigente en Cuba*, Tomo II, La Habana, 1883-1954, p. 218. El colombiano Carlos H. Pareja (*Curso de Derecho Administrativo teórico y práctico adaptado especialmente a la administración pública colombiana*, Volumen I, 2da edición refundida y muy aumentada, Editorial El Escolar, Bogotá, 1939, p. 418) declaraba: "(...), pueden estipularse como causa de caducidad a favor de la Administración Pública hechos que no impliquen culpa en el contratista: tal es el caso de la primera causal que impone el art. 41 del Código Fiscal, o sea la muerte del contratista; éste no es un hecho culposo, pero la caducidad se impone en él, cuando deba producir la terminación del contrato, en interés del servicio público, que puede interrumpirse o perjudicarse si el contratista muere y el contrato a de terminar por esa causa; (...)". Para Miguel Ángel Berçatiz (*Teoría general de los contratos administrativos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1952, p. 347 y 348): "Siendo por naturaleza intransferible, es lógico que la incapacidad, el fallecimiento o la desaparición del cocontratante, produce la caducidad de los contratos administrativos en los que expresamente se haya pactado, o en los que, evidentemente, la persona del cocontratante constituía el motivo determinante de la contratación: función o empleo público, ejecución de

pronunciado por la idea de que esa causa motiva la *revocación* del vínculo concesional;³⁴ y, por último, están los que acotan que dicho motivo extintivo da pie a la *resolución* (*rescisión*) de la relación en cuestión.

Es menester reflejar que la gran mayoría de la doctrina *iusadministrativa* que se inserta dentro de la tendencia que identifica a la concesión como un contrato administrativo, señalan, consecuentemente, que la extinción del concesionario provoca la *resolución* (o rescisión) de la relación jurídico administrativa que se crea a tenor de ella. Por lo tanto, las referencias a la caducidad y a la revocación (esta última en los casos en que la concesión no es un acto administrativo) no son más que el resultado de imprecisiones técnicas y confusiones terminológicas, en algunos casos con asiento en el orden positivo del país o los países al que pertenecen los doctrinantes que así se han expresado.

Según hemos podido insinuar previamente, la caducidad de la concesión es un supuesto particular de resolución o revocación (allí donde cada modalidad proceda de acuerdo con la naturaleza jurídica de la concesión que se acoja) que se fundamenta en un incumplimiento grave y culpable por parte del concesionario de las obligaciones que le vienen impuestas con motivo del nexo concesional. En consecuencia, al incluir como supuestos de caducidad de la concesión administrativa a la extinción y a la incapacidad sobrevenida del concesionario, los autores que así lo hacen incurren en una extensión poco consecuente del contenido de esa figura extintiva, partiendo de una visión superficial del fenómeno (sólo por la cuestión externa de que esa extinción e incapacidad repercuten en el cumplimiento de las obligaciones que sobre el extinto o incapacitado

obras de arte, concesión de servicio público, contrato de obra pública en determinadas condiciones, etc”.

34 Benjamín Villegas Basavilbaso (*Derecho Administrativo*, Tomo IV, ob. cit., p. 299) concluía: “La disolución del *vinculum iuris* en el supuesto de muerte del concesionario se opera por la revocación (...)”.

pesaban a tenor de la concesión), y propiciando con su posición imprecisiones técnico-jurídicas, pues reúnen bajo una misma figura supuestos de terminación concesional que son en sí bien diferentes (por incumplimientos de gravedad y culpables de las obligaciones, por extinción e incapacidad del concesionario), con consecuencias y regímenes jurídicos distintos a partir de que tienen presupuestos fácticos también divergentes.

Igualmente, apuntábamos con anterioridad que la *revocación* es una modalidad extintiva propia del acto administrativo, categoría esta última diferente y diferenciable del contrato administrativo –aunque no desconocemos que existen autores que consideran a este último como una especie de acto administrativo bilateral–, en el que opera entonces como medio de extinción la *resolución* (o rescisión para un sector científico). Por ende, hablar de revocación de la concesión administrativa por la extinción del concesionario, dentro de la dinámica contractual administrativa, es también, a nuestros ojos, incurrir en una impresión técnica, pues la revocación, como forma extintiva, y desde nuestro punto de vista no procede en la contratación administrativa. De ahí que lo más ajustado sería plantear la resolución de la concesión por esa causa cuando la institución concesional es vista o tenida como una especie contractual *iuspública*.

2. La incapacidad sobrevenida del concesionario

Durante la ejecución de la concesión administrativa el concesionario puede verse afectado en su aptitud o capacidad para el desarrollo normal de la actividad concedida. De ahí que a la Administración Pública se le plantee entonces, ante esa situación, la disyuntiva de extinguir o no ese vínculo jurídico-administrativo, en función del interés colectivo.

La incapacidad sobrevenida del concesionario ha sido otra de las causas reconocidas que puede llevar a la extinción de la concesión y se fundamenta asimismo en el personalismo

(*intuitu personae*) como característica de las concesiones. Al sobrevenir la incapacidad del concesionario para el desempeño de la actividad concedida, se alteran las condiciones que confluyen en torno a su persona y que llevaron a otorgarle la concesión, provocando además la afectación de su aptitud para cumplir con las obligaciones que todo nexo concesional impone. Por lo que al afectarse el presupuesto personal de la relación será necesario replantearse la conveniencia o no de su subsistencia para el interés público.

Los eventos que inciden negativamente en la capacidad del concesionario para el desempeño del objeto de la concesión y para el mantenimiento entonces del vínculo, pueden manifestarse en dos vertientes: afectando en sentido general su capacidad de obrar (de realizar eficazmente actos jurídicos) o sólo su aptitud para la realización efectiva de determinados actos jurídicos de contenido económico (como los que toda concesión implica)³⁵.

En relación con la persona natural como concesionario y su capacidad general de obrar, su incapacidad en este sentido puede originarse por declaración judicial de incapacidad.

Atendiendo específicamente a la aptitud económica, en el caso de la persona natural ésta puede verse afectada por la imposición de alguna sanción que le impida ejecutar actos de la índole de la concesión administrativa.

Igualmente, y ya en relación tanto con el empresario individual como con el empresario social (persona jurídica), el supuesto clásico de incapacidad económica sobrevenida del concesionario que puede motivar la extinción de la concesión se cifra en la *quiebra*, que es una institución que se le aplica

35 En relación con esa aptitud económica, Renato Alessi señalaba (*Instituciones...*, Tomo I, ob. cit., p. 177): "La concesión, como sabemos, presupone una cierta potencialidad económica del concesionario, por lo que si esta potencialidad desaparece, es obvio que debe extinguirse también la concesión".

exclusivamente a los empresarios y se declara cuando éstos están en estado de insolvencia, limitándoles su capacidad de obrar, al no poder continuar en el ejercicio de su empresa mientras subsista ese estado.

Otros supuestos que también se reconocen, en el sentido que aquí nos ocupa, son la suspensión de pagos (que se obtiene por declaración judicial a través de la cual el empresario insolvente o con solvencia, pero sin recursos líquidos para cumplir sus obligaciones, se le permite convenir con sus acreedores una rebaja en la cuantía de sus obligaciones o un aplazamiento en el cumplimiento de ellas), el concurso de acreedores o civil y el acuerdo de quita y espera³⁶.

Al igual que en el caso de la extinción del concesionario, las principales discusiones en torno a la incapacidad sobrevenida del concesionario como causa de culminación de la relación concesional giran alrededor del planteamiento de si produce o no la resolución o revocación obligatoria de la concesión y de la modalidad extintiva que procede en su virtud.

Sobre la cuestión de si la incapacidad sobrevenida del concesionario provoca o no la extinción obligatoria de la concesión administrativa, creemos que en principio debemos atenernos a lo que la normativa vigente o la propia concesión disponen en función de lo más adecuado en este sentido para el interés general. Mas, en caso de silencio de las normas o del acto al respecto, consideramos que lo más consecuente con el carácter *intuitu personae* de la institución concesional es que proceda como regla general la extinción siempre que lo aconseje el interés público.

36 Ver, entre otros: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso...*, Tomo I, ob. cit., pág. 795; Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., pp. 311 y 349; Morell Ocaña, Luis, *Curso...*, Tomo II, ob. cit., p. 316; García-Trevijano Garnica, Ernesto, "La suspensión de pagos como causa de resolución de los contratos administrativos de obras", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 77, 1993, Editorial Civitas, S.A., Madrid, p. 51.

Alrededor de la modalidad extintiva de la concesión administrativa que opera en razón de la incapacidad sobrevenida del concesionario, también encontramos criterios divergentes –principalmente entre los sostenedores de la tesis contractual sobre la naturaleza jurídica del acto que nos ocupa–. En este sentido puede constatarse que hay quienes han observado que el supuesto extintivo al que nos referimos tipifica un caso de caducidad de la concesión³⁷. Tenemos además los que han sostenido –desde el enfoque contractual– que ante esa causal de extinción lo que procede es la revocación de la concesión administrativa³⁸.

37 Henry Berthélemy (*Traité élémentaire de Droit Administratif*, Huitième édition, Rousseau & Cie Éditeurs, París, 1910, p. 620) escribía sobre la quiebra (*faillite*) y la expiración de la concesión: “*La faillite du concessionnaire est une cause légale de résiliation ou de déchéance, conformément aux règles générales du droit commercial*”. Ver además, por ejemplo: Lentini, Arturo, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Volumen primo, ob. cit., p. 601; Fernández de Velasco, Recaredo, “Teoría jurídica...”, ob. cit., p. 80, y Los contratos administrativos, ob. cit., p. 204, este escritor reseñaba como un caso de caducidad en los ferrocarriles cuando la compañía concesionaria fuese declarada en quiebra. En idéntico sentido para Cuba, por la entonces vigente Ley de Ferrocarriles, Govín y Torres, Antonio, *Elementos teórico-prácticos...*, ob. cit., p. 218. Según Carlos H. Pareja (*Curso...*, Volumen I, ob. cit., pp. 422 y 423): “(...) otro hecho, generalmente no culposo, que se acostumbra establecer en algunos contratos administrativos como motivo de caducidad, es la insolvencia financiera del contratista”. Varas Contreras, Guillermo, *Derecho Administrativo*, 2da edición puesta al día, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1948, p. 296, el chileno incluía dentro de la caducidad a la incapacidad del concesionario de cumplir las obligaciones contraídas; Sarría, Félix, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 3era edición, Editores PEUSER S.A., Córdoba, 1946, pág. 300; Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general...*, ob. cit., pp. 347 y 348; Fernández Ruiz, Jorge, *Servicio públicos municipales*, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002, p. 193.

38 Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tomo IV, ob. cit., p. 298: “En todos los supuestos de incapacidad de hecho del concesionario –quiebra, liquidación sin quiebra, concurso civil, condena a reclusión o prisión por más de tres años– la concesión se extingue por *revocación*. No se extingue por caducidad (resolución) ni por rescisión. La caducidad (resolución) es una forma jurídica que requiere el incumplimiento de las obligaciones estipuladas por parte del concesionario; la rescisión implica el consentimiento de las partes.”. Ver también lo planteado por: Bielsa,

A pesar de esos postulados, debemos recoger que la inmensa mayoría de los seguidores de la naturaleza jurídica contractual administrativa de la concesión coincide en catalogar a la incapacidad sobrevenida del concesionario como una causa de resolución de la relación.

En consonancia con ese último planteamiento, y como hemos dicho ya, afirmamos que la incapacidad sobrevenida del concesionario es una causa de resolución o revocación de la concesión administrativa, según se considere esta institución respectivamente como un contrato administrativo o como un acto de esta misma índole. No constituye ni un supuesto de caducidad, ni un motivo de revocación de la concesión cuando el instituto es calificado como de naturaleza contractual pública, por las razones expuestas en el acápite referente a la extinción del concesionario y que hacemos extensivas aquí, remitiéndonos a ellas para no pecar de reiterativos.

3. La falta de objeto sobrevenida en la concesión

La falta de objeto sobrevenida es una causa de extinción prematura de las concesiones administrativas vinculada al elemento objetivo de las mismas; es decir, se refiere al soporte o sustrato material (el servicio, la obra y el bien públicos) sobre el que se fundamenta el ejercicio de los derechos otorgados por el concedente al concesionario. En consecuencia, si mientras se está ejecutando la concesión llega a faltar el elemento material (el servicio, la obra o el bien públicos) sobre el que recae, los derechos concedidos carecerán objetivamente de contenido y, por lo tanto, se producirá su extinción por la falta posterior de uno de los presupuestos de hecho (el objetivo) que toda relación concesional implica³⁹.

Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ta edición, Librería y Editorial "El Ateneo", Buenos Aires, 1947, pp. 447 y 448.

39 Aquí estamos en presencia de un supuesto típico de lo que una parte de la doctrina cataloga como decadencia o decaimiento de la concesión, al tiempo de referirse a las formas de extinción de dicha relación. Al respecto

En lo atinente a esta causal extintiva hay que considerar que la desaparición posterior del objeto de la concesión administrativa puede provenir de un acontecimiento material u objetivo, de un hecho jurídico exterior o independiente de la voluntad de los sujetos relacionados con el vínculo concesional; o igualmente puede derivar de una decisión o acto de un ente público. Y en cuanto a la forma en que posteriormente puede faltar el objeto, ésta puede ser materialmente considerada (afectando físicamente su existencia) o desde el punto de vista jurídico (que lo que conlleva es el cambio de situación jurídica de dicho objeto sin afectar su existencia física). Es oportuno aclarar que, normalmente, la falta de objeto en sentido objetivo o material sobreviene por un acontecimiento o hecho jurídico exterior a la voluntad de determinado sujeto y la falta en sentido jurídico se produce, comúnmente, por decisión o acto de una entidad pública.

(para la calificación de decadencia) puede ver, entre otros, a: Gabrieli, Franceso Pantaleo, "Le concessione amministrative nella elaborazione giurisprudenziale della Cassazione Unificata", en *Rivista di Diritto Pubblico. La Giustizia Amministrativa*, 1942-XX, Parte prima, Serie II, Anno XXXIV della Rivista di Diritto Pubblico, Anno LIII de la Giustizia Amministrativa, Roma, pp. 212 y 213. En el marco de un análisis sobre la revocación de los actos administrativos, el uruguayo Aparicio Méndez se refería al decaimiento como "(...) la extinción de un acto administrativo por alteración de su estructura jurídica o modificación de los hechos que son su presupuesto normativo. La suerte de la situación depende también de circunstancias no previstas ni queridas específicamente al constituirarla, es el fruto de transformaciones materiales o técnicas que respecto al acto en sí son anormales o, por los menos, no comunes. (...)". Más adelante, Méndez añadía: "El decaimiento es, pro consiguiente, la muerte de un acto por pérdida del contenido jurídico o material. Ese fenómeno se produce unas veces de manera fulminante, otras, con cierta lentitud. En general, es necesario entonces un acto de clausura, una manifestación de voluntad que revele el enervamiento producido. Pero esa manifestación de voluntad no desenvuelve, como ocurre con la "revocación", un poder jurídico equivalente al del acto principal, una nueva energía mental que vuelve a la situación para eliminarla: simplemente es la expresión de que el acto ha muerto por obra de factores que le son extraños (...)" Ver: Méndez, Aparicio, *Notas para un Estudio Sobre los caracteres de la Revocación*, Imprenta "El Siglo Ilustrado", Montevideo, 1949, pp. 9, 10 y 11.

Acercándonos específicamente a la falta de objeto sobrevenida materialmente considerada, emanada de un evento no vinculado a la voluntad de los sujetos involucrados en la concesión, debemos decir que es necesario distinguir dos situaciones: una que opera de forma general para todo tipo concesional, y donde esa falta se configura a partir de un acontecimiento que destruye los bienes que soportan materialmente la actividad concedida; y otra que es típica de las concesiones de explotación de ciertos bienes de dominio público y que se nos perfila cuando ocurre el agotamiento del bien o recurso que se explota o que se obtiene con la explotación (es el caso del agotamiento de los minerales en las minas, de los pozos de petróleo o gas, del agua, de los recursos pesqueros en una zona determinada, etc.). En este último caso, el bien concedido no desaparece, sino que subsiste físicamente, pero su utilización o explotación ya no puede realizarse en el sentido que dicta la concesión administrativa en cuestión, al agotarse la fuente de los rendimientos que de él se obtenían. Es menester acotar que, en el primer supuesto reflejado, la falta de objeto sobrevenida se produce por un evento de fuerza mayor, y, el segundo, es el resultado natural de la explotación del mismo cuando el recurso es no renovable o no se renueva.

En relación con las consecuencias de la falta de objeto por esta vía exterior, que no es imputable a la acción o voluntad de la Administración Pública o sujeto alguno, sino que le es ajena a ellos, debe entenderse, por esa razón, que la extinción del nexo concesional no lleva aparejada la indemnización a favor del concesionario.

Según dijimos, la falta del objeto sobre el que recae la concesión administrativa puede sobrevenir además por un acto jurídico de un ente de poder público, especialmente de la Administración Pública. En este caso, de ordinario, no estamos en presencia de una desaparición material del objeto o de su agotamiento físicamente considerado, sino que el objeto, al cambiar su situación jurídica producto de ese acto, deja de

existir desde el punto de vista jurídico a los efectos de la institución concesional; por lo que los derechos concedidos pierden su soporte o sustrato jurídico, quedando igualmente sin contenido.

El supuesto más nítido de la falta de objeto sobrevenida en sentido jurídico, se produce en las concesiones de bienes públicos, donde el bien concedido puede ser desafectado, lo que provoca un cambio de naturaleza jurídica del mismo, de bien público a bien de carácter privado; lo que hace entonces incompatible la naturaleza de los derechos que se otorgan por la concesión con el bien a los que dichos derechos se referirán⁴⁰. Es supuesto puede tocar también a la concesión de servicio público cuando se produce la despubblicación del mismo, y pasa a regularse en otro régimen jurídico que no implica, en principio, reserva de titularidad de su prestación por parte del Estado o la Administración Pública⁴¹.

En cuanto a los efectos que provoca en la concesión la falta de objeto sobrevenida por un acto jurídico de una entidad pública, el francés André de Laubadère (refiriéndose a la

40 Otto Mayer (*Derecho Administrativo Alemán*, Tomo III, *Parte especial. El Derecho de las cosas*, Traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Ediciones ARAYÚ, Buenos Aires, 1951, p. 262) escribía: "(...) En este caso el derecho de uso creado se extingue al mismo tiempo. Pierde su objeto. En efecto, un derecho de uso regulado por el derecho público no puede existir sobre una cosa sometida al comercio del derecho civil (...)". Para Benjamín Villegas Basavilbaso (*Derecho Administrativo*, Tomo IV, ob. cit., p. 293): "La concesión de uso implica necesariamente la existencia de un bien público. Esa figura iuris tiene como presupuesto la ocupación o la utilización privativas del dominio público, en el cual se ejerce un uso especial o diferencial. No puede concebirse jurídicamente la concesión de uso sino sobre un bien afectado al *uti singuli* o al *uti universi*. Es lógico, por consiguiente, que la desafectación que substrahe al bien público de ese destino extinga la concesión. La cesación de la "dominicalidad" pública implica apodícticamente la cesación de todo uso, sea el uso común o el uso especial. La desafectación produce ipso iure la extinción de la concesión de uso."

41 Ver, por ejemplo Justen Filho, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva, São Paulo, 2005, p. 544, quien cita a Diógenes Gasparini.

résiliation de los de los contratos administrativos resultante de la desaparición del objeto del contrato) distinguía entre la desaparición del objeto derivado de una medida particular tomada por la Administración, supuesto en el que para de Laubadère procede entonces una indemnización por daños y perjuicios a favor del concesionario; y la desaparición producida por una medida general susceptible de alcanzar a otros administrados (y no sólo a un concesionario en específico), donde según ese francés no procede una indemnización por daños y perjuicios, pues aquí opera un supuesto de *fait du prince*; por lo que la solución en este sentido es la que normalmente va aparejada a un hecho de este tipo⁴².

Antes de finalizar este acápite, queremos traer a colación una acotación de Fernando Garrido Falla, realizada en torno a la pérdida del objeto como causa de extinción de los contratos administrativos (el español es otro de los que consideraba a la concesión administrativa como un contrato de esa índole, de ahí que sus palabras involucren a la concesión). Este autor⁴³, apoyándose en lo escrito por André de Laubadère⁴⁴, precisaba

42 De Laubadère, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 146.

43 Garrido Falla, Fernando, *Tratado...*, Volumen II, ob. cit., pp. 138 y 139.

44 De Laubadère, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., pp. 145 y 146: "*La disparition de l'objet du contrat ne résulte pas toujours d'un fait extérieur; elle peut parfois résulter du fait de l'administration; on est alors à la limite de la résiliation administrative et dans certains cas l'intervention de l'administration équivaut effectivement à une résiliation administrative (v. p. ex. plus loin le cas de l'ordre de cessation du travail public, art. 34 C.C.G. ponts et chaussées: «Lorsque l'administration ordonne la cessation du travail public l'entreprise est immédiatement résiliée»)*". En la nota 3 al pie de la mencionada página 145, y en relación con el párrafo transcrito, de Laubadère añadía: "*Dans certains cas, le Conseil d'Etat assimile à la disparition de l'objet du contrat sa transformation profonde due au fait de l'administration; il considère que, les conditions du contrat étant entièrement nouvelles, le contrat doit être réputé avoir pris fin et avoir été remplacé par un contrat nouveau et différent. V. notamment à cet égard l'arrêt du 29 avril 1940, Entrepôts frigorifiques lyonnais, p. 190: «Si à aucun moment l'administration de la guerre n'a dénoncé le contrat ... en fait la situation juridique née dudit contrat s'est trouvée complètement modifiée; ... notamment d'une part, autre les activités qu'elle exerçait antérieurement en vertu du contrat, la Société a été chargée de la congélation des viandes et d'autre part le service a été assuré sous l'autorité immédiate de l'administration, la Société ne conservant que la direction*

que la doctrina y la jurisprudencia francesas entienden que los casos en que el contrato se transforma sustancialmente por consecuencia del ejercicio de la prerrogativa administrativa, o cuando la Administración decide darlo por terminado, son casos de rescisión por desaparición del objeto. Y señala seguidamente:

“Nosotros hemos incluido estos casos entre los de extinción por razones de interés público y, desde luego, entendemos que está claro que aquí no “hay pérdida o desaparición del objeto”.

Hemos recurrido a las palabras reproducidas del profesor español porque tenemos un margen de coincidencia con él en apreciar que la modificación sustancial del objeto de la concesión no tipifica un supuesto de falta de objeto sobrevenida. En caso de tal transformación no sobreviene una falta de objeto, ni en sentido físico ni en sentido jurídico, sino que a los efectos de la concesión el objeto subsiste; lo que acaece es un cambio en las condiciones objetivas iniciales de la concesión que provocan una alteración en la ecuación financiera y puede ello derivar entonces en la extinción del vínculo concesional. La terminación de la relación por la modificación de su elemento objetivo configura otra causa extintiva diferente a una posterior ausencia de dicho elemento, simplemente porque en la situación primera nunca llega a faltarle el objeto a la concesión administrativa.

technique des opérations; dans ces conditions le marché doit être réputé avoir pris fin le 1er septembre 1939 ... La situation nouvelle dans laquelle se trouvaient placées les parties présentait un caractère contractuel et ouvrait à la Société le droit d'être rémunérée de ses fournitures d'après les prix normaux en vigueur à l'époque dont s'agit»”.

4. La imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión

Durante el tiempo en que se desenvuelve la concesión administrativa, puede acontecer que ocurra alguna circunstancia que incida negativamente en el desarrollo de la misma, tornando imposible definitivamente que el concesionario cumpla con las obligaciones adquiridas a raíz del vínculo concesional e imposibilitando así la ejecución de la concesión. Normalmente, esta circunstancia debe aparecer prevista en la letra de la concesión o en las normas jurídicas que la regulan, relacionándose además su acaecimiento como una causa por la que se puede extinguir ese nexo jurídico administrativo.

La imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión es un motivo de extinción que se vincula directamente con el elemento objetivo de la relación concesional; y como tal tiene relación con la falta de objeto sobrevenida, que es otra situación que hemos dado como causal de cese de la concesión administrativa. Máxime si esa falta es una vía por la que se llega a la imposibilidad material de ejecución de la concesión.

Sin embargo, nosotros nos referimos a ellas como causas diferentes de extinción de las concesiones⁴⁵, pues entendemos que como supuestos de hecho difieren. En la imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión, por el evento que afecta la relación concesional no se pierde el sustrato o soporte material de la misma. En ella, el objeto de la concesión no llega a faltar, no desaparece, ni física ni jurídicamente, ni se agota; sino que el soporte objetivo de la concesión mantiene su existencia. Lo que dicho evento produce, básicamente, es que, con el objeto subsistente, el concesionario se ve imposibilitado radi-

45 El mexicano Miguel Acosta Romero (*Teoría general...*, ob. cit., p. 868) asumía bajo el subtítulo de *Falta de objeto o materia de la concesión* los siguientes casos: "Si se hace imposible la prestación del servicio público, o se agotan los minerales en la concesión minera, la consecuencia será que la concesión se extinga por falta de objeto o materia."

cal y definitivamente de efectuar las prestaciones a las que se había obligado en virtud de la concesión, pues hay un impedimento insalvable que no hace posible esa realización. En suma, la diferencia entre un supuesto y el otro estriba, en esencia, en la continuidad existencial del objeto sobre el que recae la concesión una vez acaecido el evento.

Con miras a un tratamiento consecuente de la imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión como causa de terminación de la relación concesional, debe distinguirse la naturaleza de los eventos que pueden dar origen a esa imposibilidad; para lo cual tomaremos como punto de partida la vinculación que dicho evento tenga con la voluntad de un ente público. En consecuencia, esa imposibilidad podrá darse por un hecho ajeno a la voluntad del concesionario y del concedente o será motivado por una decisión de una entidad pública.

De lo expuesto en el párrafo anterior se puede colegir que un primer camino para lograr esa imposibilidad es a partir de la acción, sobre la concesión, de un hecho exterior, no voluntario, con carácter imprevisto e inevitable o irresistible; o, lo que es lo mismo, mediante la acción de un evento de fuerza mayor. Como ha puesto de relieve el imprescindible Gastón Jèze:

“(…), tres condiciones son esenciales para que exista caso fortuito o fuerza mayor:

- 1ª) el hecho invocado debe ser independiente de la voluntad del contratante;
- 2ª) el contratante no debe haber podido prever, ni prevenir, ni evitar el hecho invocado;
- 3ª) debe colocar al deudor en la imposibilidad absoluta de cumplir sus obligaciones”⁴⁶.

46 Jèze, Gastón, *Principios Generales...*, Tomo IV, ob. cit., pág. 291; también Jèze, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo V, *Teoría general de los contratos de la Administración*, Segunda parte, Traducción directa de la 3ra edición francesa por Julio N. San Millán Almagro, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 23. Sobre las ideas básicas de la fuerza

mayor desde el Derecho Administrativo pueden verse asimismo, entre otros: Waline, Marcel, *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, Librairie du Recueil Sirey. Paris. 1936, pp. 664 y ss.; de Laubadère, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo II, ob. cit., pp. 43 y ss. y *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., pp. 148 y sigs.; Rivero, Jean y Waline, Jean, *Droit Administratif*, ob. cit., p. 276; de Laubadère, André/ Venezia, Jean-Claude y Gaudemet, Yves, *Traité de Droit Administratif*, Tome I, *Droit administratif general*, 15e edition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence E. J. A., Paris, 1999, p. 835; Long, M./ Weil, P. y Braibant, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 7e édition. Editions Sirey. Paris. 1978, p. 211 y ss.; García de Enterría, Eduardo, "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo", en *Revista de Administración Pública*, Volumen I, No. 2, mayo-agosto, 1950, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 83 y sigs. En palabras de André de Laubadère (*Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., p. 148): "Dans les contrats administratifs la question présente un plus grand caractère de complexité du fait qu'il existe, nous l'avons vu, une double notion de la force majeure, l'une qui correspond à la définition générale et classique de la force majeure et comporte l'idée d'impossibilité absolue d'exécuter, l'autre, consacrée par la jurisprudence de l'arrêt des Tramways de Cherbourg (9 décembre 1932) qui correspond à l'idée d'un déséquilibre économique définitif du contrat (...)". Fue el *arrêt Compagnie des Tramways de Cherbourg*, del Consejo de Estado Francés, de 9 de diciembre de 1932, con conclusiones del comisario Josse, el fallo jurisprudencial que, con motivo de un litigio con la concesionaria del cual toma su nombre, redefinió la noción de fuerza mayor en relación con la contratación administrativa, señalando como condiciones: que se de un hecho exterior a la voluntad del contratante; que éste sea imprevisible; y que sea irresistible (objetiva o económicamente) para el contratante. En dicho *arrêt* se concluía: "Cons. que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat, il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer la marche du service public dont il a la charge, et notamment de lui fournir une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision, mais que cette obligation ne peut lui incomber que si le bouleversement du contrat présente un caractère temporaire; que, au contraire, dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles des contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable; que dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire". El fragmento reproducido lo hemos tomado de Long, M./ Weil, P. y Braibant, G., *Les grands arrêts...*, ob. cit., p. 211.

Bajo la rúbrica de *fuerza mayor*, se reúnen la imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión y la falta de objeto sobrevenida, siempre que ambos estén provocados por un hecho de la índole del descrito con antelación. En materia de concesiones, podemos encontrar autores⁴⁷ que, al tratar el tema de las causas extintivas, analizan como una de esas causas el incumplimiento por fuerza mayor, sin mayores distinciones, unificando en ella todos los casos de ese supuesto. De la forma en que nosotros enfocamos los motivos de extinción de las concesiones administrativas, se apreciará que, metodológicamente, hemos preferido tratarlos a partir de otro criterio de sistematización diferente, que no engloba en una misma causa, precisamente, a todos los casos que configuran la fuerza mayor.

A la altura de estas líneas es oportuno precisar la distinción básica entre los supuestos configurativos de la fuerza mayor y los casos en que puede proceder la aplicación de la teoría de la imprevisión, ya que por ciertas similitudes entre ambos pueden dar pie a equivocaciones. La idea principal que no debe perderse de vista para distinguir correctamente esas dos circunstancias, es que la fuerza mayor no se traduce en una afectación patrimonial temporal que hace más onerosa la realización de la concesión (como lo es el presupuesto de la teoría de la imprevisión); sino en una afectación definitiva que hace materialmente inejecutable la concesión administrativa. El acontecimiento de fuerza mayor, al imposibilitar absolutamente la ejecución de la concesión, provoca que el concesionario no pueda mantenerse realizando la concesión. Además, el efecto fundamental que produce esa imposible ejecución es el de la extinción de la relación jurídico administrativa, comúnmente sin indemnización al concesionario por los daños y perjuicios sufridos, ni participación de la Administración Pública en las pérdidas económicas que sufre el concesionario por el hecho acaecido.

47 Por ejemplo SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, Tomo II, ob. cit., p. 81; y ÁBALOS, M. Gabriela, "La concesión de servicios públicos", ob. cit., p. 459.

Ante la imposibilidad de la ejecución de la concesión por fuerza mayor, y después de que las partes hayan intentado sin éxito hacer las adecuaciones necesarias para salvar la realización de lo concedido por vía concesional, la letra del acto o las disposiciones legales legitiman a una u otra partes (concedente y concesionario) a declarar o interesar, en su caso, la extinción de la relación concesional. Como el evento que llevó a ese cese no es imputable a la Administración Pública, lo que quiere decir que ella no incurre en ningún tipo de responsabilidad, ni contractual ni extracontractual, de ordinario la extinción de la concesión por fuerza mayor no implica indemnización alguna a favor del concesionario.

El segundo camino por el que se puede llegar a la imposibilidad definitiva en la ejecución de la concesión es a tenor de la incidencia en ella de un acto emanado de un ente de poder público. Aquí estaremos en presencia de una imposibilidad sobrevenida por un *fait du prince*, es decir, por una decisión de carácter general e imprevisible de un ente de poder público (la Administración Pública u otra entidad) que repercute en el objeto de la concesión administrativa, aunque no le tenía a éste como objetivo principal. Por esta imposibilidad, igualmente se autoriza al concesionario a solicitar la extinción del vínculo o al concedente a declararla unilateralmente. Además de la terminación de la concesión, la situación que exponemos trae aparejada una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al concesionario, para algunos –aunque no por otros– calificada de integral⁴⁸ en cuanto debe cubrir todos los menoscabos patrimoniales sufridos y los beneficios futuros no percibidos. Dicha indemnización es consecuencia del principio de responsabilidad que pende sobre las estructuras de poder

48 De Laubadère, André, *Traité théorique et pratique...*, Tomo III, ob. cit., pp. 62 y sigs.; Rivero, Jean y Waline, Jean, *Droit Administratif*, ob. cit., p. 128; de Laubadère, André/ Venezia, Jean-Claude y Gaudemet, Yves, *Traité...*, Tomo I, ob. cit., p. 837; Sayagués Laso, Enrique, *Tratado...*, Tomo II, ob. cit., p. 72; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso...*, Tomo I, ob. cit., p. 776; Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 420.

cuando durante el desarrollo de su actividad los poderes públicos causan daños a los administrados.

5. El mutuo acuerdo

El mutuo acuerdo⁴⁹ como causa de extinción de las concesiones administrativas se configura cuando las partes que integran la relación concesional determinan de conjunto dar por terminado el vínculo antes del plazo fijado para la concesión; es decir, cuando concurren o coinciden las voluntades del concedente y del concesionario en la decisión de finalizar la concesión administrativa de forma anticipada.

Esta causa extintiva es comúnmente aceptada por los distintos ordenamientos y puede originarse tanto a iniciativa del concesionario como del concedente.

Por la repercusión que puede traer para la colectividad la extinción anticipada de una concesión administrativa que se esté desenvolviendo sin traumatismos, especialmente en las obras o servicios públicos, y, sobre todo, porque una terminación por mutuo acuerdo del vínculo concesional puede constituir una vía de evadir o encubrir la exigencia de responsabilidad a un concesionario que haya incurrido en incumplimientos graves, es que se exige que la decisión de la Administración Pública en este sentido no puede ser libremente apreciada, sino que debe fundarse en razones de interés público que aconsejen la no subsistencia del vínculo concesional⁵⁰ El mutuo disenso se

49 Denominado también mutuo consentimiento, mutuo disenso, mutuus consensus, *mutuus disensus*, *común acuerdo*, *distrato*, resolución bilateral, amigable, convencional, por acuerdo de parte, por conveniencia recíproca, o rescisión o resciliación exclusivamente.

50 Berçatiz, Miguel Ángel, *Teoría general...*, ob. cit., pp. 371 y 372; Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1953, p. 578 y *Tratado...*, Tomo II, ob. cit., p. 84; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso...*, Tomo I, ob. cit., pág. 802; López Pellicer, José A., "La concesión de servicios locales", en López Pellicer, José A. y Sánchez Díaz, José L., *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, Instituto de Estudios de Administración Local,

convierte entonces en una causa de extinción de las concesiones administrativas de aplicación excepcional y con carácter subsidiario, pues sólo ha de proceder cuando el concesionario no haya cometido incumplimientos de las obligaciones contraídas en virtud de la concesión, que puedan originar la extinción de la misma⁵¹. Las anteriores exigencias no son más que un mecanismo para garantizar el actuar transparente y la honestidad de los agentes de la Administración Pública en esta senda.

En relación con los efectos del mutuo acuerdo como causa de extinción de las concesiones administrativas, debemos apuntar que el mismo puede o no originar indemnización en favor del concesionario, en dependencia de si ello se estableció en la letra de la concesión o en la normativa que la regula o si se convino posteriormente por las partes.

6. La cuestión de la renuncia del concesionario

La renuncia del concesionario al ejercicio de la concesión administrativa se traduce en la declaración unilateral de voluntad del concesionario, por la cual hace salir de su esfera subjetiva o de su patrimonio jurídico el derecho al ejercicio de la actividad administrativa otorgado por la Administración Pública y que le fuera atribuido en virtud del acto de concesión.

Madrid, 1976, pp. 130 y 131, p. 222; Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, 2da edición, Iustel, Portal Derecho, S.A., Madrid, 2009, p. 239; Morell Ocaña, Luis, *Curso...*, Tomo II, ob. cit., p. 317 y 318; Díez, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, con la colaboración de Tomás Hutchinson, 5ta edición, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1990, p. 340; Sarmiento García, Jorge, *Concesión...*, ob. cit., p. 309.

- 51 Ver, entre otros, a: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso...*, Tomo I, ob. cit., p. 802; López Pellicer, José A., "La concesión de servicios locales", ob. cit., p. 222; Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios...*, Tomo II, ob. cit., p. 239; Cosculluela Montaner, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, 20ma edición, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 439; Morell Ocaña, Luis, *Curso...*, tomo II, ob. cit., ob. cit., pp. 317 y 318; García-Trevijano Garnica, Ernesto, "La suspensión de pagos...", ob. cit., p. 67.

La posición histórica mayoritaria en los estudios en relación con la renuncia y la terminación por esa vía de la concesión, es la de rechazar la idea de que la renuncia del concesionario pueda ser causa de extinción de las concesiones de servicio público y obra pública, una vez que comiencen a realizarse.

El recordado maestro argentino Rafael Bielsa, desde una perspectiva amplia de la concesión administrativa, apuntó:

“(...) es preciso hacer una distinción entre la concesión que se configura como mero acto unilateral, en el sentido de que sólo atribuye derechos al concesionario, y la concesión común, como acto bilateral que atribuye derechos y obligaciones al concesionario. Precisamente de esta clase son las concesiones de servicios públicos y las de obra pública, cuyo objeto esencial es el interés público (la prestación continua del servicio, la realización de la obra pública); y respecto de las cuales la renuncia no es admisible como forma de extinción”⁵².

52 Bielsa, Rafael, *Principios...*, ob. cit., p. 140, y su *Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 443. Refiriéndose a la concesión de empresa pública, Otto Mayer (*Derecho Administrativo Alemán*, Tomo IV, ob. cit., p. 174) incluyó a la renuncia como causa de extinción de la concesión, pero especificaba: “(...) la renuncia a la concesión no es libre; con ella el concesionario sólo solicita se le libere de su obligación (...).”. Lentini, Arturo, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Volume primo, ob. cit., pp. 601 y 606. En opinión favorable a la renuncia como causal extintiva de la relación concesional José Gascón y Marín (*Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ta edición revisada, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1929, pág. 369), señalaba que, entre otras causas, las concesiones pueden cesar en sus efectos por renuncia del concesionario. También Miguel Acosta Romero (*Teoría general...*, ob. cit., p. 869 y 870) incluía la renuncia como causa de extinción de las concesiones, pero explicaba: “Aun cuando no se ha estudiado a fondo, existe la posibilidad de que la concesión se extinga respecto del concesionario por renuncia que éste haga de los derechos que tenga a su favor; sin embargo, creemos que no puede haber una renuncia lisa y llana, sino que dependerá de la importancia del servicio público o de las necesidades que el Estado tenga de explotar determinados bienes para que se pueda aceptar la renuncia de la concesión. En algunas ocasiones, podrá tratarse de un servicio público obsoleto o, por ejemplo, de la explotación de minerales que no sea económica, en cuyo caso parece ser que no habría

La argumentación base de este criterio es que estas concesiones son otorgadas directamente en interés de la colectividad, por lo que el concesionario no puede disponer libremente de sus derechos. Lo más que puede hacer es solicitarle a la Administración la extinción del vínculo, y ésta decidirá si ello es pertinente o no. Aquí se puede apreciar que la sola decisión del concesionario de renunciar a la concesión no producirá efectos extintivos de ningún tipo (en los casos de las concesiones de servicio público y de obra pública, que son los mencionados hasta ahora) si no está así expresamente establecido, por lo que tiene que concurrir para ello, obligatoriamente, la voluntad de la Administración Pública aceptando esa renuncia; y es esa voluntad, por demás, la que realmente determina o no si cesa la concesión⁵³. En resumidas cuentas, como es necesario el pronunciamiento del ente público, lo que en verdad hay es una revocación o resolución (rescisión) por mutuo acuerdo por iniciativa del concesionario, al presentar la solicitud de cesación del vínculo, y no una renuncia suya.

Por añadidura, de aceptarse por sí sola y con efectos vinculantes de manera inmediata la renuncia del concesionario como evento que produce la terminación de la relación concesional que versa sobre obras y servicios públicos, se estaría equiparando, en alguna medida, el interés particular del concesionario con el interés general; además de otorgarse un poder de decisión sobre la posibilidad de afectar ese último interés, lo cual va más allá de las atribuciones del concesionario como sujeto de Derecho.

interés público en que continuara forzosamente la concesión.". El citado mexicano continuaba diciendo: "Habría otros supuestos en que la necesidad o el interés público imponga la conveniencia de que la Administración Pública no acepte la renuncia mientras tanto no se asegure, o bien la transmisión de la empresa (económicamente considerada), a terceros que presten el servicio, o exploten los bienes del Estado y aseguren la continuidad normal de esas actividades, o bien, que la propia Administración se haga cargo de ellas."

53 Ver: Simoncelli, Domenico, voz "Concessioni governative", en *Nuovo Digesto Italiano*, Volume III, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1938, p. 592.

Por lo tanto, y basándonos en las razones antes expuestas, pensamos que la renuncia del concesionario, *per se*, no debe operar como causa de extinción de las concesiones administrativas de servicio público y de obra pública.

Con respecto a la concesión de bienes de dominio público, la tendencia mayoritaria en la doctrina ha sido la de admitir la renuncia del concesionario como causa de extinción de la misma⁵⁴. En este caso, y a diferencia de las concesiones de servicio público y obra pública, se acepta la renuncia del concesionario partiendo de que este tipo concesional no tiene una repercusión inmediata, de la forma en que sí la tienen aquellas otras, sobre los miembros de la colectividad y sobre el interés general. Por lo que la afectación que se puede producir en ese interés y en la colectividad si el concesionario renuncia a la concesión *demanial*, y esa renuncia adquiere por sí misma efectos vinculantes directos, no reviste la trascendencia directa que para la comunidad y sus integrantes pudiera tener si procediera esa renuncia en los otros dos supuestos. En definitiva, el elemento fundamental que se ha manejado para considerar a la renuncia como causal extintiva de las concesiones de bienes públicos radica en que en ellas no está en juego directamente la satisfacción del interés colectivo, sino que, en su caso, tal interés se busca satisfacer de manera indirecta; o, lo que es igual,

54 Otto Mayer (*Derecho Administrativo Alemán*, Tomo III, ob. cit., p. 259) escribió: “De parte del concesionario el derecho podrá extinguirse por la *renuncia* expresa, que lo anula directamente. No hay necesidad de que sea aceptada ni que la autoridad revoque la concesión (...)”. Por su parte, Benjamín Villegas Basavilbaso (*Derecho Administrativo*, Tomo IV, ob. cit., pp. 292 y 293) sostuvo: “(...) es incuestionable que el derecho a la ocupación o utilización privativos que surge de la concesión de uso es renunciabile, por cuanto esta figura no tiene en mira el interés colectivo ni el orden público. Ese derecho no tiene por finalidad el cumplimiento de una función social ni de obligaciones en interés de terceros, y, salvo disposición expresa de la ley o del contrato, puede ser objeto de la renuncia en cualquier momento.”. De la Cuétara, Juan Miguel, *La actividad...*, ob. cit., p. 377; del Saz, Silvia, *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de Aguas)*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1990, p. 279, desde el supuesto particular de las concesiones de aprovechamientos de agua; Sarmiento García, Jorge, *Concesión...*, ob. cit., p. 308.

que la concesión de uso de un bien *demanial* se otorga en interés inmediato del concesionario y no de la colectividad. Aunque, en nuestra opinión, esta conclusión hay que observarla de manera matizada, pues el interés público no deja de operar en este supuesto como elemento determinante de la existencia de la concesión administrativa.

Siguiendo el planteamiento anterior, creemos que, en principio y si no existe disposición en contrario, atendiendo a la trascendencia misma que para la colectividad tenga la explotación del bien en cuestión –no debe olvidarse que las concesiones *demaniales* también se otorgan, primariamente, en interés público–, puede proceder la renuncia del concesionario en las concesiones *demaniales*. La misma debe ser expresa y para que pueda operar como tal renuncia no será necesaria la aceptación de la Administración Pública, por lo que una vez puesta en conocimiento del concedente y cumplidos los requerimientos procedimentales al respecto, comenzará a surtir sus efectos. Para nosotros, la renuncia tácita (que se manifiesta básicamente a través del abandono de lo concedido) no surte los efectos propios de la renuncia y más bien ese abandono podría constituir un supuesto de incumplimiento de las obligaciones del concesionario y puede producir la caducidad de la concesión.

VALOR JURÍDICO DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Cecilia Sosa Gómez

*Profesora de la Escuela de Derecho de la Facultad
de Ciencias Jurídicas y Políticas de pre y postgrado
de la UCV, UCAB y UAM*

Resumen: *El expediente administrativo es la materialización del procedimiento de que se trate. Por ello, constituye la prueba natural judicial, mas no la única, pero sí la central, dentro del proceso administrativo y contencioso administrativo. Bajo estos principios, el artículo desarrolla los principales aspectos del procedimiento administrativo.*

Palabras clave: *expediente administrativo, documento administrativo, pruebas, contencioso administrativo.*

Summary: *The administrative file is the formal expression of the administrative procedure. Because of this, it is the main proof –but not the only one– in the judicial review.*

Keywords: *Administrative file, administrative document, proofs, judicial review.*

Recibido: 19 de enero de 2015 Aceptado: 30 de enero de 2015

SUMARIO

Introducción

I. Rango constitucional

II. El expediente administrativo: un derecho y una carga de la administración

III. Significado del expediente administrativo

IV. Noción y contenido del expediente administrativo

V. El expediente administrativo en juicio

VI. El juzgamiento en la jurisdicción contencioso administrativa y el expediente administrativo

VII. El expediente administrativo como documento probatorio

VIII. La oposición o la impugnación del expediente administrativo

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Expediente es un vocablo que se asocia al curso o procedimiento de un asunto, es la materialización del procedimiento de que se trate. Conforman así un conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución, incluyendo las diligencias encaminadas a ejecutarla. La pregunta que determina este trabajo en materia administrativa es ¿Qué importancia jurídica tiene el expediente administrativo en juicio? El expediente administrativo constituye la prueba natural judicial *mas no la única*, dentro del proceso contencioso administrativo de anulación.

Ante la Administración, siempre el abogado litigante había considerado una pérdida de tiempo la exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa para optar discutir el asunto en la vía judicial, es decir en la jurisdicción contencioso administrativa. La razón que sostenía la inutilidad del agotamiento de la vía administrativa era fundamentalmente pragmática, la Administración “no se equivoca”, por tanto al no modificar el contenido de sus actos, significaba, a juicio de estos abogados,

un tiempo perdido en detrimento del conocimiento del asunto por ante los tribunales de la República.

Esta posición trajo como consecuencia la desvalorización del cuido y trabajo jurídico/administrativo por construir un expediente administrativo, ante la eventualidad de tener que recurrir ante la jurisdicción contencioso/administrativa.

En estas notas podremos examinar cuan equivocados estaban los que lucharon por hacer optativos los recursos administrativos para llegar con celeridad al juez contencioso/administrativo y obtener así un resultado definitivo; hoy ya no siendo obligatorio jurisprudencialmente agotar los recursos en vía administrativa, resulta que el valor administrativo del expediente exige repensar la actuación en vía administrativa y atender las actuaciones que se practiquen en él, exigiendo del interesado prepararse desde la instancia administrativa la eventualidad del recurso contencioso administrativo, de la misma forma como se prepara en el curso del proceso el recurso de casación.

I. RANGO CONSTITUCIONAL

La Constitución con la fuerza de norma suprema y cuerpo que asegura su autosuficiencia, dedicó a la Administración Pública no sólo la enumeración de los principios que deben fundamentar su actuación, sino que consagró para los ciudadanos el **derecho a la información oportuna y veraz por parte de la administración pública**, derecho que tiene suficiente amplitud y precisión, ya que **abarca lo relativo al estado de las actuaciones de las cuales sean parte interesada**, así como el **conocimiento de las resoluciones definitivas que se dictaren sobre el particular**, y **el acceso** a los archivos y registros administrativos, salvo excepciones legales. Como complemento a esta disposición (artículo 143 constitucional) se establece la

prohibición absoluta a los funcionarios públicos de aplicar la censura en relación con su deber correlativo al derecho a la información de los asuntos bajo su responsabilidad (Exposición de Motivos de la CRBV).

La razón de esta norma constitucional, es garantizar que no basta que la Constitución consagre los derechos subjetivos, las libertades públicas, por cuanto para su ejercicio es indispensable asegurar la efectividad de su satisfacción, y precisamente entre esos medios instrumentales está el procedimiento administrativo, uno de los instrumentos más idóneos que el derecho arbitra como reaseguro contra abusos o excesos en el obrar de la Administración del Estado.

Ahora bien, donde verdaderamente se ubica el fundamento constitucional del expediente administrativo es en el artículo 141 constitucional en concordancia con el artículo 49, por cuanto si la Administración está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta entre otros principios, en la transparencia con sometimiento pleno a la ley y al derecho, los órganos administrativos al sustanciar los expedientes deben observar las normas previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), que disponen la unidad, orden y secuencia en la cual se llevan los expedientes.

Siendo entonces el expediente administrativo una prueba judicial en un proceso contencioso administrativo de anulación, y en razón de ello se erige como requisito fundamental para la búsqueda de la verdad material, por lo que constituye la prueba de importancia medular para que el juez contencioso administrativo pueda formarse una acertada convicción sobre los hechos y garantice que el proceso sirva como instrumento para la realización de la justicia, como lo dispone el artículo 257 del texto fundamental¹.

1 Véase la sentencia de la Sala Político-Administrativo de 12 de julio de 2007, N° 01257 caso *Echo Chemical 2000 C.A.*

La violación al derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva (artículo 49 y 26 constitucional) se refiere en cuanto al primero, a la oportunidad para el ciudadano encausado o infractor de hacer oír en sus alegatos, sino el derecho a exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de la sanción **del conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente los alegatos de su descargo y promover y evacuar pruebas** entre otros aspectos. Desde la Constitución de 1999 **esta protección y garantía es válida ya no sólo para actuaciones judiciales sino administrativas**. El derecho a la tutela judicial efectiva es aquél que permite acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, lo que implica el derecho al libre acceso, sin limitaciones ni cargas excesivas o irracionales, a la justicia que imparten los tribunales de la Republica, y a obtener de ellos una tutela efectiva, situación que engloba una sentencia basada en el derecho y ejecutable. Es por eso que cobra importancia constitucional el expediente administrativo como instrumento probatorio que satisfaga la garantía de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, debido proceso y defensa. **Así el derecho al debido proceso estaría garantizado en sede administrativa.**

II. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO: UN DERECHO Y UNA CARGA DE LA ADMINISTRACIÓN

El expediente administrativo es el conjunto de documentos reunidos por la administración, quien los recopila y ordena, sobre un asunto determinado². Lleva implícito cierto orden, concierto y disciplina, y constituye el núcleo central para el control judicial, de allí que se transforma en un elemento

2 Rivero Ortega, Ricardo, *El Expediente Administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, España, 2007, p. 92.

fundamental de la prueba judicial desde que el expediente administrativo es parte del fundamento de la resolución o acto administrativo de que se trate.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³ (LOPA) al regular la sustanciación del procedimiento señaló lo siguiente:

“Artículo 51. Iniciado el procedimiento se procederá a **abrir expediente en el cual se recogerá toda la tramitación a que de lugar el asunto.**

De las comunicaciones entre las distintas autoridades, así como de las publicaciones y notificaciones que se realicen, se anexara copia al expediente”.

Por su parte la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁴ (LOTSJ) se refiere a los antecedentes administrativos en los siguientes términos:

En los procesos ante la Sala Constitucional el artículo 135 establece que en la oportunidad del auto de admisión, además de otras actuaciones, “...si fuera necesario, se solicitará al demandado o demandada los **antecedentes administrativos** del caso.” Por su parte, cuando se establece el proceso contencioso electoral, el artículo 184 consagra la oportunidad de dar cuenta del escrito de la demanda, y la obligación de formar expediente a cuyos fines establece que “...la Sala Electoral remitirá copia de la demanda al ente u órgano demandado y le solicitará los **antecedentes administrativos**, de ser el caso, así como un Informe sobre los aspectos de hecho y de derecho relacionados con la demanda...”

3 **Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.** Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinaria de 1° de julio de 1981.

4 **Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.** Gaceta oficial N° 39.522 de 1 de octubre de 2010. Disposiciones Transitorias.

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (**LOJCA**)⁵ en el procedimiento común a las demandas de nulidad, interpretación y controversias administrativas, consagra el Expediente administrativo en el artículo 79:

“Con la notificación se ordenará la **remisión del expediente administrativo** o de los antecedentes correspondientes, dentro de los diez días hábiles siguientes.

El funcionario o funcionaria que **omita o retarde dicha remisión** podrá ser sancionado por el tribunal, con multa entre cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) y cien (100 U.T.).”

III. SIGNIFICADO DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

La Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en sentencia de 27 de octubre de 1987 estableció **la relación del expediente administrativo con la legalidad** de la actuación de la Administración. Señaló lo siguiente:

“La **inexistencia del expediente administrativo** establece una presunción negativa acerca de la validez de la actuación administrativa carente de apoyo documental, que permita establecer la legalidad de su actuación”.

Luego en sentencia de fecha 12 de diciembre de 1989, la Sala Político-Administrativa de la –entonces– Corte Suprema de Justicia, precisó el significado del expediente administrativo cuando afirma:

“El expediente administrativo **constituye una de las piezas indispensables para que la jurisdicción contenciosa-administrativa juzgue con acierto** el recurso

5 Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Gaceta oficial N° 39.451 de 22 de junio de 2010.

planteado, a fin de cumplir con las garantías al delicado deber de administrar justicia en las controversias que se plantean entre la Administración y los administrados. Pero no se agota ahí la función del expediente administrativo en el procedimiento contencioso de anulación, pues éste al reflejar el **recorrido de formación de la voluntad del acto** que se emite **es fuente de las alegaciones del administrado a través de la impugnación en vía jurisdiccional y puede así mismo ser objeto del debate probatorio en la oportunidad correspondiente**".

Luego en fecha 28 de mayo de 1998, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia resolvió, visto los distintos criterios que existían hasta ese momento sobre la oportunidad en que la Administración podía **consignar en juicio el expediente administrativo, disponiendo que el expediente administrativo debía ser anunciado en la fase de promoción de pruebas y producido en la etapa de evacuación**, esto es, dentro del lapso probatorio, con fundamento en el principio de la contradicción y concentración de la prueba, con fundamento en el respeto del equilibrio procesal entre los participantes en un litigio.

IV. NOCIÓN Y CONTENIDO DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Para la Real Academia Española de la Lengua, por expediente debe entenderse el "Conjunto de todos los papeles correspondientes a un asunto o negocio. Se usa señaladamente hablando de la serie ordenada de actuaciones administrativas, y también de las judiciales...". De igual forma, en la séptima acepción permitida por dicha Academia, "expediente" es un

“Procedimiento administrativo en que se enjuicia la actuación de alguien”⁶.

En nuestro país, si bien la LOPA no establece definición alguna de “expediente administrativo”⁷, la característica esencial de un expediente administrativo es la ordenación de los documentos, una disciplina que la ciencia administrativa califica de articulación formal de los mismos con la debida conexión entre ellos, características uniformes que permiten lograr una secuencia lógica de modo, tiempo y manera. Esta actuación es garantía de eficacia administrativa y protección de los derechos e intereses de los administrados que se ventilan en el procedimiento.

La foliación en orden cronológico y salvo el caso de documentos declarados confidenciales (artículo 59 de la LOPA)

6 En España, según el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986 del 28 de noviembre de 1986, se define al expediente administrativo como **“el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedentes y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla”**, disponiendo también que **“los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación”**.

7 En la LOPA la regulación del expediente administrativo es del tenor siguiente: “Artículo 31: De cada asunto se formará expediente y se mantendrá la **unidad de éste y de la decisión respectiva**, aunque deban intervenir en el procedimiento oficinas de distintos ministerios o institutos autónomos.” “Artículo 32: Los documentos y expedientes administrativos **deberán ser uniformes** de modo que cada serie o tipo de ellos obedezca a iguales características. El administrado podrá adjuntar, en todo caso, al expediente, los escritos que estime necesarios para la aclaración del asunto.” “Artículo 34: En el despacho de todos los asuntos **se respetará rigurosamente el orden** en que estos fueron presentados. Sólo por razones de interés público y mediante providencia motivada, el jefe de la oficina podrá modificar dicho orden, dejando constancia en el expediente. La administración racionalizara sus sistemas y métodos de trabajo y vigilara su cumplimiento. A tales fines, adoptará las medidas y procedimientos más idóneos”.

deberán estar presentes en el expediente administrativo todos los documentos que se refieren al caso. La unidad debe tenerla desde su inicio hasta la decisión, aún cuando intervengan en el procedimiento distintos ministerios u entes administrativos.

La finalidad de la norma es constreñir a la Administración a mantener un cuerpo ordenado de documentos de cada una de las actuaciones que realice en el marco de cualquier procedimiento administrativo.

Por tanto, la apertura del expediente y el cuidado de cumplir con las exigencias constitucionales y legales es fundamental para garantizar el derecho a la defensa de los interesados durante su participación en el procedimiento y posteriormente durante su impugnación si fuere el caso en sede administrativa o jurisdiccional del acto definitivo.

Tiene el expediente administrativo la fuerza de combinar e integrar en su unidad física, la promoción y evacuación de **“todos los medios de prueba** establecidos en los Códigos Civil, Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal (hoy Código Orgánico Procesal Penal) o en otras leyes⁸, por tanto las partes disponen de la posibilidad amplísima de apoyar sus alegatos y de disputar la verdad de los hechos.

V. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO EN JUICIO

De conformidad con las normas anteriormente transcritas, es criterio de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el caso de impugnación de documentales contenidas en un expediente administrativo⁹, que el mismo es conjunto ordenado de todas las actuaciones realizadas en

⁸ Artículo 58 de la LOPA.

⁹ Sentencia de de la Sala Político-Administrativa de fecha 12 de julio de 2007, N° 01257 caso *Echo Chemical 2000 C.A.*, El Capítulo III Obiter Dictum.

el decurso del procedimiento administrativo que le sirven de sustento a éste, **agregando la Sala una afirmación que lo impregna de contenido jurídico cuando afirma: "...el expediente es la materialización formal del procedimiento."**

Establece la Sala Político-Administrativa:

"En atención a que el expediente conforma la materialización del procedimiento administrativo, es preciso que a fin de garantizar el derecho al debido proceso en sede administrativa, como lo preceptúa el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 *eiusdem*, el cual establece que "La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho" (subrayado de la Sala), los órganos administrativos al sustanciar los expedientes deben observar las normas previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que disponen la unidad, orden y secuencia en la cual se deben llevar dichos expedientes.

Sin embargo, a su vista se constata que el precitado instrumento normativo no indica la manera pormenorizada en la cual deben llevarse los expedientes en sede administrativa, por lo que a fin de **adminicular los derechos de los particulares con las obligaciones de la Administración dentro del procedimiento administrativo**, asegurando la integridad y unidad del expediente, y en atención a lo dispuesto en el único aparte del artículo 32 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que establece que "La administración racionalizara sus sistemas y métodos de trabajo y vigilara su cumplimiento. A tales fines, adoptará las medi-

das y procedimientos más idóneos”, **considera esta Sala como procedimiento idóneo aplicable para asegurar la regularidad y coherencia de los expedientes administrativos, lo dispuesto en el artículo 25 del Código de Procedimiento Civil, el cual es del tenor siguiente:**

“Artículo 25: De todo asunto se formará expediente separado con un número de orden, la fecha de su iniciación, el nombre de las partes y su objeto. Las actuaciones deben observar el orden cronológico, según la fecha de su realización y la foliatura del expediente se llevará al día y con letras, pudiéndose formar piezas distintas para el más fácil manejo, cuando sea necesario”.

Por tanto el expediente administrativo constituido por el conjunto de actuaciones previas dirigidas a **formar la voluntad administrativa** deviene en la **prueba documental** que sustenta la decisión de la Administración; sólo a ésta le corresponde la carga de incorporar al proceso los antecedentes administrativos. **Lo relevante del orden ,exactitud, coherencia y secuencia de los expedientes, dependerá la fuerza probatoria que se desprenda del conjunto de actas que integran el mismo.**

VI. EL JUZGAMIENTO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

La *primera* consecuencia, se refiere a la inexistencia del expediente administrativo. En este sentido la sentencia de la Sala Político-Administrativa referida a Seguros la Metropolitana S.A.¹⁰ la recurrente enfocó la argumentación ante el a quo en el expediente administrativo, al sostener la nulidad del acto administrativo por la prescindencia total y absoluta del

¹⁰ Sentencia de de la Sala Político-Administrativa de fecha 26 de octubre de 2004, Expediente N° 1273, caso *Seguros La Metropolitana S.A.*

procedimiento legalmente establecido, "...al no haberse dictado dentro del mismo el acta respectiva, donde se notificara al contribuyente de las razones de hecho y de derecho que fundamentaban el actuar administrativo, y la cual una vez notificada, habría permitido el derecho a la defensa de la empresa recurrente". "...Bajo este mismo contexto, fue alegada la no apreciación de las defensas hechas valer por la contribuyente por parte de la Administración Tributaria Municipal y la violación del principio de globalidad de la decisión administrativa; la **inexistencia del expediente administrativo**; y otros argumentos de fondo de los actos dictados.

En el caso que se examina, podría decirse que el fundamento de la apelación ante la Sala Político-Administrativa por parte de la Municipalidad contra la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario que declaró con lugar el recurso contencioso tributario interpuesto por la empresa, se concreta en que el Juzgador incurrió en silencio de pruebas, al no valorar las que conformaban los antecedentes administrativos.

Por su parte la contestación de la apelación se fundamenta en "...la carencia de valor probatorio del supuesto expediente administrativo consignado en el caso de autos. En tal sentido, expone que la representación fiscal municipal **pretendió hacer valer como expediente administrativo un simple conjunto documental que lo único que prueba es el desorden de la Administración** y que conllevan a considerar la prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido por ausencia de expediente administrativo...todo lo cual configura...una violación de los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso...".

La *segunda* consecuencia, se refiere a la presentación extemporánea del expediente administrativo en juicio, es decir fuera de la oportunidad probatoria, momento fijado por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa.

La sentencia del caso *Grupo Hardwell Technologies C.A.* se refiere a una apelación contra la sentencia interlocutoria que negara a abrir la articulación probatoria solicitada por la mencionada empresa conforme lo establecido en el artículo 607 del Código de procedimiento Civil.

La pregunta en este caso, es si el juez estaría obligado a abrir una articulación probatoria establecida en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil a los efectos de que se pueda ejercer el control sobre la prueba contentiva del expediente administrativo y pueda activar las acciones pertinentes con el propósito de atacar el medio probatorio. Disponemos de una sentencia de la Sala Político-Administrativa que resuelve este punto y se trata de un expediente que fuera consignado después que el Tribunal de instancia dijera Vistos en el juicio¹¹.

El Juez de instancia, el Tribunal Superior Contencioso Tributario, **negó la petición de apertura de la articulación probatoria considerando que luego de Vistos**, no corresponde a las partes ejercer actividad alguna de control de prueba, pues esa etapa ya feneció dentro del procedimiento y el análisis del cúmulo probatorio le corresponderá hacerlo al juzgador en la sentencia definitiva. Además de la apelación de la que conoce la Sala Político-Administrativa la representación judicial del recurrente presentó escrito **impugnando el expediente administrativo**.

Ahora bien, la sentencia argumenta que el juez a quo señaló que valoraría las observaciones sobre el expediente administrativo afirmando que serán tomadas en cuenta en el análisis y decisión de fondo de la causa. La Sala Político-Administrativa estableció que la sentencia no podía entrar a adelantar opinión respecto a la valoración del expediente administrativo si sobre la tempestividad de su consignación en las actas procesales, de allí que considere que **el fallo apelado no lesionó el derecho**

11 Sentencia de la Político-Administrativa de 17 de enero de 2012, N° 0935 caso *Grupo Hardwell Technologies C.A.*

a la defensa ni al debido proceso, como tampoco a la tutela judicial efectiva, por cuanto declaró con fundamento en sus amplios poderes inquisitivos, que tomaría en consideración tanto las observaciones como la extemporaneidad de la consignación en autos del expediente administrativo.

Queda por constar si la sentencia definitiva que se dictará en este caso se aparta del criterio jurisprudencial de 2007 de la Sala Político-Administrativa donde se precisó la oportunidad de impugnación del expediente, de acuerdo al momento en que este sea consignado en actas procesales.

La tercera consecuencia para la Administración en un proceso contencioso administrativo ocurre, cuando la Administración a quien se le ha notificado para que remita al Tribunal el expediente administrativo no lo hace "...lo que constituye una grave omisión que pudiera obrar en contra de la Administración y crear una presunción favorable a la pretensión de la parte accionante"¹².

El expediente administrativo fue requerido por el tribunal (Sala Político-Administrativa) en dos oportunidades. La sentencia (caso *Aserca Airlines*, mencionada, se refiere a actos administrativos sancionatorios (multas) declarado sin lugar por el Ministro de Infraestructura). La decisión llama la atención a la Procuraduría General de la República y al Ministerio Público, señalándoles que abundaron en detalles para justificar la actuación de la administración pero que ambas instituciones no hicieron alusión a la conducta omisiva del Ministerio, vista la falta de remisión del expediente administrativo, mas cuando en el caso del Ministerio Público está facultado por disposición constitucional para actuar como parte de buena fe, razón de más para advertir esta omisión.

12 Sentencia de fecha 16 de mayo de 2002, Expediente N° 0929, caso *Aserca Airlines C.A.*

En el caso concreto, la sentencia recaída en el caso de *Aserca Airlines C.A.* la Sala Político-Administrativa primero constata que al Ministerio que dictara los actos impugnados “**no remitió el expediente administrativo** que le fuera solicitado por este Tribunal...” y hace referencia a la falta en los alegatos directos de la ausencia del expediente administrativo en juicio, observando que centraron su argumentación en invocar los vicios que atribuyeron a los actos administrativos recurridos.

El caso judicial que comentamos trata de una apelación ante la Sala Político-Administrativa de una decisión de un Tribunal Superior Contencioso Tributario, y la sentencia apelada hace referencia al **desorden del expediente** alegado por la empresa, y decide que aceptando el desorden en el expediente “...carece de elementos para considerar tal desorden como intencional para lesionar los derechos de la recurrente.”

La Sala Político-Administrativa resuelve declarar con lugar el recurso de nulidad contra la resolución del Ministerio de infraestructura y establece los siguientes criterios:

1. La remisión de los antecedentes administrativos **es una carga procesal** de la Administración.
2. **La falta de expediente administrativo impide el debido examen de la adecuación de las circunstancias fácticas que dieron lugar al acto administrativo impugnado con el supuesto de hecho contenido en el dispositivo legal.**
3. Establece una **presunción favorable** a la pretensión de la actora y en consecuencia debe declararse forzosamente la procedencia de la denuncia planteada, es decir con lugar el recurso de nulidad interpuesto.
4. **Al pronunciarse por la consecuencia de la falta de expediente administrativo en juicio, declara inoficioso**

pronunciarse sobre los restantes alegatos expuestos por la empresa apelante.

VII. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO COMO DOCUMENTO PROBATORIO

Desde 1998 la Sala Político-Administrativa (sentencia N° 300) estableció la especialidad del documento administrativo, configurándolo como una tercera categoría de prueba instrumental, por tanto su carácter auténtico deviene del hecho de ser una declaración emanada de un funcionario público, con las formalidades exigidas en el artículo 18 de la LOPA.

Esta especial forma de documento escrito dice la jurisprudencia no puede asimilarse al documento público definido en el artículo 1.357 del Código Civil, pues no participa del carácter negocial que caracteriza a este último. Ahora bien, su carácter auténtico deviene del hecho, como lo señalábamos antes, de ser un documento emanado de un funcionario público, con las formalidades exigidas para este tipo de documento.

Es por ello que ha confirmado una y otra vez la Sala Político-Administrativa que el documento administrativo se asemeja a los documentos privados reconocidos o tenidos por reconocidos (artículo 1.363 *eiusdem*) pero sólo en lo que concierne a su valor probatorio, dado que en ambos casos se tiene por cierto su contenido, en tanto que las declaraciones efectuadas en dichos instrumentos no sean objeto de impugnación a través de cualquier género de prueba capaz de desvirtuar su veracidad¹³.

13 Sentencia de la Sala Político-Administrativa fecha 21 de mayo de 2002, caso *Aserca Airlines C.A.*

Ahora bien, de acuerdo a la persona que incorpore algún acta al expediente administrativo, se pueden dar tres supuestos:

- Los documentos emanados de los funcionarios públicos sustanciadores del procedimiento administrativo, en ejercicio de atribuciones legales, los cuales constituirán propiamente documentos administrativos¹⁴.
- Los documentos emanados de los particulares interesados en el procedimiento.
- Los documentos emanados de terceros, distintos a las partes involucradas, entendiéndose como partes a la autoridad administrativa sustanciadora del expediente y a los legítimos interesados en el procedimiento, tales como informes emanados de organismos públicos o privados necesarios para la resolución de la controversia, en los términos del artículo 54 de la LOPA.

Visto lo anterior, cada instrumental incorporado al expediente administrativo tendrá el valor probatorio conforme a la naturaleza del documento de que se trate, pero tal como lo ha establecido la Sala Político-Administrativa los documentos administrativos se valorarán igualmente como un instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, en aplicación del artículo 1.363 del Código Civil.

En el caso de una demanda por incumplimiento de contrato¹⁵, la Sala Político-Administrativa determinó con fundamento en la sentencia también de la Sala, caso *Aserca Airlines C.A.* de fecha 28 de febrero de 2000 que cuando ha sido establecido el carácter de documento privado reconocido o tenido por reconocido de las pruebas escritas bajo análisis, puede enton-

14 Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 7 de noviembre de 1984.

15 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 2 de octubre de 2005, caso *empresa Reforman*.

ces afirmarse que por no tener la naturaleza de instrumentos públicos, éstas han debido ser producidas dentro de los 15 días del lapso de promoción de pruebas o anunciarse en él de donde debían compulsarse, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 434 del Código de procedimiento Civil”.

Agrega en esta sentencia que “No siendo este el caso, pues la parte actora se limitó a producirlas junto con el escrito de Informes, resulta forzoso para esta Sala desechar las copias fotostáticas del memorándum de fecha 05 de junio de 1997 y la de la nota informativa del 14 de julio de 1997. Así se decide.”

Por otra parte, cuando el impugnante proceda a objetar determinada *acta* del expediente *no el expediente*, el medio de impugnación dependerá de la naturaleza de la prueba instrumental que se pretenda desconocer, toda vez que el medio de ataque deberá ser, según el caso, el propicio para enervar el valor probatorio del instrumento que se discute. Por ejemplo, si se pretende impugnar un instrumento público inserto en el expediente administrativo, la vía de impugnación será , la tacha de ese instrumento.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó sentencia en un recurso de revisión¹⁶ donde precisamente los alegatos se centran en que un funcionario de carrera nunca presentó carta de renuncia y que el tribunal a quo (Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo) no valoró la prueba grafo técnica para esclarecer que la firma de la carta de renuncia no era del funcionario, prueba que no fue impugnada por la administración municipal.

La sentencia del a quo señala que el expediente administrativo se presentó en copia certificada por la demandada y contiene la carta de renuncia es cuestionada por el deman-

16 Sala Constitucional, sentencia de fecha 30 de enero de 2009, caso *recurso de revisión sentencia Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Omar E. Arévalo*.

dante y solicita la exhibición del mencionado documento en original. Habiéndose cumplido no puede pretender devolver la carga sobre la veracidad del documento sino que correspondía al accionante. En lugar de solicitar el cotejo o tacha del documento para demostrar su pretensión no produjo ninguna convicción en el sentenciador sobre la falsedad del instrumento más bien el expediente quedó arrojado por el principio de legitimidad del expediente administrativo.

La Sala Constitucional consideró en el caso que se comenta que el a quo si se pronunció sobre la prueba grafo técnica, para restarle valor probatorio en el proceso; el acto administrativo que contiene la aceptación de la renuncia cuya falsedad no se comprobó según las reglas procesales aplicables, fue en segunda instancia cuando el querellante consignó lo que constituía la prueba fundamental de su pretensión como fue la prueba grafo técnica que demostraría la falsedad de la firma, en lugar de la inacción de la tacha de falsedad, en la primera instancia, tal como el tribunal lo señaló. Estos alegatos se relacionaron con la necesidad de protección de derechos y la SC recordó que la revisión constitucional no tiene por objeto la protección de derechos y declaró la causa como no ha lugar.

1. ¿Qué pasa cuando forman parte del expediente administrativo copias fotostáticas?

La solución que acoge la Sala Político-Administrativa es la aporta el Código de Procedimiento Civil (texto de aplicación supletoria) cuando el artículo 429 señala que se tendrán como fidedignas si no fueren impugnadas durante el lapso de promoción de pruebas, y si estas copias son producidas en cualquier otra oportunidad, no tendrán ningún valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte.

De esta manera el juez apreciará las copias simples de documentos privados reconocidos o tenidos legalmente por

reconocidos, los que presentan semejanza con los documentos administrativos en lo que respecta a su eficacia probatoria¹⁷.

2. ¿Qué pasa cuando forman parte del expediente administrativo copias certificadas?

La Sala Político-Administrativa insiste en que las copias certificadas del expediente administrativo constituyen una tercera categoría de prueba documental, como lo señalamos supra. Ahora bien, advierte que "...no debe confundirse el valor probatorio de las copias certificadas del *expediente administrativo* como una unidad íntegra, es decir, como un conjunto de actuaciones administrativas debidamente documentadas, con las actas que lo conforman individualmente consideradas, pues en dichas actas poseen su valor probatorio propio según el documento de que se trate."

Así, un documento público que haya sido agregado en copia certificada a un expediente administrativo no pierde su carácter de público y su fuerza probatoria por estar inserto dentro del expediente, ya que deberán ser valorado como lo dispone el artículo 1.359 y 1.360 del Código Civil. También pueden encontrarse en el expediente administrativo elementos que no comportan el carácter de prueba instrumental.

Por tanto, dice la Sala Político-Administrativa que "...el valor probatorio de las copias certificadas del expediente administrativo como instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, se refiere a la autenticidad que emana de la certificación efectuada por el funcionario público, de que los antecedentes administrativos remitidos al Tribunal son una copia fiel y exacta de su original, es decir, que ese con-

17 En el caso de sentencia *Aserca Airlines C.A.* se concluye "...las copias fotostáticas de las resoluciones supra mencionadas, fueron producidas junto con la demanda y visto que no fueron impugnadas por la representante de la República en la oportunidad de dar contestación de la demanda, las mismas deben ser tenidas como fidedignas. Así se decide".

junto ordenado de actas son el cúmulo de actuaciones previas dirigidas a formar la voluntad de la Administración, que el particular recurrente pretende que sea revisada en la jurisdicción contencioso-administrativa”¹⁸.

En otro orden de valoración del expediente administrativo, cuando se invoca el **desorden del expediente que conlleva la falta absoluta del procedimiento legalmente establecido por ausencia de expediente administrativo**, la Sala Político-Administrativa en un caso de esta naturaleza, examina los documentos traídos a juicio como expediente administrativo¹⁹ y concluye:

1. “...del análisis de las actas del expediente se pudo constatar, específicamente de las que conforman los antecedentes administrativos consignados por la representación fiscal municipal, que en el presente caso, la resolución de multa impugnada no fue precedida de un acta fiscal que señalara las razones conforme a las cuales debía sancionarse a la contribuyente de autos y que permitiera instar un procedimiento donde ésta pudiera hacer vales las defensas que estimara pertinentes para enervar las pretensiones fiscales”.
2. “no habiendo sido dictada por parte de la Administración Tributaria Municipal el acta fiscal que diera inicio al procedimiento administrativo ... la cual estaba obligada a dictar ... debe concluir que ... hubo ausencia del procedimiento legalmente establecido, resultando afectada de nulidad la resolución impugnada”.
3. “...en atención a la carencia de valor probatorio del expediente administrativo...respecto a que tal expediente

18 Sentencia de fecha 12 de julio de 2007, N° 01257, caso *Echo Chemical 2000 C.A.*

19 Sentencia de fecha 26 de octubre de 2004, N° 1273, caso *Seguros La Metropolitana S.A.*

administrativo consignado...no cumplía a cabalidad con los requisitos impuestos por la legislación...no obstante haber advertido tales circunstancias, consideró (la Sala) que ello no podía llevar a ...concluir la intencionalidad de la Administración de lesionar los derechos de los contribuyentes”.

VIII. LA OPOSICIÓN O LA IMPUGNACIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

La oposición y la impugnación de las pruebas son manifestaciones del derecho a la defensa que tienen las partes que quiera objetarla. Mientras la primera constituye una figura preventiva destinada a impedir la entrada del medio probatorio al proceso, la segunda está dirigida a enervar la eficacia probatoria de éste (medio de prueba). La impugnación se dirige a demostrar la falsedad, inexactitud o ilegalidad de una prueba.

La impugnación debe estar dirigida a discutir la exactitud o veracidad de las actas que fueron remitidas por la Administración al Tribunal, bien porque algún acta haya sido mutilada, falseada, cambiada en su contenido, no conste en el expediente remitido o cualquier otro motivo.

De acuerdo al mecanismo de defensa seleccionado para enervar el valor probatorio del expediente administrativo, ya hemos señalado cual es la oportunidad procesal para hacerlo.

Por tanto, al partir de la premisa que la autenticidad del expediente administrativo emana de la certificación efectuada por el funcionario público, la impugnación del expediente administrativo como un todo o alguna de las actas que lo conforman, debe referirse a la falta de adecuación entre las copias certificadas del expediente administrativo que consta en autos y las actuaciones que conformaron el expediente administrativo, para lo cual la parte impugnante deberá producir la

prueba en contrario que demuestre la veracidad de sus alegatos, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.363 del Código Civil en concordancia con el artículo 506 *eiusdem*.

Si la impugnación es a todo el conjunto de copias certificadas, la forma de ataque va destinada a indicar que no se encuentran incorporadas en dicho instrumento probatorio una o varias actas que originalmente la componían, o que las copias certificadas del expediente administrativo no son fidedignas, es decir no se compadecen con el original que se encuentra en poder de la Administración, lo que implica una impugnación al elemento *continente* (expediente) y no de algún acta específica de su *contenido*.

Por el contrario cuando se establece la posibilidad de la impugnación de parte del expediente, la objeción debe referirse a la falta de adecuación entre el expediente remitido que consta en autos y las actuaciones que conformaron ese expediente administrativo, bien porque alguna acta determinada haya sido mutilada, falseada, cambiada en su contenido, o por cualquier otro motivo, lo cual tiene como finalidad enervar el valor probatorio que emana de la certificación del funcionario público, lo que trae como consecuencia que el impugnante deberá señalar e acta o conjunto de actas específicas que desea atacar.

En cualquiera de los supuestos anteriores, el impugnante tendrá libertad probatoria para producir la contraprueba necesaria tendente a destruir el valor probatorio que emana del expediente administrativo²⁰.

20 Criterios tomados de la sentencia ya identificada, Sala Político-Administrativa, caso *Echo Chemical 2000 C.A.*

CONCLUSIONES

1. El expediente administrativo es la materialización del procedimiento de que se trate.
2. Constituye la prueba natural judicial, mas no la única, pero sí la central, dentro del proceso administrativo y contencioso administra
3. Se lo califica como requisito para la búsqueda de la verdad material, prueba de importancia medular para el juez contencioso administrativo.
4. Desde la Constitución de 1999 el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva aplica tanto para actuaciones judiciales como administrativas, es decir acceder ante los órganos administrativos para hacer valer los derechos e intereses estaría garantizado en sede administrativa y en la actividad que se despliegue en la instancia judicial.
5. La finalidad del expediente administrativo es constreñir a la Administración a mantener un cuerpo ordenado de documentos, de cada una de las actuaciones que se realicen en el marco de cualquier procedimiento administrativo.
6. Por tanto, la apertura y el cuido de cumplir las exigencias constitucionales y legales es esencial para garantizar el derecho a la defensa de los interesados durante la participación en el procedimiento administrativo y posteriormente durante la impugnación si fuere el caso en sede administrativa o jurisdiccional del acto definitivo.
7. Si la Administración está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de transparencia y sometimiento pleno a la ley y al derecho, como manda la Constitución, al sustanciar los expedientes la Administración

debe observar sus requisitos y estar habilitado el particular para utilizarlo, estas acciones preparan el valor del expediente en el contencioso administrativo.

8. Si el expediente administrativo es el conjunto de actuaciones previas dirigidas a formar la voluntad administrativa, deviene en prueba documental que sustenta la decisión de la Administración.
9. Lo relevante del orden, exactitud, coherencia y secuencia de los expediente penderá de la fuera probatoria que se desprenda del conjunto de actas que integran el mismo.
10. Tres consecuencias marcan el juzgamiento en la jurisdicción administrativa en relación al expediente administrativo:
 - **La primera:** la inexistencia de expediente administrativo, se pretendió hacer valer como expediente administrativo un simple conjunto documental que lo único que prueba es el desorden administrativo.
 - **La segunda:** la presentación extemporánea del expediente administrativo. Se negó la apertura de articulación probatoria para el control de la prueba del expediente por haberse dicho vistos, y el aquo declaró que valoraría los alegatos en sentencia definitiva.
 - **La tercera consecuencia:** Cuando la Administración a quien se ha notificado para que remita el expediente administrativo no lo hace, y el tribunal considera que la falta de expediente administrativo impide el debido examen de la adecuación de las circunstancias fácticas que dieron lugar al acto administrativo impugnado, con el supuesto de hecho contenido en el dispositivo legal.

11. El expediente administrativo como documento probatorio, desde siempre se le ha considerado un tipo de prueba instrumental, de carácter auténtico por la declaración emanada de un funcionario público; ese carácter auténtico le deviene del hecho de emanar de un funcionario público y cumpliendo las exigencias para este tipo de documento.
12. El documento administrativo se asemeja a los documentos privados reconocidos o tenidos por reconocidos sólo en lo concerniente a su valor probatorio, se tiene por cierto su contenido, en tanto lo sean objeto de impugnación a través de cualquier género de prueba capaz de desvirtuar su veracidad.
13. Se dan tres supuestos de documentos dependiendo de las personas que los incorporen:
 - Los documentos emanados de funcionarios públicos, son propiamente documentos administrativos.
 - Los documentos emanados de los particulares interesados en el procedimiento,
 - Los documentos emanados de terceros, distintos a las partes involucradas, informes emanados de organismos privados para resolver la controversia.
14. Por tanto el valor probatorio está referido o conforme a la naturaleza del documento de que se trate.
15. Si el expediente administrativa tiene copias fotostáticas se tendrán como fidedignas si no fueron impugnadas en el lapso de promoción de pruebas, y si son producidas en cualquier otra oportunidad no tendrán valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte.

16. Si las copias en el expediente son certificadas, si es un documento público agregado en copia certificada a un expediente administrativo, éste no pierde su valor de documento público.
17. Si el expediente enviado al tribunal está certificado por funcionario público los antecedentes administrativos remitidos son copia exacta y fiel de su original.
18. Se puede oponer al expediente o se puede impugnar el expediente, a primera es impedir la entrada del medio probatorio al proceso, la segunda dirigida a enervar la eficacia probatoria de éste medio de prueba. La impugnación se dirige a demostrar la falsedad, la inexactitud o la ilegalidad de una prueba.
19. La impugnación del expediente puede ser total o alguna de las actas que lo conforman. La impugnación es a todo el conjunto de copias certificadas, sea porque no se encuentran incorporadas una o varias actas que originalmente lo componían, o que las copias certificadas del expediente no son fidedignas, no se compadecen con el original.
20. Cuando se impugna parte del expediente, la objeción debe referirse a la falta de adecuación entre el expediente remitido bien porque alguna acta haya sido mutilada, falseada, cambiada y por tanto la finalidad es enervar el valor probatorio que emana de la certificación del funcionario, y el impugnante señalar cual de las actas desea impugnar. En ambos casos el impugnante tendrá la libertad probatoria para producir la contraprueba necesaria tendente a destruir el valor probatorio que emana del expediente administrativo.

ACTUALIDAD

CORRUPCIÓN Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA *

CASOS EMBLEMÁTICOS DE CORRUPCIÓN EN VENEZUELA

Román J. Duque Corredor

*Profesor de postgrado en Derecho Constitucional
en la UCV, UCAB y UMA*

¿O cuál es más de culpar, (...)
la que peca por la paga
o el que paga por pecar?

Sor Juana Inés de la Cruz

Resumen: El artículo analiza distintos supuestos en los que se han realizado denuncias de corrupción en Venezuela, teniendo en cuenta el contexto de América Latina.

Palabras clave: corrupción, transparencia administrativa.

Summary: The article analyzes different cases in which there have been allegations of corruption in Venezuela, taking into account the context of Latin America.

Keywords: Acorrupción, administrative transparency.

Recibido: 27 de febrero de 2015 Aceptado: 10 de abril de 2015

* Trabajo elaborado para el Seminario “Corrupción y Democracia en América Latina”, celebrado en Washington el 09/09/2014, organizado por América’s Fórum, Interamerican Institute by Democracy, Diario Las Américas y Federación Interamericana de Abogados.

SUMARIO

- I. Transparencia administrativa y gobernabilidad democrática
- II. Casos emblemáticos y niveles de corrupción desastrosos
- III. Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela
- Conclusiones

I. TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA Y GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA

La ética en el ejercicio del poder público es uno de los principios o valores que debe orientar la política anticorrupción por parte de los diferentes Estados americanos, obligados como están por la Convención Interamericana contra la Corrupción, del 27 de marzo de 1997, de adoptar medidas para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Por ello, un marco legal efectivo, la transparencia administrativa, el derecho de acceso a la información en materia de asuntos públicos y su control por órganos independientes, constituyen instrumentos de la práctica anticorrupción por parte de los Estados. Esta práctica o política se inscribe dentro del ejercicio legítimo de la democracia, puesto que, como se reconoce en el artículo 4º, de la Carta Democrática Interamericana, uno de los componentes fundamentales de la democracia es la transparencia de las actividades gubernamentales. Al igual que la Convención contra la Corrupción esta Carta considera la ética como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado democrático y social de Derecho. No cabe duda, pues, que lo que se conoce como gobernabilidad democrática, tiene en la transparencia y en el control de la corrupción de la gestión pública uno de sus componentes esenciales.

Ello implica que en las instituciones democráticas deben construirse mecanismos independientes de información y de comunicación y de inspección de los procesos de las políticas públicas, por lo que ello significa para la formulación de están-

dares de conducta de ética pública. En otras palabras, que la gobernabilidad democrática es no solo la que evita regresiones autoritarias, realiza elecciones periódicas o lleva a cabo programas de justicia social para reducir los márgenes de pobreza, sino también la que logra la confiabilidad de las decisiones gubernamentales y evita la impunidad, precisamente por los niveles de ética y de buen desempeño que deben presidir esas decisiones y por el funcionamiento eficiente de los órganos independientes de control de la corrupción. Por esta razón, la transparencia, la probidad, la información ciudadana, la rendición de cuentas y la prevención y el control contra la corrupción son determinantes de la honradez, eficiencia, confiabilidad y responsabilidad de las administraciones públicas en una verdadera gobernabilidad democrática.

En concreto, que la transparencia y el control de corrupción es uno de los principios que debe regir la administración de los bienes y recursos públicos y la actuación de los gobernantes, lo cual fortalece la democracia y el buen gobierno, así como la plena vigencia del Estado de Derecho, a través del acceso a la información pública y de la efectiva participación de todas las personas en la toma de decisiones de interés general y en la fiscalización de los actos públicos del Estado. Principios estos, que incluso se recogen en la Constitución de Venezuela de 1999, frente a una realidad que es todo lo contrario.

II. CASOS EMBLEMÁTICOS Y NIVELES DE CORRUPCIÓN DESASTROSOS

Cuando la gestión de los gobiernos es caracterizada por casos de corrupción que adquieren características de suprema gravedad, por la forma cómo se suceden, por los personeros gubernamentales envueltos; las sumas y recursos aprovechados o dilapidados ilícitamente; por la ausencia de una legislación efectiva o de su inaplicación y de controles preventivos y

correctivos de la mala administración; por su reiteración, o por la indolencia, la complicidad o falta de independencia de los poderes públicos a cargo de esos controles y, por su nexos con el tráfico internacional de drogas o con otros gobiernos o con sectores privados; y por la ausencia de una voluntad política de erradicar la corrupción por parte de los gobiernos, que llega incluso hasta contaminar procesos electorales, puede concluirse que no existe gobernabilidad democrática, o que está seriamente debilitada o afectada.

Esos casos se constituyen en casos emblemáticos del nivel de corrupción existente en un país. Y, que evidentemente sirven para calificar a los países dentro de los índices de corrupción como *“países con niveles de corrupción desenfrenados”*. Por ejemplo, según los últimos Reportes que el Centro de Estudios de la Justicia en América, de la OEA, ha venido elaborando desde el año 2000, en lo que se refiere al control de la corrupción, respecto del sector público, en una escala donde 10 puntos es el grado de país sin corrupción y 0 puntos es la calificación de país corrupto, Venezuela, con el grado de 1.9, puntos, se encuentra entre los países que no superan la marca de 3 puntos. Es decir, dentro de los países con niveles de *“corrupción desenfrenados”*². Calificación en la que coinciden, por ejemplo, Transparencia Internacional, en su tradicional Índice de Percepción de la Corrupción, el cual señala que solo cuatro (4) de los 20 países latinoamericanos, logran 50 o más puntos, sobre un máximo de corrupción mínima de 100, y que en el *“vagón de la cola”* de los países percibidos como los más corruptos, se sitúa a Venezuela con 19 puntos. Pero el problema tiene una dimensión más amplia, puesto que en el Índice de Percepción de Corrupción (IPC) correspondiente al 2013, publicado por Transparencia Internacional, se ubicó a Venezuela en el puesto 160 entre 177 países, con un puntaje de 20 sobre 100, como un país con alto grado de corrupción.

2 Cfr.: <http://www.cejamericas.org/index.php/informacion-judicial.html>

III. CASOS EMBLEMÁTICOS DE CORRUPCIÓN EN VENEZUELA

Sin seguir un orden cronológico, pero sí de su gravedad, me referiré a los casos más característicos del nivel de corrupción desenfrenado en Venezuela, limitándome simplemente a lo informativo y no a su análisis jurídico, o político. Casos estos algunos de ellos reconocidos como tales por el Estado venezolano, hasta el punto que su Ministerio Público ha anunciado que procederá a su investigación, e incluso que son reseñados en reportes internacionales y nacionales como hechos comunicacionales. Al limitarme a lo informativo procuro que no se me atribuya una percepción personal en la calificación de emblemáticos de corrupción de tales casos.

1. Caso Fondo Chino y reventa de bonos argentinos

El Ministerio Público acusó al ex gerente de operaciones del Fondo Chino de Venezuela, Javier Elías Briceño Scott, por su presunta vinculación con el desfalco de más de 84 millones de dólares, que fueron asignados a ese organismo durante los años 2011-2012, con el propósito de desarrollar planes para la producción de alimentos en el país, consistente en desembolsos irregulares de fondos económicos autorizados por el Fondo Chino Venezolano y pagados por el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (Bandes) a las empresas Kelora S.A (22 millones de dólares) y *Bismarck Consorcio Traving Corp* (62 millones de dólares). Recursos estos que fueron desembolsados sin ningún tipo de control. Al presente se han detenido ocho (8) presuntos implicados en el desfalco del Fondo Chino Venezolano, y en declaraciones del Ministro de Interior, Justicia y Paz, Miguel Rodríguez Torres, se reconoce que los involucrados habrían sacado 84 millones de dólares, que estaban destinados a proyectos agrícolas.

Venezuela adquirió entre 2005 y 2008 más de 5.600 millones de dólares en bonos de la deuda pública argentina, a una tasa oficial de 2.150 bolívares, antiguos, y, sin proceso licita-

torio se vendieron a terceros en el mercado negro en que la ganancia alcanzó hasta 200%. El periodista y Director del Diario “Tal Cual”, Teodoro Petkoff, calificó esta operación de *“El robo del siglo”*, y el economista Orlando Ochoa se refirió a esta negociación como *“el caso de corrupción más grande en la historia de Venezuela”*, la cual justificó el gobierno, a través del entonces Ministro de Finanzas, Rafael Isea, diciendo que *“en una subasta no se controla el precio”*³.

2. Caso CADIVI (Comisión de Administración de Divisas)

De acuerdo con fuentes oficiales, el Estado sufrió un fraude en la adquisición de divisas de más de 20.000 millones de dólares en 2012, por parte de *“empresas de maletín o fantasmas”*, que fingían operaciones para adquirir la moneda extranjera, lo cual fue reconocido incluso por el Presidente venezolano, admitiendo que CADIVI es la principal ventanilla de entrega de divisas en el país durante años y que había sido *“perforado”* por los delincuentes y que puso en marcha una reorganización completa del sistema de divisas. La Fiscal General de la República ha ido publicando el nombre de más de 110 empresas que están siendo investigadas por supuestos delitos cambiarios. Lo determinante de este caso, es que la administración de las divisas y su adquisición están totalmente bajo un estricto y absoluto control de por parte del gobierno. En este caso de fraude es sintomático del nivel de corrupción que la asignación de las divisas se hace mediante el sistema llamado SITME, que es manejado directamente por el Banco Central de Venezuela y según el propio ex-Ministro Jorge Giordani en las importaciones del 2012 se defraudaron esos 20.000 millones de dólares, que las corrientes del Partido de Gobierno PSUV, Punta de Lanza y Marea Socialista, lo calificaron de *“desfalco conti-*

3 El Universal, domingo 27 de julio de 2014, Joseph Poliszuk, *“Corrupción Importada... Primero Antonini, luego “las coimas” y ahora el arroz... Entre Caracas y Buenos Aires hay una estela de dudas a la sombra de un intercambio que desde 2002 suma 13. 605 millones de dólares”*.

nuado". De este desfaldo sólo ha sido condenado un funcionario, William José Rojas Graterol, quien trabajó en CADIVI y el 2013 admitió haber participado en la constitución de 30 empresas fantasmas destinadas a la adquisición de dólares preferenciales, y que lo hizo bajo presión, y quien estando bajo libertad condicional participó como candidato a Alcalde del Municipio Peña del Estado Yaracuy⁴ y hasta fines de agosto la Fiscalía no ha informado sobre el inicio de averiguaciones contra los militares activos y retirados que dirigieron CADIVI, de los cuales solo uno de ellos, quien fue Gerente de Importaciones y Seguimiento de Exportaciones, está procesado⁵. Según el politólogo Nicmer Evans, de tendencia oficialista, en 11 años de control de cambio la fuga de capitales se calcula en 160 mil millones de dólares, a lo que se agrega la denuncia mencionada de una estafa incalculable en el año 2012 de 20 millones de dólares en el proceso de asignación de divisas a través del Sitme y Cadivi, y que aún hoy, según denuncia de Marea Socialista y Punta de Lanza, sigue pero ahora en Cencoex. Todo ello, afirma, dentro de una gran impunidad, por lo que para exterminarla solicitó al gobierno, el pasado 1° de septiembre, una auditoría independiente⁶.

3. Caso PDVAL de alimentos vencidos y desviados (Caso PUDREVAL)

4 http://www.el-nacional.com/economia/candidato-juzgado-crear-empresas-maletin_0_473352844.html#VAPTfn239Q.twitter

5 Han sido señalados como presuntos involucrados en el desfaldo el Mayor Manuel Barroso, Presidente de CADIVI, el General de Brigada Félix Osorio, quien presidió MERCAL; el Teniente Coronel (R), William Fariñas, hoy diputado, que dirigió el Fondo Único Social, y los Tenientes Coroneles, Eduardo Escalante Pérez y Víctor Flores Correa, que se desempeñaron sucesivamente como Vicepresidentes de CADIVI, y Nelson Darío Montaña, que fue Gerente de Verificación Aduanal, y Francisco Navas, quien fue Gerente de Importaciones y Seguimiento de Exportaciones. De estos oficiales solo se ha mencionado de las averiguaciones contra este último (http://www.el-nacional.com/economia/Solo-investigado-oficiales-manejo-Cadivi_0_457754317.html)

6 <http://evansnicmer.blogspot.com/> (01.09.2014)

En 2010, el Servicio Bolivariano de Inteligencia (SEBIN) en Puerto Cabello, Estado Carabobo, encontró 1.196 contenedores con 36.000 toneladas de alimentos descompuestos, que habían sido importados por PDVAL y por lo cual fueron acusados Luis Pulido, ex-presidente de PDVAL en la entidad, y Ronald Flores, exgerente general de dicha distribuidora de alimentos. Se señaló que en la operación de importación habían participado asesores del gobierno cubano. Pero, este no es el único caso denunciado de corrupción en las redes de distribución de alimentos del Estado. Cinco personas fueron imputadas en julio de 2013, en el Estado Zulia por un desvío de 11 toneladas de mercancía de PDVAL hacia Colombia. Y según un informe de la Contraloría General de la República, en el Programa de Alimentación Escolar (PAE), en 42 planteles educativos en 2012, se detectó malversación de fondos y sobreprecio. Es de hacer notar, que la importación y la distribución de alimentos en Venezuela están en más del 70 % bajo el control del Estado, a través de PDVAL, que es una empresa de PDVSA y de sus centros de acopio y de comercialización. Se ha denunciado que más de 120.000 toneladas de alimentos importados con dólares preferenciales habían sido dejadas pagando flete en los puertos del país. Según el Ministerio Público, se perdieron 2.200 millones de dólares que hubieran servido para comprar más del doble de los productos lácteos que cada año se consumen en el país. Tres años después, el caso es seguido por cinco tribunales y los únicos tres imputados esperan al sexto juez desde sus casas.

4. Caso de Fondos Comunales

El Director del área de corrupción del Ministerio Público, Nelson Mejía, declaró, en el 2011, que desde este año se investigan 1.500 casos de presuntas irregularidades en las organizaciones populares llamadas consejos comunales, que están bajo el dominio del partido oficial y cuyos fondos son entregados por el Ministerio del ramo. La Contralora General de la República, Adelina González, informó que 30% de los casos

que investigan se refieren a irregularidades administrativas en los consejos comunales relativos a contrataciones de obra no ejecutadas o a empresas fantasmas o de sobreprecios, y al pago de activistas políticos.

5. Caso de Sobornos por empresas extranjeras

El Departamento de Justicia y la Comisión de Valores e intercambios de los Estados Unidos inició en el 2010 investigaciones por irregularidades a empresas estadounidenses establecidas en Venezuela, de acuerdo con la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, con el fin de sancionar sobornos cometidos en el exterior para la obtención, la prolongación de negocios, así como para “cualquier otra ventaja inapropiada”. Tres firmas de EEUU fueron sometidas a investigaciones vinculadas a sobornos en contratos con el sector petrolero venezolano. Entre las firmas investigadas, figura la compañía de perforación *Pride International Inc.*, la filial local de la alemana *Siemens*, por cuanto funcionarios venezolanos habrían sido sobornados con pagos a cuentas en EEUU para garantizar el apoyo político a los proyectos de la firma europea en el país.

Un caso emblemático, que espera por sentencia en Connecticut, es el del banquero venezolano-estadounidense Francisco Illaramendi, quien estableció un esquema Ponzi, de una operación fraudulenta de inversión de pago de intereses con 500 millones de dólares provenientes de Fondos de Ahorro de Trabajadores y Jubilados de PDVSA, del cual era su administrador designado por esta empresa estatal, y cuya investigación reveló sobornos a ejecutivos de esta empresa petrolera y a un ex-ejecutivo de la petrolera. En Venezuela, la Fiscalía desestimó el hecho. El empresario Francisco Illaramendi se declaró culpable de estafa, que se calcula en 540 millones de dólares del referido fondo de pensiones. La empresa estatal PDVSA es la responsable de los movimientos bancarios registrados en los fondos de los pensionados y por ende de su control y supervisión.

Otro caso es el del Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (Bandes), por el que son investigados Thomas Alberto Clarke Bethancourt y José Alejandro Hurtado, de la Casa de Bolsa *Direct Access Partners* de Nueva York, que fueron señalados en 2013 por su vinculación con las irregularidades en la intermediación de bonos del Bandes, y en la cual María de los Ángeles González, vicepresidenta de este Banco, fue imputada por recibir los sobornos.

6. Caso Guido Antonini Wilson y de corrupción en importaciones argentinas

Guido Antonini Wilson apareció el 4 de agosto de 2007 en Buenos Aires con casi 800.000 dólares, quien viajaba en un avión de PDVSA, con funcionarios venezolanos y argentinos, con maletas de dinero en efectivo sin ningún tipo de registro fiscal. Posteriormente, Antonini apareció en Miami como testigo protegido de un juicio, en el que declaró que la famosa “valija” era una de varias que sumaban 5 millones de dólares, que estaban destinados para la primera campaña presidencial de Cristina Kirchner. La Fiscal Luisa Ortega Díaz advirtió que lo revelado en Estados Unidos no tenía incidencia en Venezuela y el Contralor, Clodosbaldo Russián, prometió investigar los hechos. La Asamblea Nacional se negó a investigar este caso de ilícito cambiario y de tráfico de influencias. En Estados Unidos se enjuiciaron a socios de Antonini, mientras que en Venezuela y Argentina no se inició o no se concluyó ninguna investigación. El Fiscal Thomas Mulvihill declaró que el dinero iba para la campaña de Cristina Fernández.

Años después, el embajador argentino en Venezuela entre 2002 y 2005, Eduardo Sadous, el 20 de abril de 2010, denunció cobro de comisiones entre 15% y 20% en los intercambios comerciales de los convenios bilaterales entre los dos países, que fueron investigados por el Juez Federal Julián Ercolini, y que determinó una demanda del Ministro de Planificación argentino Julio De Vido contra el embajador, pero la justicia

argentina ordenó seguir con la investigación⁷. Recientemente, asociaciones de la Federación Nacional de Entidades Arroceras y la Cámara de Industriales Arroceros de Entre Ríos denunciaron ante el Ministerio de Agricultura de Argentina sobrepuestos cercanos al 30%, en exportaciones de 80.000 toneladas de arroz a Venezuela por una empresa desconocida en el sector arrocero, por un total de 23 millones de dólares⁸.

7. Caso Plan Bolívar 2000

El gobierno de Hugo Chávez llevo a cabo programas sociales que ejecutó la Fuerza Armada Nacional, llamado Plan Bolívar 2000, que se extendió por más de tres años en donde aparecieron facturas enmendadas y cheques posdatados y cobrados en efectivo bajo las órdenes del general Melvin López Hidalgo. La Contraloría emitió un informe en que determinó varios ilícitos, pero Chávez salió en defensa de los involucrados, diciendo que: "A lo mejor es una falta administrativa que requiere una multa (...) pero no es para prender el ventilador".

8. Caso Central Azucarero Ezequiel Zamora

En la construcción del Complejo Agroindustrial Azucarero Ezequiel Zamora se detectaron cheques clonados, nóminas infladas y partidas desviadas para la remodelación de la sede del Comando Maisanta, en Sabaneta de Barinas. La Comisión de Contraloría de la Asamblea Nacional determinó un daño de 3,3 millardos de bolívares y señaló como responsables a oficiales militares superiores y funcionarios como el entonces Ministro de Agricultura y Tierras, Antonio Albarrán. El proyecto fue bandera de la transformación del campo, pero sobre

7 El Universal, domingo 27 de julio de 2014, Joseph Poliszuk, *"Corrupción Importada... Primero Antonini, luego "las coimas" y ahora el arroz... Entre Caracas y Buenos Aires hay una estela de dudas a la sombra de un intercambio que desde 2002 suma 13. 605 millones de dólares"*.

8 Diario "ElClarín" (http://www.clarin.com/politica/sospechas-corrupcion-negocios-Venezuela_0_1169883059.html)

el cual se hicieron varias denuncias de corrupción que originalmente involucraron a asesores cubanos, pero, sin embargo, el Gobierno finalmente aprobó más recursos para terminar la construcción y no se concluyó enjuiciamiento algo en contra de los responsables, salvo de algunos pocos oficiales, cuyo proceso no ha concluido.

9. Caso Makled y narco tráfico

En el 2007 circuló una carta del Ministro de la Defensa, Raúl Badell, quien en el 2010 fue condenado a 8 años de prisión por un supuesto desfalco, solicitando al Presidente Hugo Chávez una investigación porque habían elementos que vinculaban al General Henry Rangel Silva, quien después ocupó el mismo Ministerio, y al Coronel Pedro Maggino, con un cargamento de 2.2 toneladas de cocaína procedente de la FARC y que se había guardado en un Cuartel de la frontera con Colombia y que cuando fue interceptado era transportado en un convoy militar. Según el ex-Magistrado Eladio Aponte Aponte, de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, hoy protegido en Estados Unidos, como colaborador de la DEA, Chávez no acordó ninguna investigación sino que además intervino ante los tribunales para que se escondiera la denuncia. Walid Makled apareció en 2009 de tercero en la lista de narcotraficantes más buscados por la Casa Blanca, a quien autoridades militares y del Tribunal Supremo de Justicia le otorgaron carnets y el Gobierno del Estado Carabobo concesiones y contratos. Makled fue apresado en 2010 en Colombia, desde donde acusó a varios ministros y a 15 generales por corrupción, de contrabando de armas para la guerrilla colombiana y tráfico de estupefacientes.

Según las declaraciones del Ex Magistrado Aponte Aponte publicadas en un affidavit, otorgado en Costa Rica, no se trataba de un caso aislado sino de una planificación que hacía ver la existencia de una red de narcotráfico con oficiales militares. En su declaración este ex-Magistrado, quien había sido

Coronel, señaló que había estado presente cuando el Director de Inteligencia Militar (DIM), presentó su informe semanal al Presidente sobre el tráfico de drogas y su vinculación con militares y denominó al General Cliver Alcalá, Comandante de la División Acorazada, como “zar de la droga”, y que con él colaboraba el Director de la Oficina Nacional Antidroga, el Coronel Néstor Reverol. La organización *Human Rights Foundation*, en carta del 27 de septiembre del 2012, considero graves las denuncias de Aponte Aponte y solicitó de la Relatora Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados de la ONU, que investigara su propia confesión de que como Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia había estado involucrado en hechos concretos de manipulación de la Justicia por parte del Poder Ejecutivo. La Fiscalía General de la República calificó de “delirios” las denuncias del Ex Magistrado Aponte Aponte y afirmó que no las investigaría.

A los casos anteriores se agrega el del General Hugo Carvajal, Ex Director de Inteligencia Militar, a quien la Fiscalía del Distrito Sur de Nueva York, acusa que alrededor del 10 de abril de 2006, coordinó el transporte de aproximadamente 5.600 kilogramos de cocaína desde Venezuela a México. Y la Fiscalía del Sur de la Florida acusó también a este General y a otros militares de altos cargos de asistir en las operaciones en Venezuela del Cartel del Norte de El Valle, particularmente del narcotraficante colombiano Wilber Arillo Varela, conocido como “Jabón”, que apareció muerto en el 2008, en la Ciudad de Mérida. Carvajal fue arrestado en Aruba el 23 de julio bajo pedido de las autoridades estadounidenses, pero fue liberado, luego que el Gobierno de Holanda determinara que Carvajal, quien previamente había sido nombrado cónsul de Venezuela en la Isla de Aruba, de las Antillas Menores, pero que no había recibido el placet del Reino de los Países Bajos para ejercer el cargo, contaba de todos modos con la inmunidad diplomática.

Sin embargo, el Gobierno holandés lo expulsó de Aruba. Igualmente el empresario Walid Makled, acusado de ser el

dueño de un cargamento de 5 Toneladas de drogas descubierto en México, en varias de las entrevistas que dio a la prensa en el 2010, cuando estuvo preso en Colombia antes de que fuese extraditado a Venezuela, declaró que altos funcionarios del chavismo, incluyendo a Carvajal, eran quienes manejaban la logística de los envíos del avión que llevaba el cargamento que aterrizó el 10 de abril del 2006 en la Ciudad del Carmen, México, tras declarar una emergencia cuando se dirigía a Toluca. Según informes de la prensa, las autoridades mexicanas entraron en sospecha que algo raro estaba pasando con el vuelo, ya que el avión había salido de Venezuela rumbo a México pero al cumplirse una hora de vuelo la aeronave regresó debido a una supuesta falla, pero al poco tiempo ratificó nuevamente su plan de vuelo hacia México. Las sospechas de las autoridades aumentaron después que el avión aterrizó en Ciudad del Carmen, cuando personal del aeropuerto trató de impedir el acceso de los agentes de la aeronave, argumentando que presentaba una fuga de aceite y existía el peligro de que estallara.

Las autoridades estadounidenses eventualmente llegaron a la conclusión de que la droga pertenecía a la organización de Makled, pero este empresario en las entrevistas que brindó expresó que funcionarios venezolanos estaban implicados en los envíos, y declaró al Diario “La Verdad”, que se le acusaba haber sacado un Avión DC-9, con 5 toneladas de cocaína hacia México, desde el Aeropuerto Internacional de Maiquetía, de la rampa presidencial, y, señaló, que de ser verdad lo que se imputa, ¿cómo pudo haberlo hecho solo?, y afirmó también, en una entrevista en Colombia, que Carvajal formaba parte de la operación.

10. Caso Notas Estructuradas

El caso de las Notas estructuradas es otro caso emblemático de corrupción⁹. La estrategia fue la de emitir bonos

9 Con relación a este caso la fuente de información consultada es Tablante, Carlos, *Notas Estructuradas y El Asalto a las Finanzas Públicas* (Noticiero Digi-

denominados en dólares, pero pagaderos en bolívares, para entregar divisas a empresas ficticias y personas en el mercado paralelo del dólar, con bancos escogidos “a dedo”. En el año 2003, se vendían las divisas a una tasa superior al dólar oficial, beneficiándose empresas de maletín, corredores y también personeros del gobierno., La idea de los bonos se le atribuye a Francisco Illaramendi, cuando fue asesor del ministro Tomás Nóbrega, a quien se le imputa el desfaldo del Fondo de Pensiones de los Trabajadores de Petróleos de Venezuela (Pdvs).

El gran negocio surgió con las notas estructuradas (NE), instrumentos financieros que se emitieron con respaldo de las deudas públicas de Argentina, Ecuador y Venezuela, y de acuerdo a estimaciones de expertos economistas, entre 2004 y 2008 se colocaron más de 10 mil millones de dólares en estas Notas, sin control alguno. A Tobías Nóbrega lo sustituye Nelson Merentes, en el Ministerio de Finanzas, a quien se le atribuye la utilización de recursos del Fondo para el Desarrollo Nacional (FONDEN) para la adquisición de Notas Estructuradas, que se negociaron a bancos y casas de bolsa, seleccionados sin que mediara ninguna subasta y sin conocerse las condiciones de precios y tasas de cambio de esas operaciones, así como tampoco la lista de las instituciones financieras involucradas. La mayoría de ellas fueron luego intervenidas. Carmen Meléndez, la actual ministra de la Defensa, cuando se desempeñó como Tesorera Nacional, con la asesoría de Danilo Díaz Granados, junto a Merentes en el ministerio de Finanzas, participó en la negociación en el año 2006, de más de 9.000 millones de dólares en bonos y notas estructuradas, a tasa oficial. Las notas estructuradas podían adquirirse mediante pago en bolívares para venderlas luego en dólares en los mercados internacionales y obtener ganancias del diferencial cambiario. Rodrigo Cabezas, manifestó que durante su ejercicio como ministro de Finanzas no hizo ninguna compra de Notas estructuradas, pero admitió que en 2007, las Notas Estructuradas, adquiridas

tal, 23 de septiembre de 2014, (<http://www.noticierodigital.com/2014/09/notas-estructuradas-y-el-asalto-a-las-finanzas-publicas/>)

a lo largo de 2006 fueron colocadas en el mercado, dado su carácter riesgoso.

11. Caso de corrupción por ventajismo electoral

El Rector del Consejo Nacional Electoral, Vicente Díaz, en declaraciones del 27 de marzo del mismo año, describió el proceso y la campaña eleccionaria presidencial de abril 2014, de “grosera y descarada”, por el ventajismo electoral estructural y coyuntural que ejerció el gobierno, y señaló concretamente el uso y abuso de los recursos públicos, petrodólares, bienes públicos y la participación de funcionarios del Estado, en los gastos de campaña de transporte, y en afiches, movilización, actos, anuncios de radio y TV, así como para promesas y prebendas demagógicas, como las donaciones de electrodomésticos, la inauguración de obras, los subsidios y servicios sociales. Así como por el control de todos los poderes del Estado por el gobierno, que le permitió modificar las reglas electorales a su favor y que no obstante la no juramentación de Hugo Chávez para su nuevo término presidencial, el régimen logró imponer una figura inconstitucional de la “*continuidad administrativa*” para asegurar la permanencia indebida de Nicolás Maduro, primero como vicepresidente, y luego como presidente a cargo y candidato para las elecciones. Denunció igualmente, la manipulación y abuso de los medios de comunicación social del Estado. El Rector Vicente Díaz afirmó que este ventajismo electoral viola preceptos constitucionales y constituye actos graves de corrupción, y que sin embargo no son sancionados por el Consejo Nacional Electoral, ni por la Contraloría General.

Es decir, que el ventajismo electoral en Venezuela se inscribe dentro de los casos de falta de transparencia democrática, que el Profesor y politólogo, Luis Salamanca, calificó de “*ventajismo electoral institucionalizado*”, en el Seminario Internacional “*Campañas Electorales: una mirada comparativa en el hemisferio*”, realizado en Caracas el 15 de noviembre de 2012, cuyos trabajos fueron la base para la publicación del Libro “*Campañas*

Electorales, ventajismo y reelección presidencial en América Latina", publicado por *The Carter Center* y Editorial Alfa, del que sus editores fueron Francisco Alfaro Pareja y Héctor Vanolli. En este Seminario se concluyó que "la democracia no es votar, sino votar con garantías".

12. Peculado de uso por utilización de aviones de PDVSA y tráfico internacional de armas¹⁰

A los casos anteriores, como una post data, al presente trabajo, se podría agregar como otro caso más de corrupción, el de peculado de uso de bienes de PDVSA para fines particulares, descubierto al ser detenida en Brasil, según el diario "Folha de Sao Paulo", una empleada doméstica de Elías Jaua, Ministro del Poder Popular para las Comunas y Movimientos Sociales, en la madrugada del viernes 24 de octubre, de 2014, en el Aeropuerto Internacional de Guarulhos, en Sao Paulo, acusada de tráfico internacional de armas. La empleada fue detenida con una maleta que cargaba un revólver calibre .38 y municiones y al ser interrogada declaró que el arma pertenecía al Ministro. Agrega el diario brasileño que la niñera viajaba desde Caracas con la suegra de Jaua y otros familiares en un avión de Pdvsa y aterrizó en la base aérea de Guarulhos, y que Elías Jaua estaba en Brasil para participar en reuniones con autoridades del Ministerio del Trabajo y Desarrollo Agrario del vecino país.

Tanto la Policía Federal como la cancillería brasileña confirmaron el incidente: *"La Policía Federal brasileña confirmó este domingo que la niñera de la familia del Ministro de Comunas y Movimientos Sociales, Elías Jaua, fue detenida el viernes en el aeropuerto internacional de Sao Paulo por tráfico internacional de armas. Según información del diario Folha de Sao Paulo, la niñera, de 39 años y cuya identidad no fue divulgada, portaba un revólver calibre .38 con munición en el interior de una maleta, la cual dijo que pertenecía al*

10 Comentario agregado al presente trabajo en fecha 27/10/2014.

Ministro. De inmediato fue encausada por el delito de «tráfico internacional de armas»”.

La Policía Federal dijo además que la niñera del ministro socialista llegó en un avión de la petrolera venezolana PDVSA con una maleta en la que tenía un revólver cargado. La mujer declaró que el maletín que contenía el arma pertenecía al ahora Ministro de Comunas y Movimientos Sociales, que había llegado a Brasil un día antes junto a su mujer e hijo. No obstante, la Embajada de Venezuela en Brasil afirmó a Efe que no recibió ninguna notificación al respecto y ni confirmó ni desmintió la información publicada por el diario. De acuerdo con “Folha de Sao Paulo”, la niñera llegó la noche del viernes al aeropuerto Internacional de Guarulhos, en Sao Paulo, procedente de Caracas y acompañada por la suegra de Jaua. Ambas viajaban en un avión de la petrolera estatal Petróleos de Venezuela. Cuando los equipajes pasaron por el control, los funcionarios del aeropuerto identificaron el arma y accionaron a las autoridades, que procedieron a la detención de la mujer. La niñera no tiene inmunidad diplomática y podría ser condenada a una pena de 4 a 8 años de prisión. Según las mismas fuentes, el ex canciller venezolano se encontraba en Brasil para participar de varias reuniones en Porto Alegre y Brasilia, donde tenía previstos encuentros con autoridades del Ministerio de Trabajo y de Desarrollo Agrario¹¹.

REFLEXIÓN FINAL

Históricamente sería una irresponsabilidad decir que antes de 1999 en Venezuela no había corrupción. Lo cierto es que existieron también casos como los de enjuiciamientos de ex-presidentes y ex-ministros y de banqueros, por hechos de corrupción que fueron considerados graves y por los que fue-

11 <http://www.talcualdigital.com/Nota/visor.aspx?id=109614&tipo=AVA>

ron condenados. Tampoco faltaron críticas a la impunidad y lenidad para otros casos. Pero también es cierto que no llegaron a alcanzar grados tan extremos de gravedad y de tanta reiteración, como de impunidad, en estos 15 años, como lo han señalado incluso organismos internacionales, de los cuales son algunos ejemplos los casos reseñados en esta exposición. La reflexión con la que termino es la de que una verdadera democracia no existe si *“la corrupción de los pueblos nace de la indulgencia de los Tribunales y de la impunidad de los delitos”*, y porque *“la destrucción de la moral pública causa bien pronto la disolución del Estado”*, según el certero pensamiento del Libertador Simón Bolívar. Por ello, las declaraciones atribuidas a la diputada Aurora Morales del PSUV, partido de gobierno de Venezuela, de que *“el pueblo no está interesado en saber de los dólares robados”*¹², es síntoma de esa disolución del Estado por el deterioro de la ética pública en el régimen del presente gobierno venezolano¹³.

Caracas, 9 de septiembre de 2014

12 <https://twitter.com/LucioQuincioC/status/489052227256860672>

13 El nivel de impunidad en Venezuela es alarmante según el último informe de la Comisión Internacional de Juristas: Llega a 95% en casos de delitos sin justicia y a 98% en casos de violaciones a derechos humanos. (*“Fortaleciendo el Estado de Derecho en Venezuela”*, International Commissions of Jurists, Ginebra mayo 2014, P. V.).

NOTAS SOBRE LA REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS DEL 19 DE NOVIEMBRE DE 2014

Domingo Piscitelli
Abogado

Resumen: La reforma de la Ley Orgánica de Precios Justos mantiene el esquema general de la Ley, pero incrementa el grado de control sobre la empresa privada.

Palabras clave: Ley Orgánica de Precios Justos, control de precio.

Summary: The Fair Prices Organic Law reform preserves the basic aspects of the Law, but increases the control over the private companies.

Keywords: Fair Prices Organic Law, price control.

Recibido: 15 de enero de 2015 **Aceptado:** 29 de enero de 2015

SUMARIO

Introducción

- I. Adscripción y organización de la Superintendencia Nacional de Precios Justos
- II. Incorporación de los derechos de acceso a bienes y servicios
- III. Inclusión de garantías
- IV. Sistema de adecuación continua de precios justos
- V. La inalterabilidad del margen máximo de ganancia
- VI. Certificado de Precio Justo
- VIII. Sanciones administrativas
- IX. Especulación
- X. Acaparamiento
- XI. Boicot
- XII. Reventa de productos de primera necesidad
- XIII. Contrabando de extracción
- XIV. Jurisdicción especial
- XV. Excepciones a los beneficios procesales
- XVI. Conclusiones

INTRODUCCIÓN

El 19 de noviembre de 2014 fue publicado en la Gaceta Oficial N° 6.156 extraordinario el Decreto de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos (en lo adelante RLOPJ), el cual reformó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos (en lo adelante LOPJ) publicado en Gaceta Oficial N° 40.340 de fecha 23 de enero de 2014.

Como se verá, la reforma no presenta cambios “sustanciales” en cuanto a la imposición de precios regulados, ni mucho menos varía el margen de ganancia máximo impuesto a los agentes económicos. Sin embargo, sí presenta modificaciones que deben ser de atenta consideración por parte de los sujetos de aplicación de la regulación de precios. Por ello, lo que pre-

tendemos es mostrar de una forma esquemática y sencilla las modificaciones sufridas en control de precios.

I. ADSCRIPCIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE PRECIOS JUSTOS

1. Adscripción

En primer lugar, la RLOPJ eliminó la adscripción de la SUNDDE a la Vicepresidencia Sectorial en el Área Económica, estableciendo su adscripción a la Vicepresidencia Ejecutiva, tal como se desprende de los artículos 8 y 12 de la Ley reformada. En ese sentido, sobre la naturaleza jurídica de la Superintendencia, en el artículo antes señalado se sigue configurando la SUNDDE como un órgano desconcentrado de la Vicepresidencia Ejecutiva con autonomía presupuestaria, administrativa y financiera.

2. Organización

En cuanto a la estructura organizativa de la Superintendencia, se agrega una tercera Intendencia Nacional para la Protección del Salario del Obrero y la Obrera. De esa manera, la SUNDDE queda conformada por: (i) la Intendencia de Costos, Ganancias y Precios Justos; (ii) la Intendencia de Protección de los Derechos Socioeconómicos; y (iii) la Intendencia de Protección del Salario del Obrero y la Obrera (artículo 16).

A. Atribuciones de la Intendencia Nacional para la Protección del Salario del Obrero y la Obrera

Además se incluye un nuevo artículo 19 en el cual se enumeran las atribuciones de la Intendencia Nacional para la Protección del Salario del Obrero y la Obrera, en los términos siguientes:

- “1. Recibir y tramitar las denuncias y peticiones de los obreros y obreras, sindicados o no, sobre prácticas industriales o comerciales que afecten el abastecimiento o accesibilidad a bienes o servicios desarrollados por los sujetos de aplicación.
2. Coordinar las acciones tempranas de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), con los sectores obreros y sindicales dentro del proceso productivo para prevenir las distorsiones en el sistema económico.
3. Acompañar a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), a las fiscalizaciones solicitadas por los obreros y obreras.
4. Coordinar las acciones necesarias para que la Intendencia de Costos, Ganancias y Precios Justos incorporen la visión y exigencias del sector obrero en sus análisis y determinaciones.
5. Enlazar, bien a solicitud de parte o de oficio, las actividades de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), y los ministros del poder popular con competencia en materia de industria, comercio y trabajo y seguridad social.

Cualquier otra propia de su naturaleza”.

*B. Potestad sancionadora y otras atribuciones
del Superintendente*

La potestad sancionadora, anteriormente asignada a la Intendencia de Protección de los Derechos Socioeconómicos, ahora es ejercida por el Superintendente, de conformidad con el artículo 23, numerales 20 y 21, quedando la Intendencia de Protección de los Derechos Socioeconómicos excluida de la

posibilidad de aplicación de sanciones, tal como se desprende del artículo 18 de la RLOPJ.

Además, se incrementan las atribuciones del Superintendente, las cuales quedan, de conformidad con el artículo 23, enumeradas de la siguiente manera:

- “1. Dirigir y coordinar la administración, organización y funcionamiento de la Superintendencia.
2. Impulsar la construcción del orden económico productivo, en el marco de la ética socialista y bolivariana.
3. Ejercer sus funciones con eficiencia y eficacia en el marco de las políticas del gobierno de calle.
4. Presentar a la Vicepresidencia de la República el Plan de Acción Semestral de la Superintendencia.
5. Ordenar los compromisos y pagos con cargo al Presupuesto de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE).
6. Adquirir, pagar, custodiar y registrar los bienes, así como otorgar los contratos relacionados con los asuntos propios de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), previo cumplimiento de las formalidades de ley.
7. Dirigir las actividades relativas a los servicios de mantenimiento y transporte.
8. Realizar los procesos de selección de contratistas, según lo dispuesto en la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento.
9. Conformar los documentos constitutivos de las fianzas otorgadas por compañías de seguros o instituciones bancarias, previa revisión legal, para

garantizar a la República el reintegro del anticipo, el fiel cumplimiento del contrato y otros conceptos previstos en los contratos que se celebren con terceros.

10. Liberar los documentos constitutivos de las fianzas otorgadas por compañías de seguros o instituciones bancarias.
11. Supervisar y controlar el reintegro de anticipos, de la fianza de fiel cumplimiento de contratos y otros conceptos que sean previstos en los contratos celebrados con terceros.
12. Suscribir las comunicaciones dirigidas al Órgano de adscripción, la Oficina Nacional de Presupuesto, Oficina Nacional del Tesoro y la Oficina Nacional de Contabilidad Pública del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de economía, finanzas y banca pública.
13. La suscripción de la correspondencia interna y externa de la Unidad a su cargo.
14. Programar, dirigir, coordinar, controlar y ejecutar las actividades financiera, fiscal, contable y de administración.
15. Suscribir y tramitar las órdenes de pago directas y avances a pagadores o administradores por concepto de remuneración y gastos del personal adscrito a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) y, llevará cabo las actividades relacionadas con el pago al personal.
16. Realizar todos aquellos actos y contratos que sean necesarios para el desarrollo de sus actividades, incluyendo el de administrar y disponer de los recursos y equipos que se le asignen u obtengan

de conformidad con las normas legales y reglamentarias pertinentes.

17. Dictar el Reglamento Interno de la Superintendencia.
18. Dictar las regulaciones y normativas previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica.
19. Dictar y coordinar las políticas de regulación y control de la Superintendencia.
20. Imponer las sanciones previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica.
21. Dictar las Providencias Administrativas vinculadas al acto conclusivo que agoten la vía administrativa y aplicar las sanciones correspondientes.
22. Presentar a la Vicepresidencia de la República, informe anual del desempeño de la Superintendencia, o cuando le sea solicitado.
23. La creación de distritos de atención especial sin límites derivados de la conformación geopolítica nacional cuando así las características de la actividad económica lo requieran. Para su atención podrá destinarse un fiscal con competencia nacional.
24. Nombrar y remover a los funcionarios y las funcionarias de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos.
25. Las demás que le sean atribuidas para el efectivo cumplimiento de los objetivos previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica.

II. INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS DE ACCESO A BIENES Y SERVICIOS

La Ley para la defensa de las personas en el acceso a bienes y servicios, publicada en Gaceta Oficial N° 39.358 de fecha 1 de febrero de 2010 fue derogada por el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos publicada en Gaceta Oficial N° 40.340 del 23 de enero del 2014. Ahora bien, la Ley para la defensa de las personas en el acceso a bienes y servicios incluía –en el artículo 10– un catálogo de “derechos” que no fue incluido en la Ley orgánica de Precios Justos del 23 de enero del 2014. Ante el “vacío legal” en cuanto a la regulación de los derechos de acceso a bienes y servicios, entendemos que la RLOPJ quiso solventar esa situación, motivo por el cual se incluyó la “declaración de derechos” que se señala a continuación:

- “1. La protección de su vida, salud y seguridad en el acceso de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a bienes y servicios;
2. Que los proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad.
3. A recibir servicios básicos de óptima calidad;
4. A la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieran derivarse de su uso o consumo;
5. A la protección contra la publicidad falsa, engañosa, o abusiva y a los métodos comerciales coercitivos o desleales;

6. A la educación en la adquisición de los bienes y servicios, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada sobre sus derechos;
7. A la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencia y mala calidad de bienes y servicios;
8. Acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa de sus derechos e intereses, que conduzcan a la adecuada prevención, sanción y oportuna reparación de los mismos;
9. La promoción y protección jurídica de los derechos e intereses económicos y sociales en las transacciones realizadas, por cualquier medio o tecnología.
10. A la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos e intereses;
11. A retirar o desistir de la denuncia y la conciliación en los asuntos de sus interés, siempre que no se afecten los intereses colectivos;
12. A la protección de las operaciones de crédito;
13. A la disposición y disfrute de los bienes y servicios de forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida;
14. A los demás derechos que la Constitución de la República y la normativa vigente establezcan, inherentes al acceso de las personas a los bienes y servicios.

Por último, agrega el artículo 10 el “derecho” de devolución de productos y reintegro del precio, en casos de adquisición de productos por vía telefónica, catálogos, televisión y medios electrónicos.

III. INCLUSIÓN DE GARANTÍAS

La RLOPJ incluye un nuevo artículo 11 en virtud del cual se establece la obligación de dar garantía por parte de los proveedores de vehículos, maquinarias, equipos o artefactos y demás bienes de naturaleza durable, que posean sistemas eléctricos, mecánicos, susceptibles de presentar fallas o desperfectos, a los efectos de cubrir deficiencias del funcionamiento o fabricación. Asimismo, agrega la norma, toda garantía deberá individualizar a la persona natural o jurídica en cuyo nombre se otorga, así como los establecimientos y condiciones en que operará.

La norma antes comentada estaba configurada en otros términos en el artículo 40 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios publicada en Gaceta Oficial N° 39.358 de fecha 1 de febrero de 2010, siendo posteriormente excluida de la LOPJ de enero del 2014, la cual no reguló garantías.

IV. SISTEMA DE ADECUACIÓN CONTINUA DE PRECIOS JUSTOS

La RLOPJ incluye un capítulo -IV- dedicado al “sistema de adecuación continua de precios justos”. El mencionado sistema estará bajo la rectoría de la SUNDDE. Se establece que los precios de los bienes producidos, importados o comercializados por los sujetos de aplicación de la Ley, serán calculados de acuerdo a este sistema (artículo 27). Dicho sistema prevé la fijación de precios en la totalidad de la cadena de producción, distribución, importación, transporte y comercialización de bienes y servicios por parte de los sujetos de aplicación de la ley (artículo 28).

Sobre las fuentes de información para la determinación de los precios, antes establecida en el artículo 28 de la LOPJ, se modificó la norma atribuyéndole las fuentes de información al Sistema de Adecuación Continua de Precios Justos, en el cual se incluye un sexto numeral, en el que se considera como fuente de información, a los efectos de la determinación del precio justo, aquella que sea obtenida a través de cualquier otro medio que a consideración de la SUNNDE pueda constituir una fuente técnica y científicamente válida (artículo 33.6).

V. LA INALTERABILIDAD DEL MARGEN MÁXIMO DE GANANCIA

El régimen del margen máximo de ganancia no se altera en la RLOPJ. Simplemente se modifica en cuanto a la redacción del artículo la posibilidad de revisar o modificar el margen máximo de ganancia, considerando las recomendaciones de la Vicepresidencia de la República (artículo 37) en sustitución de la Vicepresidencia Económica de Gobierno, constituyéndolo que no constituye un cambio sustancial ni en el margen de ganancia ni en su objeto de aplicación.

VI. CERTIFICADO DE PRECIO JUSTO

Se suprimió la exigencia del Certificado de Precios Justos que estuviese contemplado en el artículo 33 de la LOPJ. En su sustitución se incluyó en el artículo 38 de la RLOPJ la atribución a la SUNNDE de solicitar al órgano competente la suspensión temporal o definitiva de cualquier sistema de asignación de divisas extranjeras por parte del Estado, a los sujetos de aplicación de la Ley, cuando se haya comprobando que los mismos han incurrido en cualquiera de los ilícitos contemplados en la Ley.

VII. RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES

Se modifica la redacción del artículo 39, ahora artículo 44, agregándole que las medidas preventivas podrán ser adoptadas y ejecutadas en cualquier etapa, fase o grado del procedimiento. Anteriormente sólo se establecía la posibilidad que durante la inspección o fiscalización el funcionario pudiera adoptar y ejecutar en el mismo acto las medidas preventivas destinadas a impedir que se continúe quebrantando las normas que regulan la materia. Lo anterior amplía el margen de actuación por parte de las autoridades sobre la adopción y ejecución de medidas cautelares.

Por otra parte, se incluye el comiso preventivo, en sustitución del comiso establecido en el artículo 39, ahora artículo 44. Sobre el particular se refiere el último párrafo del artículo 44 indicando que en caso de comiso preventivo de mercancía, la misma será enajenada, agregando que el producto de la enajenación de las mercancías se mantendrá en garantía en cuenta bancaria abierta para tales efectos, indicándose en la Providencia que ponga fin al procedimiento, el destino que se le debe dar al producto de la enajenación de las mercancías.

VIII. SANCIONES ADMINISTRATIVAS

El artículo 50, anterior artículo 45, establece las sanciones administrativas que puede imponer la SUNDDE ante las infracciones previstas en la Ley. Al respecto se debe indicar que se elimina la confiscación de bienes y se incorpora el comiso de los bienes objeto de la infracción, o de los medios con los cuales se cometió (artículo 50.6).

Sobre las sanciones administrativas también se debe indicar que se elimina el lapso de ciento ochenta (180) días de cierre temporal de almacenes, depósitos o establecimientos

dedicados al comercio, dejando la norma abierta en cuanto a los límites temporales de la aplicación del cierre (artículo 50.3).

IX. ESPECULACIÓN

Se amplía la redacción del artículo 51, ahora artículo 56, en cuanto a la especulación para bienes o productos provenientes del sistema de abastecimiento del Estado con divisas asignadas por el Estado, aplicando la pena multas al doble de lo establecido, realizándose confiscaciones sobre los bienes del infractor.

X. ACAPARAMIENTO

Se modifica el supuesto de acaparamiento, el cual comprendía a bienes regulados por la SUNDDE y ahora pasa a estar constituido por los bienes regulados por la autoridad administrativa competente (artículo 59).

Del mismo proceder con la especulación, ocurre con el acaparamiento, en virtud del cual se aplica prisión máxima, así como la imposición de multa al doble de lo establecido, realizando además confiscaciones sobre los bienes del infractor, para los delitos cometidos sobre bienes o productos provenientes del sistema de abastecimiento del Estado con obtención de divisas del mismo.

XI. BOICOT

se modifica el artículo 55, ahora artículo 60, ampliándose el ilícito de boicot a cualquier bien o servicio. Anteriormente – en el artículo 55–, el ilícito contemplaba el boicot para aquellos

bienes o servicios que estuviesen regulados por la SUNDDE, requisito ahora no contemplado en la norma, ampliando así la posibilidad de incurrir en éste ilícito.

XII. REVENTA DE PRODUCTOS DE PRIMERA NECESIDAD

Se modifica el artículo 57, ahora artículo 62, el cual establece el ilícito de reventa de productos de primera necesidad. En el ilícito se agrega la sanción de prisión de uno (01) a tres (03) años, junto con sanción de multa, anteriormente establecida, de doscientas (200) a diez mil (10.000) Unidades Tributarias y comiso de las mercancías. Agregando que en caso de reincidencia, la pena será aplicada al máximo y la multa aumentada al sobre de su límite máximo.

XIII. CONTRABANDO DE EXTRACCIÓN

El modificado artículo 59, ahora artículo 64, aumentó la pena de prisión de catorce (14) a dieciocho (18) años, recordando que anteriormente la pena era de prisión de diez (10) a catorce (14) años.

Asimismo, se excluye la posibilidad de la incursión en el ilícito aquí tipificado de los bienes y servicios regulados por la SUNDDE como anteriormente se establecía, ampliando el supuesto a todos los bienes y servicios, y no únicamente a los regulados por la SUNDDE.

Se incluye además sanción de multa equivalente al doble del valor de las mercancías o bienes objeto del delito, no siendo en ningún caso menor a quinientas (500) unidades tributarias.

Asimismo, se incorpora la sanción en su límite máximo y la multa llevada al doble, en los casos que los bienes extraídos o que se hayan intentado extraer, sean mercancía priorizadas para el consumo de la población, provengan del mismo abastecimiento del Estado o sean para distribución exclusiva en el territorio nacional (artículo 64).

Incluye el artículo la procedencia de la suspensión de permisos y guías para el transporte y comercialización de mercancía, una vez comprobado el delito.

Por otra parte, se establece la confiscación, cuando los bienes objeto del contrabando hubieren sido adquiridos mediante el uso de divisas otorgadas por el Estado, bajo cualquiera de los sistemas cambiarios establecidos en el ordenamiento jurídico.

XIV. JURISDICCIÓN ESPECIAL

La reforma del artículo 67, ahora artículo 72, señala la posibilidad de la creación de una jurisdicción especial en la materia. No obstante, ante la ausencia de la misma, el conocimiento de los delitos contemplados en la LOPJ sigue correspondiendo a la jurisdicción penal ordinaria (artículo 72).

XV. EXCEPCIONES A LOS BENEFICIOS PROCESALES

La RLOPJ incluye un nuevo artículo 88, en el cual se establece la exclusión de beneficios tanto en los procesos judiciales, como para en el cumplimiento de las penas, cuando sean delitos de especulación, acaparamiento, boicot y contrabando.

XVI. CONCLUSIONES

Lo antes transcrito tiene meros fines informativos para el lector sobre los cambios realizados por la RLOPJ, no pretendiendo realizar un análisis jurídico-dogmático de la reforma de la LOPJ.

No obstante, sí podemos apreciar de las notas antes expuestas, que es una reforma que pretende ser más impactante en cuanto al cumplimiento de lo establecido en la LOPJ, no modificando aspectos sustanciales en cuanto a la regulación de los precios y los márgenes de ganancias, sino, como se pudo apreciar, haciendo de la norma un instrumento más represivo a los fines de intentar su cumplimiento por parte de los sujetos de aplicación.

Asimismo, se constata la voluntad de incluir a los obreros en los procesos de control, en todas sus etapas, sobre la aplicación de la LOPJ.

EL DECRETO PRESIDENCIAL Nº 1.542 COMO GOLPE A LA AUTONOMÍA MUNICIPAL. UNA REINTERPRETACIÓN NACIONALIZADORA DE LA LEY ORGÁNICA DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA

Emilio J. Urbina Mendoza

*Profesor de postgrado en Ordenación Urbanística,
Universidad Católica Andrés Bello.
Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto.*

Resumen: El presente artículo aborda, dentro del creciente contexto de centralización política y administrativa contrarios a la Constitución Bolivariana de 1999, el precedente creado con la publicación en Gaceta Oficial del Decreto Presidencial nº 1.542 de fecha 16/12/2014. El citado acto administrativo de rango sublegal, menoscaba y desconoce el régimen de repartición de competencias urbanísticas contempladas e inalteradas en Venezuela desde la Constitución de 1909, otorgando un incomprensible "cambio de uso" que sólo puede conferirlo el Concejo Municipal como rama legislativa del Municipio. Los cambios de usos urbanísticos o de zonificación, según sea el caso, se efectúan sobre ordenanzas de planificación urbana municipal, éstas últimas sólo modificables vía legislativa y no administrativa.

Palabras clave: Cambio de Uso. Ordenación Urbanística. Ordenanzas municipales. Zonificación.

Summary: This article discusses, in the context of growing political and administrative centralization contrary to the Bolivarian Constitution of 1999, the precedent set by the publication in the Official Gazette of Presidential Decree No. 1542 dated 12.16.2014. The aforementioned administrative act of sublegal range, undermines and ignores the allocation system of planning powers referred and unchanged in Venezuela since the Constitution of 1909, giving an incomprehensible "change of use" that

can only conferring the City Council as legislative branch of the Municipality. Changes zoning or urban uses, as the case, are carried out on municipal urban planning ordinances, the latter only modifiable legislative and not administrative.

Keywords: *Change of Use. Urban Planning. Ordinances. Zoning.*

Recibido: 19 de enero de 2015 **Aceptado:** 5 de febrero de 2015

SUMARIO

- I. Nota introductoria: un incomprensible
27° aniversario de la LOOU
- II. El contexto del decreto presidencial n° 1.542 y el posible inicio
de una etapa “non sancta” del derecho urbanístico venezolano
- III. Las competencias urbanísticas y la tradición constitucional
venezolana
- IV. La normatividad urbanística en Venezuela y el régimen
del cambio de uso previsto en los instrumentos
sobre planificación urbana

I. NOTA INTRODUCTORIA: UN INCOMPENSIBLE 27° ANIVERSARIO DE LA LOOU

El 16 de diciembre de 2014, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (LOOU) cumplió su vigésimo séptimo aniversario desde su publicación en Gaceta Oficial¹. Sin lugar a dudas la LOOU –junto a la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio² (LOOT)– representa el ejemplo palmario de longevidad normativa³, pues, a pesar de la arremetida y desmedida preci-

1 Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 33.868 del 16 de diciembre de 1987.

2 Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinaria, n° 3.238 del 11 de agosto de 1983.

3 Hacemos referencia al incomprensivo impase legislativo propinado en 2005 con la aprobación de la nunca vigente Ley Orgánica para la Planificación y Gestión del Territorio. La citada ley fue publicada el 1° de septiembre de 2005 en Gaceta Oficial n° 38.263. Sin embargo, la Asamblea Nacional mediante oficio ANG-239 del 21/09/2005, ordena su reimpresión por error material del ente emisor, publicándose finalmente en la Gaceta Oficial n° 38.279 del 23/09/2005. El 1° de marzo de 2006, apareció también en forma sorpresiva en Gaceta Oficial (n° 38.388) la primera reforma de este documento, incorporándole una *vacatio legis* hasta el 31/08/2006. El 1° de septiembre de 2006 (Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.820), nuevamente se dicta otra reforma parcial otorgándosele otra *vacatio* hasta marzo de 2007. El 27 de febrero de 2007, de forma insólita, la Asamblea Nacional en vez de conceder otra *vacatio* se publica en Gaceta Oficial n° 38.633, la *Ley Derogatoria de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión del Territorio*. Sobre este particular, el profesor Brewer-Carías expresaría: “(...)

pitación del legislador en la década pasada, ha logrado prevalecer como ejemplo de regla urbanística prudente⁴.

El difícil contexto histórico para la concreción de la LOOU motorizó el trabajo no sólo de académicos en la materia, sino también, de gremios profesionales y entes públicos que dedicaron el tiempo suficiente para confeccionar proyectos de una ley nacional para el urbanismo. Tras 41 años de regulaciones sublegales y dispersas⁵ para una emergente Venezuela urbana que requería entonces más urbanismo y urbanistas que urba-

La Ley que nunca fue tal, pretendía por otra parte refundir los textos de las dos Leyes Orgánicas precedentes, con algunos cambios significativos. Los objetivos de esa Ley Orgánica que nunca estuvo vigente, en todo caso, eran establecer las disposiciones que en concordancia con las realidades ecológicas y los principios, criterios, objetivos estratégicos del desarrollo sustentable, que incluyan la participación ciudadana y sirvan de base para la planificación del desarrollo endógeno, económico y social de la Nación (art. 1). Ello, sin embargo, sigue estando regulado en las mencionadas Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983 y la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987 (...)” Brewer-Carías, Allan R. “El Curioso e Insólito Caso de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio, Sancionada en Septiembre de 2005 y Derogada en Febrero 2007 sin haber entrado en Vigencia”. En *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 109, 2007 (enero/marzo), pp. 65-71.

- 4 Véase Urbina Mendoza, Emilio J. “El régimen jurídico del urbanismo en Venezuela: un extraño e inacabado rompecabezas en los inicios del siglo XXI”. En *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, n° 145, 2007, pp. 201-261. También Cfr. Brewer-Carías, Allan R. Introducción general al régimen legal de la Ordenación Urbanística. En AAVV, *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1989.
- 5 La profesora Aguerrevere, Dolores (“Pensando en una Nueva Ley Urbanística (I): El Silencio administrativo ante los proyectos de edificación y urbanización”. En: AAVV, *Libro Homenaje al Padre José del Rey Fajardo sj*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Tomo II, 2005, p. 1196), relaciona todos los proyectos de ley nacional de ordenación urbanística, posteriores al presentado por la Dirección de Urbanismo del Ministerio de Obras Públicas en 1959. Dichos textos son:
1. Proyecto de Ley de Urbanismo elaborado por la Dirección de Planeamiento del Ministerio de Obras Públicas (1965).
 2. Proyecto de Ley de Urbanismo elaborado por los arquitectos Omer Lares y Rolando Hernández, Economista Luis Pérez Barreto y Abogado Germán Maya Peña (1966).

nización y urbanizadores⁶, se materializará la LOOU con evidente atraso frente a la partida de nacimiento del Derecho Urbanístico venezolano: 1946⁷.

-
3. Proyecto de Ley Orgánica de Desarrollo Urbano y Ordenación del Territorio elaborado por la Dirección de Planeamiento del Ministerio de Obras Públicas en 1968 y un segundo proyecto presentado (1969).
 4. Proyecto de Ley Orgánica de Urbanismo elaborado por el abogado Luis Torrealba Narváez (1970).
 5. Proyecto de Ley de Ordenación Territorial y Urbana elaborada por la Comisión Ad-honorem designada al efecto por Resoluciones conjuntas del Ministerio de Obras Públicas y el Ministro de Estado para la Vivienda (4 de septiembre y 14 de octubre de 1970).
 6. Proyecto de Ley Orgánica de Ordenación Urbanística elaborado por el Ministerio de Estado para la Vivienda y Desarrollo Urbano (1972).
 7. Proyecto de Ley de Ordenación Urbanística elaborado por el Núcleo de Ordenamiento Territorial y Legislación del IX Congreso Venezolano de Ingeniería (1974).
 8. Proyecto de la Comisión Ad-honorem, designada por Resolución n° 127 del Ministerio de Obras Públicas de fecha 18-3-75 para la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Ordenación Urbanística.
 9. Bases para un proyecto de Ley de Ordenación Urbanística elaborado por Allan Brewer-Carías (1975).
 10. Proyecto de Ley de Urbanismo presentado por el Ministerio de Desarrollo Urbano a la Sub-Comisión de la Ley Orgánica de Urbanismo de la Comisión Permanente de Administración y Servicios de la Cámara de Diputados (1985).
 11. Proyecto de Ley sobre Edificaciones y Urbanizaciones discutido en el Senado del Congreso de la República entre el 23 de abril y el 22 de mayo de 1985.
 12. Proyecto de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística elaborado por el Senado (1987) y las observaciones a dicho proyecto contenidas en el Informe que presenta la Comisión de Administración y Servicios de la Cámara de Diputados a los fines de la Primera Discusión del Proyecto de Ley Orgánica de Ordenación Urbanística sancionada por el Senado.
-
- 6 Véase Brewer-Carías, Allan R. "La urbanización en Venezuela y la ausencia de un Derecho Urbanístico". En AAVV, *Derecho Urbanístico*. Caracas, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, 1983, Vol. V, p. 16.
 - 7 Véase Junta Revolucionaria de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela. Decreto n° 387, mediante el cual se crea la Comisión Nacional de Urbanismo, publicado en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela n° 22.081 del 10 de agosto de 1946. Ministerio de Obras Públicas. *Resolución n° 5* mediante el cual se crea el Reglamento de la Comisión

Sin embargo, más allá de las cliometrías⁸ que encierra nuestra normatividad urbanística, al cumplirse un poco más de un cuarto de siglo de nuestra LOOU, lo que procedía efectuarle eran reformas integrales para adecuarla a las modernas tendencias de la ordenación urbanística global, más cercanas a la dinámica urbana vital que a la técnica exclusiva de zonificación⁹. Pero ello no fue así. Salvo la inconstitucional¹⁰ modificación parcial del régimen autorizatorio improvisado por la *Ley contra la Estafa Inmobiliaria*¹¹, poco o nada se ha introducido en la LOOU para hacerla más lozana y versátil frente a la cada vez más compleja problemática urbanística.

Nacional de Urbanismo, publicada en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela n° 22.171 del 26 de noviembre de 1946.

- 8 Sobre la cliometría del Derecho Urbanístico venezolano, véase Urbina Mendoza, Emilio J., "La historicidad del Derecho Urbanístico y sus aportes en la tecnificación del Derecho Administrativo Venezolano (1946-2009)", En AAVV, *100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*. Caracas, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela y FUNEDA, 2011, Tomo I, pp. 129-162.
- 9 En relación a las nuevas tendencias de la ordenación urbanística y la crisis de la zonificación como su técnica exclusiva, véase Guerrero Manso, Carmen de, *La Zonificación de la Ciudad: Concepto, Dinámica y Efectos*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2012, pp. 95-107. Yáñez Velasco, Igor. "El pensamiento urbanístico único: la zonificación". En: *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Madrid, RDU, n° 241, 2008 (abril-mayo), pp. 11-23. Martín Rebollo, Luis. *Derecho urbanístico: concepto y contenido*. En: AAVV. *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Madrid, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 41-52. Alonso Ibáñez, María Rosario. "De la política urbanística a la política urbana: los retos actuales del Derecho Urbanístico". En: *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Madrid, RDU, n° 277, 2012 (noviembre), pp. 13-28.
- 10 En julio de 2013 incoamos ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, una demanda de nulidad parcial por inconstitucional contra los artículos 4, 7, 8, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38 y 39 de la Ley contra la Estafa Inmobiliaria. El citado recurso se encuentra en la actualidad en etapa de sentencia. Fue signado bajo el expediente n° 2013-583. Sobre los motivos de la inconstitucionalidad véase Urbina Mendoza, Emilio J. *El retorno del permiso de construcción: La reforma de los procedimientos administrativos urbanísticos en la Ley contra la Estafa Inmobiliaria*. Caracas, FUNEDA, 2013, pp. 39-46.
- 11 Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 39.912 del 30 de abril de 2012.

Pero más allá de las consideraciones doctrinales sobre el modelo teórico que debe fundar las bases para una nueva legislación urbanística nacional, el Ciudadano Presidente de la República en ejercicio, Nicolás Maduro Moros, dictó un Decreto impensable dentro del contexto de la LOOU. El número del documento presidencial dictado el 16 de diciembre de 2014¹² es el 1.542, cuyo contenido dispone:

“(…)

NICOLÁS MADURO MOROS
Presidente de la República

Con el supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficiencia política y calidad revolucionaria en la construcción del socialismo, la refundación de la nación venezolana, basado en principios humanistas, sustentado en condiciones morales y éticas que persiguen el progreso de la patria y del colectivo, por mandato del pueblo, y en ejercicio de las atribuciones que me confieren el artículo 226 y el numeral 2 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, concatenado con los artículos 6, 17 y 33 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 77 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, y en concordancia con los artículos 61 y 72 del Reglamento de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, en Consejo de Ministros,

CONSIDERANDO

Que es deber del Ejecutivo Nacional garantizar el derecho que tienen los ciudadanos y ciudadanas a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos que incluyan el hábitat que humanice

12 Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 40.563.

las relaciones familiares, vecinales y comunitarias y que la satisfacción progresiva de ese derecho es obligación compartida entre los ciudadanos, ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.

CONSIDERANDO

Que es deber del Ejecutivo Nacional en atención a la emergencia nacional en materia de Vivienda y Hábitat, dictar medidas oportunas para dar prioridad a programas destinados a la construcción de soluciones habitacionales, dando preferencia a las comunidades organizadas y garantizando a las familias el acceso a las políticas sociales que permitan hacer tangible el disfrute de este derecho, en consecuencia.

DECRETO

Artículo 1. Otorgo el **CAMBIO DE USO EDUCACIONAL** para que sea destinado a **USO REDIDENCIAL** al Lote de Terreno ubicado en la Urbanización Parque Albarregas, Avenida Las Américas, Municipio Libertador del estado Mérida, para el desarrollo del Proyecto Habitacional Residencial Del Sur, con un área de **OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y TRES METROS CON CINCUENTA Y CUATRO DECÍMETROS CUADRADOS (8.573,54 m²)**, el cual comprende las siguientes obras: un conjunto multifamiliar de 6 Torres y un área educativa pre-escolar de 471,36 m². Esta área de terreno está delimitada (...)

(...)

Artículo 2. A los efectos previstos en el artículo 33 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, se califica de urgente la realización del Proyecto Habitacional Residencias Del Sur, descrita en el artículo 1º del presente Decreto.

Artículo 3. Dentro del área sujeta al cambio de uso deberán observarse con precisión suficiente para su ejecución, todos los elementos y características de la Obra, determinados según las normas y procedimientos técnicos aplicables. Igualmente, deberán ajustarse a las variables urbanas fundamentales previstas en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística y a las demás regulaciones contenidas en los planes de desarrollo urbano local, las ordenanzas y otras normas legales o sublegales, nacionales o municipales, que afecten las construcción de urbanizaciones o edificaciones en aspectos específicos, acorde a la naturaleza y características del proyecto. (...)” (negrillas y mayúsculas presentes en el texto original)

En resumen, el Decreto como acto administrativo “otorga un cambio de uso” sobre una porción de suelo urbano del Municipio Libertador del estado Mérida. Según se desprende del artículo 1 bajo análisis, la zonificación prevista en el sector está destinada para usos educativos (equipamiento urbano) y el Ejecutivo Nacional, eufemísticamente aplicando disposiciones de la LOOU, procedió a “otorgar” el cambio de uso *a residencial*, como si de suyo, existiese una petición de por medio amén de presumir legalmente competencias para resolver uno de los procedimientos más complejos como son los cambios de uso o zonificación.

Por primera vez en la historia normativa-urbanística nacional, la República realiza un inconcebible cambio de uso, procedimiento éste determinado en la LOOU (Art. 46) bajo supuestos específicos y donde el órgano público exclusivo para materializarlo es el Concejo Municipal, es decir, la rama legislativa del Municipio. Nunca la Presidencia de la República, ni siquiera en la etapa de mayor centralización urbanística (1961-1982)¹³ o durante el período del extinto Presidente Hugo

13 Urbina Mendoza, Emilio J., *La historicidad del Derecho Urbanístico y sus aportes...* pp. 144-150.

Chávez¹⁴, había procedido a inmiscuirse competencialmente dentro de las atribuciones exclusivas de los Municipios, como es la calificación del suelo urbano o los cambios del mismo.

Tampoco los Alcaldes, que en sí manejan administrativamente el control urbano, han sido tan atrevidos para usurpar funciones propias de los Concejos Municipales. En pocas palabras, los cambios de uso son actos de naturaleza legislativa, pues implican la modificación de una Ordenanza, sea la contentiva del Plan de Desarrollo Urbano Local (PDUL) o las clásicas de Zonificación. Y las Ordenanzas, como bien lo ha determinado la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

“(...) no son actos de rango sub-legal, por lo que no están subordinadas a la ley. En nuestro ordenamiento jurídico existen tres niveles de legislación, todos de idéntico rango: el nacional, el estatal y el municipal. Es ese mismo rango el que, precisamente, permite que todas esas normas (leyes nacionales, leyes estatales y ordenanzas municipales) sean impugnables ante la jurisdicción constitucional, que está a cargo de esta Sala.

Ahora bien, el hecho de que se trate de actos de idéntico rango no significa que en determinados supuestos alguno de ellos no pueda sujetarse a otro. No es subordinación, pues no existe jerarquía. Es simplemente la manifestación del respeto a las competencias de cada ente, constitucionalmente fijadas. El Derecho Municipal es justamente una de las disciplinas jurídicas que mejor conoce la sujeción de un órgano deliberante a las leyes de otro: el nivel nacional está constitucionalmente habilitado para legislar sobre la materia municipal, por lo

14 Sobre la actividad legislativa delegada del extinto Presidente Hugo Chávez Frías y sus implicaciones, véase los números 112, 115 y 130 de la *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, años 2007, 2008 y 2012.

que existe la Ley Orgánica de Régimen Municipal, con base en la cual los municipios deben guiar su actuación.

En realidad lo que existe es la división constitucional del poder, con lo que a cada nivel territorial corresponde una parte del mismo, sin posibilidad de injerencia de otros órganos. En esa distribución puede resultar que los Concejos Municipales tengan que ajustar sus decisiones a normas nacionales o estatales, pero a la vez ocurre que, en muchos otros supuestos, los Municipios actúan con entera libertad, sin que ni la Asamblea Nacional ni los Consejos Legislativos de los Estados pueden limitar ese poder. Se trata, entonces, de un asunto de competencia y no de jerarquía, como pretende hacerlo ver la parte demandante (...)¹⁵ (negritas y subrayado nuestro).

Por ello, siguiendo la tesis pacífica de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, donde, las Ordenanzas son leyes de naturaleza local, no entendemos cómo un Decreto Presidencial que es de rango sub-legal¹⁶ –y esgrimiendo su ejecución directa en la LOOU según los considerandos– pueda alterar el contenido de las Ordenanzas de naturaleza urbanística, en este caso, del Municipio Libertador del estado Mérida.

15 Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional. Sentencia n° 1984 del 22 de julio de 2003 (Caso: Nulidad de la Ordenanza sobre Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente en el Municipio Maracaibo del Estado Zulia). Magistrado-Ponente: Antonio J. García García.

16 Sobre la naturaleza de los Decretos Presidenciales dentro del sistema de fuentes normativas y jerárquicas en Venezuela, véase Hernández-Mendible, Víctor Rafael, “Los actos administrativos: generales e individuales”. En AAVV, *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 87-130.

II. EL CONTEXTO DEL DECRETO PRESIDENCIAL N° 1.542 Y EL POSIBLE INICIO DE UNA ETAPA “NON SANCTA” DEL DERECHO URBANÍSTICO VENEZOLANO

Supone una gran sorpresa para el mundo jurídico-urbanístico venezolano este precedente inédito, donde la víctima es la autonomía municipal venezolana. Más allá de la legalidad y discrecionalidad en que fuera dictado el Decreto, su presencia en la vida jurídica venezolana pone en riesgo el *sistema normativo de planificación urbana*, este último, considerado por la jurisprudencia urbanística como uno de los pilares fundamentales del urbanismo patrio¹⁷.

El Decreto 1.542 del 16 de diciembre de 2014, se dictó bajo un contexto de haberse publicado pocos días atrás más de 30 Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley calificados más polémicos que revolucionarios. Buena parte de los nuevos decretos-leyes si bien introducen reformas a la legislación vigente sobresalientemente tributaria, también aborda temáticas donde quiebra el cada vez más frágil sistema competencial venezolano de ordenación urbanística. Caso emblemático viene a representar el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regionalización Integral para el Desarrollo Socioproductivo de la Patria*¹⁸, en el cual, se modifica más cuarenta años de tradición pacífica en la concepción y naturaleza de los denominados equipamientos urbanos¹⁹.

17 Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 23 de abril de 1997 (Caso: Electricidad de Caracas Vs. Ordenanza de Zonificación del Municipio Chacao del estado Miranda). Véase Revista de Derecho Público. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 69/70, 1997 (abril-junio), pp. 397-403.

18 Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinaria, n° 6.151 del 18 de noviembre de 2014.

19 El Decreto-Ley cambia la naturaleza de los denominados “equipamientos urbanos”, éstos últimos, considerados como la red de infraestructura urbana de soporte y sostenimiento de los servicios y dotación pública en las ciudades. Su regulación venía siendo calculada en las tablas e índices de equipamiento urbano contenidas en la Resolución n° 151 del extinto Ministerio de Desarrollo Urbano (MINDUR) de fecha 14/08/1985 (Publicada en

En segundo lugar, el Decreto viene a ratificar la línea gubernamental de centralizar la nación no sólo desde la óptica administrativa, sino también, en ámbitos competenciales cuya arquitectura constitucional ha dispuesto conferirle para las entidades federales o los municipios. Este ambiente centralizador socialista²⁰, ha sido denunciado en su oportunidad cada vez que la maquinaria legislativa se pone en marcha desde el Despacho Presidencial o desde sus predios naturales ubicados en el antiguo Palacio Federal²¹. Lo que en nuestra historia político-territorial siempre fue responsabilidad de un municipio o de un estado, poco a poco ha devenido en una centralización asfixiante, inclusive, flagrante e inconstitucional como refleja el Decreto n° 1.542 bajo análisis.

Por otra parte, la cultura de la centralización no sólo opera entre los tres niveles político-territoriales, sino también,

Gaceta Oficial de la República de Venezuela n° 33.289 del 20/08/1985. Por otra parte, siguiendo lo previsto en el numeral 7 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, los municipios con Ordenanzas del Plan de Desarrollo Urbano Local (PDUL), debían en dichos instrumentos señalar de forma “(...) precisa las áreas para los equipamientos de orden general e intermedios requeridos (...)”. En el citado Decreto-Ley, el equipamiento urbano se le considera como erróneamente bajo una suerte de “escala de regionalización”, es decir, como una planificación socio-económica en sí misma de escala local.

20 Véase Casal, Jesús María. “Un paso más en la construcción del Estado socialista comunal”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 130, 2012 (abril-junio), pp. 89-99. Brewer-Carías, Allan R. “¿Reforma administrativa en Venezuela? O la transformación no siempre planificada de la Administración Pública, para la implementación de un Estado Socialista al margen de la Constitución, mediante la multiplicación, dispersión y centralización de sus órganos y entes”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 132, 2012 (octubre-diciembre), pp. 7-27.

21 Arias Castillo, Tomás A. “Las cuatro delegaciones legislativas hechas al Presidente de la República”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 130, 2012 (abril-junio), pp. 393-399. Meier, Henrique. “El Estado como fábrica de leyes”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 133, 2013 (enero-marzo), pp. 69-76.

intraestatal²², intraestadal²³ o intramunicipal²⁴. Ni siquiera el Poder Judicial ha escapado de la escandalosa concentración del poder, pues, a pesar de su nacionalización en 1945, nunca antes una Sala del propio Tribunal Supremo de Justicia ha acaparado el ejercicio de la jurisdicción de forma tan sensible como la Constitucional²⁵.

Es por ello que la aparición del Decreto n° 1.542 es la consecuencia inevitable de un gradual y agigantado proceso de

22 Véase Brewer-Carías, Allan R. "Estudio sobre la propuesta presidencial de reforma constitucional para la creación de un Estado Socialista, Centralizado y Militarista en Venezuela (Agosto 2007)". En *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 107, 2007 (julio-septiembre), pp. 7-42. Linares Benzo, Gustavo. "Sólo un poder público más. El Poder Popular en la Reforma del 2007". E *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 112, 2007 (octubre-diciembre), pp. 101-105. Hernández G., José Ignacio. "La administración paralela como instrumento del Poder Público". En *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 112, 2007 (octubre-diciembre), pp. 175-178. Lares Bassa, Rodrigo. "La descentralización y el Consejo Federal de Gobierno". En *Revista de la Facultad de Derecho*. Caracas, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 64, 2009, pp. 223-242.

23 Véase Rachadell, Manuel. "La centralización del poder en el Estado federal venezolano". En *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 115, 2008 (julio-septiembre), pp. 111-132. Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional. Sentencia n° 565 del 15 de abril de 2008 (Caso: *Recurso de Interpretación Constitucional artículo 164.10*). Magistrado-Ponente: Luisa Estela Morales Lamuño, Véase *Revista de Derecho Público*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 114, 2008 (abril-junio), pp. 154-170.

24 Véase Rachadell, Manuel. "Innovaciones en el Régimen Municipal". En *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 104, 2005 (octubre-diciembre), pp. 7-34. Rodríguez García, Armando. "Sobre los fundamentos y principios de la autonomía local: Democracia, transparencia, participación, legalidad, experiencia y eficacia". En *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 122, 2010 (abril-junio), pp. 7-23.

25 Véase Brewer-Carías, Allan R. "Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la Interpretación Constitucional a la Inconstitucionalidad de la Interpretación". En *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 106, 2006 (enero-marzo), pp. 7-27. Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional. Sentencia n° 1264 del 1° de octubre de 2013 (Caso: *Nulidad del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*). Magistrado-Ponente: Arcadio de Jesús Delgado Rosales.

acaparamiento del poder, el cual, observa con desdén cualquier muestra de autonomía, propias de un modelo federal de Estado que buena parte de nuestra historia se ha debatido entre el nominalismo y el eufemismo político²⁶. Y ese poder tiene a su alcance no sólo recursos económicos propios de una renta petrolera constante y abundante, sino también toda la técnica de control político disfrazada en los últimos años bajo el ropaje de la democracia participativa y protagónica²⁷.

III. LAS COMPETENCIAS URBANÍSTICAS Y LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL VENEZOLANA

Tras repasar el contexto de centralización dentro del cual toda la sociedad venezolana va adentrándose –paradójicamente– en la medida que avanza el siglo XXI, partimos por cuestionar si el Presidente de la República puede o no otorgar cambios de uso urbanísticos. Este Decreto n° 1.542 nos obliga, previamente, a repasar cómo ha evolucionado el sistema de competencias urbanísticas en materia de zonificación y sobre cuál órgano recae la atribución legal exclusiva para calificarla, modificarla o extinguirla.

Ciertamente el Municipio venezolano ha sido relegado en nuestra historia institucional, pero, hasta la Constitución Bolivariana de 1999, ha sobrevivido un sistema de distribución de competencias urbanísticas acuñadas desde principios del siglo XX. La repartición de competencias sobre la planificación urbana y sus controles entre la República y los Municipios ha

26 Véase Urbina Mendoza, Emilio J. “La globalización y el atlas federal venezolano. ¿Recuperación del principio de subsidiaridad en Venezuela?”. En *Revista Iuridica*. Valencia, Universidad Arturo Michelena, n° 1, 2004, pp. 97-150.

27 Véase Brewer-Carías, Allan R. “Introducción general al régimen del Poder Popular y del Estado comunal”. En AAVV, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado comunal*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011, pp. 11-37.

sido armónica y sus fronteras bien delimitadas. En los textos constitucionales de 1909²⁸, 1914²⁹, 1922³⁰, 1925³¹, 1928³², 1929³³, 1931³⁴ y 1936³⁵, el Municipio conservará los ámbitos locales de autonomía propia como es el cuidado del urbanismo dentro de las llamadas jurisdicciones “urbanas”, que no es más que los límites de la ciudad. Sin embargo, no será sino hasta la aprobación de la Constitución de 1947 cuando se le reconozca a las entonces denominadas “Municipalidades” (rectius: Municipios) validez plena en su capacidad para manejar el urbanismo y lo referido al control local sobre los espacios urbanos³⁶, técnicamente denominado *disciplina urbanística*³⁷.

28 Artículo 12, numeral 3; artículo 57, numeral 4°. Para el empleo de los textos constitucionales históricos en esta demanda, utilizaremos el trabajo de Brewer-Carías, Allan R. *Las Constitucionales de Venezuela*. Caracas, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, II Tomos.

29 Artículo 19, numeral 4°.

30 Artículo 19, numeral 4°.

31 Artículo 14; artículo 15, numeral 4°, numeral 16° y numeral 19°. Artículo 18° Es de la competencia de las Municipalidades: 1° Organizar sus servicios de policía, abastos, cementerios, ornamentación municipal, arquitectura civil, alumbrado público, acueductos, tranvías urbanos y demás de carácter municipal. Artículo 78, numeral 18°.

32 Artículo 14; artículo 15, numeral 4°, numeral 16° y numeral 19°. Artículo 18°, numeral 1°. Artículo 78°, numeral 18°.

33 Artículo 14; artículo 15, numeral 4°, numeral 16° y numeral 19°. Artículo 18°, numeral 1°. Artículo 78°, numeral 18°.

34 Artículo 14; artículo 15, numeral 4°, numeral 16° y numeral 19°. Artículo 18°, numeral 1°. Artículo 78°, numeral 18°.

35 Artículo 14; artículo 15, numeral 4°, numeral 16° y numeral 19°. Artículo 18°, numeral 1°. Artículo 77°, numeral 21°.

36 Artículo 112, numeral 1: Es de la competencia del Poder Municipal: 1. Organizar sus servicios de policía, abastos, cementerios, **ornamentación municipal, arquitectura civil, alumbrado público**, acueductos, transportes urbanos, institutos de crédito y demás de carácter municipal (...) numeral 4. **Fomentar y encauzar el urbanismo con arreglo a las normas que establezca la ley y en coordinación con los organismos técnicos nacionales** (negrillas nuestras). Artículo 138. Es de la competencia del Poder Nacional: Numeral 15. Todo lo relativo al **establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para el proyecto y ejecución de obras de ingeniería de arquitectura y urbanismo**, y a la creación y funcionamiento de los organismos correspondientes (negrillas nuestras).

37 La doctrina define a la Disciplina Urbanística como la técnica mediante la cual el régimen jurídico-administrativo del urbanismo establece los meca-

La derogada Constitución de 1961³⁸ ahondó más la experiencia republicana de armonización entre la República y el Municipio, concediéndole expresamente a éste último, las competencias propias de la vida local, tales como *urbanismo*, abasto, circulación, cultura, salubridad, asistencia social, institutos populares de crédito, turismo y policía municipal. Este esquema es sencillo. Al Municipio, quizá el constituyente para prever que la inexperiencia municipal no fuera un estorbo sobre los planes de expansión y desarrollo urbano, se dejó en manos de la República todo el componente técnico de estandarización normativa sobre ingeniería, arquitectura y urbanismo. Los Municipios, al contrario, ejercerán exclusivamente labores propias de disciplina urbanística (control y sanción) sobre la ejecución del orden público urbanístico, así como la planificación urbana al detalle, como de suyo ocurre en las Ordenanzas de Zonificación o las que contienen el Plan de Desarrollo Urbano Local (PDUL).

La Constitución Bolivariana de 1999 ratifica este orden competencial simbiótico entre las únicas administraciones urbanísticas reconocidas por el Constituyente y la legislación

nismos para reintegrar el orden urbano transgredido por los actores urbanos, estableciéndose las sanciones para las conductas ilícitas y la exigencia de responsabilidad patrimonial. Cfr. Parejo Alfonso, Luciano. *La Disciplina Urbanística*. Madrid, Editorial IUSTEL, 2012, pág. 16. Véase también Carceller Fernández, Antonio. *Derecho urbanístico sancionador*. Barcelona, Editorial Atelier, 2004, pág. 17 "(...) *La disciplina urbanística, que es una parte de la actividad administrativa en este sector del ordenamiento jurídico, comprende la represión de las conductas que infringen las leyes y los instrumentos de planeamiento urbanístico (...)*" (Cursivas nuestras).

- 38 Artículo 30: Es de la competencia municipal el gobierno y administración de los intereses peculiares de la entidad, en particular cuanto tenga relación con sus bienes e ingresos y con las materias propias de la vida local, tales como **urbanismo**, abastos, circulación, cultura, salubridad, asistencia social, institutos populares de crédito, turismo y policía municipal (negritillas nuestras). Artículo 136. Es de la competencia del Poder Nacional: 14. El establecimiento, coordinación y unificación de **normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo** (negritillas nuestras).

especializada: *la República y los Municipios*³⁹. La fórmula vigente es la siguiente:

“Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

19. El establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y **de urbanismo, y la legislación sobre ordenación urbanística (...)**”

Artículo 178. Son de competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia, la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad, en las siguientes áreas:

1. **Ordenación territorial y urbanística**; patrimonio histórico; vivienda de interés social; turismo local; parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación; arquitectura civil, nomenclatura y ornato público (...)” (negrillas nuestras)”.

La arquitectura e ingeniería constitucional abordada es muy clara y ponen en evidencia la usurpación de funciones del Ejecutivo Nacional al publicar en Gaceta Oficial el Decreto n° 1.542. Los cambios de uso se enmarcan dentro del concepto de ordenación urbanística, entendida esta última como la “*locali-*

39 Artículo 156.19 y Artículo 178.1.

*zación racional, funcional y equilibrada de las actividades humanas (uso del suelo y la edificación), con incidencia en el medio físico y con repercusión social o colectiva, coordinada con las exigencias del desarrollo económico-social y al servicio -elemento teleológico de definitiva trascendencia- del bienestar de la población”*⁴⁰. Y como pudimos estudiar, esta es materia propia de la planificación urbana municipal y no nacional, ésta última, encargada constitucionalmente de la legislación sobre urbanismo o urbanismo en su puridad científica. Así, es más que evidente la inconstitucionalidad del decreto bajo análisis.

IV. LA NORMATIVIDAD URBANÍSTICA EN VENEZUELA Y EL RÉGIMEN DEL CAMBIO DE USO PREVISTO EN LOS INSTRUMENTOS SOBRE PLANIFICACIÓN URBANA

Descendiendo dentro del plano de jerarquía normativa, el contenido propio de la Ordenación Urbanística venezolana comenzó con la publicación en Gaceta Oficial de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983. Este instrumento concebirá al concepto estudiado como un “Sistema de Planes Urbanísticos”⁴¹. La ley fijó los límites, formas, procedimientos y demás especificidades para elaborar un plan, que a su vez, los concibe como un sistema jerarquizado con la incorporación y consulta obligatoria a los Municipios⁴² respectivos donde se esté elaborando el Plan.

En 1987 cuando aparece la *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, se ratifica el sistema de planes de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, con la diferencia que ahora

40 Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Urbanístico*. Mendoza, Editorial Ciudad Argentina, 1986, p. 42.

41 Brewer-Carías, Allan R., “El Régimen del Urbanismo en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio” En AAVV, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, p. 84.

42 Artículos 52 y 55 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

entraba de lleno en la planificación urbanística. Por ejemplo, el profesor Brewer explica que en cuanto a las competencias del sistema de planes urbanos, los *planes de ordenación urbanística* serán de competencia nacional, mientras que los *planes de desarrollo urbano local* son exclusivamente municipales⁴³.

El primero de los señalados responde a los lineamientos de política urbanística más de armonización que de uniformidad territorial. Al contrario, el *plan de desarrollo urbano local*, mejor conocidos como PDUL implica una racionalización del suelo urbano mucho más detallada y acorde con las realidades del lugar, incluyendo variables económicas y ambientales, tal y como se desprende de las directrices que sobre éstos últimos elabora la LOOU⁴⁴.

Con la LOOU, el PDUL reasume el protagonismo en la ordenación urbanística a veces sosegados por los antiguos Planes Rectores dictados por MINDUR o los Planes de Ordenación Urbanística (POU). Pero la LOOU no se contentó con agotarse en el sistema de planes, sino que sinópticamente reguló la ordenación urbanística en sus módulos centrales, los cuales son a nuestro juicio y dentro del contexto del presente artículo, los siguientes:

- A. *El sistema de competencias urbanísticas concurrentes, ratificando la tradición constitucional*: Distribuidos sólo entre el Ejecutivo Nacional y los Municipios⁴⁵. La LOOU vino a ratificar lo que instintivamente se había interpretado en materia de competencias urbanísticas: La República el **elemento técnico-urbanístico** y el Municipio los **componentes naturales de la ciudad**.

43 Brewer-Carías, Allan R., "Introducción general al Régimen Legal de la Ordenación Urbanística". En AAVV, *Ley Orgánica para la Ordenación Urbanística*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1988, p. 23.

44 Artículo 34 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

45 Artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

- B. *El régimen estricto de los cambios de zonificación*⁴⁶: Con su correspondiente procedimiento de consultas y dictámenes técnicos⁴⁷.
- C. *La atribución como competencia exclusiva de los Municipios*⁴⁸: En aquellos casos donde no existieren planes de ordenación urbanística, ni de desarrollo urbano local, ni ordenanzas de zonificación.

Nos detendremos en lo referente al régimen estricto de los cambios de zonificación o de uso, distinción sutil creada jurisprudencialmente antes de su concreción en la LOOU. La primera advertencia es la prohibición que impuso la propia LOOU a los Concejos Municipales en lo que respecta a los cambios de uso o de zonificación. En efecto, las mismas se encuentran prohibidas por el artículo 113:

“(...) Artículo 113. Los actos generales o particulares que consagren **cambios de zonificación aislada o singularmente propuestos serán nulos de nulidad absoluta.**

Los concejales y demás funcionarios municipales que hubieren aprobado dichos cambios serán sancionados con multas equivalentes a diez (10) veces su remuneración mensual, sin perjuicio de la responsabilidad individual civil o penal a que hubiere lugar (...)” (negrillas nuestras).

El texto normativo citado tiene amplia tradición en Venezuela, específicamente, desde que entró en vigencia la hoy derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978⁴⁹. Por

46 Véase Garrido Rovira, Juan, “Los cambios de Zonificación y las Áreas de Servicios”. En *Revista de Derecho Urbanístico*. Caracas, Fundación Urbanitas, n° 3, (septiembre-diciembre) 1993.

47 Artículo 46 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

48 Artículo 125 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

49 Artículo 168 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinaria, n° 2.297 del 18

ello, si a nivel municipal existen limitaciones para el órgano constitucionalmente competente para los cambios de uso o de zonificación, como son los Concejos Municipales, el Decreto Presidencial n° 1.542 pudiera encerrar no sólo la inconstitucionalidad señalada, sino también, violar la prohibición de los llamados cambios aislados o singularmente propuestos en el artículo 113 bajo análisis y ser nulo de nulidad absoluta el cambio de uso planteado de educacional para residencial.

1. Cambios de uso y cambios de zonificación: una distinción previa a la LOOU

Técnicamente la regulación sobre la propiedad exclusivamente urbana, más allá de las facultades clásicas de dominio (*utendi, fruendi et abutendi*) reciben por nombre **Vinculaciones urbanísticas**. Las mismas contemplan también restricciones “positivas” sobre la propiedad, es decir, van mucho más allá de la singularidad restrictiva, adicionándole deberes y obligaciones al inmueble independientemente quien aparezca en el registro como dueño o poseedor. En Venezuela las principales vinculaciones urbanísticas, contempladas en nuestra legislación, son dos: la técnica zonificación y las denominadas variables urbanas fundamentales. Según lo establece la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, dichas vinculaciones deberán estar contenidas en los diversos Planes contemplados por la citada ley⁵⁰.

En nuestro país, como ya lo explicamos, existen dos vinculaciones urbanísticas reconocidas por la legislación urbanística vigente, la zonificación y las variables urbanas fundamentales. En cuanto a la primera, la LOOU contempla los paráme-

de agosto de 1978. Sobre esta clásica controversia véase Rondón de Sansó, Hildegard, “Zonificación y rezonificación en el ámbito de la normación urbanística venezolana (a través del análisis del artículo 168 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal)”, En *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 17, (enero-marzo) 1984, pp. 33-53.

50 Artículo 16 de la LOOU.

tros para su concreción tanto en la definición de los usos y sus intensidades⁵¹, la calificación del suelo para determinar el régimen urbanístico⁵² y el procedimiento para modificarla por otra zonificación⁵³. De esta forma, la zonificación como técnica es un proceso de calificación del suelo urbano, donde, la autoridad urbanística competente (en nuestro caso el Municipio) le asigna los usos específicos en conjunto⁵⁴.

Sin embargo, antes de la entrada en vigencia de la LOOU, la jurisprudencia urbanística de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo había trazado una línea conceptual divisoria entre la técnica de “Zonificación” y el denominado “Uso” que hasta nuestros días se mantiene incólume. En efecto, la sentencia del 14 de agosto de 1985⁵⁵, en el ejercicio pretoriano que delineó históricamente el discurso jurisprudencial del Derecho Urbanístico patrio, definió la zonificación como *“el sistema en virtud del cual se atribuye un destino específico al suelo, determinándose las condiciones de su utilización”*. Este destino específico o urbanístico en el decir del profesor Londolfo Grimaldi, puede entenderse como “sectorización” que aglutina los diferentes usos dentro de un espacio geográfico específico⁵⁶. Y la sectorización, es materia esencial de ordenación urbanística, en el sentido que la Constitución Bolivariana de 1999 en su artículo 178.1 lo define.

En cuanto al “uso”, el mismo se define como “el empleo continuado de una parcela o edificio”. La sumatoria de los empleos

51 Artículo 24, numeral 3 de la LOOU.

52 Artículo 34, numeral 3 de la LOOU.

53 Artículo 46 de la LOOU.

54 AAVV, *Régimen jurídico del urbanismo*. Caracas, Ediciones Badell & Grau, 2000, pp. 90 y 91.

55 Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia del 14/08/1985 (Caso: Asociación de Vecinos de la Urbanización “Los Naranjos”-vía Alto Hatillo Vs. Municipalidad del Distrito Sucre del Estado Miranda [consultada en original]).

56 Grimaldi, Lindolfo, “Interpretación y reglamentación de las variables urbanas fundamentales”. Caracas, Cuadernos USB, serie urbanismo, n° 2, 1994, p. 20.

continuados dentro de un sector vendría a conformar la zonificación. Este uso verificado in situ desde la contextualización, se le conoce con el nombre de Variables Urbanas Fundamentales. Para el sistema de la LOOU⁵⁷ las variables urbanas denominadas “fundamentales” son de dos tipos:

1. Las dispuestas para las urbanizaciones, entendida ésta como *“el proceso mediante el cual un terreno es dotado de servicios de infraestructura, dividido en áreas destinadas a uso público y uso privado, y provisto de áreas y servicios de equipamiento urbano, así como de los demás servicios básicos inherentes a la actividad que sobre él se va a desarrollar; de conformidad con las regulaciones legales vigentes en la materia”*⁵⁸.
2. Las previstas para las edificaciones, que *“presupone la existencia de parcelas y comprende tanto la realización en ellas de nuevas construcciones como la modificación, ampliación o mejora de las ya existentes”*⁵⁹.

Dentro de esta sistemática, especialmente las relativas a las Variables Urbanas Fundamentales, sólo pueden ser previstas en los instrumentos municipales de planificación urbana. Esto quiere decir que tanto la sectorización de usos como el empleo continuado de las parcelas o edificaciones, se fundamentan exclusivamente⁶⁰ en las Ordenanzas contentivas de zonificación o las del Plan de Desarrollo Urbano Local. Fuera del Municipio, en materia de instrumentos de planificación, la República sólo puede dictar los denominados Planes de Ordenación Urbanística (POU).

57 Artículos 86 y 87 de la LOOU.

58 Ministerio de Desarrollo Urbano. *Resolución n° 533*. Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinaria, n° 4.085 del 12 de abril de 1989.

59 Lope-Bello, Nelson Geigel. *Urbanismo, Estado y Derecho (La Ejecución y Control del Urbanismo)*. Caracas, Equinoccio, Ediciones de la Universidad Simón Bolívar, 1994, p. 127.

60 Artículo 19 de la LOOU.

Los POU como bien lo ha armonizado la LOOU, sólo pueden “representar la concreción espacial urbana del Plan Nacional de Ordenación del Territorio y del Plan Regional de Ordenación del Territorio correspondiente”⁶¹. En ningún caso este instrumento nacional puede establecer con la precisión del caso, ni zonificaciones ni mucho menos usos específicos que puedan agrupar variables urbanas fundamentales. Sólo se limita a establecer los lineamientos de la ordenación urbanística en el ámbito territorial local correspondiente⁶².

Aunque las líneas anteriores pueden resultar un ejercicio de memoria académica sobre los conceptos básicos de nuestro Derecho Urbanístico, es necesario aclararlo por cuanto el Decreto Presidencial nº 1.542 hace referencia expresa a los artículos 6, 17 y 33 de la LOOU y a los artículos 61 y 72 del Reglamento de la LOOU⁶³. En los considerandos se fundamenta la decisión en los artículos citados, pero, al revisarlos con detenimiento, encontramos que NINGUNO le otorga facultades para proceder a realizar un cambio de uso o de zonificación tal como técnicamente ha sido explicado. Por ejemplo, el artículo 33 de la LOOU define:

“Artículo 33. Cuando por razones de urgencia o seguridad pública, de seguridad o defensa nacional, o para darle prioridad a programas de descentralización **fuere necesario proceder en forma distinta a lo establecido en los planes de ordenación urbanística**, el organismo sectorial competente someterá el asunto a la consideración del Ministerio del Desarrollo Urbano, quien lo hará del conocimiento del Presidente de la República en Consejo de Ministros, el cual **podrá autorizar la ejecución de las actuaciones urbanísticas pertinentes**. En este

61 Artículo 21 de la LOOU.

62 Urdaneta Troconis, Gustavo. *Marco jurídico del urbanismo en Venezuela*. Caracas, FUNEDA, 2009, p. 32.

63 Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinaria, nº 4.175 del 30 de marzo de 1990.

caso, el citado Ministerio realizará los ajustes correspondientes en los planes e informará a los Municipios afectados con igual propósito” (subrayado y negrillas nuestras).

El artículo de la LOOU es pristino y no cabe interpretarlo extensivamente. Como autoridad urbanística nacional, la República está autorizada para modificar aspectos propios de los POU, más específicamente lo referido al *programa de actuaciones urbanísticas* que se anexan a lo mismos. Esto implica la priorización de obras y actuaciones de los entes públicos competentes sea en servicios públicos, infraestructura, vialidad, etc. En ningún momento el legislador urbanístico autoriza al Presidente de la República para “otorgar” cambios de uso.

En segundo lugar, si revisamos los artículos del Reglamento de la LOOU empleados por el Decreto n° 1.542, en específico el 61 y 72. El 61 contiene los complementos de las variables urbanas fundamentales para el caso de edificaciones, con mayor precisión que las establecidas en el artículo 87 de la LOOU. Esto indica que el cambio de uso será sobre áreas que están ya urbanizadas, es decir, que se encuentran dotadas de servicios públicos y de parcelización formal. El Decreto 1.542 en su artículo 2 menciona al Proyecto Habitacional Residencias del Sur. Pero, cuando revisamos el 72, tenemos:

“Artículo 72. Los proyectos de urbanizaciones o edificaciones deberán contener, con precisión suficiente para su ejecución, todos los elementos y características de la obra, determinados según las normas y procedimientos técnicos aplicables. **Igualmente, deberán ajustarse a las variables urbanas fundamentales y a las demás regulaciones contenidas en los Planes de Desarrollo Urbano Local, las ordenanzas y otras normas legales o sublegales, nacionales o municipales, que afecten la construcción de urbanizaciones o edificaciones en**

aspectos específicos, según la naturaleza y características del proyecto” (subrayado y negrillas nuestras)

El artículo invocado por el Decreto n° 1.542 es contradictorio a lo resuelto, pues, al contrario, lo que conmina al ajuste de los proyectos a todas las regulaciones previstas en el PDUL, las Ordenanzas de Zonificación o las reglamentaciones generales del POU. En el caso del Municipio Libertador del estado Mérida, el POU vigente, es el *Plan de Ordenación Urbanística del Área Metropolitana de Mérida-Ejido-Tabay*⁶⁴. De allí que nos sorprenda que el Decreto no haga alusión siquiera al plano o a la distribución territorial del POU.

En tercer lugar, suponiendo que el Decreto n° 1.542 haya empleado el término “cambio de uso” de forma equivocada, cuando en realidad el Ejecutivo desea modificar los programas de actuaciones o intervenciones urbanas y haya reordenado el equipamiento urbano educativo, lo lógico era solicitar ante el Municipio Libertador del estado Mérida, el correspondiente cambio de uso. Ahora bien, debemos recalcar que nuestra preocupación por el cumplimiento de la legalidad urbanística no está centrada en la defensa de la técnica de zonificación. Tampoco por el prurito de la apología hacia documentos que muy a pesar de ser confeccionados con escrupulosidad y profesionalismo, éstos tienen sus días contados, es decir, su validez está limitada dada la dinámica acelerada de las ciudades. Nuestra protesta se eleva para evitar el establecimiento de precedentes que termine generando la falsa convicción en el imaginario de la Presidencia de la República, de poderes omnímodos que incluyen cambios de zonificación inconstitucionales.

64 Ministerio del Desarrollo Urbano. *Plan de Ordenación Urbanística (POU) del Área Metropolitana de Mérida-Ejido-Tabay*, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinaria, n° 5.303 del 1° de febrero de 1999.

2. Exigencias materiales de la LOOU para los cambios de uso

Tan delicado es el régimen sobre los cambios de zonificación y de uso, que la LOOU, recogiendo la experiencia urbanizadora frenética ocurrida durante la década de los años 70 del siglo XX, procedió a fijar un procedimiento estricto donde deben cumplirse cuatro requisitos, identificados por doctrina⁶⁵ como: *temporal, técnico, participativo y suficiencia de servicios*.

El artículo 46 de la LOOU establece una suerte de parámetros que deben **obligatoriamente** comprobarse por la autoridad urbanística municipal. Si bien el Decreto n° 1.542 alega razones de interés público como es la necesidad de viviendas, este móvil no puede ser óbice para saltar los parámetros y exigencias que obliga el artículo bajo comentario. Este último dispositivo de la LOOU, estatuye lo siguiente:

“(…) Artículo 46. Si las modificaciones o reformas a las cuales se refiere el artículo anterior constituyen cambios de zonificación, deberán cumplirse las siguientes condiciones:

1. En ningún caso se permitirán cambios de zonificación aislada o singularmente propuestos. Todo cambio de zonificación debe ser integral o formar parte de algún plan sectorial.
2. En principio, **ningún cambio de zonificación podrá hacerse antes de los diez (10) años de aprobada la zonificación original, o de la última rezonificación.** Sin embargo, antes del plazo señalado, la oficina que tenga a su cargo la planificación urbana podrá proponer un cambio de zonificación que se considere justificadamente necesario. A tal efecto, **la solicitud deberá incluir los estudios técnicos pertinentes y la constancia de la consulta realizada a la correspon-**

65 Urdaneta Troconis, Gustavo. Ob. Cit. pág. 42-43.

diente Asociación de Vecinos, si la hubiere, o a la mayoría absoluta de los vecinos del área que determine la oficina municipal a cargo de las funciones de planificación urbana.

Aprobado en primera discusión el proyecto de ordenanza sobre el cambio de zonificación, el Concejo Municipal determinará el día y la hora cuando la Cámara oirá públicamente a los interesados, previa información al público del nuevo uso propuesto para la zona afectada (...) (subrayado y negrillas nuestras).

El texto transcrito contempla, primeramente, una determinación para cambios “integrales” de zonificación, que como explicamos, por vía de analogía interpretativa, se aplica también para los cambio de uso, resguardándose así la legalidad urbanística. Ahora bien, suponiendo que se cumpla estos requisitos temporales y materiales, ¿está autorizado el Presidente de la República para otorgar cambios de uso?. La respuesta a la interrogante es única y una sola: ES CONSTITUCIONALMENTE INCOMPETENTE. Fijémonos el párrafo primero del artículo 46 de la LOOU supra analizado:

“(...) Párrafo Primero: El Concejo Municipal autorizará los cambios de zonificación cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

1. Cuando sean suficientes los servicios públicos, tales como vialidad, cloacas, acueductos, electricidad y las áreas de servicios educacionales, deportivas, de recreación, y otros servicios que la nueva zonificación exija. (Subrayado y cursivas nuestras).
2. Cuando la municipalidad cuente con los medios suficientes para el acondicionamiento de tales servicios a los nuevos requerimientos.

3. Cuando los propietarios del área a rezonificarse depositen en la tesorería municipal el costo de los acondicionamientos mencionados o afiancen su realización a satisfacción del Concejo (...)” (negritas y subrayado nuestro).

Al revisarse con detenimiento es sólo la rama legislativa del Municipio la que otorga un cambio de uso o de zonificación en Venezuela. Esto es así por cuanto los instrumentos de zonificación urbana sólo pueden ser materializados o convertidos en ordenanzas municipales, las cuales, al ser verdaderas leyes formales gozan de las características propias elucidadas en la Teoría de la Ley.

Como nota final, no puede alegarse bajo ningún argumento, mucho menos el que se emplea en los últimos años para defraudar la legislación urbanística referida a una supuesta “crisis habitacional”, para crear más anarquía dentro de las ya caóticas ciudades venezolanas. Debemos recordar que la defensa de la legalidad urbanística se esgrime no por el placer de cumplir la ley y las formas técnicas de un Derecho Urbanístico complejo. El firme propósito de aplicar la LOOU estriba en que precisamente vivimos en ciudades y no en meros inmuebles sin equipamientos urbanos o la más mínima estructura urbana que facilite la movilidad, el sosiego, la funcionalidad y todas aquellas características de *metapolización* en la que nos encontramos. En pocas palabras, no podemos afrontar los problemas propios de la *Ciudad de los riesgos*⁶⁶, con una Administración Urbanística Nacional aferrada a la teoría del vasallaje urbanístico ejecutando presupuestos públicos para una modernidad urbana que no lo ha afectado.

66 Ascher, François. *Los nuevos principios del Urbanismo*. Madrid, Editorial Alianza, 2010, pp. 67-69.

COLABORACIÓN
ESTUDIANTEL

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN ACTUAL DE ARBITRAJE PARA EMPRESAS MIXTAS

Santiago Rodríguez Senior

*Estudiante de Derecho
de la Universidad Católica Andrés Bello.*

Resumen: *Se analiza la posibilidad del arbitraje internacional de inversiones en el marco de las empresas mixtas reguladas por la Ley Orgánica de Hidrocarburos.*

Palabras clave: *arbitraje internacional de inversiones, empresas mixtas, hidrocarburos.*

Summary: *The article analyzes the possibility of an international investment arbitration in the context of the joint ventures regulated in the Hydrocarbons Organic Law.*

Keywords: *International investment arbitration, joint ventures, hydrocarbons.*

Recibido: 27 de febrero de 2015 **Aceptado:** 10 de abril de 2015

SUMARIO

Introducción

I. Marco teórico

1. Marco jurídico general del arbitraje en Venezuela
2. Régimen de arbitraje en la Ley Orgánica de Hidrocarburos
3. El arbitraje en la Ley de Inversiones Extranjeras
4. Limitación a la cláusula arbitral en contratos de interés público
5. La cláusula arbitral en contratos de Empresas Mixtas
6. La incidencia de los Tratados Bilaterales de Inversión

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tendrá como objetivo explicar el régimen actual de arbitraje en materia de hidrocarburos. Más concretamente, desarrollaremos algunas consideraciones sobre el arbitraje de inversión concentrándonos en empresas mixtas como sujeto activo o pasivo de dicho arbitraje.

Nuestro enfoque va dirigido a los casos de arbitraje de inversión que involucren a un inversionista extranjero con el Estado venezolano, entendiéndose por arbitraje de inversión aquel por el cual *“se solucionan las controversias entre inversionistas nacionales de Estados extranjeros y los Estados receptores de la inversión. Es decir, este ángulo del arbitraje internacional es el que primordialmente resuelve las controversias relacionadas con la inversión extranjera”*¹.

En el año 2006 se promulgó la reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (en adelante “LOH”)². Esa Ley había derogado la gran mayoría de las Leyes que regían la materia

1 Tejera, Victorino, *Arbitraje de Inversiones. El caso de Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

2 LOH, Gaceta Oficial 38.493 del 4 de agosto de 2006.

de hidrocarburos desde 1943, con excepción de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (en adelante “LOHG”) y el Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (en adelante “RLOHG”). Entre las Leyes derogadas más importantes se encontraban la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975 y la Ley Orgánica de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y Otros Combustibles Derivados de los Hidrocarburos de 1998.

La LOH fijó un nuevo criterio para las actividades de exploración, extracción, recolección, transporte y almacenamiento iniciales de hidrocarburos líquidos. De acuerdo a la Ley, estas actividades sólo podrán ser realizadas por el Estado directamente o por alguna empresa donde el Estado tenga una participación mayor del 50% del capital social, que serán denominadas empresas mixtas.

El presente trabajo tendrá como objetivo aclarar cómo es el procedimiento para acudir a arbitraje de inversión en el caso de los inversionistas extranjeros que conforman las empresas mixtas, debido a que como se verá a lo largo del trabajo, estas empresas están sometidas a un régimen jurídico estricto que limita seriamente sus posibilidades de resolver los conflictos fuera de los tribunales venezolanos.

I. MARCO TEÓRICO

1. Marco jurídico general del arbitraje en Venezuela

El arbitraje es un método de resolución de controversias consagrado en la Constitución (en adelante “CRBV”), en sus artículos 253 y 258³. Por esto, cualquier disposición que prohiba expresamente el arbitraje, tanto en una Ley especial como

3 CRBV, Gaceta Oficial N° 5.908 del 19 de febrero de 2009. artículo 253 y 258.

en un contrato de empresa mixta, se puede señalar como contraria a la Constitución. A su vez, la legislación venezolana ha creado la Ley de Arbitraje Comercial⁴ (en adelante “LAC”), como una Ley específica para darle aún más importancia a este método de solución de conflicto.

Adicionalmente, La Ley de Inversiones Extranjeras (en adelante “LIE”)⁵ toca ciertas disposiciones que abren la posibilidad de acudir a arbitraje como se vera infra.

En tal sentido, la jurisprudencia en Venezuela ha acogido un criterio receptivo hacia el arbitraje, como se describirá en ciertos casos mas adelante. Y finalmente, los Tratados Bilaterales de Inversiones (en adelante “TBI”) también constituyen una fuente legal para poder someter al Estado a arbitraje.

Por lo tanto, al ver estas normas se pudiera decir que Venezuela es un país que invita abiertamente al arbitraje, promoviéndolo como un derecho constitucional y creando una normativa especial para expandir más aún su ámbito de aplicación.

2. Régimen de arbitraje en la Ley Orgánica de Hidrocarburos

Sin embargo, existen Leyes dentro de nuestra legislación que limitan o establecen trabas para ejercer este derecho. La LOH establece en su artículo 34 ordinal b lo siguiente⁶:

“b. Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia, serán decididas por los Tribu-

4 LAC, Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998.

5 LIE, Gaceta Oficial N° 6.152 del 18 noviembre de 2014.

6 LOH artículo 34 b.

nales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

La redacción de este artículo no deja claro si en materia de hidrocarburos las partes pueden acudir libremente a arbitraje o si todas las controversias deben ser resueltas por los tribunales venezolanos. Al disponer que *“el arbitraje en los casos permitidos por la Ley que rige la materia”*, este artículo crea una diatriba que puede ser resuelta de dos maneras.

La primera forma de interpretación es sostener que el arbitraje será un método alternativo de resolución de conflicto amigable y no vinculante, de modo que tendrán que acudir en última instancia a un tribunal nacional competente en la materia para que resuelva el asunto de fondo⁷.

En segundo lugar, se pudiera interpretar que cuando el artículo señala *“que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje”*, se establece el arbitraje como un método vinculante entre las partes, y cualquier decisión ahí tomada será de obligatoria aplicación⁸.

Sin embargo, ante la confusa redacción del artículo, la solución sugerida ha sido la de incorporar en los contratos de empresas mixtas una cláusula expresa de arbitraje, para así evitar cualquier malinterpretación.

3. El arbitraje en la Ley de Inversiones Extranjeras

La LIE establece en su artículo 5 lo siguiente⁹:

7 Eljuri, Elisabeth, Vojvodic, Natalia y Giraud, Vanessa, *“Arbitraje Comercial en Materia de Hidrocarburos”*, *Memoria Arbitral del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)*, Caracas, 2011, p. 229.

8 *Ibíd.*

9 LIE, artículo 5.

“Las inversiones extranjeras quedarán sometidas a la jurisdicción de los tribunales de la República, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes. La República Bolivariana de Venezuela podrá participar y hacer uso de otros mecanismos de solución de controversias construidos en el marco de la integración de América Latina y El Caribe”.

Visto este artículo, se puede entender que la intención de Venezuela es que las controversias que puedan suscitarse en asuntos de inversión extranjera deben de resolverse en los Tribunales de la República. Sin embargo, este artículo asoma la posibilidad de acudir a tribunales arbitrales regionales, tales como serían los tribunales arbitrales de la Unión de Naciones Suramericanas (en adelante “UNASUR”), lo cual puede verse como una limitación por parte de Venezuela a participar en otros mecanismos alternativos de resolución de conflicto tales como el CIADI¹⁰.

Es necesario aclarar que en enero del 2012 Venezuela denunció el Convenio del CIADI, y por tanto no puede ser sometida a arbitraje bajo ese Convenio por un conflicto que haya sucedido posterior a la denuncia del tratado por parte de Venezuela¹¹. Sin embargo, como se verá mas adelante, Venezuela aún puede ser sometida a Tribunales bajo la administración del CIADI.

Es importante señalar que en la derogada Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999, existía un artículo que fue interpretado por algunos autores como una cláusula abierta de arbitraje. En efecto, autores como Victorino Tejera y Elisabeth Eljuri defendían la tesis de que dicho artículo era

10 Giraud, Vanessa, “Is Investment Arbitration in Venezuela in Crisis?”: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/05/19/is-investment-arbitration-in-latin-america-in-crisis/>

11 <http://www.eluniversal.com/economia/120125/venezuela-comunico-al-banco-mundial-su-retiro-del-ciadi>

una invitación abierta a arbitraje debido a que planteaba que en aquellos casos que surja una controversia con un inversionista con el cual Venezuela tuviese un TBI, dicha controversia pudiera llevarse a arbitraje¹².

Sin embargo, esta tesis fue rechazada por Tribunales del CIADI en varios casos¹³. En repetidas ocasiones los Tribunales dieron una interpretación al alegato de jurisdicción basado en este artículo, negando su admisibilidad al considerarlo insuficiente por sí solo y fijando que aún cuando el artículo sí promueve la posibilidad de acudir a arbitraje a través de TBI, éste por sí solo *“no posee un consentimiento inequívoco para el arbitraje”*¹⁴. Cabe destacar que este artículo no fue incorporado dentro de la nueva LIE.

4. Limitación a la cláusula arbitral en contratos de interés público

El ordenamiento jurídico venezolano ha establecido en distintas normas prohibiciones con respecto a cláusulas arbitrales en contratos de interés público. La CRBV adopta la llamada *“Doctrina Calvo”*, la cual dice que el Estado tiene inmunidad de jurisdicción, lo que implica que *“los tribunales del Estado son los únicos competentes para conocer de los actos de los Poderes del Estado, y para decidir los conflictos que se generen en su territorio”*¹⁵. Sin embargo, esta doctrina acepta excepciones, por cuanto existen Tribunales Internacionales que tienen competencia para conocer demandas contra Estados en sus sedes, siempre y cuando el Estado haya ratificado el convenio que lo consti-

12 Tejera, victorino y Eljuri, Elisabeth, *21 Century Transformation of the Venezuelan Oil Industry*, p. 486, 2008.

13 Tidewater vs Venezuela *Caso CIADI No. ARB/10/5*, así como Conocophillips vs Venezuela *Caso CIADI No. ARB/07/30*; Exxon Mobil vs Venezuela *Caso CIADI No. ARB/07/27*.

14 Tidewater vs Venezuela. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1278.pdf>

15 Rondón De Sanso, Hildegard, *El Régimen Jurídico de los Hidrocarburos*, Caracas, 2012, p. 477.

tuye¹⁶. Por lo tanto, se entiende que esta doctrina, dependiendo del caso concreto, genera una inmunidad absoluta o relativa de jurisdicción.

La CRBV adopta en su artículo 151 la “Doctrina Calvo”, en los términos siguientes:

“En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”¹⁷.

Esta misma prohibición se encuentra ubicada en otras normas, como es el caso ya comentado de la LOH. Sin embargo, es de particular importancia la redacción de esta prohibición en la CRBV, dado a que establece una excepción a este principio, al decir *“en los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos”*. Si se consideran los contratos relativos a materia de hidrocarburos como contratos que por su naturaleza son de interés público, entonces existiría una prohibición constitucional expresa de incorporar estas cláusulas dentro de los contratos. Sin embargo, de acuerdo a esta excepción, si la naturaleza del contrato no se opone, entonces la cláusula arbitral sí es aplicable.

Por ello, esta frase se considera una excepción a la “Doctrina Calvo”, debido a que si se considera que la naturaleza del contrato no se opone a la cláusula arbitral, entonces ésta puede ser admitida. Así lo establece la CRBV en su exposición de motivos, al fijar que en casos de que la naturaleza del negocio

16 Ibid.

17 CRBV artículo 151.

lo permita, las disputas pueden ser resueltas por otra jurisdicción, lo que se pudiera interpretar como una vía para acudir a arbitraje¹⁸.

Por lo tanto, lo primero que hay que determinar es si el contrato es de interés público, y de ser así, si este goza de inmunidad absoluta o relativa de jurisdicción. Sin embargo, como se verá más adelante, en Venezuela la tesis predominante es la de inmunidad relativa de jurisdicción gracias a la excepción establecida en el artículo 151 CRBV, la cual abre la posibilidad a que empresas del Estado puedan ser sometidas a arbitraje.

Así, parte de la doctrina se basa en una sentencia de la Sala Política Administrativa¹⁹ para argumentar el caso de que Petróleos de Venezuela (en adelante "PDVSA"), por su naturaleza jurídica y por la actividad que realiza, se considera una empresa que presta un servicio de interés público y no comercial, y por tanto no entraría en la excepción del artículo 151 de la CRBV.

De esa manera, la jurisprudencia ha considerado que a pesar de que Venezolana de Televisión (en adelante "VTV") es una empresa que realiza ciertas actividades regidas por Derecho Privado, por su naturaleza es una empresa que presta un servicio de interés público debido a que el Estado es propietario de sus acciones, y por tanto toda controversia que incluya a VTV debe ser resuelta por los tribunales venezolanos.

Ciertos autores extrapolan esta teoría al caso de PDVSA, y la etiquetan como una compañía del Estado que aunque realiza gran parte de sus actividades basadas en el Derecho Privado, y por tanto, actuando en su nombre y no en nombre de la República, nunca se desprende de su naturaleza jurídica, lo

18 "Arbitraje Comercial en materia de hidrocarburos"... Cit., p. 219.

19 Sentencia N° 00855 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 5 de abril del 2006. *Caso Elettronica Industriale vs VTV*.

cual es una empresa estatal. Por lo tanto, toda actividad que realiza PDVSA lo haría como una empresa estatal y no como una empresa privada, y al ser una empresa estatal, toda actividad que realice sería de interés público²⁰.

Sin embargo, esta tesis no es acogida por los tribunales actualmente en Venezuela. Como se mencionó anteriormente, el artículo 151 CRBV establece una excepción que pudiera entenderse como una posibilidad abierta de arbitraje para aquellas obligaciones que sean de naturaleza comercial, incluso, tratándose de contratos de interés público. Esta tesis es adoptada por la jurisprudencia venezolana de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²¹. Esta Sala fijó el criterio actual por el cual se entiende que la frase “si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos” implica una inmunidad relativa de jurisdicción.

Por lo tanto, al entenderse el hecho de que toda actividad realizada por PDVSA es de índole comercial, se hace irrelevante el argumento de que si es una empresa controlada por el Estado o no, debido a que el enfoque que da la sentencia es a la actividad realizada y no al sujeto quién la realiza. Ello, asumiendo que el contrato celebrado por PDVSA pueda ser calificado de interés público, pues solo en ese caso aplicaría la limitación del artículo 151 de la Constitución.

Más aún, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fijó en otra sentencia²² el criterio por el cual debe entenderse que los contratos de interés público son aquellos celebrados directamente con la República, y no con una empresa

20 “21 Century Transformation of the Venezuelan Oil Industry”, Op. Cit. p. 489

21 Sentencia N° 97/09 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 11 de febrero de 2009. *Caso Fermín Toro vs Otros*.

22 Sentencia N° 2.241 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 24 de septiembre 2002.

propiedad de la República que ejerza una actividad en su propio nombre (caso de PDVSA).

Por lo tanto, se entiende entonces de las sentencias citadas anteriormente que un contrato de índole comercial, aún cuando sea de interés público, que sea celebrado con una empresa que no actúe en nombre de la República, goza de una inmunidad relativa de jurisdicción, y por ende puede ser sometido a una jurisdicción distinta a la jurisdicción de los tribunales venezolanos para resolver cualquier controversia.

5. La cláusula arbitral en contratos de Empresas Mixtas

Los contratos de empresas mixtas fijan todos los asuntos relevantes que debe tener una compañía, incluyendo el objeto social, el capital social inicial, el proyecto a ser realizado y sus detalles, las formas de resolver cualquier controversia que pueda suscitar a lo largo de la ejecución del contrato, etc. Dentro de los contratos de empresas mixtas se debe de incorporar por su naturaleza el porcentaje accionario de la empresas, teniendo en cuenta que PDVSA debe tener por ley un porcentaje accionario por encima del 50% ²³. No se conoce de ninguna Empresa Mixta en la cual PDVSA tenga un porcentaje accionario menor al 60%.

La característica fundamental de los contratos de empresas mixtas que separan a este contrato de cualquier otro contrato, es que hay ciertas cláusulas que no son negociables, pues para poder crear una empresa mixta se debe aceptar ciertas condiciones que no son alienables al contrato. Una de estas condiciones que debe de acatarse en todo contrato de empresa mixta es la exclusión de arbitraje como un método de resolver controversias.

²³ LOH artículo 22.

En los acuerdos en los cuales se regula la creación de la empresa mixta se establece expresamente que cualquier controversia será resuelta por los Tribunales de la República²⁴. Esta cláusula es replicada en todos los contratos de empresas mixtas, y dice así:

“12. Las diferencias y controversias que deriven del incumplimiento de las condiciones, pautas, procedimientos y actuaciones que constituyen el objeto del presente documento o deriven del mismo, serán dilucidados de acuerdo con la legislación de la República Bolivariana de Venezuela y ante sus organismos jurisdiccionales”²⁵.

Sin embargo, a pesar de las dificultades presentadas, no es imposible para que, dentro del marco de la legislación venezolana, se pueda acudir a arbitraje.

Como bien establece el artículo 34 ordinal b de la LOH, en los casos que lo permita una Ley que rija la materia se puede

24 Ejemplos de acuerdos en los cuales se excluye la cláusula arbitral: i) Acuerdo mediante el cual se aprueba la constitución de la Empresa Mixta Petroboscan, S.A., publicado en la Gaceta Oficial No. 38.430 del 5 de mayo de 2006; ii) Acuerdo mediante el cual se aprueba la constitución de la Empresa Mixta PetroMonagas S.A., entre la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A., y VebaOil & Gas Cerro Negro GMBH, o sus respectivas afiliadas, publicado en la Gaceta Oficial No. 38.798 del 29 de octubre de 2007; iii) Acuerdo mediante el cual se aprueba la constitución de una Empresa Mixta, entre la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. y Consorcio Nacional Petrolero S.R.L., con una participación accionaria inicial en el que se indica, publicado en la Gaceta Oficial No. 39.382 del 9 de marzo de 2010 y reimpresso por error en la Gaceta Oficial No. 39.393 del 24 de marzo de 2010, y iv) Acuerdo mediante el cual se aprueba la constitución de una Empresa Mixta entre la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. (CVP) y las empresas Chevron Carabobo Holdings APS, Mitsubishi Corporation, Inpex Corporation y Suelopetrol C.A. (S.A.C.A) o sus respectivas afiliadas, publicado en la Gaceta Oficial No. 39.404 del 15 de abril de 2010. “Arbitraje Comercial en materia de hidrocarburos”, cit., pp. 234 y 235.

25 Acuerdo para la creación de las Empresas Mixtas Petrocurugua, S.A., Petrorinoco, S.A., Petrolera Kaki, S.A., Petromiranda S.A., Baripetrol, S.A., Petrowarao, S.A., Petrocaracol, S.A. Gaceta Oficial N° 38.430 del 5 de mayo de 2006.

acudir a arbitraje. De esto se puede entender una autorización a acudir a arbitraje mediante remisión a otra normativa que dentro de sí abra la posibilidad de resolver conflictos por vía de arbitraje. Precisamente, la LAC en su artículo 4 establece²⁶:

“Cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela. El acuerdo especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, que en ningún caso será menor de tres (3)”.

Este artículo hace referencia a aquellos casos en los cuales puede acudir a arbitraje una empresa del Estado que tenga un porcentaje accionario igual o superior al 50 % del capital social de la empresa. Para esto, el artículo establece dos condiciones obligatorias: (i) la aprobación del órgano estatutario competente, refiriéndose a la Junta Directiva y (ii) la autorización del Ministro de Tutela, que vendría siendo el Ministro del Poder Popular de Energía y Petróleo.

Si se cumplen estas dos condiciones, en nuestra opinión, se pudiera dar el caso que una empresa mixta pueda acudir a una vía distinta de los tribunales venezolanos para dirimir una controversia. Sin embargo, es necesario hacer una aclaratoria con respecto a este punto.

Con respecto a la primera condición, el artículo alude a la aprobación de la Junta Directiva, pero no aclara si esta aproba-

26 LAC, artículo 4.

ción debe ser unánime o por mayoría simple. La manera más sencilla de resolver esta duda sería acudiendo a los estatutos de la empresa para determinar si las decisiones de la Junta Directiva deben ser aprobadas por mayoría simple o unanimidad. De cualquier forma, sería impráctico considerar que sea necesaria una aprobación por unanimidad, y a su vez contrario al principio pro arbitraje establecido en la Constitución. Por lo que se debería de interpretar entonces que dicha aprobación debe ser necesariamente por mayoría simple²⁷.

Ahora en referencia a la segunda condición, resulta también una complicación obtener la autorización del Ministro de Tutela, visto que en los años recientes tanto el Ministro de turno como el Ejecutivo Nacional han mostrado una actitud *intolerante* hacia el arbitraje. Esta conducta queda evidenciada con la denuncia de Venezuela del Convenio CIADI, como también la no renovación del TBI celebrado entre Venezuela y los Países Bajos, Tratado caracterizado por su flexible política arbitral y a través del cual numerosos inversionistas se subscribieron para poder acudir a arbitraje contra Venezuela.

6. La incidencia de los Tratados Bilaterales de Inversión

Los TBIs son Tratados suscritos entre dos países a través de los cuales los Estados firmantes se obligan recíprocamente a proteger o promover la inversión realizada por inversionistas privados del otro Estado. Entre las protecciones encontradas dentro del Tratado se incluyen cláusulas arbitrales para que en caso de una controversia puedan resolver los conflictos por esa vía. Esto permite que los inversionistas puedan acudir a arbitraje de inversión aun cuando no tengan pactado expresamente un acuerdo arbitral con el Estado receptor de la inversión²⁸.

27 “Arbitraje Comercial en materia de hidrocarburos”, cit., p. 216.

28 Bermúdez, Diógenes, “El arbitraje en los Tratados de Protección de Inversiones Suscritos por Venezuela”, *Memoria Arbitral del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)*, Caracas, 2011, p. 98.

Es importante señalar que las controversias que puedan conllevar a un arbitraje de inversión no son entre los Estados firmantes del TBI, sino entre los inversionistas privados de uno de los Estados con el Estado garante de la protección de la inversión²⁹.

Cada TBI tiene su propia autonomía, convirtiéndose en más accesible o menos accesible hacia el arbitraje, y por tanto, más atractivo para que empresas inversionistas se suscriban al que ofrezca unas condiciones más favorable.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha fijado un criterio receptivo hacia la inversión extranjera y se ha pronunciado favorablemente sobre los acuerdos internacionales que puedan someter a Venezuela a arbitrajes internacionales:

“No es posible desconocer que los Estados que pretenden atraer inversiones deben soberanamente decidir otorgarle ciertas garantías a los inversionistas, para que pueda materializarse tal relación y, dentro de las variables que se manejan para lograr estas inversiones, es común la inclusión de un pacto arbitral, que a juicio de los inversionistas les brinda seguridad en lo relativo al –ya mencionado– temor de una posible parcialidad de los tribunales estatales a favor de sus propios nacionales.

(Omissis)... esta Sala reitera su criterio en cuanto a considerar que la República Bolivariana de Venezuela es capaz y hábil como Estado libre y soberano, -en el marco de las relaciones internacionales inspiradas en el respeto, reciprocidad y libre determinación- de suscribir: aprobar y ratificar tratados, acuerdos o convenios en donde se someta a medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre estos el arbitraje, para dirimir disputas, en la forma, modo, y condiciones que de

29 Ibíd.

forma expresa e inequívoca así hayan sido estipuladas, por no ser contrarias al texto constitucional vigente. Así declara”³⁰.

Ahora bien, es común que los TBI regulen, como método de solución de conflictos, el arbitraje administrado por el CIADI. La duda por ello que se plantea es si el inversionista parte de un contrato por el cual se crea una empresa mixta, puede o no acudir al arbitraje de acuerdo al TBI, en caso de ser éste aplicable. En todo caso, dependiendo del TBI suscrito con Venezuela, se puede acudir a distintos organismos internacionales de resolución de conflicto tales como la Cámara de Comercio de Estocolmo o la Cámara de Arbitraje Internacional de París.

30 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 17 de octubre de 2008. Expediente No. 08-0763.

DOCUMENTOS

CARTA DE MÉXICO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

El Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, reunido en la Ciudad de México los días 13 y 14 de octubre de 2014, tras el debate de sus miembros sobre los aspectos relevantes de la responsabilidad patrimonial del Estado en los ordenamientos jurídicos de Iberoamérica, con el fin de contribuir a la construcción de un Derecho Administrativo Global, deliberó en torno a los siguientes aspectos relativos al tema en los Poderes Públicos de los países iberoamericanos:

1. **La responsabilidad patrimonial del Estado como principio fundamental del Estado de Derecho.** La responsabilidad patrimonial del Estado en el ejercicio de las funciones públicas consiste en un principio fundamental inherente al Estado de Derecho, como consecuencia directa de la sumisión del poder público al sistema normativo y elemento imprescindible para garantizar la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas.

Por lo tanto, se recomienda que los Estados iberoamericanos incorporen a sus ordenamientos jurídicos de manera expresa el deber de los Poderes Públicos de reparar los daños causados a las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras.

2. **El Estado Constitucional de Derecho debe excluir la irresponsabilidad del Poder Público, sin admitir espacios de impunidad estatal que afecten el deber de reparar los daños injustos causados por el ejercicio de sus funciones, no sólo de la administrativa sino también de las demás funciones estatales, con inclusión de los casos de su funcionamiento regular, siempre**

que ocasionen una violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

De conformidad con dicho principio, se recomienda que los Estados iberoamericanos adopten reglas legales atributivas de responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio de todas sus funciones, eliminando de sus ordenamientos jurídicos las previsiones normativas y prácticas jurisdiccionales que acepten espacios de irresponsabilidad estatal.

3. **Autonomía de la responsabilidad patrimonial del Estado frente al régimen del Derecho Civil.** El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene un perfil propio y diferente de la disciplina que el Derecho Civil confiere al tema de la responsabilidad patrimonial entre sujetos privados, habida cuenta de la posición vulnerable del ciudadano en su relación con el Estado y la existencia de múltiples actividades estatales que pueden afectar a la ciudadanía. Los requisitos para la configuración del deber estatal de reparar los daños causados, no son los mismos exigidos para generar la responsabilidad patrimonial en los términos del Derecho Privado.

En esa línea, se recomienda que los Estados iberoamericanos establezcan un régimen jurídico específico y autónomo para la responsabilidad patrimonial del Estado frente a los daños causados a los particulares, que tenga en cuenta las peculiaridades de la relación existente entre los sujetos privados y el Estado, especialmente: (i) la dificultad del particular de comprobar quien fue el agente público autor de los daños sufridos; (ii) la dificultad del particular para comprobar la culpa o dolo del comportamiento estatal; y (iii) la necesidad de garantizar la solvencia para la reparación de los daños y, por ende, la ejecución de la condena judicial.

- 4. El Estado no responde patrimonialmente sólo por sus conductas ilícitas, sino también por sus actividades lícitas, siempre que el principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas sea afectado, independientemente de la existencia de culpa o dolo en las conductas de los agentes públicos.** En términos de Derecho Público, el Estado responde por sus actos ilícitos siempre que: (i) actúe contrariamente a la ley o al Derecho; (ii) ocasione un daño material o moral a las personas; (iii) exista un nexo causal entre la conducta imputable al Estado y el perjuicio generado. En el ejercicio de su actividad lícita, el Estado también puede provocar perjuicios injustos, cuando genera un daño especial y anormal sobre la esfera jurídica de quien no tiene el deber jurídico de soportarlo, creando con ello una situación de desigualdad de las personas frente a las cargas públicas.

Así, ni la *antijuridicidad*, entendida como actuación contraria al Derecho, ni la *culpabilidad*, concebida como la exigibilidad de adoptar conductas distintas, constituyen elementos necesarios para configurar la responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos, ya que lo fundamental es la producción de un daño injusto causado por una conducta imputable al Estado.

En este aspecto, se recomienda que los Estados iberoamericanos no exijan en sus ordenamientos que la víctima del daño producido por el Estado tenga que probar la culpa o el dolo como requisito para generar el deber estatal de reparación, ni tampoco el requisito de una conducta estatal ilícita. En otras palabras, debiera ponerse énfasis sobre el daño sufrido y no sobre su causante para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado.

- 5. En los sistemas jurídicos que establecen la responsabilidad patrimonial directa del Estado, si sobreviene la condena del Poder Público para reparar el daño, éste tiene el deber –y no la mera facultad– de repetir contra el agente responsable, cuando éste actúa de manera dolosa o culposa.** La responsabilidad patrimonial directa del Estado, si bien representa muchas veces una garantía para la víctima del daño, no puede conllevar la impunidad de los agentes negligentes o malintencionados. Para evitar que la conducta dañosa se reitere, es necesario que la Administración, una vez condenada a reparar el perjuicio, repita contra el agente público que lo generó, cuando se pueda comprobar que su actuación fue culposa o dolosa, evitando que la responsabilidad directa del Estado funcione como un escudo protector ante la ineficiencia o mala fe del servidor público.

Por lo tanto, se recomienda que los Estados iberoamericanos establezcan en sus ordenamientos jurídicos que, una vez condenado el Estado a reparar un daño provocado por sus agentes, éste tiene el deber de repetir contra los responsables en los casos de su dolo o culpa.

- 6. La transgresión estatal de la Constitución o de los tratados y convenciones internacionales por acción u omisión genera la responsabilidad patrimonial del Estado.** El principio de buena administración impone al Estado el deber –y asegura a las personas el derecho– de reparación de todos los daños injustos causados por violación de los mandatos constitucionales y convencionales, incluso en los casos de omisión en el cumplimiento de deberes positivos de actuación. No sólo la actuación comisiva contraria a la Constitución y a los tratados internacionales, sino también la inactividad en su implementación efectiva pueden traer perjuicios injustos a la ciudadanía.

En consecuencia, se recomienda que los Estados ibero-americanos adopten todas las medidas necesarias para el cumplimiento real y efectivo de los principios y normas constitucionales y convencionales, incluyendo en sus ordenamientos la responsabilidad patrimonial del Estado y adhiriendo a los sistemas de responsabilidad internacional por violación de los tratados.

Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Presidente

Carlos E. Delpiazzo
Secretario General

Daniel Wunder Hachem
Relator

ÍNDICE

Estudios

CONSIDERACIONES SOBRE LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DE LAS CONCESIONES POR NO INICIAR LA EXPLOTACIÓN DE LA MINA EN LA LEY DE MINAS <i>Miguel Ángel Basile Urizar</i>		13
Introducción.....		15
I.	Consideraciones preliminares sobre el régimen jurídico minero.....	16
1.	Principios que rigen la actividad minera en la Ley de Minas.....	17
2.	La naturaleza y características de los derechos mineros	23
3.	Sobre el ejercicio de los derechos mineros en el marco de las concesiones mineras	27
II.	Antecedentes de la declaratoria de caducidad de la concesión minera por falta de inicio de explotación.....	29
III.	Sobre el momento en que se empieza a contar el lapso de caducidad de la concesión minera por no haber iniciado la explotación.....	34
IV.	Sobre la potestad de abstenerse a declarar la caducidad de la concesión minera por no iniciar la explotación, en vista de causas no imputables al concesionario	40
A MUDANÇA DE FOCO NO CONTROLE DA CORRUPÇÃO NO BRASIL: A INICIATIVA PRIVADA <i>Denise Bittencourt Friedrich, Rogério Gesta Leal</i>		53
Introdução		55
I.	Limites do modelo de controle interno e externo	56
II.	A iniciativa privada no centro do controle da corrupção .	86

Conclusões	98
------------------	----

COMENTARIOS A LA APLICACIÓN DE LA ORDENANZA
GENERAL DE CONTRIBUCIONES ESPECIALES
POR PLUSVALÍA EN VIRTUD DE LOS CAMBIOS DE USO O
DE INTENSIDAD DE APROVECHAMIENTO
DE TERRENOS DEL MUNICIPIO BARUTA

<i>Víctor Alfonso Jiménez Ures</i>	105
--	-----

Introducción.....	107
I. Contribución especial por plusvalía	109
1. Calculo del Mayor Valor	109
2. El pago.....	110
3. Naturaleza	112
II. El caso de los inmuebles declarados patrimonio histórico del municipio.....	115
III. Cobro en parcelas integradas.....	117
Conclusiones	125

ANOTACIONES SOBRE ALGUNAS CAUSAS DE EXTINCIÓN
DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

<i>Andry Matilla Correa</i>	127
-----------------------------------	-----

Introducción.....	129
I. El vencimiento del plazo como causa de extinción de la concesión administrativa.....	139
II. Sobre algunas causales de extinción de la concesión administrativa antes del vencimiento del plazo	166
1. La extinción del concesionario.....	171
2. La incapacidad sobrevenida del concesionario	176
3. La falta de objeto sobrevenida en la concesión.....	180
4. La imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la concesión	186
5. El mutuo acuerdo.....	191
6. La cuestión de la renuncia del concesionario	192

VALOR JURÍDICO DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO	
<i>Cecilia Sosa Gómez</i>	197
Introducción.....	199
I. Rango constitucional	200
II. El expediente administrativo: un derecho y una carga de la administración	202
III. Significado del expediente administrativo.....	204
IV. Noción y contenido del expediente administrativo	205
V. El expediente administrativo en juicio	207
VI. El juzgamiento en la jurisdicción contencioso administrativa y el expediente administrativo	209
VII. El expediente administrativo como documento probatorio	214
1. ¿Qué pasa cuando forman parte del expediente administrativo copias fotostáticas?	217
2. ¿Qué pasa cuando forman parte del expediente administrativo copias certificadas?	218
VIII. La oposición o la impugnación del expediente administrativo	220
Conclusiones	222

Actualidad

CORRUPCIÓN Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA. CASOS EMBLEMÁTICOS DE CORRUPCIÓN EN VENEZUELA	
<i>Román J. Duque Corredor</i>	229
I. Transparencia administrativa y gobernabilidad democrática	231
II. Casos emblemáticos y niveles de corrupción desastrosos	232
III. Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela.....	234

1. Caso Fondo Chino y reventa de bonos argentinos ..	234
2. Caso CADIVI (Comisión de Administración de Divisas)	235
3. Caso PDVAL de alimentos vencidos y desviados (Caso PUDREVAL).....	236
4. Caso de Fondos Comunales	237
5. Caso de Sobornos por empresas extranjeras	238
6. Caso Guido Antonini Wilson y de corrupción en importaciones argentinas.....	239
7. Caso Plan Bolívar 2000.....	240
8. Caso Central Azucarero Ezequiel Zamora	240
9. Caso Makled y narco tráfico	241
10. Caso Notas Estructuradas	243
11. Caso de corrupción por ventajismo electoral	245
12. Peculado de uso por utilización de aviones de PDVSA y tráfico internacional de armas	246
Reflexión final	247

NOTAS SOBRE LA REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS DEL 19 DE NOVIEMBRE DE 2014

Domingo Piscitelli	249
Introducción.....	251
I. Adscripción y organización de la Superintendencia Nacional De Precios Justos.....	252
1. Adscripción.....	252
2. Organización.....	252
A. Atribuciones de la Intendencia Nacional para la Protección del Salario del Obrero y la Obrera	252
B. Potestad sancionadora y otras atribuciones del Superintendente	253
II. Incorporación de los derechos de acceso a bienes y servicios.....	257

III. Inclusión de garantías	259
IV. Sistema de adecuación continua de precios justos	259
V. La inalterabilidad del margen máximo de ganancia	260
VI. Certificado de Precio Justo.....	260
VII. Régimen de medidas cautelares	261
VIII. Sanciones administrativas	261
IX. Especulación	262
X. Acaparamiento	262
XI. Boicot	263
XII. Reventa de productos de primera necesidad	263
XIII. Contrabando de extracción	263
XIV. Jurisdicción especial	264
XV. Excepciones a los beneficios procesales.....	264
XVI. Conclusiones	265

EL DECRETO PRESIDENCIAL N° 1.542 COMO GOLPE A LA AUTONOMÍA MUNICIPAL. UNA REINTERPRETACIÓN NACIONALIZADORA DE LA LEY ORGÁNICA DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA <i>Emilio J. Urbina Mendoza</i>	267
---	-----

I. Nota introductoria: un incomprensible 27° aniversario de la LOOU.	269
II. El contexto del decreto presidencial n° 1.542 y el posible inicio de una etapa “non sancta” del derecho urbanístico venezolano.....	278
III. Las competencias urbanísticas y la tradición constitucional venezolana	281
IV. La normatividad urbanística en venezuela y el régimen del cambio de uso previsto en los instrumentos sobre planificación urbana	285
1. Cambios de uso y cambios de zonificación: una distinción previa a la LOOU	288

2. Exigencias materiales de la LOOU para los cambios de uso	294
--	-----

Colaboración estudiantil

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN ACTUAL DE ARBITRAJE PARA EMPRESAS MIXTAS

<i>Santiago Rodríguez Senior</i>	299
--	-----

Introducción.....	301
I. Marco teórico	302
1. Marco jurídico general del arbitraje en Venezuela...	302
2. Régimen de arbitraje en la Ley Orgánica de Hidrocarburos.....	303
3. El arbitraje en la Ley de Inversiones Extranjeras.....	304
4. Limitación a la cláusula arbitral en contratos de interés público	306
5. La cláusula arbitral en contratos de empresas mixtas	310
6. La incidencia de los tratados bilaterales de Inversión	313

Documentos

CARTA DE MÉXICO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	319
--	-----

Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano

N° 5 enero - abril 2015