

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

7

Estudios

¿Es necesaria la tutela cautelar para suspender
los efectos del acto administrativo?

Una Propuesta

Serviliano Abache Carvajal

La defensa del medioambiente como defensa del ser humano:
discurso histórico del Papa Francisco
ante las Naciones Unidas (2015)

Teresa Parejo Navajas

La conciliación en el contencioso administrativo venezolano

Carlos Reverón Boulton

Actualidad

Nuevo Decreto con rango, valor y fuerza
de Ley Orgánica de Precios Justos y su impacto
en los derechos constitucionales

Bárbara González

Historia del Derecho Administrativo

Los orígenes de la doctrina de Derecho
Administrativo en Venezuela

José Ignacio Hernández González

Colaboración estudiantil

Las cláusulas exorbitantes como medidas
de efectos equivalentes a una expropiación

Andrés Hobaica

septiembre- diciembre 2015

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

N° 7 septiembre – diciembre 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

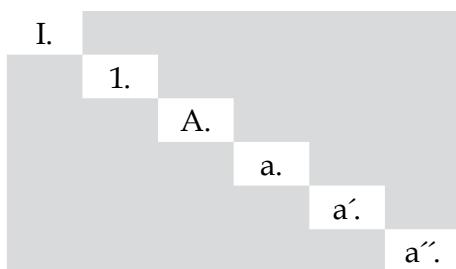
Normas de publicación

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

Serviliano Abache Carvajal, *¿Es necesaria la tutela cautelar para suspender los efectos del acto administrativo? Una Propuesta*

Teresa Parejo Navajas, *La defensa del medioambiente como defensa del ser humano: discurso histórico del Papa Francisco ante las Naciones Unidas (2015)*

Carlos Reverón Boulton, *La conciliación en el contencioso administrativo venezolano*

ACTUALIDAD

Bárbara González, *Nuevo Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos y su impacto en los derechos constitucionales*

HISTORIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

José Ignacio Hernández González, *Los orígenes de la doctrina de Derecho Administrativo en Venezuela*

COLABORACIÓN ESTUDIANTEL

Andrés Hobaica, *Las cláusulas exorbitantes como medidas de efectos equivalentes a una expropiación*

ESTUDIOS

¿ES NECESARIA LA TUTELA CAUTELAR PARA SUSPENDER LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO? UNA PROPUESTA

Serviliano Abache Carvajal

*Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello,
Universidad Metropolitana y Universidad Católica del Táchira*

Resumen: En el presente trabajo se propone la innecesidad de las medidas cautelares para suspender la eficacia del acto administrativo, partiendo de nuestra tesis sobre su exigibilidad al adquirir definitiva firmeza.

Palabras clave: Acto administrativo, presunción de legitimidad, eficacia, firmeza, derechos fundamentales.

Summary: In this paper the lack of necessity of cautionary measures to suspend the efficacy of the administrative act is proposed, applying our thesis about its effectiveness upon acquiring definite firmness.

Keywords: Administrative act, legitimacy presumption, efficacy, firmness, fundamental rights.

Recibido: 2 de octubre de 2015 Aceptado: 10 de noviembre de 2015

SUMARIO

Introducción

- I. La finalidad de la tutela cautelar.
- II. La concepción tradicional (¿e inconstitucional?)
de eficacia inmediata del acto administrativo.
- III. Nuestra propuesta sobre la eficacia del acto administrativo:
su definitiva firmeza.
- IV. A modo de conclusión: la innecesidad de la tutela cautelar
para suspender (porque, sencillamente, no han empezado)
los efectos del acto administrativo.

INTRODUCCIÓN

La respuesta al interrogante contenido en el título del presente trabajo, debe responderse de una manera algo ambigua: *depende*, si se trata de los –doctrinariamente denominados– actos administrativos de “efectos generales o particulares”. Si el acto es de “efectos generales”, sí resulta necesaria la tutela cautelar para suspender sus efectos, pues no hay otra forma de lograr tal cometido. En cambio, si se está ante uno de “efectos particulares”, nuevamente, *depende*. En este caso, dependerá de la concepción que se siga sobre la exigibilidad del acto administrativo. La tradicional, de acuerdo a la cual el acto resulta exigible apenas es dictado y notificado, hace –indiscutiblemente– necesaria la medida cautelar de suspensión de efectos o la de amparo cautelar, para lograr detener (suspender) la eficacia del acto una vez impugnado. Empero, una concepción distinta, como la que he propuesto recientemente¹, hace totalmente innecesaria cualquier medida cautelar para lograr tal fin, pues el acto administrativo no se puede entender exigible hasta que el mismo alcance definitiva firmeza. Esta tesis es que la que ocupará la reflexión que sigue.

1 *Vid.*, nuestra teoría sobre la eficacia del acto administrativo en Abache Carvajal, Serviliano, *La atipicidad de la «presunción» de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 93, Caracas, 2012, pp. 188 y ss.

I. LA FINALIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR

Es sabido que el derecho a la tutela cautelar, o a solicitar medidas cautelares, es una manifestación directa e integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva², de expreso arraigo en nuestra Constitución³, cuya finalidad no es otra que proteger temporalmente –mientras se sustancia el proceso– a las partes del juicio y, con ello, evitar que se haga ilusoria la sentencia en la que se declare la procedencia de la pretensión finalmente reconocida. En este sentido, Ucín precisa que las medidas cautelares están dirigidas “en algunos casos, a proteger o preservar el objeto del proceso judicial o, en otros, a anticipar ciertos efectos de la sentencia a dictar en el [proceso] principal”⁴ (corchetes míos), así como “evitar que la sentencia final se torne ilusoria o ineficaz”⁵.

2 Así lo ha entendido, entre otros, Víctor Hernández-Mendible: “El derecho a solicitar medidas cautelares constituye un derecho público subjetivo que debe garantizarse siempre y cuando se cumplan los presupuestos procesales para su concesión, en cuyo caso el órgano jurisdiccional no tiene discrecionalidad para otorgar o no las medidas cautelares, sino que se encuentra ante una auténtica obligación de concederlas, a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva. // La tutela judicial no será efectiva, si el órgano jurisdiccional no cuenta con las adecuadas potestades que garanticen la protección cautelar, mientras se produce la sentencia que reconozca la existencia del derecho o interés cuya tutela se reclama”. Hernández-Mendible, Víctor R., “Los derechos constitucionales procesales” en Brewer-Carías, Allan R., y Hernández-Mendible, Víctor R. (Dir.), *El contencioso administrativo y los procesos constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 92, Caracas, 2011, pp. 98 y 99.

3 Artículo 26 de la Constitución: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. // El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

4 Ucín, María Carlota, “Capítulo I – Nociones fundamentales” en Camps, Carlos E. (Dir.), *Tratado de las medidas cautelares*, Abeledo Perrot, 1ª edición, Buenos Aires, 2012, p. 3.

5 *Ibíd.*, p. 5.

En efecto, y específicamente en el proceso administrativo, se ha dicho que:

“las medidas cautelares sirven para proteger la posición jurídica del recurrente de manera provisional mientras dura el juicio y hasta tanto el juez determina la procedencia de las pretensiones de fondo de quien se presenta ante él. De esta forma, no sólo se asegura al recurrente que a lo largo del proceso la situación seguirá como estaba antes de que se produjera la actuación administrativa que lo llevó ante los tribunales, sino también que, en caso de obtener al final del juicio una sentencia favorable a sus pretensiones, esa sentencia sea susceptible de ser ejecutada”⁶.

En sintonía con lo anterior, se ha llegado a considerar que “las medidas cautelares persiguen garantizar que cuando se produzca la comprobación jurisdiccional de la existencia del derecho, tal reconocimiento que tiene los caracteres de definitividad y certeza del derecho preexistente, no se haga ilusorio, sino que por el contrario pueda hacerse efectivo”⁷. Lo que se quiere, en definitiva, es “prevenir las repercusiones perjudiciales, garantizando las consecuencias del proceso y la tutela efectiva del derecho que se hace valer en aquél”⁸.

II. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL (¿E INCONSTITUCIONAL?) DE EFICACIA INMEDIATA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La doctrina ha tradicionalmente considerado que los actos administrativos definitivos son exigibles, aun cuando los mismos no sean firmes, sobre la base de que éstos son ejecutivos en

6 Figuerías Robisco, Alejandra, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, *Manual de práctica forense contencioso administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Práctica Forense N° 1, Caracas, 2009, p. 146.

7 Hernández-Mendible, Víctor R., *op. cit.*, p. 99.

8 Prados, Ramiro Simón, *La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 18.

sí mismos y de forma automática, en virtud de lo cual su mera impugnación no suspende sus efectos. Dicho de otra forma, se ha estimado que los actos administrativos que ponen fin a un procedimiento de primer grado gozan de *eficacia inmediata*.

En esta tendencia se ha ubicado, entre otros, Allan Brewer-Carías, en cuya autorizada opinión el carácter ejecutivo de los actos administrativos “implica como principio que los efectos de los mismos no se suspenden por el hecho de que contra los mismos se intenten los recursos contencioso-administrativos”⁹, al punto que el acto administrativo “es ejecutable de inmediato y, en sí mismo, tiene carácter ejecutivo”¹⁰.

En sintonía con la posición señalada, la doctrina tradicional ha expuesto y reiterado en un sinnúmero de oportunidades, que la ejecutividad de los actos administrativos implica que éstos son, una vez dictados y notificados, exigibles, de manera que para lograr la suspensión de sus efectos, el recurrente deberá elevar al juez contencioso administrativo tal solicitud y demostrar la presencia de los requisitos necesarios para su procedencia, a saber: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, agregando a los anteriores, dependiendo de la exigencia legal de que se trate, el *periculum in damni*.

III. NUESTRA PROPUESTA SOBRE LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SU DEFINITIVA FIRMEZA

En los términos que lo he propuesto con anterioridad¹¹, el acto administrativo se entiende eficaz porque se presume (o

9 Brewer-Carías, Allan R., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Caracas, 2002, p. 517.

10 Ibid., p. 206.

11 “En resumen, la presunción de legitimidad constituye el *fundamento* mismo de la exigibilidad de la voluntad de la Administración Tributaria,

es) legítimo¹². Al respecto, resulta necesario hacer la siguiente reflexión.

Como indicamos, la doctrina dominante reitera la eficacia inmediata que detentan los actos administrativos, en virtud de lo cual, una vez dictados y notificados, los mismos son *automática e inmediatamente* exigibles. Paralelamente se ha afirmado que los derechos fundamentales son la *base y esencia misma* del Estado de Derecho, de ahí su preeminencia jurídica frente a las facultades de la Administración y caracteres de sus actos, razón por la cual constituyen un *límite* en la actividad administrativa.

En este sentido se encuentra, nuevamente, la más autorizada doctrina patria, en la opinión de Brewer-Carías, quien, por un lado, ha seguido la doctrina tradicional sobre la eficacia inmediata de los actos administrativos desde su emisión y notificación, en los términos expuestos, también enseñando, por otro lado, la preeminencia de los derechos fundamentales

esto es, sólo el acto presuntamente *legítimo* -así como, obviamente, el legítimo- será ejecutable en respeto de la dogmática constitucional reguladora y propulsora de la garantía de los derechos fundamentales del contribuyente, de ahí su importancia y carácter teleológico: *éste, y no otro, es su fin, es su causa final*". Abache Carvajal, Serviliano, op. cit., pp. 187 y 188.

- 12 Brevemente, el acto administrativo *se presumirá* legítimo cuando no ha sido objeto de revisión judicial, esto es, no fue sometido al control de legalidad de los jueces de lo contencioso administrativo por razón de la inactividad del propio administrado, caducando el lapso para ello, siendo la legitimidad en sí la que se presume, la cual obviamente no se conoce ni se puede determinar con mayor certeza por la falta de impugnación; mientras que será legítimo, cuando haya sido recurrido en sede judicial y haya sido declarado como tal por el órgano jurisdiccional, teniendo en cuenta, claro está, que aunque haya pasado por el control de legalidad de los jueces, si bien tampoco se tendría un nivel *pleno* de certeza, no sería alejado afirmar que, al menos, se gozaría de mayor certidumbre sobre la legitimidad del acto impugnado. Como se observa, en ambos casos (cuando se presume o sea legítimo) el acto administrativo será siempre *definitivamente firme*. Para un análisis detallado sobre la *estructura y elementos* de la denominada "presunción" de legitimidad del acto administrativo, *vid.* nuestras propuestas en *ibid.*, pp. 170-176.

del particular frente a la ejecución de la voluntad administrativa, con especial mención al derecho a la defensa, explicando que:

“(…) la ejecución de los actos administrativos encuentra como límite a las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos, particularmente el respeto de su integridad personal y de sus bienes; que exige de la Administración Pública que su actuación ejecutoria sea siempre razonable, impuesta por la necesidad; que deba realizarse siempre respondiendo, favorablemente a los derechos y garantías del administrado; respetando el principio de la proporcionalidad entre medios y fines, sin discriminación alguna, y asegurándose el debido proceso, y dentro de él, el derecho a la defensa”¹³.

Ahora bien, lo desarrollado por la doctrina pareciera deberse a la reafirmación, por un lado, de un viejo aunque importante atributo de los actos administrativos: su ejecutividad; y por el otro, a la evolución, adopción y respeto de los derechos fundamentales, posturas que, cuando revisadas de

13 Brewer-Carías, Allan R., “Sobre la importancia para el Derecho Administrativo, de la noción de acto administrativo y de sus efectos”, *Terceras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Ediciones Funeda, Caracas, 1997, p. 42. En igual sentido, uno de los más prolíficos exponentes de la doctrina española, el catedrático Eduardo García de Enterría, quien también sigue (como la mayoría) la teoría de la *eficacia inmediata* de los actos administrativos [Vid. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Civitas, séptima edición, Madrid, 1995, pp. 491 y ss., y pp. 555 y ss.], ha paralelamente resaltado la “preeminencia” de los *derechos fundamentales* sobre la *exigibilidad* de la voluntad administrativa, en los términos siguientes: “Siempre que se invoquen, con alguna seriedad, derechos fundamentales, la regla es precisamente el carácter suspensivo del recurso y esto tampoco por una razón puramente mecánica, sino porque los derechos fundamentales son el fundamento del orden jurídico, en tanto que la ejecutoriedad de la acción administrativa es un instrumento ordinario, sumamente respetable, de gestión administrativa, pero no es en sí mismo un fundamento del orden”. García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas, segunda edición ampliada, Madrid, 1992, pp. 55 y 56.

manera conjunta, pudieran arrojar resultados algo encontrados, si no son evaluadas en su justa medida.

Es por lo anterior, que nos surge el siguiente interrogante: ¿resultaría sustentable defender de manera simultánea, que la ejecución de los actos administrativos encuentra su límite en los derechos fundamentales del administrado, y que dichos actos son, una vez dictados y notificados, *inmediatamente* ejecutables, si tomamos en cuenta que una vez notificados el “lapso de impugnación” que posee el particular para contradecir la voluntad administrativa, es una notable y directa manifestación del derecho a la defensa?

En efecto, si como lo asevera la doctrina y creemos nosotros, los derechos fundamentales del administrado constituyen un *límite intraspasable de la actividad administrativa y de la ejecución de su voluntad*, entonces, vale igualmente preguntarse en este estado de la evolución del pensamiento jurídico y preeminencia (aplicación *prima facie*) de los derechos fundamentales, ¿si tiene cabida en toda su extensión o, por lo menos, con la misma fuerza que en algún momento tuvo, la teoría de la ejecución *inmediata* de los actos administrativos cuya legalidad se desconoce¹⁴ y que afectan de manera negativa, personal y/o patrimonialmente, la esfera subjetiva de los particulares?

En virtud de lo anterior, y en mi opinión, aparte de resultar difícil encontrar sustento simultáneo a los temas apuntados, este tipo de acto de la Administración no puede, en armonía

14 Así también lo ha entendido el profesor Johann-Christian Pielow, quien, a partir de la *libertad de actuación* del particular, ha planteado lo siguiente: “Ahora bien, si hubiera dudas en la legalidad de una medida del poder público, que limita esa libertad, también debe valer en el derecho procesal, que la decisión no puede ser ejecutada, hasta que la pregunta de la justificación de la medida esté solucionada”. Pielow, Johann-Christian, “Suspensión de los efectos de los actos administrativos en vía administrativa y en la vía contencioso-administrativa”, *Terceras Jornadas Internacionales Allan Randolph Brewer-Carías*, Ediciones Funeda, Caracas, 1997, p. 210.

con la preeminencia de los derechos fundamentales del individuo frente a los bienes colectivos y facultades administrativas, entenderse ejecutable una vez dictado, así como tampoco luego de ser notificado, sino que más bien, el inicio y desarrollo *pleno* de su eficacia en el tiempo están forzosamente sometidos a una condición suspensiva *sustancial e inherente* al acto mismo: *la firmeza de la voluntad administrativa*; bien sea por medio del transcurso íntegro e inalterado del lapso legal de impugnación del administrado, como manifestación directa e inmediata del derecho a la defensa, o por haber sido sometida a un proceso de cognición y control judicial y, eventualmente, *confirmada* formalmente su apego a Derecho; ambas posibles vertientes enmarcadas en el respeto y garantía de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

Así las cosas, un acto administrativo ejecutado *antes* del transcurso íntegro del señalado lapso, que representa la posibilidad de ejercer las defensas de Ley y cuestionar la voluntad de la Administración, se colocará por encima de la propia *esencia* del ordenamiento jurídico y, con ello, ineludiblemente se sustraerá de él. La inexigibilidad del acto como consecuencia del no transcurso del lapso de impugnación, constituye uno de los límites *formales e infranqueables* de mayor importancia que representa el *derecho fundamental a la defensa* para la actuación administrativa y los bienes colectivos.

Por su parte, la exigibilidad de un acto administrativo que haya sido impugnado ante los tribunales de justicia, mientras no haya recaído sentencia definitivamente firme en la causa –algo que nos recuerda, en cierta medida, la criticable y peligrosa doctrina de la “deferencia judicial hacia el ejecutivo”¹⁵– marginaría a todas luces la *función judicial*, al extremo de que, en caso de ser encontrado y declarado absolutamente nulo el

15 Sobre esa doctrina, vid. Ortiz-Álvarez, Luis, “El privilegio de autotutela y el principio del efecto no suspensivo de los recursos (Reflexiones históricas y de tutela judicial efectiva)”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1997, pp. 84 y ss.

acto *después* de haber sido cumplido, tal fallo no podrá impedir la consumación de lo *ya ejecutado*, indistintamente de los *teóricos* efectos *ex tunc* de su declaratoria anulatoria y de la procedente “reparación” de la situación jurídica infringida, que, como es sabido, en todo caso llegará demasiado tarde, pudiendo, inclusive, haberle costado la existencia *jurídica* al administrado, cuando no la *fáctica*; sin duda, un perjuicio irreparable¹⁶.

Es por lo anterior que “una prescripción legal que declara de manera general y absoluta la inmediata ejecutividad de todos los actos administrativos, sería inconstitucional”¹⁷, esto es, toda disposición normativa que consagre de forma incondicional dicha ejecutividad inmediata y automática del acto apenas dictado, será, como lo es en mi opinión el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹⁸, contraria a los derechos fundamentales del administrado.

De lo expuesto podríamos entonces concluir, que instituciones como la ejecutividad de los actos administrativos, si bien resultan de clara importancia, en este caso, como carácter y mecanismo para hacer valer la voluntad administrativa, no es menos cierto que su falta de evolución y acoplamiento ha significado –paralelamente– su peligrosa continuidad de forma inalterada, perpetuándola, más allá del pensamiento y discurso doctrinario, en la propia ley y en la jurisprudencia, aun cuando resulten sustentables las incongruencias e incons-

16 Esto se visualiza claramente, con el comentario que hiciera Hauriou en relación a un caso sobre la Torre de Saint-Paterne en Orléans: “todas las indemnizaciones del mundo no podrían reparar la destrucción de un monumento histórico, porque no es posible rehacer un monumento histórico”. Cf. la postura de Hauriou citada en *ibíd.*, p. 77.

17 Pielow, Johann-Christian, *op. cit.*, p. 210.

18 Artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: “Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de término, se ejecutarán inmediatamente”.

titucionalidad que embargan –en la actualidad– a su primigenia concepción¹⁹.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INNECESIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR PARA SUSPENDER (PORQUE, SENCILLAMENTE, NO HAN INICIADO) LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La tesis sostenida –afortunadamente– ha sido recibida en los ordenamientos jurídicos de países vecinos, como son los casos de Colombia, Honduras y Costa Rica, por mencionar algunos.

19 La repetición de viejas posturas y teorías por parte de la doctrina y jurisprudencia, que en ocasiones también encuentran arraigo en la norma positiva, ha sido criticada por el catedrático español Alejandro Nieto, cuya opinión suscribimos plenamente, en los términos siguientes: “Esta sintonía casi perfecta entre los distintos pilares de la Ciencia del Derecho – la doctrina, la jurisprudencia y la legislación– ha terminado produciendo, sin embargo, un conformismo circular autocomplaciente y perverso la doctrina (sic) no siente necesidad alguna de revisar sus posiciones ya que las considera avaladas por la ley y por la jurisprudencia–, (sic) ésta, por su parte, se encuentra cómoda en un sistema que la ley ha cerrado y que la doctrina aplaude; mientras que, en fin, la ley tiene buena conciencia desde el momento en que no teme las críticas ni de la doctrina ni de la jurisprudencia. Así las cosas, en un ambiente de concordia en verdad anómalo en los campos jurídicos, la doctrina gira incesantemente sobre sí misma, ahondando un surco rutinario del que parece muy difícil salir. El sentido crítico –que es nota irrenunciable del buen jurista– late aquí mortecino y nuestros mejores autores se limitan a perfilar detalles de un sistema que aceptan en bloque. Las voces discordantes –algunas por cierto muy agudas y otras enormemente ambiciosas como es el caso del argentino Gordillo– son escasas y casi nadie se atreve a llevar a sus últimas consecuencias las objeciones parciales que formulan”. Nieto, Alejandro, “Contra las teorías al uso: una propuesta de renovación”, *Terceras Jornadas Internacionales Allan Randolph Brewer-Carías*, Ediciones Funeda, Caracas, 1997, p. 49.

En efecto, el recién reformado Código Contencioso Administrativo de Colombia²⁰, en manifiesta evolución normativa, consagraba expresamente en su artículo 64 la *firmeza* del acto administrativo como requisito *indispensable* para su ejecución, en los términos siguientes: “Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados”.

Por su parte, y en similar forma, la Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras establece en su artículo 31, que: “Los actos de la Administración de carácter particular adquieren eficacia al ser firmes”; mientras que el artículo 228 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, dispone que: “La Administración deberá dar cumplimiento a los actos administrativos firmes”.

Lo anterior permite concluir que, tanto la evolución de las instituciones fundamentales del Derecho administrativo, cuanto la tendencia liberal a privilegiar y garantizar la vigencia de los derechos fundamentales del individuo sobre los bienes colectivos, predicen y se encaminan racionalmente hacia la concepción de la *firmeza* o, lo que es lo mismo, de la *inimpugnabilidad* de los actos administrativos como condición *previa, necesaria e indispensable* para que éstos produzcan plenos efectos

20 Dictado mediante Decreto 01 de 1984, parcialmente reformado por el Decreto 2304 de 1989, la Ley 446 de 1998 y la Ley 809 de 2003, y cuya última y más reciente reforma se hizo por la Ley 1437 de 2011, que ahora lo denominó *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Sobre esta última reforma, vid. Brewer-Carías, Allan R., “Los principios generales del procedimiento administrativo en la Ley 1437 de 2011 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia” en Canónico Sarabia, Alejandro (Coord.), *Visión actual de los procedimientos administrativos*, Centro de Adiestramiento Jurídico, “CAJO” – Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 13-48.

jurídicos y se haga exigible la voluntad de la Administración²¹ y, con ello, la innecesidad de la tutela cautelar para suspender los efectos de los actos administrativos. En una palabra: *mal pueden suspenderse unos efectos que, sencillamente, no han iniciado.*

21 Así también lo ha entendido la más acreditada y siempre innovadora doctrina alemana, dentro de la cual resalta la opinión de Johann-Christian Pielow, quien ha expuesto su pensar en los siguientes términos: “(...) hay que partir del hecho de que el acto administrativo en principio y una vez vencido el plazo para interponer un recurso administrativo o judicial, suele alcanzar automáticamente e independientemente de su legalidad la consistencia jurídicomaterial (sic). En otras palabras: Se trata de una decisión unilateral por parte de una autoridad administrativa que –una vez dada su inimpugnabilidad– trae las consecuencias o modificaciones jurídicas, para así decirlo, “en si” (sic), como en el caso de los actos configurativos y declarativos de derecho, o que puede ser ejecutada –o sea: hecho “eficaz”– directamente, es decir: sin intervención judicial, por el propio poder ejecutivo como en el caso de los actos administrativos que postulan obligaciones para la actuación o no del ciudadano”. Y más adelante concluye que: “Después de la inimpugnabilidad de la resolución sobre el recurso de alzada [equivalente a nuestro recurso jerárquico] o la acción de anulación [equivalente a nuestros recursos judiciales], el acto administrativo en principio ya no puede –salvo en los casos de su nulidad– ser acometido. Entonces está también justificado el ejecutarlo”. (Corchetes míos). Pielow, Johann-Christian, op. cit., pp. 203 y 216, respectivamente.

LA DEFENSA DEL MEDIOAMBIENTE COMO DEFENSA DEL SER HUMANO: DISCURSO HISTÓRICO DEL PAPA FRANCISCO ANTE LAS NACIONES UNIDAS (2015)

Teresa Parejo Navajas

*Profesora Contratada, Doctora,
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Resumen: El discurso del Papa Francisco ante la Asamblea General de Naciones Unidas con motivo de la apertura de la Cumbre de Desarrollo Sostenible, constituye un importante repaso de los más importantes problemas internacionales actuales relacionados con la defensa del medioambiente y el desarrollo sostenible.

Palabras clave: Medioambiente, desarrollo sostenible.

Summary: The speech of the Pope Francis, before the General Assembly of the United Nations Organization, in the Sustainable Development Summit is an important overview of the basic international problems related with the defense of the environment and the sustainable development.

Keywords: Environment, Sustainable Development.

Recibido: 16 de octubre de 2015 Aceptado: 25 de noviembre de 2015

SUMARIO

Introducción

- I. La protección del medioambiente como derecho de la humanidad
- II. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

El pasado día 25 de septiembre de 2015, el Papa Francisco pronunció un discurso histórico ante la Asamblea General de Naciones Unidas¹, con motivo de la apertura de la Cumbre de Desarrollo Sostenible, y en el que, tras hacer un repaso de los más importantes problemas internacionales actuales, denuncia la ineficacia de la organización internacional para combatirlos, como hizo ya, en este mismo sentido, en su reciente obra *Laudatio si'*².

Las Organización de las Naciones Unidas se creó oficialmente el 24 de octubre de 1945, tras la ratificación de su documento fundacional (o Carta de Naciones Unidas) por los 51 Estados Miembros signatarios³. En la actualidad, 193 Estados son miembros y están representados a través de la Asamblea General, que es el órgano deliberante. Debe recordarse, en este punto, el propósito que inspiró a las naciones a celebrar este Tratado internacional (Preámbulo de la Carta)⁴:

1 El discurso completo está disponible en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/september/documents/papa-francesco_20150925_onu-visita.html (acceso 1 octubre 2015).

2 Pope Francis. "Laudatio Si'. On Care For Our Common Home". Encyclical Letter. Vatican City, 2015. Una versión en español está disponible en: http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_sp.pdf (acceso 3 octubre 2015).

3 Para más información, véase: <http://www.un.org/es/aboutun/history/> (acceso 1 octubre 2015).

4 La Carta puede consultarse en: <http://www.un.org/es/documents/charter/index.shtml> (acceso 1 octubre 2015).

“Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todas los pueblos, hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios.

Por lo tanto, nuestros respectivos Gobiernos, por medio de representantes reunidos en la ciudad de San Francisco que han exhibido sus plenos poderes, encontrados en buena y debida forma, han convenido en la presente Carta de las Naciones Unidas, y por este acto establecen una organización internacional que se denominará las Naciones Unidas”.

Han pasado 70 años desde entonces, y aunque nadie niega la importancia de la organización en el panorama internacional actual, su labor no está exenta de críticas. Y una de las más importantes es precisamente la que señaló el Papa al referirse al papel del Consejo de Seguridad, que es el órgano al que se le atribuye la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en nombre de todas las naciones firmantes de la Carta (artículo 24.1 de la Carta), y al que recuerda

que debe “conceder a todos los países, sin excepción, una participación y una incidencia real y equitativa en las decisiones”⁵.

El excesivo poder acumulado por el Consejo de Seguridad deslegitima la propia labor del órgano y, con él, la de toda la organización, basada en los principios de legalidad, de justicia y de igualdad soberana de todos sus miembros, lo que conlleva necesariamente la limitación del poder de todos ellos frente al concepto de Derecho, que se sitúa por encima de todos ellos. En efecto, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad: China, Francia, Rusia, Reino Unido y Estados Unidos, tienen poder de veto⁶, de tal forma que si uno solo de ellos no está de acuerdo con la resolución y ejerce su derecho de voto especial, esta no prosperará. Así, la inexistencia de limitación del poder de algunas naciones frente al resto ha hecho que muchas decisiones del Consejo de Seguridad hayan sido bloqueadas sistemáticamente, impidiendo de este modo el cumplimiento de los objetivos de la organización⁷.

Aunque muchos son los problemas del panorama actual mundial señalados por el Papa en su discurso, dos son los ejes principales alrededor de los cuales giran todos los demás que, además, están interconectados a través de la “cultura del descarte”⁸ de la que todos y cada uno de nosotros somos responsables: la defensa del medioambiente y la lucha contra la exclusión social.

La solución a estos problemas no es fácil pero debe necesariamente implicar no sólo a las Naciones Unidas, sino también a cada uno de nosotros, exigiendo la protección y el impulso del Estado de Derecho de forma efectiva, “evitando toda tenta-

5 Véase el quinto párrafo del Discurso del Papa.

6 <http://www.un.org/es/sc/meetings/voting.shtml> (acceso 2 octubre 2015).

7 En este sentido véase la obra de Robert Toulemon, *Por una Reforma de las Naciones Unidas*. Política Exterior, Vol. 18, No. 101 (Sep. - Oct., 2004), pp. 109-122.

8 Véase el octavo párrafo del Discurso del Papa.

*ción de caer en un nominalismo declaracionista con efecto tranquilizador en las conciencias”*⁹. Pues las Naciones Unidas no se crearon para el “ejercicio burocrático de redactar largas enumeraciones de buenos propósitos”¹⁰, sino con el firme propósito de evitar las guerras, proteger los derechos fundamentales del hombre, defender la justicia y promover el progreso social (Preámbulo de la Carta).

I. LA PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE COMO DERECHO DE LA HUMANIDAD

La Declaración Universal de los Derechos Humanos ((DUDH) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948¹¹, recoge los derechos básicos del hombre. La protección del medioambiente no es uno de ellos, pero, se trata de un derecho transversal que se encuentra presente necesariamente en otros muchos sí reconocidos explícitamente en la Carta, de tal forma que éstos resultarían incompletos sin reconocer en ellos la necesidad de garantizar un medioambiente de calidad. Es el caso, por ejemplo del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de las personas; el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad; o el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar. Por eso el Papa afirma que “existe un verdadero derecho del ambiente” en su relación con el ser humano: en primer lugar, porque el hombre es porción del propio ambiente, parte del mismo, en tanto que ser compuesto por elementos naturales, pero también por necesitar de él para desenvolverse y desarrollar su vida. Así, “cualquier daño al ambiente... es un daño a la humanidad”; y en segundo lugar, porque la natura-

9 Véase el párrafo décimo del Discurso del Papa.

10 Véase el párrafo décimo primero del Discurso del Papa.

11 La Declaración puede consultarse en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (acceso 1 octubre 2015).

leza “es un bien fundamental”¹² para todas las creencias religiosas, incluida (y en particular), la católica.

Además, el deterioro del medioambiente va necesariamente unido al proceso de exclusión social de los más débiles, pues “la exclusión económica y social es una negación total de la fraternidad humana y un gravísimo atentado a los derechos humanos y al ambiente”.

Esta misma idea se encuentra también en su Encíclica, *Laudatio Si'*, en donde advierte de los peligros de maltratar a la madre Tierra:

“Esta hermana clama por el daño que le provocamos a causa del uso irresponsable y del abuso de los bienes que Dios ha puesto en ella. Hemos crecido pensando que éramos sus propietarios y dominadores, autorizados a expoliarla. La violencia que hay en el corazón humano, herido por el pecado, también se manifiesta en los síntomas de enfermedad que advertimos en el suelo, en el agua, en el aire y en los seres vivientes. Por eso, entre los pobres más abandonados y maltratados, está nuestra oprimida y devastada tierra, que gime y sufre dolores de parto. Olvidamos que nosotros mismos somos tierra. Nuestro propio cuerpo está constituido por los elementos del planeta, su aire es el que nos da el aliento y su agua nos vivifica y restaura”¹³.

La falta de acción clara y contundente de las autoridades internacionales nos ha llevado a una crisis ecológica, que es el comienzo de la crisis misma de la especie humana.

“No podemos permitirnos postergar “algunas agendas” para el futuro. El futuro nos pide decisiones críticas y glo-

12 Véase el séptimo párrafo del Discurso del Papa.

13 *Laudatio Si'*, op.cit., segundo párrafo, página 3 (de la versión en español en PDF).

bales de cara a los conflictos mundiales que aumentas el número de excluidos y necesitados”¹⁴.

La adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aprobada mediante Resolución de las Naciones Unidas¹⁵, así como las medidas que se adopten en la próxima Conferencia de París sobre el cambio climático, que tendrá lugar en diciembre de este año¹⁶, representan una esperanza para la adopción de acuerdos fundamentales y eficaces contra estos males que acechan a la humanidad.

1. La Agenda 2030

Por un lado, la *Agenda 2030*, es un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, y para fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia. La Resolución de Naciones Unidas reconoce en este sentido que sin erradicación de la pobreza no puede haber desarrollo sostenible.

Aunque el marco conceptual de la sostenibilidad es muy anterior (parece ser que se remonta al menos a finales del siglo diecisiete)¹⁷, el concepto de sostenibilidad comenzó a utilizarse comúnmente tras la publicación del importante documento titulado *Our Common Future* (Nuestro Futuro Común)¹⁸, elaborado en 1987 por Gro Harlem Brundtland, la entonces Primera Ministra de Noruega, y la Comisión Mundial sobre Medioambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas. Según este documento, “desarrollo sostenible” aquel que garantiza

14 Véase el párrafo número treinta del Discurso del Papa.

15 Más información en: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/> (acceso 3 octubre 2015).

16 Toda la información de la Conferencia está disponible en: <http://www.gouvernement.fr/action/la-cop-21> (acceso 3 octubre 2015).

17 Para una historia completa del surgimiento del concepto de sostenibilidad, véase la preciosa obra de Caradonna, J., *Sustainability. A History*. Oxford University Press, 2014.

18 World Commission on Environment and Development. *Our Common Future*. Oxford University Press, 1987.

las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

El modelo más común de sostenibilidad que ha emergido en los últimos años es del diagrama tripartito *Venn* que ilustra la interconexión entre medioambiente, economía y equidad (o igualdad social), y que fue aprobado en la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas de 2005. A este modelo se le suele añadir una cuarta esfera, la de la educación, por la importancia que tiene en el establecimiento de una sociedad sostenible. En este mismo sentido, el Papa indica:

“Para que (los) hombres y mujeres concretos puedan escapar de la pobreza extrema, hay que permitirles ser dignos actores de su propio destino. El desarrollo humano integral y el pleno ejercicio de la dignidad humana no pueden ser impuestos. Deben ser edificados y desplegados por cada uno, por cada familia, en comunión con los demás hombres y en justa relación con todos los círculos en los que se desarrolla la socialidad humana (...). Esto supone y exige el derecho a la educación –también para las niñas...”¹⁹.

Con este fin último, la Agenda 2030 plantea diecisiete objetivos²⁰ que abarcan las esferas económica, social y ambiental, y cuyo equilibrio representa el desarrollo sostenible de cualquier sociedad en el mundo. Estos objetivos son:

- fin de la pobreza;
- hambre cero;
- salud y bienestar;

19 Discurso del papa Francisco en la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, viernes 25 de septiembre de 2015, (párrafo número doce). Puede consultarse en: http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/september/documents/papa-francesco_20150925_onu-visita.html (acceso 5 mayo 2016).

20 Pueden consultarse en: <http://www.undp.org/content/undp/es/home/mdgoverview/post-2015-development-agenda.html> (acceso 3 octubre 2015).

- educación de calidad;
- igualdad de género;
- agua limpia y saneamiento;
- energía asequible y no contaminante;
- trabajo decente y crecimiento económico;
- industria, innovación e infraestructura;
- reducción de las desigualdades;
- ciudades y comunidades sostenibles;
- producción y consumo responsables;
- acción por el clima;
- vida submarina;
- vida de ecosistemas terrestres;
- paz, justicia e instituciones sólidas;
- y alianzas para lograr los objetivos.

2. La Conferencia de las Partes sobre el cambio climático

Por otro lado, la *Conferencia de las Partes sobre el cambio climático* (COP21)²¹ que va a celebrarse en París próximamente, supone una nueva oportunidad (quizá la última) para encontrar un acuerdo entorno a la forma de frenar las graves consecuencias derivadas del calentamiento global de la Tierra.

El Quinto informe (2014) del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC)²², principal órgano internacional encargado de evaluar el cambio climático afirma que “(l)a influencia humana en el sistema climático es clara”²³, y asimismo que

“las emisiones continuas de gases de efecto invernadero causarán un mayor calentamiento y cambios duraderos en todos los componentes del sistema climático, lo que hará

21 <http://www.gouvernement.fr/action/la-cop-21> (acceso 3 octubre 2015).

22 Más información en: <http://www.ipcc.ch/> (acceso 4 octubre 2015).

23 IPCC. “Cambio Climático. Informe de Síntesis”. Disponible en español en: https://www.ipcc.ch/news_and_events/docs/ar5/ar5_syr_headlines_es.pdf (acceso 2 de octubre 2015).

que aumente la probabilidad de impactos severos, generalizados e irreversibles en las personas y en los ecosistemas. Para controlar el cambio climático sería necesario reducir de forma sustancial y sostenida las emisiones de gases de efecto invernadero, lo cual, junto con la adaptación, puede reducir los riesgos”²⁴.

Aunque en el discurso ante las Naciones Unidas el Papa Francisco no analiza en profundidad el problema (y las causas) del cambio climático, como sí hace, sin embargo, en su *Laudatio Si'*, si que del mismo se entiende que este problema global es parte de lo que denomina “crisis ecológica”²⁵, que “junto con la destrucción de buena parte de la biodiversidad, puede poner en peligro la existencia misma de la especie humana”.

En efecto, en su Encíclica, el Papa indica con claridad que “(el) cambio climático es un problema global con graves dimensiones ambientales, sociales, económicas, distributivas y políticas, y plantea uno de los principales desafíos actuales para la humanidad”²⁶, añadiendo a continuación que “(l)os peores impactos probablemente recaerán en las próximas décadas sobre los países en desarrollo”²⁷ y con ellos, nuevas o mayores tensiones que derivaran en guerras.

La Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992)²⁸ y el Protocolo de Kioto (1997)²⁹ con sus dos períodos de vigencia (2005–2012 y 2013–2020, respectivamente), se comprometieron a frenar el calentamiento global del

24 IPCC. “Cambio Climático. Informe de Síntesis”. Disponible en español en: https://www.ipcc.ch/news_and_events/docs/ar5/ar5_syr_headlines_es.pdf (acceso 2 de octubre 2015).

25 *Laudatio Si'*, op.cit., párrafo 201, p. 154 (de la versión en español en PDF).

26 *Laudatio Si'*, op.cit., párrafo 25, p. 22 (de la versión en español en PDF).

27 *Laudatio Si'*, op.cit., párrafo 25, p. 23 (de la versión en español en PDF).

28 Disponible en español en: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf> (acceso 3 octubre 2015).

29 Disponible en español en: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf> (acceso 3 octubre 2015).

planeta y evitar sus consecuencias, en un plazo tal que permitiera la adaptación natural de los ecosistemas, asegurar la producción de alimentos y el desarrollo económico sostenible. A pesar de algunos esfuerzos, la política internacional para frenar el cambio climático ha fracasado y, tal y como denuncia el Papa, serán los más débiles, los pueblos más pobres, los que más sufran sus consecuencias y menos preparados estén para afrontarlas: “Los más pobres son lo que más sufren. (...) (S)on descartados por la sociedad, son al mismo tiempo obligados a vivir del descarte y deben sufrir injustamente las consecuencias del abuso del ambiente”³⁰.

El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas recogido en la Convención no ha bastado para garantizar su protección porque las naciones más ricas, representadas de forma privilegiada en los órganos de poder, han olvidado que la acción política y económica que ellos dominan, “(...) solo es eficaz cuando se la entiende como una actividad prudencial, guiada por un concepto perenne de justicia y que no pierde de vista en ningún momento que, antes y más allá de los planes y programas, hay mujeres y hombres concretos, iguales a los gobernantes, que viven, luchan y sufren, y que muchas veces se ven obligados a vivir miserablemente, privados de cualquier derecho”³¹.

La reunión de las Partes de París, ofrece una nueva oportunidad a las naciones ricas para reaccionar ante estos dramas y recuperar el sentido de responsabilidad frente a nuestros semejantes, sobre el cual se funda toda sociedad civil³².

30 Véase el párrafo octavo del Discurso del Papa.

31 Véase el párrafo undécimo del Discurso del Papa.

32 *Laudatio Si'*, op.cit., párrafo 25, p. 23 (de la versión en español en PDF).

II. CONCLUSIÓN

La labor de las Naciones Unidas es ahora más importante que nunca. Estamos ante retos de tan magnitud que las acciones tibias no son posibles sin que las consecuencias sean irreparables:

“Nunca, como hoy, (...) ha sido tan necesaria la conciencia moral del hombre, porque el peligro no viene ni del progreso ni de la ciencia, que, bien utilizados, podrán (...) resolver muchos de los graves problemas que afligen a la humanidad. Entre otras cosas, sin duda, la genialidad humana, bien aplicada, ayudará a resolver los graves desafíos de la degradación ecológica y de la exclusión”³³.

Y la solución pasa, por tanto, por la grandeza del ser humano, la renuncia a la construcción de una élite omnipotente, y comprenda que el sentido pleno de la vida singular y colectiva se da en el servicio abnegado de los demás y en el uso prudente y respetuoso de la creación para el bien común³⁴.

La defensa del medioambiente es, en definitiva, la defensa del ser humano, de su presente y su futuro; la garantía de su propia existencia.

33 Véase el párrafo vigesimoquinto del Discurso del Papa.

34 Véase el párrafo vigesimoséptimo del Discurso del Papa.

LA CONCILIACIÓN EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Carlos Reverón Boulton

Abogado

Resumen: Estudio que comprende la posibilidad de recurrir válidamente a la conciliación en el contencioso administrativo venezolano como método alternativo de resolución de conflictos.

Palabras clave: Conciliación, contencioso administrativo, proceso, Administración Pública.

Summary: Analysis of the possibility of authorizing conciliation as a legitimate alternative dispute resolution method in Venezuelan Administrative Law in accordance with the Venezuelan legal system.

Keywords: Conciliation, contentious administrative jurisdiction, due process, government agencies.

Recibido: 6 de noviembre de 2015 Aceptado: 15 de diciembre de 2015

SUMARIO

Introducción

- I. La conciliación en el proceso contencioso administrativo venezolano
- II. Posibilidad de que la administración pública celebre acuerdos conciliatorios judicialmente
- III. Relexión final.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio se realiza a propósito del Auto para Mejor Proveer N° 140 dictado por la Sala Político Administrativa el 13 de agosto de 2015 (caso: *Automotriz Éxito, C.A.*), por medio del cual se instó a las partes en el proceso a acudir a un *Acto de Resolución Alternativa de Controversias* con base en lo establecido en los artículos 258 constitucional y 6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA), los cuales se refieren a la promoción de la utilización de los medios alternativos para la solución de conflictos en el proceso, en este caso, dentro del contencioso administrativo.

El referido auto N° 140 reproduce de manera idéntica los Autos para Mejor Proveer N° 20 del 02 de marzo de 2011 (caso: *PDVSA Gas, C.A.*) y N° 104 del 04 de julio de 2013 (caso: *Exdnar Antonio Blanco Castillo*) dictados por esa misma Sala, lo que evidencia que la Sala Político Administrativa había considerado el uso de la resolución alternativa de controversias dentro del contencioso en ocasiones previas, aun cuando, curiosamente, en la causa del precitado auto N° 104 del 04 de julio de 2013 –que fue decidida a través de la sentencia N° 395 del 15 de abril de 2015– no se hizo mención alguna en la sentencia de ese auto ni del acto que se ordenaba celebrar, por lo que resulta imposible conocer el alcance y naturaleza de la resolución planteada

en esa controversia que citamos como antecedente directo al auto aquí examinado¹.

Los medios alternativos de resolución de conflictos son herramientas que complementan al proceso judicial con el objeto de resolver las controversias, en los cuales más que imponer una solución, se permite a las partes diseñar –en principio– su propia solución. Forman parte de ellos la mediación, el arbitraje y la conciliación, por lo que éstos se pueden fundamentar en una negociación directa o asistida (mediación), en la adjudicación de la solución por parte de un tercero (arbitraje) o bien en la asistencia de las partes para alcanzar un acuerdo (conciliación)². Debemos señalar, de antemano, que el presente estudio excluye el estudio del *arbitraje* como medio de solución de conflictos en el Derecho Administrativo venezolano³ para centrarnos en la conciliación.

- 1 De igual forma sucedió en lo que se refiere a la decisión dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo el 04 de junio de 2012 (caso: *Rosa Consuelo Tarazona*) en la que no se hizo mención a los medios alternativos de resolución de conflictos por los cuales se suspendió la causa por tres meses según consta en la decisión N° 2011-1990 del 16 de diciembre de 2011. En esta última decisión esa Corte señaló lo siguiente: “Ello así, y siendo que la presente causa se encuentra en fase para dictar sentencia, resulta procedente “la suspensión de la causa por un lapso de tres (3) meses”, como fuera solicitado por la partes en su escrito presentado en fecha 3 de noviembre de 2011, y permitir de esta manera que las partes hagan uso de los medios alternativos de solución de conflicto establecido en nuestra Carta Magna”. Lo mismo ocurrió en lo que se refiere a la decisión dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo el 08 de abril de 2014 (Caso: *Interbank Seguros, S.A.*), ya que ambos procesos finalizaron por la presentación de un convenio y una transacción respectivamente homologada por la Corte, lo que denota que la intervención del Juez con las partes a través del referido acto sirvió para que las partes dieran por terminado el proceso utilizando los referidos mecanismos de autocomposición procesal.
- 2 Aguirre, Alis. “Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos: Especial referencia al Arbitraje en las Relaciones Mercantiles Internacionales”, en *Ensayos de Derecho Mercantil Libro homenaje a Luis Enrique Nuñez*. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, p. 115.
- 3 Dicho estudio ha sido realizado por el Profesor Badell Madrid, Rafael. “Medios Alternativos de Solución de Conflictos en el Derecho Administrativo Venezolano. Especial Referencia al Arbitraje en los

Debe tomarse en cuenta que la conciliación es un mecanismo autocompositivo⁴ que permite dar una solución anticipada a la controversia de manera consensuada por las partes, lo que permite descongestionar la jurisdicción contencioso administrativa y, de esa forma, obtener una mayor celeridad en la decisión de los casos en los que no es posible llegar a un acuerdo. Demás está precisar que la conciliación debe regirse por los principios de equidad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, veracidad y buena fe, celeridad y economía.

En el derecho procesal venezolano ya ha sido admitida la conciliación como un mecanismo para la resolución de controversias trabadas en el proceso, tal y como se desprende, entre otros, de los artículos 257 del Código de Procedimiento Civil (CPC)⁵, 450, literal e y 564 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LONNA)⁶, 133 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPTRA)⁷ y 195 de la Ley de

Contratos Administrativos” en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Luis Enrique Farías Mata*. tomo II, UCAB, Caracas, 2006. pp. 103-186., Díaz Candia, Hernando. “El Arbitraje en el Contencioso Administrativo” en XXXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escobar, Instituto de Estudios Jurídicos “Ricardo Hernández Álvarez”. Editorial Horizonte, Barquisimeto, 2013. pp. 443-477 y por Loreto, Irene. “Algunas Consideraciones Sobre el Arbitraje Comercial en el Derecho Administrativo Venezolano” en *20 años de FUNEDA y otros temas de Derecho Administrativo*. Volumen III. FUNEDA, Caracas, 2015, pp. 53-68.

- 4 En los mecanismos autocompositivos son las partes las que llegan a la solución del conflicto, aunque pueda haber participación de un tercero (conciliación y mediación), también puede ser sin la participación de éste (transacción); por el contrario, la heterocomposición se caracteriza porque en esta solución interviene un tercero, libremente aceptado por las partes, que resuelve la controversia en derecho o en equidad (arbitraje). Sobre la naturaleza heterocompositiva del arbitraje se recomienda la lectura de la sentencia de la Sala Político Administrativa N° 04 del 11 de enero de 2006 (caso: *CADAFE vs. Seguros Horizonte, C.A.*).
- 5 Publicado en la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.
- 6 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.185 Extraordinario del 08 de junio de 2015.
- 7 Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.504 del 13 de agosto de 2002.

Tierras y Desarrollo Agrario (LTDA)⁸. Al igual que ha sido establecido para el proceso contencioso administrativo -principalmente- en los artículos 88 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ)⁹ y 6 de la LOJCA¹⁰.

I. LA CONCILIACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Los medios alternativos de resolución de conflictos en nuestro contencioso administrativo han sido contemplados sin mayor desarrollo en los artículos 88 de la LOTSJ y 6 de la LOJCA, los cuales expresamente señalan lo siguiente:

Artículo 88: “Los medios alternativos para la resolución de conflictos podrán utilizarse en cualquier grado y estado del proceso, salvo que se trate de materia de orden público, o aquéllas no susceptibles de transacción o convenimiento, de conformidad con la ley”.

Artículo 6: “Los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa promoverán la utilización de medios alternativos de solución de conflictos en cualquier grado y estado del proceso, atendiendo a la especial naturaleza de las materias jurídicas sometidas a su conocimiento”.

Obsérvese que la Ley reconoce en ambas normas como un deber del juez el promover y utilizar estos medios alternativos para la resolución de conflictos en cualquier grado y estado del proceso, sin hacer diferencia sobre cuál de ellos pueda utilizarse, por lo cual se entiende que sin esa distinción, en esas normas se alude al uso de la conciliación. Nótese además que

8 Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010.

9 Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.483, del 09 de agosto de 2010.

10 Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.447 del 16 de junio de 2010.

únicamente en la LOTSJ se impone un límite negativo al establecerse que éstos medios no podrán utilizarse en materia de orden público o aquellas no susceptibles de transacción o convenio.

Además de esa previsión general, notamos que los artículos 71 de la LOJCA¹¹ y 104¹² de la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP)¹³ también hacen referencia a la posibilidad de celebrar una conciliación entre las partes que permita dar por terminado el proceso.

En virtud de ello, a continuación se estudiará el verdadero alcance y contenido, así como los posibles límites, que deberán observarse en lo que respecta al uso de la conciliación en nuestro contencioso administrativo. Para lograr ese objetivo nos apoyaremos tanto en las normas que prevén este mecanismo en nuestro derecho procesal, como en el examen de normas del derecho comparado que nos ayudarán a delimitar los aspectos procesales –no previstos en la LOTSJ y la LOJCA– que podrán ser aplicados a la conciliación en el contencioso administrativo venezolano como se verá de seguidas.

11 En los procedimientos breves, en lo relativo a la audiencia la norma establece que “En la oportunidad de la audiencia oral, el tribunal oír a los asistentes y propiciará la conciliación.

El tribunal admitirá las pruebas, el mismo día o el siguiente, ordenando la evacuación que así lo requieran”.

12 **Artículo 104:** “(...) En la misma audiencia, el juez o jueza deberá llamar a las partes a conciliación, ponderado con la mayor objetividad la situación procesal de cada una de ellas. Igualmente, podrá el juez o jueza fijar una nueva oportunidad para la continuación de la audiencia preliminar. En ningún caso, la intervención del juez o jueza en esta audiencia podrá dar lugar a su inhibición o recusación, pues se entiende que obra en pro de una justicia expedita y eficaz.

De producirse la conciliación, se dará por concluido el proceso”.

13 Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.522 del 06 de septiembre de 2002.

1. Aspectos procesales no regulados por la Ley

Ya hemos señalado con anterioridad que la conciliación ha sido escasamente regulada por los artículos 88 de la LOTSJ, 6, 71 de la LOJCA y por el artículo 104 de la LEFP. Es por ello que resulta difícil comprender cómo se llevará a cabo la conciliación en el contencioso administrativo cuando la ley se limita a promover su uso sin regular su forma y desarrollo, cuestión que sólo reitera, sin mayor sentido, el contenido de los artículos 253 y 258 constitucionales.

Es por ello que a continuación señalaremos cuáles aspectos, a nuestro entender, no han sido contemplados por la ley y que deben tomarse en cuenta a la hora de que legislativamente se replantee el uso de la conciliación en el contencioso administrativo.

A. Llamado a conciliación y oportunidad procesal

La conciliación puede ser promovida *en cualquier estado y grado de la causa* según lo han contemplado los artículos 88 de la LOTSJ y 6 de la LOJCA, por lo tanto, el juez como director del proceso deberá utilizar estos medios cuando estime que con ellos de manera cierta se podrá dar fin a una controversia. Lo anterior se encuentra ratificado en los artículos 71 de la LOJCA y 104 de la LEFP. No obstante, ninguna de esas normas establece de manera clara si el llamado a conciliación lo puede realizar el juez *motu proprio* o a solicitud de alguna parte interesada en ello. Además, no fue regulada si esa solicitud es de carácter vinculante para el juez de manera que haga un llamado para una audiencia de esta naturaleza. Finalmente, faltaría determinar en qué fase procesal es posible realizar dicho llamando.

a. Sobre el llamado a conciliación

En lo que se refiere al llamado a conciliación, no existe una postura clara por parte del Tribunal Supremo de Justicia ya

que en algunos casos el llamado al *Acto de Resolución Alternativa de Controversias* lo hizo el juez *motu proprio*¹⁴ y, en otras, el llamado a la audiencia de conciliación se ha hecho en virtud de la solicitud realizada por alguna de las partes¹⁵.

De lo que se observa en la sentencia de la Sala Político Administrativa N° 1253 del 22 de octubre de 2008 (caso: *Omar Lugo y otros*), la Sala negó la celebración de un acto alternativo de resolución de conflictos para evitar dilaciones indebidas, visto que en una causa idéntica a ella el Ministro del Poder Popular para la Infraestructura manifestó la falta de interés en celebrar un acto de esa naturaleza. De esa forma, la solicitud de una de las partes al juez para la celebración del acto, parece no ser vinculante¹⁶, cuestión que es aceptable ya que por *economía procesal* si una de las partes no quiere acudir a una audiencia de conciliación, celebrarla no tendría sentido ya que resultaría imposible lograr un acuerdo.

14 Auto para Mejor Proveer N° 15 dictado por la Sala Político Administrativa del 17 de febrero de 2011 (caso: *Ganadería La Pradeña, C.A.*); N° 20 del 02 de marzo de 2011 (caso: *PDVSA Gas, C.A.*); N° 104 del 04 de julio de 2013 (caso: *Exdnar Antonio Blanco Castillo*); N° 146 del 20 de noviembre de 2014 (caso: *Aerolink International, S.A.*); N° 123 del 22 de julio de 2015 (caso: *Aída Jacinta Valderrama y otros*); y N° 140 del 13 de agosto de 2015 (caso: *Automotriz Éxito, C.A.*). También ello se observó en las sentencias de la Sala Constitucional N° 648 del 29 de marzo de 2006 (caso: *Viuda de Carmona*) y N° 357 del 07 de marzo de 2008 (caso: *Alba Illaramendi y otros*).

15 Auto para Mejor Proveer N° 80 del 23 de julio de 2008 (caso: *Simón Hernández y otros*) y N° 90 del 22 de julio de 2014 (caso: *Dirección Ejecutiva de la Magistratura*), como también en las decisiones de esa Sala N° 548 del 23 de mayo de 2012 (caso: *Asociación de Oficiales Técnicos Retirados de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana*) y N° 422 del 22 de abril de 2015 (caso: *Fondo de Garantías de Depósito y Protección Bancaria*), así como, en la sentencia de la Sala Constitucional N° 1011 del 26 de octubre de 2010 (caso: *Julia Mariño y otros*).

16 En lo que se refiere a las causas de la Sala Político Administrativa en la que se dictaron los autos N° 97 del 10 de agosto de 2011 (caso: *Reinaldo Planchart*) y N° 90 del 22 de julio de 2014 (caso: *Dirección Ejecutiva de la Magistratura*), y Sentencia N° 1073 del 09 de agosto de 2011 (caso: *Julio Durán*) el acto se celebraría previa aceptación de ello por parte del órgano recurrido, lo cual sucedió por ejemplo, en lo que se refiere a la causa en la que se dictó el auto 90/2014.

Tampoco existe un criterio único en lo que se refiere a la forma en que se realiza el llamado a conciliación, pues en algunos casos se ordena celebrar el acto de conciliación para una fecha y hora determinada¹⁷ y en otras causas se fijó para celebrarse luego de transcurrido un lapso posterior a que hayan sido notificadas las partes¹⁸. Se debe destacar que la Sala Constitucional en la sentencia N° 648/2006 acordó fue suspender la causa para que las partes logaran un acuerdo conciliatorio.

Según lo reseñado anteriormente, es fácil concluir que el Tribunal Supremo de Justicia y la jurisdicción contencioso administrativa encabezada por la Sala Político Administrativa, no ha asumido un criterio uniforme relativo al llamado a conciliación. Es por ello que a continuación haremos referencia a algunas normas de nuestro derecho adjetivo y del derecho comparado para tener una mejor visión sobre este aspecto.

En lo que se refiere a las causas de niños, niñas y adolescentes, se observa que el llamado a conciliación realizado por una de las partes sí debe ser atendido por el juez, pues según los artículos 564 y 565 de la LOPNNA, el Ministerio Público o la defensa del niño o adolescente imputado podrá solicitar que se lleve a cabo una audiencia de conciliación, la cual será fijada dentro de los 10 días siguientes a que el tribunal reciba la solicitud, de manera que la norma incluso regula el momento en que debe realizarse esa audiencia luego de haber sido solicitada.

Respecto al derecho comparado, tenemos que en España, conforme a la Ley 29/1998 del 13 de julio de 1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/98), su

17 *Vid.*: Decisiones y autos de la Sala Político Administrativa N° 80/2008; N° 15/2011; N° 548/2012 y N°422/2015 y en la sentencia de la Sala Constitucional N° 357/2088.

18 Tal y como sucedió en los autos de la sala Político Administrativa N° 20/1011; N° 104/2013; N° 90/2014; N° 146/2014; N° 123/2015; y N° 140/2015 y en la sentencia de la Sala Constitucional N° 357/2008.

artículo 77¹⁹ indica que podrá intentarse llegar a un acuerdo conciliatorio a solicitud de parte o de oficio en los procedimientos en primera o única instancia.

En Costa Rica, la Ley 8508 del 28 de abril de 2006, relativa al Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley 8508), señala que el juez conciliador convocará a tantas audiencias como sean necesarias (artículo 74.1)²⁰.

Según el Código del Proceso Contencioso Administrativo alemán (*Verwaltungsgerichtsordnung*) el llamado a conciliación lo podrá hacer el juez de la causa antes de la fase oral del juicio de modo que de esa forma se ponga fin a la controversia, según se desprende de lo establecido en el artículo 87.1 de esa ley²¹.

De lo anterior se observa que no existe una solución única en lo que se refiere a este particular, pero sí resulta importante que la solución que se adopte se haga de manera expresa y clara para favorecer la utilización de este medio de resolución alternativa de conflictos.

19 "1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

(...)

2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia".

20 "1) La jueza o el juez conciliador convocará a tantas audiencias como estime necesarias".

21 La traducción de esa norma al español sería la siguiente: "El presidente/juez ponente/corresponsal tiene que tomar todas las disposiciones necesarias antes del juicio oral, para así hacer todo lo posible por terminar con la disputa durante esta etapa. Este puede especialmente:

1. Citar a las partes para la revisión de la actual situación de la causa y llegar a un acuerdo amistoso por medio de un convenio".

Tampoco ha sido regulado qué persona debe acudir al acto de conciliación. De nuevo, en los autos y sentencias revisadas, no existe un criterio único en lo relativo a ese llamado. Lo que sí consideramos acertado es que en algunas causas se notificó para acudir a la conciliación al superior jerarca (máxima autoridad) de la Administración²², lo que permitirá que dicho representante –de manera directa– revise la actuación que se pretende censurar para que pueda corregirla o revocarla dada la potestad que se desprende del principio de autotutela administrativa, cuestión que será revisada más adelante.

b. Fase procesal en la que puede realizarse el llamado a conciliación

Para Miguel Ángel Torrealba la conciliación debe producirse al inicio del procedimiento, por ser ésta la oportunidad en la que se fijan los hechos controvertidos y no se ha realizado el debate probatorio²³. Sin embargo, entendemos que ello no ha sucedido así en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la LOJCA, que promueve la utilización de este medio alternativo de resolución de conflictos en cualquier estado y grado del proceso, como se verá de segundas:

Las Salas Constitucional y Político Administrativa han convocado el acto de conciliación en diversas etapas procesales:

22 En la sentencia N° 548/2012 de la Sala Político Administrativa se instó a acudir al Consultor Jurídico del Ministerio cuya actuación estaba siendo revisada en juicio. De manera similar en la sentencia de la Sala Constitucional N° 357/2008 se hizo el llamado para que acudieran el Alcalde y el Gerente de Recursos Humanos de la Alcaldía y así se repitió en el Auto para Mejor Proveer N° 80/2008 de la Sala Político Administrativa notificó al Ministro que representaba al órgano cuya actuación estaba siendo revisada en juicio.

23 Torrealba Sánchez, Miguel Ángel. “Notas sobre algunos criterios recientes de la sala político-administrativa en aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (parte final)” en *Revista de Derecho Público*, N° 129, enero-marzo. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, p. 266.

luego de admitida la demanda²⁴, previo al acto de informes²⁵, luego de la audiencia conclusiva²⁶, en estado de sentencia²⁷ y en fase de ejecución de la sentencia²⁸.

Para nosotros no existe ninguna duda de que a tenor de lo establecido en los artículos 6 de la LOJCA y 88 de la LOTSJ, el llamado a conciliación puede realizarse en cualquier fase procesal tal y como ha venido sucediendo en la práctica de esas Salas. En nuestro criterio, el mejor momento para instar a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio es luego de *trabada la litis* y promovidas las pruebas, pues de ese modo el juez podrá conocer cuáles son los hechos admitidos y controvertidos así como las pruebas que soportan los alegatos de las partes, lo que le permitirá asistir a las partes con un conocimiento exacto sobre la conveniencia de lograr una conciliación según los intereses y posibilidades de éstas.

En conclusión, lo primero que debe regularse es si la solicitud de una de las partes para que se celebre una audiencia de conciliación es de carácter vinculante para el juez y también cómo debe fijarse esa audiencia, esto es, si el llamado se realizará para una fecha y hora determinada o si se realizará luego de transcurrido un lapso posterior a que se notifiquen las partes de la intensión del tribunal de que se lleve a cabo un acto de esa naturaleza. Otro aspecto pendiente, es el relativo a la obligación de que asista al acto conciliatorio la máxima autoridad que representa a la Administración Pública cuya

24 Sentencia 1073/2011 de la Sala Político Administrativa.

25 Auto para Mejor Proveer de la Sala Político Administrativa N° 80/2008.

26 Sentencia N° 422/2015 de la Sala Político Administrativa.

27 Según se observa de los Autos para Mejor Proveer de la Sala Político Administrativa 15/2011; 20/2011; 97/2011; N° 104/2013; N° 146/2014 y N° 140/2015, así como, en la sentencia N° 548/2012. También se observa en la sentencia de la Sala Constitucional N° 648/2006.

28 Sentencias de la Sala Constitucional N° 357/2008 y 1011/2010, así como, del Auto para Mejor Proveer de la Sala Político Administrativa N° 123/2015. En Colombia, el parágrafo primero del artículo 70 de la ley 446 de 1998, contempla la posibilidad de que en los procesos ejecutivos pueda llevarse a cabo la conciliación cuando se hayan formulado excepciones de mérito.

actuación se pretende que sea censurada judicialmente, lo cual –reiteramos– nos parece una postura acertada.

B. Duración del acto conciliatorio

No ha sido regulado en ninguna de las normas procesales que incitan a la promoción de los medios alternos de resolución de conflictos, lo relacionado con el lapso de duración de las audiencias o actos conciliatorios, con el objeto de que su utilización no conlleve a dilaciones indebidas del proceso.

La conciliación, si bien puede lograrse a través de una única audiencia, también puede ser prevista para celebrarse en múltiples sesiones, pero resulta necesario que se fije un límite temporal máximo a la actuación conciliatoria.

En Venezuela, según la experiencia del artículo 565 de la LOPNNA, la conciliación en esa especial materia se realizará en una única audiencia. Por otra parte, según el artículo 132 de la LOPTRA, la audiencia preliminar podrá prolongarse cuantas veces sea necesario (a criterio del juez), de modo que estas normas tampoco ayudan a tener una guía de cuál debería ser el límite máximo del acto conciliatorio o de sus prolongaciones en el contencioso administrativo, como tampoco lo permite dilucidar la posibilidad de prolongar la audiencia oral del *procedimiento breve* a la que se refiere el artículo 72 de la LOJCA. Téngase en cuenta que esa audiencia, dentro de la estructura del proceso, es obligatoria y no está íntimamente relacionada –en principio– con la promoción que se le debe dar a la conciliación según los artículos 88 de la LOTSJ y 6 de la LOJCA, pues según éstas normas el juez podría llamar a la conciliación en cualquier fase procesal y en todo tipo de procedimiento (no sólo el breve).

En concreto, consideramos que otro de los elementos que se deben tomar en consideración al momento en que se regule nuevamente la conciliación en el contencioso administrativo,

es el relativo a la duración máxima que este acto tendrá dentro del proceso.

C. Obligatoriedad de las partes de acudir a la audiencia

Los artículos 6 de la LOJCA y 88 de la LOTSJ no fueron capaces de regular las consecuencias que se derivarían por la inasistencia de una de las partes al acto de conciliación; es decir, si éste es obligatorio y las consecuencias que acarrearía su inobservancia de comportar esa naturaleza. Aquí de nuevo acudiremos a examinar normas de nuestro derecho procesal, como del derecho comparado.

En lo que respecta a la LOJCA la inasistencia a la audiencia oral dentro del *procedimiento breve* (en la que se propiciará la conciliación) acarrea como consecuencia, en el caso del demandante, que se tenga por desistida la demanda, salvo que otra persona de las convocadas manifieste su interés en la continuidad de la causa (artículos 70 y 71). Recuérdese que esa norma no aplica para el resto de los procedimientos o fases procesales, según ya indicamos.

Así tenemos que, por ejemplo, según lo establecido en el artículo 756 del CPC en el que se establece un acto conciliatorio obligatorio dentro del proceso relativo a la demanda de divorcio, en el que la incomparecencia del demandante *será causa de extinción del proceso*²⁹.

En el plano procesal laboral, de conformidad con lo establecido en los artículos 130 y 131 de la LOPTRA, la incomparecencia del demandante a la audiencia preliminar (cuyo uno de sus fines es lograr la conciliación) acarrea como consecuencia

29 Según los artículos 756 y 757 *eiusdem* el acto conciliatorio está establecido para celebrarse en dos audiencias, según los términos allí establecidos. El acto conciliatorio forma parte del procedimiento que para lograr el divorcio se encuentra establecido en esas normas.

que se entienda como desistido el procedimiento; y en el caso del demandado, se tendrán por admitidos los hechos alegados por el demandante si éste no acude a alguna de esas audiencias. Recuérdesse que la audiencia preliminar es un acto procesal obligatorio dentro de la estructura de ese proceso y se da previo a la contestación de la demanda. Se debe destacar, sin embargo, que conforme al criterio establecido por la Sala de Casación Social en la decisión N° 1532 del 10 de noviembre de 2005 (caso: *Jorge Luis Echevarría*), es posible alegar causas eximentes de responsabilidad por la incomparecencia de alguna de las partes a las audiencias que están previstas en la norma adjetiva laboral.

De la lectura del Auto para Mejor Proveer N° 162 del 08 de octubre de 2015 (caso: *Instituto Autónomo de Transporte y Estrategia Superficial del Municipio Sucre del Estado Bolivariano de Miranda*), se observa que la Sala Político Administrativa hizo un tercer llamado para un *Acto Alternativo de Resolución de Controversias* en virtud de la incomparecencia de ambas partes al segundo acto, el cual quedó desierto en una fecha anterior³⁰; situación similar a la que ocurrió en lo que se refiere a la decisión de esa Sala N° 548/2012, en la cual se difirió para una oportunidad la audiencia conciliatoria visto que las partes no acudieron al primer llamado. En virtud de ello, es posible concluir que, actualmente, la incomparecencia a dichos actos no acarrea consecuencias negativas a las partes.

En el ejemplo costarricense, la Ley 8508 establece en el artículo 75.1, literal a, que la conciliación se entenderá *fracasada*

30 En este caso particular la incomparecencia pudo tener como motivo la aplicación del Plan Nacional de Ahorro Eléctrico que restringió el horario de despacho del Tribunal Supremo hasta las 12:30 p.m. (ver al respecto resolución de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia N° 2015-0009 del 29 de abril de 2015), aunque se había habilitado el tiempo necesario para llevar a cabo ese acto conforme lo establece el artículo 193 del CPC.

(terminada) cuando las partes no se presenten a la audiencia conciliatoria sin que medie una causa que lo justifique³¹.

Como se observa, existen varias soluciones relacionadas con la obligatoriedad de las partes de acudir a la audiencia conciliatoria e incluso notamos que puede no existir consecuencia alguna. Ahora bien, lo que resulta a nuestro parecer inadmisibile, es que ese aspecto siga sin ser regulado.

También sugerimos que sea contemplada expresamente la posibilidad de que el juez, durante la conciliación, pueda reunirse con las partes de manera separada, para lo cual pudiese tomarse como supuesto análogo, el caso costarricense de la Ley 8508, que de forma expresa consagra la posibilidad de que el juez se reúna con las partes conjunta o separadamente (artículo 74.2)³².

D. Medidas cautelares

Resultaría interesante que se revisara lo relacionado con la posibilidad de que se dicten medidas cautelares para favorecer las negociaciones que se llevan adelante para lograr un acuerdo conciliatorio.

La LOJCA, en el artículo 4, establece que el juez contencioso administrativo tiene los más amplios poderes cautelares, lo cual se traduce en que éste pueda dictarlas aún de oficio. Así, es claro que dentro de una fase conciliatoria, el juez válidamente podría dictar medidas cautelares.

En relación con este supuesto, destacamos que de manera expresa el artículo 78 de la Ley 8508 costarricense consagra la

31 **Artículo 75:** “1) La conciliación se entenderá fracasada cuando: a) Sin mediar justa causa, cualquiera de las partes o sus representantes no se presenten a la audiencia conciliatoria”.

32 2) Para lograr la conciliación, la jueza o el juez podrá reunirse con las partes, en forma conjunta o separada.

posibilidad de que el juez conciliador dicte las medidas cautelares que estime necesarias³³. Sobre esta posibilidad, el abogado costarricense Carlos Mata Coto afirma que: “Este artículo es bastante complejo e incluso resulta extraño sobre los alcances de las potestades del juez conciliador. Adoptar una medida cautelar implica favorecer a una de las partes y, en tal sentido el juez conciliador no sería imparcial ni neutral. Las medidas cautelares son de suma importancia, pero no le corresponde al juez conciliador adoptarlas”³⁴.

En nuestro particular criterio, creemos que el juez contencioso administrativo podrá dictar medidas cautelares en el marco de las negociaciones que se lleven a cabo para lograr un acuerdo conciliatorio, sin que ello signifique favorecer a algunas de las partes. Por el contrario, podría suceder que con éstas medidas se salvaguarde el objeto de la controversia a fin de evitar un gravamen que afecte a ambas partes y que pudiese significar la pérdida de interés de éstas en lograr la conciliación.

E. Acta de conciliación y efectos

La LOJCA, LOTSJ, LTDA y LEFP nada dicen en relación con los requisitos que debe de llenar el acta de conciliación que contenga el acuerdo y los efectos que se le darán a ésta. Para ello, estimamos prudente revisar otras normas procesales venezolanas y el derecho comparado.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 133 de la LOP-TRA, de lograrse la conciliación, el juez dictará una sentencia de inmediato en el que se *homologará* el acuerdo de las partes y

33 **Artículo 78:** “La jueza o el juez conciliador podrá adoptar, en el transcurso de la conciliación, las medidas cautelares que sean necesarias”.

34 Mata Coto, Carlos. “La Conciliación en la Jurisdicción Contencioso-Administrativo”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolana*, N° 4. Disponible en <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2015/04/Carlos-Mata-Coto.pdf>. Fecha de consulta: 13 de octubre de 2015.

tendrá efecto de *cosa juzgada*. Una redacción similar la encontramos en el artículo 103 de la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda³⁵.

Según el artículo 104 de la LEFP, de lograrse la conciliación se dará por concluido el proceso. Cabe indicar que la falta de regulación en los procesos de naturaleza funcional conlleva a que se suela aplicar supletoriamente lo establecido en los artículos 261 y 262 del CPC, según los cuales el acuerdo conciliatorio tiene entre las partes los mismos efectos que la *sentencia definitivamente firme*.

En lo que se refiere a la sentencia N° 648 dictada por la Sala Constitucional el 29 de marzo de 2006 (caso: *viuda de Carmona*), mediante la cual se instó a las partes a lograr un acuerdo conciliatorio, notamos que de haberse logrado tal acuerdo, éste hubiese tenido que ser presentado a la Sala para su *homologación*, en virtud de que en esa decisión se suspendió la causa por tres meses.

En el artículo 77.3 de la Ley 29/98 española se reconoce que en aquellas causas en que las partes lleguen a un acuerdo, éste implicará “la desaparición de la controversia”, para lo cual el Tribunal dictará un *auto posterior* que declarará por terminado el procedimiento.

De conformidad con lo establecido en el artículo 309 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, los acuerdos conciliatorios celebrados ante el juez tendrán autoridad de *cosa juzgada* luego de que sean *homologados* por éste; norma que es aplicable al contencioso administrativo, en virtud de la remisión expresa que hace el artículo 61 de la Ley 12008 relativo al Código de Procedimiento-Administrativo de ese país.

35 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.053 Extraordinario del 12 de noviembre de 2011.

En el derecho costarricense, el artículo 76 de la Ley 8508 consagra que el acuerdo conciliatorio, total o parcial, deberá ser *homologado* por el juez para dar por terminado el proceso³⁶.

En conclusión, y siguiendo los ejemplos anteriormente expuestos, resulta fundamental para nosotros que el acuerdo conciliatorio tenga el *valor de cosa juzgada* (formal y material) de manera que tenga fuerza ejecutiva³⁷, tal y como fue reconocido en el artículo 77 de la Ley 8508 costarricense³⁸.

36 **Artículo 76:** “Si las partes principales o sus representantes llegan a un acuerdo que ponga fin a la controversia, total o parcialmente, el juez conciliador, en un plazo máximo de ocho días hábiles, homologará el acuerdo conciliatorio, dando por terminado el proceso en lo conducente, siempre que lo acordado no sea contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo al interés público”.

37 Sobre la cosa juzgada la Sala de Casación Civil en sentencia N° 19 del 11 de febrero de 2010 (caso: *Elba Judith Tapia Tovar*) reiteró el criterio según el cual “La eficacia de la autoridad de la cosa Juzgada, según lo ha establecido este Máximo Tribunal, en sentencia de fecha 21 de febrero de 1990, se traduce en tres aspectos: a) **inimpugnabilidad**, según la cual la sentencia con autoridad de cosa juzgada no puede ser revisada por ningún juez cuando ya se hayan agotado todos los recursos que dé la ley, inclusive el de invalidación (non bis in eadem). A ello se refiere el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil; b) **Inmutabilidad**, según la cual la sentencia no es atacable indirectamente, por no ser posible abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema; no puede otra autoridad modificar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada; y, c) **Coercibilidad**, que consiste en la eventualidad de ejecución forzada en los casos de sentencias de condena; esto es, “la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales”; se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso. (...)

La cosa juzgada presenta un aspecto material y uno formal, éste último se presenta dentro del proceso al hacer inimpugnable la sentencia, mientras que la primera trasciende al exterior, con la finalidad de prohibir a las partes el ejercicio de una nueva acción sobre lo ya decidido, obligando a su vez a los jueces, así como al resto de las personas, a reconocer el pronunciamiento de la sentencia que contiene el derecho que debe regir entre las partes...” (énfasis añadido por la Sala).

38 **Artículo 77:** “Una vez firme el acuerdo conciliatorio, tendrá el carácter de cosa juzgada material y para su ejecución será aplicable lo relativo a la ejecución de sentencia”.

Así, a las partes les interesará arribar a dicho acuerdo por dos razones fundamentales: la primera, para evitar todo el proceso judicial y controlar en cierta medida la culminación de éste y; en segundo lugar, porque luego de logrado un acuerdo que ponga fin al proceso declarativo, éste pueda ser ejecutado de manera clara según las obligaciones que asumieron las partes.

En lo que se refiere a los requisitos materiales del acta conciliatoria, tomamos nuevamente el ejemplo colombiano del Decreto 1716, mediante el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001 (Decreto 1716), por lo que de haber un acuerdo, estimamos que el acta de conciliación debe contar con los siguientes requisitos que contempla el artículo 9.3 de ese Decreto, a saber:

- Lugar, fecha y hora de celebración de la audiencia; identificación de las partes; relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación; el acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.
- Si el acuerdo es parcial, se dejará constancia de ello, precisando los puntos que fueron materia de arreglo y aquellos que no lo fueron. De no lograrse un acuerdo o de ser parcial, si la próxima fase procesal debe ser fijada por auto expreso, el juez debería fijar en el acta la fecha para que se celebre, ello siguiendo el ejemplo establecido en el artículo 81.2 de la Ley 8508 costarricense³⁹.
- De no lograrse la conciliación, además de las indicaciones de lugar, hora, fecha y partes no deberá dejarse

39 “2) Si, iniciada la conciliación, la jueza o el juez encargado la declara fracasada, total o parcialmente, en el mismo auto señalará la hora y fecha para celebrar la audiencia preliminar, previa coordinación con el juez tramitador”.

ninguna constancia de las razones por las cuales no fue posible la conciliación, tal y como lo reconoce el artículo 80.2 de la Ley 8508 costarricense⁴⁰.

F. Finalización de la conciliación

Con el objeto de no dilatar el proceso de manera indebida es preciso que se regule de manera expresa cuáles podrían ser las causas por las cuales debe entenderse por finalizada la audiencia de conciliación (sin que medie un acuerdo conciliatorio).

En lo que respecta al caso costarricense, el artículo 75 de la Ley 8508 consagra que la conciliación se entenderá *fracasada*, esto es, terminada, cuando: (i) las partes manifiesten su negativa a conciliar; (ii) luego de que el juez celebrada una o más audiencias considere que es inviable lograr un acuerdo conciliatorio; y (iii) si alguna de las partes participa en la conciliación con mala fe para demorar el proceso.

Estimamos que adoptar la solución contenida en la referida norma costarricense daría mayor seguridad jurídica a las partes, en el entendido de que no se utilicen los medios alternativos de resolución de conflictos sólo para retardar el proceso cuando sea evidente que alguna de las partes no tenga intención alguna de lograr un acuerdo.

2. Límites materiales del acuerdo conciliatorio

Corresponde ahora revisar cuáles son los límites materiales que no podrán ser violados bajo ninguna circunstancia por el acuerdo conciliatorio al que lleguen las partes; pero

40 “2) De lo sucedido, en la fase de conciliación, se levantará un acta en los términos establecidos en el artículo 102 de este Código. No obstante, si la conciliación fracasa, solamente se dejará constancia de ello, con indicación lacónica de su causa, sin ninguna otra manifestación de las partes sobre el fondo del asunto”.

primero nos referiremos a la naturaleza de las causas en las cuales podría alcanzarse la conciliación como mecanismo de autocomposición procesal.

Estimamos que la conciliación podrá utilizarse primordialmente en aquellas causas en las que se discutan cantidades de dinero, pues ello puede contribuir en un mejor manejo del erario público y así evitar condenas mayores a las sumas de dinero que puedan pactarse a través de la conciliación. Esa posibilidad se encuentra contemplada en el artículo 77.1 de la Ley 29/98 española, así como, en el artículo 2 del Decreto 1716 colombiano.

Por ejemplo, en Colombia en la Ley 1285 del 22 de enero de 2009, por medio del cual se reformó la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la conciliación ha sido prevista como un requisito de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa. Concretamente, el artículo 13 de esa ley indica que la conciliación extrajudicial⁴¹ deberá celebrarse para ejercer las acciones relativas a: (i) nulidad y restablecimiento del derecho; (ii) reparación directa; y (iii) controversias contractuales⁴². En el caso de Costa Rica, la Ley 8508 en el artículo 72.1 señala que la conciliación podrá tener por objeto toda la conducta admi-

41 El Decreto 1716 colombiano, regula algunos aspectos relativos a esa conciliación extrajudicial la cual es llevada a través de un órgano (Comités de Conciliación) que son ajenos a los órganos de justicia. También la ley 640 del 2001 colombiana regula el ejercicio de los centros de conciliación y los conciliadores las cuales podrán ser creadas por personas jurídicas sin ánimo de lucro.

42 **Artículo 13:** “A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial”. Lo anterior se encuentra ratificado en lo que se refiere al artículo 161 de la Ley 1437 colombiana del 19 de enero de 2011, relativa al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

nistrativa (validez y efecto) independientemente de su naturaleza pública o privada⁴³.

A nuestro parecer, estos criterios legales ayudarán a contribuir a la delimitación de este medio de resolución alternativa de conflictos en Venezuela.

Cabe destacar que en virtud del principio de autotutela administrativa, la Administración Pública tiene una especial prerrogativa para satisfacer el interés general a través de la cual podrá crear derechos y producir actos jurídicos de efectos particulares que se presumen válidos y legítimos, por lo que con su actuación puede crear, constituir o modificar situaciones jurídicas determinadas (autotutela declarativa).

La manifestación más importante de la potestad de autotutela de la Administración es la potestad revocatoria (autotutela revocatoria), que se traduce en la posibilidad de poder revisar y corregir sus actuaciones administrativas y, en consecuencia, la facultad para extinguir sus actos administrativos en vía administrativa. Esta potestad se encuentra regulada de manera primordial en Venezuela en la norma prevista en el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en el sentido de que los actos administrativos pueden ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, sea por la misma autoridad que dictó el acto o su superior jerarca, siempre y cuando no hayan originado derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos de algún ciudadano, puesto que ello constituiría un vicio de nulidad absoluta según lo prevé el artículo 19.2 de esa ley⁴⁴.

43 "La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada".

44 Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 487 del 23 de febrero de 2006 (caso: *Cooperativa de Transporte de Pasajeros Comunidad 93*).

Tomando en cuenta esta potestad de autotutela revocatoria e interpretándola de manera amplia, es de nuestro parecer que nada obstaría para que la Administración Pública, en el acuerdo conciliatorio que alcance con una parte, haga uso de esa potestad de manera directa con el objetivo de convalidar o subsanar vicios de nulidad relativa de su actuación administrativa e, incluso, de revocar sus actos –cuando no hayan originado derechos subjetivos– si razones de oportunidad o de ilegalidad así lo requiriesen. Consideramos, entonces, como una posibilidad válida, que en la misma conciliación la Administración reconozca la nulidad absoluta de actos previos y repare en el mismo acuerdo conciliatorio que pone fin a la controversia los errores materiales en que haya incurrido⁴⁵, cesando además en la violación de los derechos reclamados judicialmente por el demandante.

Sabemos que la conciliación sirve para resolver un conflicto procesal (intraprocesal⁴⁶) y, en nuestro criterio, podría ser utilizada para resolver todas las causas en las que se juzgue la actividad y conducta administrativa, lo cual debería incluir toda aquella señalada tanto en el artículo 259 constitucional como en el artículo 8 de la LOJCA, pues esa posibilidad no ha sido expresamente censurada por la ley.

En las causas que hemos revisado en las que el Tribunal Supremo de Justicia ha hecho un llamado a conciliación, las controversias han sido de la siguiente naturaleza: (i) recursos de nulidad contra actos administrativos⁴⁷; (ii) demandas de

45 *Vid.*: Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 5663 del 21 de septiembre de 2005 (caso: *José Julián Sifontes Boet*).

46 Los procedimientos alternativos de resolución de conflictos serán de carácter interprocesal de ser desarrollados en el marco de un proceso judicial; en cambio, será de carácter preprocesal los procedimientos dirigidos a evitar que la controversia llegue a ser dirimida judicialmente, tal y como sucede en el derecho colombiano.

47 Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 548/2012 y Auto para Mejor Prover N° 146/2014; N° 123/2015 y N° 140/2015.

contenido patrimonial⁴⁸; (iii) recursos por abstención o carencia⁴⁹; (iv) recurso de nulidad contra un Laudo Arbitral⁵⁰; (v) controversias administrativas⁵¹ y (vi) acción de amparo constitucional⁵².

En concreto, el acuerdo logrado en conciliación no podrá violar lo siguiente:

a) Orden Público. Uno de los límites establecidos para la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos está relacionado con la imposibilidad de que el acuerdo conciliatorio viole el orden público tal y como está establecido en el artículo 88 de la LOTSJ. Esa noción debe ser entendida con la seguridad y tranquilidad pública⁵³.

El orden público ha sido definido de manera general, pero no por ello errado, como “aquella situación de normalidad en

48 Sentencia de la Sala Constitucional N° 648/2006; Autos para Mejor Proveer de la Sala Político Administrativa N° 15/2001; N° 97/2011 y N° 104/2013, N° 90/2014 y sentencias N° 1073/2011 y N° 422/2015 de esa Sala.

49 Auto para Mejor Proveer de la Sala Político Administrativa N° 80/2008 y sentencia de esa Sala N° 1253/2008.

50 Auto para Mejor Proveer de la Sala Político Administrativa N° 20/2011.

51 Auto para Mejor Proveer de la Sala Político Administrativa N° 162/2015.

52 Sentencias de la Sala Constitucional N° 1011/2010 y N° 357/2008.

Sabemos que ello obedece más al derecho procesal constitucional que al administrativo, pero se destaca en virtud de que el artículo 88 de la LOTSJ le permite a la Sala Constitucional (y demás salas del Tribunal Supremo de Justicia) a instar a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio.

Nótese que la Sala ha hecho un llamado para conciliar en una causa relativa a la protección de derechos y garantías constitucionales, aun cuando en principio el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales excluye la posibilidad de arreglo entre las partes. El arreglo en éstas causas sólo es posible cuando no se viole el orden público, que serán aquellos casos en que se afecte la esfera particular de los derechos subjetivos de una persona en concreto y, por tanto, los derechos humanos aunque individuales deben ser respetados y sobre esto no habrá arreglo posible, pues ello interesa tanto al orden público como al Estado de Derecho. (Sentencia de la Sala Constitucional N° 135 del 30 de enero de 2002, caso: *Pedro Luis Jeréz* y N° 843 del 11 de mayo de 2005, caso: *Miguel Ángel Reyes*).

53 *Vid.*: nota 52.

que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las actividades individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos”⁵⁴. Evidentemente, la noción de orden público constituye un concepto jurídico indeterminado que puede variar en el tiempo. Los conceptos jurídicos indeterminados lo son desde su creación hasta su aplicación y no permiten una interpretación precisa e inequívoca⁵⁵.

b) Interés general o interés público. El acuerdo que se logre y se vea reflejado en el acta conciliatoria, aunque no viole la ley, no debe contrariar las nociones de interés general o interés público.

Aunque se trata también de conceptos jurídicos indeterminados y que pueden variar en el tiempo, en el caso concreto de la conciliación, sirven de garantía para que la Administración no actúe en contra de sus fines o cometidos al pactar de manera particular con un ciudadano que ha recurrido su actuación en juicio.

Tomando como referencia el ejemplo contenido en el artículo 77.3 de la Ley 29/98 española⁵⁶ y 76 de la Ley 8508 costarricense⁵⁷ el acuerdo conciliatorio no podrá violar la noción amplia del concepto de interés general, que en términos de esa ley se refiere al interés público.

Sabemos que el interés general o público es aquél que se antepone al derecho individual y que por ello no puede ser

54 Perdomo, Andrés Bertrand. *Diccionario Jurídico*. Ediciones Tacarigua, Caracas, 1982. pág. 244.

55 *Vid.*: García De Enterría, Eduardo. “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 89, enero-marzo. España, 1996, p. 83.

56 “3. Si las partes llegan a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros”.

57 *Vid.*: nota 36.

sacrificado por éste bajo ninguna circunstancia⁵⁸. Por tanto, el acuerdo que se logre en conciliación, si bien afecta –en principio– sólo a las partes, nunca debe ser contrario al interés general.

c) Legalidad. Resulta claro que los acuerdos llegados a través de conciliación no pueden contrariar disposiciones legales concretas. Pero ello tampoco significa que la presunción de legalidad de los actos administrativos deba mantenerse irrestrictamente.

Los artículos 77.3 de la Ley 29/98 española⁵⁹ y 76 de la Ley 8508 costarricense⁶⁰ señalan que la conciliación no puede significar violación al ordenamiento jurídico, lo cual implica que el acuerdo conciliatorio, además de que no debe violar la ley, tampoco podrá violar a la Constitución, reglamentos y actos administrativos de cualquier naturaleza. Ese aspecto también podría ser aplicado en el país conforme al artículo 140 constitucional, según el cual la Administración debe ceñirse a la ley y al derecho (concepto aún más amplio que el de ordenamiento jurídico).

Se debe dejar claro que no se trata de que la Administración, por llegar a un acuerdo conciliatorio, renuncie al ejercicio de las potestades que constitucional y legalmente se le han conferido.

Lo que se persigue a través de la conciliación, es que la Administración logre un acuerdo conforme a la ley (pues ello es posible según lo establecido en todas las normas ya señaladas), cuyo contenido obviamente no sea ilegal y en el que se obligue a hacer o dejar de hacer una actuación –que le es

58 Sobre esta noción Vid.: Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, VI, Tomo 2. FUNEDA, Caracas, 2001, p. 30.

59 Vid.: nota 56.

60 Vid.: nota 36.

posible según el ordenamiento jurídico- y cese, por lo tanto, la violación que se ha alegado judicialmente.

d) Derechos de terceros. Aunque resulta evidente, el acuerdo al que lleguen las partes a través de la conciliación no puede significar la violación de los derechos que ostentan terceros ajenos al pleito. Ello lo reconoce el artículo 77.3 de la Ley 29/98 española⁶¹.

e) Materias en las que no sea posible la transacción. Conforme al artículo 88 de la LOTSJ, 195 de la LTDA y 258 del CPC, ningún medio alternativo de resolución de conflictos podrá utilizarse en aquellas materias en las que no sea susceptible tanto la transacción como el convenio. Dicho límite también ha sido contemplado en el párrafo segundo del artículo 2 del Decreto 1716 colombiano⁶² y en la Ley 29/98 española, concretamente en el artículo 77.1⁶³.

f) Causas de naturaleza tributaria. La legislación colombiana ha consagrado que la conciliación no es posible en aquellas causas de naturaleza tributaria, según lo establece el párrafo 1, del artículo 2 del Decreto 1716⁶⁴.

En Venezuela, sin embargo, las causas tributarias sí pueden ser objeto de conciliación en virtud de que no hay una prohibición expresa al respecto, y por cuanto el proceso judicial pen-

61 *Vid.*: nota 56.

62 Párrafo 2º. "El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles".

63 "1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad".

64 **Parágrafo 1:** "No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:

- Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario".

diente en el que sea parte la Administración tributaria puede finalizar a través de una transacción judicial como lo establece el artículo 312 del Código Orgánico Tributario⁶⁵. Sobre este aspecto, Blanco-Uribe⁶⁶ señala que los medios alternativos de resolución de conflictos en causas de naturaleza tributaria no son contrarios a la Constitución, e incluso afirma que pueden consistir en la única vía posible de acometer y lograr la satisfacción del interés público⁶⁷.

g) Derechos irrenunciables. Siguiendo el ejemplo colombiano contenido en el párrafo segundo del artículo 2 del Decreto 1716, no serán susceptibles de conciliación los derechos ciertos e indiscutibles⁶⁸.

Los derechos ciertos e indiscutibles son aquellos que han ingresado al patrimonio de la persona y que se entiende como un derecho adquirido. Ejemplo de ello pueden ser aquellos derechos laborales sobre los cuales la ley o la Constitución le han dado el carácter de irrenunciables. Así, por ejemplo, no será posible llegar a un acuerdo que implique que la Administración Pública deje de prestar un servicio público bajo ninguna circunstancia, a una persona o a la colectividad, aunque en ello consienta la contraparte en juicio que pretende llegar a un acuerdo conciliatorio.

65 Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014.

66 Blanco-Uribe, Alberto. "La Conciliación, el Arbitraje y al Transacción como Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos Administrativos" en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello*, N° 57. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, p. 30 y 31.

67 Recuérdese que la Sala Político Administrativa actúa como alzada natural y máxima instancia de la jurisdicción contencioso administrativa y tributaria.

68 **Parágrafo 2:** "El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles".

II. POSIBILIDAD DE QUE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CELEBRE ACUERDOS CONCILIATORIOS JUDICIALMENTE

Sabemos que conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR)⁶⁹, los funcionarios públicos que en sede administrativa realicen actos de conciliación, deben solicitar la *opinión previa y expresa* de la Procuraduría General de la República; caso contrario, acarreará al funcionario actuante la responsabilidad correspondiente por los daños que se ocasionen a los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República.

La finalidad de esta norma es evitar que la Administración, por llegar a un acuerdo determinado, afecte los bienes y el erario público. Es por ello que para lograr cualquier acuerdo se requiere de esa opinión previa y expresa, de modo que la Procuraduría General de la República garantice que no se ocasione ningún daño de manera directa o indirecta a los intereses patrimoniales de la República.

Esa autorización, previa y por escrito, cuando la reclamación ha llegado a la sede judicial, también es necesaria para conciliar (judicialmente), según se observa de lo establecido en el artículo 70 de la LOPGR⁷⁰.

Para Ramón Alfredo Aguilar, lo establecido en el artículo 70 de la LOPGR no debe considerarse como un requisito previo y específico para cada proceso en concreto, como tampoco lo es para el caso en que se demanden entes públicos distintos de

69 Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.892 Extraordinario del 31 de julio de 2008.

70 **Artículo 70:** “Los abogados que ejerzan en juicio la representación de la República no pueden convenir, desistir, transigir, comprometer en árbitros, conciliar o utilizar cualquier otro medio alternativo para la solución del conflicto, sin la expresa autorización del Procurador o Procuradora General de la República, previa instrucción escrita de la máxima autoridad del órgano respectivo”.

la República, y por tanto pueden celebrar cualquier acuerdo de autocomposición procesal⁷¹.

Para nosotros, sin embargo, esa autorización expresa, previa y por escrito, debe realizarse en cada caso en que se pretenda conciliar, pues la posibilidad general de que un representante de la República pueda hacerlo en cualquier juicio que actúe no es admisible en relación con la finalidad de la norma, que es proteger los bienes y derechos patrimoniales de la República (directos o indirectos) en cada proceso. Así, la conciliación que se logre sin esta autorización debe necesariamente acarrear la responsabilidad del funcionario actuante y debería conllevar a la invalidez del acuerdo.

Téngase en cuenta que lo establecido en el artículo 70 de la LOPGR se trata de una prerrogativa procesal⁷² y que, como tal, al igual que todos los privilegios procesales reconocidos a la República, resultan irrenunciables y obligatorios y tienen por fundamento la protección de los intereses patrimoniales, de manera que éstos no se vean afectados por una posible impericia o negligencia en lo que se refiere a la actuación de los abogados que representan a la República en juicio. Esta razón justifica la razón de por qué la ley desconoce en cierta medida el principio de igualdad procesal.

Esa misma prerrogativa es extensible a los Estados, según lo contempla el artículo 36 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Com-

71 Aguilar, Ramón Alfredo. "La Conciliación en el Proceso Contencioso Administrativo", en *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 716 y 717.

72 Sobre este tema ya hemos escrito, ver: Reverón Boulton, Carlos. "Prerrogativas procesales - empresas, asociaciones civiles y fundaciones municipales", en *Revista de Derecho Público* N° 127, julio/septiembre de 2011. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, marzo de 2012, pp. 219, 225 y Reverón Boulton, Carlos. "Prerrogativas Procesales de PDVSA", en *Revista de Derecho Público* N° 133, enero/marzo 2013. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, febrero de 2014, pp. 213, 218.

petencias del Poder Público⁷³; y a los Institutos Autónomos de conformidad con lo establecido en el artículo 100 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁷⁴. Esa prerrogativa ha sido reconocida también en el artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM)⁷⁵ en favor de los Municipios.

Según la ya mencionada Ley 29/98 española, los representantes de las Administraciones públicas necesitan autorización oportuna para llevar a cabo el acuerdo conciliatorio. Si bien es cierto que el artículo 77.1 hace referencia a la transacción en su primer párrafo, creemos que la lectura integral de ese artículo conlleva a pensar a que esa autorización es requerida para la conciliación⁷⁶.

Nótese que hasta aquí hemos hablado de una autorización para conciliar, lo cual no significa que se tenga facultad procesal para ello. En tal sentido creemos que la solución más idónea sobre este particular, es la establecida en la Ley 8508 costarri-

73 Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.140 del 17 de marzo de 2009.

74 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario del 17 de noviembre de 2014.

75 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010.

Esos privilegios son extensibles a los Distritos Metropolitanos según lo contempla el artículo 29 de esa ley.

76 "1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos".

cense, según la cual todas las partes intervinientes en la conciliación deben tener facultad expresa para ello⁷⁷.

Recuérdese que en Venezuela según el artículo 154 del CPC es requerida facultad expresa para ciertos actos de auto-composición y heterocomposición procesal y, particularmente, para *disponer el derecho en litigio* como sucede en el caso de la conciliación, por lo que para conciliar debe requerirse que ello expresamente esté comprendido en el mandato que se le otorga al representante de cada parte en juicio.

En la única causa en que la Sala solicitó de manera previa al acto de conciliación facultad expresa para convenir, fue en el relativo al Auto para Mejor Proveer N° 123/2015, aunque en ese caso la Sala confundió la facultad expresa a la que se refiere el artículo 154 del CPC, con la autorización a la que se refiere el artículo 70 de la LOPGR⁷⁸.

En conclusión, al estar en riesgo (juicio) los intereses patrimoniales de la República, indirecta o directamente, consideramos que se debe solicitar a ambas partes facultad expresa para conciliar y, para el caso del representante de la Administración, la autorización expresa para adelantar ese medio alternativo de resolución de conflictos en cada caso concreto.

77 **Artículo 73:** “1) Todo representante de las partes deberá estar acreditado con facultades suficientes para conciliar, lo que se deberá comprobar previamente a la audiencia respectiva.

2) Cuando corresponda conciliar a la Procuraduría General de la República, se requerirá la autorización expresa del procurador general de la República o del procurador general adjunto, o la del órgano en que éstos deleguen.

3) En los demás casos, la autorización será otorgada por el respectivo superior jerárquico supremo o por el órgano en que este delegue”.

78 En esa oportunidad la Sala precisó lo siguiente: “Se advierte a ambas partes que en el momento de celebración del referido acto alternativo **deben presentar un poder en el que se acredite que están autorizados para convenir y transigir** conforme a lo previsto en los artículos 154 del Código de Procedimiento Civil y 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República” (énfasis añadido por la Sala).

III. REFLEXIÓN FINAL

Parece claro que la incorporación de los medios alternativos de resolución de conflictos en la LOJCA y en la LOTSJ, por mandato de la Constitución, es un aspecto que *a priori* es muy favorable. Pero se trata sólo de una propuesta enunciativa en la que no existe una clara determinación y delimitación de cómo deben desarrollarse en el contencioso administrativo, por lo que podría decirse que su previsión en el derecho positivo de esa forma no tiene el efecto esperado y que pudiese darse el caso que ni existieran sin que ello tuviese mayor repercusión.

Resulta necesario, entonces, que éstos medios alternativos de resolución de conflictos sean replanteados legislativamente de modo de que su ejercicio esté delimitado expresamente, atendiendo a su especial naturaleza y características.

Sabemos que lo correcto sería que el desarrollo de las normas constitucionales que obligan la utilización de la conciliación como medio alternativo de resolución de conflictos sea realizado por la vía natural, es decir, por el legislador. Pero mientras ello sucede, estimamos como una vía posible, aunque no siempre sea la más adecuada en estos supuestos es que sea desarrollado por parte de la Sala Constitucional, lo cual efectuará, según creemos, en atención a lo establecido en los artículos 7, 26, 253, 258 y 334 constitucionales; normas que consagran la supremacía constitucional y la aplicación preferente del texto constitucional, así como, a la promoción de los medios alternativos de resolución de conflictos (entre ellos la conciliación)⁷⁹. En efecto, al consagrarse la conciliación desde

79 Sobre este particular la Sala Constitucional en sentencia N° 1541 del 17 de octubre de 2008, señaló lo siguiente: "Por ello, el deber contenido en el artículo 258 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en orden a procurar y promover en la medida de lo posible la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad

la Constitución y en el artículo 88 de la LOTSJ, su desarrollo pudiese ser llevado a cabo, como ya hemos mencionado, de manera temporal por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de modo que el desconocimiento de los aspectos que esa Sala regule constituya una causal suficiente para revisar las sentencias que desconozcan tal desarrollo.

La anterior solución, que reconocemos de antemano no es la idónea, se expresa en este estudio atendiendo a nuestra realidad legislativa procesal pues, como se sabe, ha sido una práctica recurrente de nuestra Sala Constitucional desarrollar procedimientos y aspectos procesales no expresamente regulados por ley⁸⁰ o bien procedimientos que han contado con regulación y que, sin embargo, han sido modificados a través de decisiones (*legislador positivo*). A nuestro parecer, la solución que se adopte –de ser ésta judicialmente– debe hacerse de manera expresa y clara para no atentar contra de la seguridad jurídica, sobre todo si la solución planteada por parte de esa Sala es modificada posteriormente⁸¹.

de tales medios, lo cual implica que las acciones típicas de la jurisdicción constitucional, no sean los medios idóneos para el control de los procedimientos y actos que se generen con ocasión de la implementación de los medios alternativos de resolución de conflictos”.

- 80 Ejemplo de ello lo encontramos en la decisión N° 7 del 01 de febrero de 2000 (caso: *José A. Mejía y otros*), N° 2354 del 03 de octubre de 2002 (caso: *Carlos Tablante*), N° 494 del 12 de abril de 2011 (caso: *Asociación Civil Para el Rescate*), N° 1269 del 26 de julio de 2011 (caso: *Nelson Enrique Romero Castillo*) y N° 993 del 16 de julio de 2013 (caso: *Daniel Guédez Hernández y otros*) y N° 446 del 15 de mayo de 2014 (caso: *Víctor José de Jesús Vargas Irauquín*).

Es importante destacar que la Sala Constitucional no puede legislar, como tampoco puede al interpretar la Constitución reformar las leyes. Su función debe estar dirigida únicamente a interpretar la Constitución y las leyes, pero dentro de esa función, no puede ni debe reformarlas o derogarlas. Sobre este tema recomendamos la lectura de Urosa Maggi, Daniela. *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie estudio N° 96, Caracas, 2011.

- 81 Sobre este particular se ha pronunciado en diversas oportunidades la Sala Constitucional en lo que respecta a la necesidad de que los criterios asumidos jurisprudencialmente sólo puedan ser modificados hacia el

El primer aspecto que debe tomarse en consideración, es que –a nuestro entender– de manera errada se le ha denominado *Acto de Resolución Alternativa de Controversias* a audiencias cuya finalidad es lograr un acuerdo conciliatorio entre las partes, por lo que debería examinarse esa denominación y usar términos que se compadezcan con la realidad y se utilicen acepciones como “audiencia de conciliación” o similares.

Para difundir y entender con claridad los eventuales beneficios de la conciliación, es necesario desarrollar los siguientes aspectos.

1. La conciliación es legal. La conciliación es legal por su previsión en leyes especiales (LOJCA, LOTSJ, LEFP y LTDA), ya que en caso de que no fuera así los acuerdos conciliatorios fueran anulados obligatoriamente por parte del juez contencioso administrativo. Recuérdese que para alcanzar ésta, en el caso de la República, Estados, Municipios, Distritos Metropolitanos e Institutos Autónomos, es necesario una autorización previa y expresa (por escrito).

En caso de que las partes lleguen a un acuerdo conciliatorio el juez tendrá que aprobarlo siempre y cuando esto no

futuro. Ejemplo de ello lo encontramos en la decisión N° 414 del 30 de marzo de 2012 (caso: *Kelvin José Escobar Bolívar*), según el cual “De esta forma, es preciso destacar que es doctrina pacífica de esta Sala que en virtud de la seguridad jurídica y confianza legítima de las partes, los nuevos criterios o doctrinas, producto de la evolución jurisprudencial de cada Sala de este Máximo Tribunal, deben ser aplicados siempre hacia el futuro, vale decir, a los asuntos que con posterioridad a la sentencia que establece el nuevo criterio, sean sometidos a su conocimiento.

Ello se explica por cuanto la alteración del estado de derecho que conllevaría la aplicación de un nuevo criterio a situaciones jurídicas pasadas, constituiría sin lugar a dudas una lesión irreversible a las partes quienes ejercieron su derecho a la defensa respecto de una “litis” trabada en un marco jurídico determinado espacial y temporalmente, el cual no puede modificarse en razón de la evolución jurisprudencial que siempre deberá aplicarse a los casos por venir”.

signifique violación alguna a los límites materiales que en este estudio se desarrollaron.

2. La actuación administrativa puede ser revisada. La conciliación será procedente ya que la Administración está legitimada para revocar o abstenerse de realizar una actuación determinada cuando ésta sea inconstitucional o ilegal, de manera que la autotutela administrativa permite que la Administración llegue a un acuerdo con el demandante por medio del cual cese en la violación alegada en juicio y así poner fin al proceso.

3. Igualdad. Se requiere que tanto el juez conciliador como la Administración entiendan que la conciliación deba realizarse en un plano de igualdad, en el que si bien es cierto deben entenderse las prerrogativas y privilegios del actuar de la Administración, también es necesario recordar los límites y garantías que favorecen a los ciudadanos. Así entonces, las partes deben llegar a un acuerdo entendiéndose en un plano de igualdad, pues en caso contrario, es poco probable que ello se produzca.

4. Disponibilidad de fondos públicos. Se requiere establecer mecanismos idóneos que obliguen a la Administración a disponer de los fondos y recursos necesarios para atender *posibles acuerdos conciliatorios judiciales* que puedan producirse para satisfacer las obligaciones pecuniarias a las que se lleguen en los eventuales acuerdos conciliatorios. Para nosotros, la conciliación no afectará irregularmente las finanzas públicas; por el contrario, con la utilización de la conciliación se puede lograr que el Estado sufrague menos dinero que ante una eventual sentencia condenatoria, razón por la cual se debe fomentar este mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

5. El acuerdo conciliatorio es ejecutable. Ya hemos dicho que al acuerdo conciliatorio debe dársele el valor de *cosa juzgada* y que por fuerza de ésta, el referido acuerdo pueda ser

cumplido coercitivamente si no se ha llevado a cabo su ejecución voluntaria. En lo que se refiere a los ciudadanos, esa ejecución forzosa puede darse sin mayores problemas. En el caso venezolano, la ejecución en contra de la Administración sólo podrá realizarse conforme lo establecen los artículos 75, 87, 88 y 89 de la LOPGR aplicable a la República, Estados e Institutos Autónomos; y 158 y siguientes de la LOPPM aplicables a los Municipios y Distritos Metropolitanos.

6. La conciliación es ventajosa. Insistimos que en muchos de los casos es preferible llegar a un acuerdo conciliatorio que esperar una sentencia condenatoria, de manera de lograr una reducción en el modo de la obligación a cargo del Estado. Pero la realidad es que muchos servidores públicos entienden como preferible esperar una decisión antes que conciliar, de modo que se debe reeducar a éstos servidores para que comprendan las ventajas en la utilización de estos medios alternativos y que la no utilización de ellos podría afectar el patrimonio público por su omisión y desconocimiento de éstos.

7. La conciliación no excluye la responsabilidad personal del funcionario. La responsabilidad patrimonial del funcionario no se extingue cuando el daño se haya ocasionado por la conducta desplegada por no llevar a cabo la conciliación o, llevándolo a cabo, se afecten los intereses patrimoniales de la Administración Pública en general.

8. Se debe propiciar que la conciliación sea total. Fomentar que la conciliación sea total ayuda a descongestionar el sistema judicial para que sólo se tramiten y decidan las causas en que no fue posible llegar a un acuerdo; pues llegar a una conciliación parcial no coadyuva a que se consiga la finalidad de descongestionar el sistema judicial. Así, la Administración Pública sólo tendría que sustanciar los procesos judiciales que irremediablemente deban hacerlo y así evitar los costos que implica llevar un proceso judicial.

9. Poderes del juez. Deben desarrollarse cuáles deben ser los poderes del juez conciliador, que según Ramón Alfredo Aguilar⁸² son los siguientes: (i) revisar la legitimación de los apoderados con el objeto de ver si están autorizados para celebrar actos conciliatorios y suscribir acuerdos; (ii) fijar y convocar audiencias conciliatorias con la presencia de las partes o de sus representantes, distintos a sus apoderados; (iii) suspender y prolongar las audiencias conciliatorias cuantas veces estime necesario; (iv) reunirse privadamente con las partes por separado; (v) informar a las partes sobre la existencia de criterios doctrinarios o jurisprudenciales aplicables a la controversia, de modo de orientarlas en su situación particular en el proceso; (vi) interrogar informalmente a las partes para que comprendan la debilidad de sus pretensiones o defensa; (vii) informar a las partes sobre las consecuencias nefastas de una solución adversa; y (viii) esbozar soluciones similares establecidas en casos análogos, concertadas o en el mismo tribunal o en otro órgano judicial⁸³.

82 Aguilar, Ramón Alfredo, Ob. cit. p. 719 y 720.

83 Algunos de estos particulares fueron desarrollados previamente por Melo Santos, Juan Carlos. *Conciliación Contencioso Administrativa*. Disponible en: <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-01.pdf>. (Fecha de consulta: 23 de octubre de 2015).

ACTUALIDAD

NUEVO DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Bárbara González

Abogado

Resumen: La reciente modificación de la Ley Orgánica de Precios y Costos incurre en claras trasgresiones de derechos constitucionales, así como en la negación de un Estado Social Democrático de Derecho y de Justicia reconocido en nuestra Constitución.

Palabras clave: control de precio, libertad de empresa, derecho a la propiedad, Ley Orgánica de Precios Justos.

Summary: The recent amendment of the Organic Law on Prices and Costs, incurs in clear transgressions of certain constitutional rights, as well as the denial of a Democratic and Social State of Law and Justice recognized in our Constitution.

Keywords: price control, economic freedom, property right, Organic Law of Prices and Cost.

Recibido: 2 de diciembre de 2015 Aceptado: 4 de enero de 2016

SUMARIO

Introducción

- I. Derecho a la libertad económica reconocido en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
- II. Derecho a la propiedad reconocido en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
- III. Derecho a la defensa reconocido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

INTRODUCCIÓN

Tras sólo un año de haber sido publicado el Decreto que modifica la Ley de Precios Justos, el pasado 09 de noviembre de 2015 fue publicado mediante Gaceta Oficial Nro. 40.784 el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica de Precios Justos Nro. 2.092 (el cual posteriormente fue reimpresso por error material y publicado en Gaceta Oficial Nro. 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015).

El primer aspecto que debemos tomar en consideración a la hora de analizar este cuerpo normativo, es que el mismo supone, sin lugar a dudas, una transgresión de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual tomando como base la libertad general del ciudadano, reconoce entre otros, el derecho a la libertad económica, el derecho a la propiedad, el derecho a la libertad de empresa, y lo más importante se reconoce a la República como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

Como ha sido estudiado por diversos autores, el reconocimiento del Estado venezolano como un Estado social supone una ratificación de la participación activa que tiene el Estado venezolano en el orden económico, lo cual se traduce en que el Estado despliega actividades de limitación y de prestación, dirigidas al desarrollo y satisfacción de las necesidades económicas del ciudadano y del país. Con relación a este aspecto,

considero conveniente traer a colación lo sostenido por el profesor José Ignacio Hernández en su obra *La Libertad de Empresa y sus Garantías Jurídicas*, quien indica lo siguiente: “El Estado, en la nueva Constitución, es responsable de casi todo –como señala Brewer Carías– y puede regularlo todo. La iniciativa privada “...parece marginada. No se asimiló la experiencia del fracaso del Estado regulador, de control planificador y empresario de las últimas décadas”¹.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de que se pueda llegar a la conclusión de que es necesario realizar ajustes de nuestra Constitución, que garanticen una delimitación de las potestades del Estado como partícipe de la economía venezolana, lo cierto es que nuestro actual Texto, reconoce ciertos principios esenciales que rigen la economía y la libertad económica y social de los ciudadanos, los cuales no han sido respetados por la Ley Orgánica de Precios Justos.

A los fines de dar soporte a lo anteriormente indicado, a continuación procedo a realizar un análisis de los principios constitucionales que se han visto lesionados con la entrada en vigencia del nuevo Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios y Costos Justos.

I. DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 112 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Antes que nada, me permito aclarar que el mencionado derecho a la libertad económica se ha visto afectado desde la entrada en vigencia de la primera Ley de Precios y Costos Justos de fecha 18 de julio de 2011. No obstante lo anterior, y en vista de la importancia de este derecho constitucional, consi-

1 Hernández González, José Ignacio, *La Libertad de Empresas y sus Garantías Jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2004, p. 54.

dero pertinente destacar las nuevas disposiciones que constituyen transgresiones al mencionado derecho.

Así, la Constitución de Venezuela reconoce el derecho a la libertad económica en el artículo 112, de acuerdo con el cual las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica que deseen, y el Estado tendrá como deber, la promoción de la *iniciativa privada* garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, *“así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de la facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.”*

Así las cosas, sostiene el profesor Juan Domingo Alfonso Paradisi que existen tres elementos básicos que comprende el derecho a la libertad económica.

- “a) la libertad de acceso al mercado;*
- b) la libertad de ejercicio en el mercado; y*
- c) la libertad de cesar en el ejercicio de esa actividad preferida”².*

Igualmente, sostiene el profesor Gaspar Ariño que existen ciertos aspectos esenciales de la libertad de empresa, dentro de los cuales se encuentran:

- “a) Libertad de creación de empresas y de acceso al mercado.*
- b) Libertad de organización: de elección de nombre, de emplazamiento, de forma de organización y de composición de los órganos de dirección*
- c) Libertad de dirección: de producción, de inversión, de política comercial, de competencia leal u de contratación”³.*

2 Alfonso Paradisi, Juan Domingo, *Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos y de la normativa complementaria*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014, p. 19.

3 Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Colombia, 2003, pp. 264 y ss.

Tomando en consideración lo sostenido por los mencionado autores, resulta necesario concluir que el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos desnaturaliza el contenido esencial del derecho a la libertad económica, al restringir la libertad en el ejercicio en el mercado, y al pretender limitar de manera excesiva cualquier tipo de libertad de disposición de las empresas privadas en Venezuela.

¿Cómo podría concluirse que el derecho a la libertad económica se protege a través del Decreto de la Ley Orgánica de Precios Justos, cuando el artículo 3 del mismo, establece como finalidad del cuerpo normativo “*la consolidación del orden económico socialista, consagrado en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación*”? Es errado e inconstitucional que se siga equiparando el Estado Social y Democrático existente en Venezuela, con un Estado socialista, ya que esta equiparación –doctrinalmente equivocada– ha permitido que el Estado restrinja el derecho a libertad económica a los niveles que actualmente se evidencia en Venezuela.

Con relación a los cambios del nuevo Decreto, a continuación expongo aquellos que considero más relevantes con relación al derecho a la libertad económica:

En *primer lugar*, el artículo 24 del Decreto establece que la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (en adelante SUNDDE) podrá regular y controlar los precios de los servicios, a través de su categorización, en atención a los elementos estructurales, los equipos requeridos, así como talento humano que integran su producción, independientemente del sector que los presta.

Por su parte, y en *segundo lugar*, el artículo 26 de la norma bajo análisis establece que sin importar la modalidad o categoría de los precios que sean fijados por la SUNDDE, los mismos son de obligatorio cumplimiento para las empresas, y se reputarán como válidos, salvo que se declarase lo contrario.

Igualmente, y en *tercer lugar*, establece el artículo 27 del Decreto Ley, que la SUNDDE, atendiendo a los lineamientos fijados por el Ejecutivo Nacional, establecerá los precios que considere necesarios. En este sentido, se reconoce expresamente que a partir de la entrada en vigencia del Decreto en cuestión la SUNDDE será la única que podrá fijar los “precios justos”, siendo responsabilidad del productor o del importador la fijación del precio máximo de venta al público, el cual deberá tomar en consideración el margen máximo de ganancia y el margen máximo de intermediación⁴.

Por último, y en *cuarto lugar*, a pesar de que con posterioridad analizaremos el impacto que tienen estas disposiciones en el derecho a la propiedad, considero evidencias de la violación a la libertad de empresa la posibilidad que establece el artículo 38 del Decreto, de que la SUNDDE como sanción proceda a la clausura de establecimientos por tiempo indeterminado, así como al comiso de los bienes objeto de la infracción, en vista de que se restringe aquí elementos del contenido esencial del derecho a la libertad económica como es la posibilidad de disposición de los bienes que forman parte de la actividad que se realiza.

II. DERECHO A LA PROPIEDAD RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

El segundo derecho constitucional que considero se ve severamente afectado con el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos es el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 115 de nuestra Constitución. En este sentido,

4 Ver Providencia mediante la cual se corrige error material de la Providencia N° 070/2015 donde se regulan las modalidades para la determinación, fijación y marcaje de precios en todo el territorio nacional, publicada en Gaceta Oficial N° 40.775 de fecha 27 de octubre de 2015.

reconoce el mencionado artículo lo siguiente: *Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la Ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.*

Es necesario recordar que la actividad administrativa puede ser de limitación, a saber actividad de policía, o prestacional, la cual abarca el servicio público, la gestión económica y el fomento. Ahora bien, al hacer referencia a la propiedad privada, la actividad llevada a cabo por la SUNDDE de acuerdo a lo establecido en el Decreto Ley de Precios Justos, supone una actividad de limitación, según la cual, la propiedad de los ciudadanos queda restringida, bien sea por una sanción impuesta, o en pro del interés general.

En virtud de lo antes expuesto, debemos tener presente a la hora de estudiar el cuerpo normativo contenido en la Ley de Precios Justos, que cualquier actividad que suponga una restricción a la propiedad, por ser una actividad administrativa de limitación, está regida bajo el principio de vinculación positiva ante la Ley, conforme al cual, todo aquello que no esté expresamente permitido, se entiende prohibido, y por lo tanto, supondría una transgresión al ordenamiento jurídico plantear las llamadas cláusulas generales de apoderamiento.

Teniendo presente lo antes indicado, a continuación traigo a colación los cambios más relevantes del Decreto que afectan el derecho de propiedad constitucionalmente reconocido.

En *primer* lugar, tal y como mencioné brevemente en el punto anterior, los numerales 5 y 6 del artículo 38 del Decreto establecen la posibilidad de que la SUNDDE, imponga como sanción la clausura de almacenes, depósitos y establecimientos

dedicados al comercio, a la conservación, al almacenamiento, a la producción o al procesamiento de los bienes, así como el comiso de los bienes objeto de la infracción.

Tal como puede apreciarse, las mencionadas sanciones suponen medidas claramente desproporcionales respecto al incumplimiento de la obligación que haya realizado el propietario, razón por lo cual, en caso de ser necesaria la aplicación de cualquiera de las dos medidas, sería necesaria la realización de un procedimiento judicial, en el cual el propietario tenga la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa y de que exista un árbitro que garantice que la aplicación de una medida con tal impacto era realmente necesaria. Adicionalmente, en el caso del comiso debo recordar que dicha medida no puede ser aplicada por la Administración en ningún caso, ya que lo mismo supone una violación del artículo 115 de la Constitución.

En *segundo lugar*, establece el artículo 70 del nuevo Decreto la posibilidad de que el funcionario que se encuentre realizando una inspección o fiscalización establezca todas aquellas medidas preventivas que considere necesarias para proteger los derechos a los ciudadanos. Lo anterior constituye una cláusula general de apoderamiento y una clara lesión de los principios de Derecho Administrativo, de acuerdo a los cuales, tal como indiqué anteriormente, la Administración –al llevar a cabo actividades de limitación– está sometida a una vinculación positiva a la Ley, y por lo tanto se le deben atribuir expresamente en la Ley, las actividades que pueda realizar.

Lo mismo ocurre –y en *tercer lugar*– con el primer párrafo del artículo 84 del nuevo Decreto, el cual permite a los funcionarios decretar medidas “*preventivas de secuestro, embargo, prohibición de enajenar y grabar (sic) y cualquier otra medida innominada que sea conducente*”.

Por último, y en *cuarto lugar*, respecto al derecho de propiedad, el nuevo Decreto establece nuevas sanciones para

aquellos contribuyentes que sean considerados especiales, que claramente constituyen una violación al derecho de propiedad, ya que en gran parte de los casos, las mencionadas sanciones pueden ocasionar la quiebra o el cierre de la empresa privada.

Recordemos que de acuerdo a la Providencia N° 0296 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT)⁵, los contribuyentes especiales tienen como única característica que devengan más ingresos que el resto de los contribuyentes dentro del ejercicio económico correspondiente. En virtud de ello, y a los fines de que la Administración reciba ingresos durante el transcurso del año, los contribuyentes especiales tienen un régimen de pago de impuesto distinto. Ahora bien, debe aclararse que el hecho de que los contribuyentes especiales tenga efectivamente un ingreso superior a un monto aleatorio fijado por el SENIAT, no le da derecho de ningún tipo a esa Administración ni a ninguna otra, de establecer penas que sea desproporcionadas. Por el contrario, tal como se reconoce en los principios de derecho, debe existir proporcionalidad entre la sanción y el delito cometido, y es por ello que existe un monto máximo y un mínimo de pena.

No obstante lo anterior, al establecer el nuevo Decreto Ley en los artículos 47, 48, 52 y 53, que cuando los ilícitos en ellos establecidos, sean cometidos por contribuyentes especiales, las penas podrán alcanzar hasta un cuarenta por ciento (40%) de los ingresos netos anuales del infractor, claramente nos encontramos frente a una pena desproporcionada con finalidad recaudadora y destructora de la empresa privada, que con seguridad pondrá en riesgo la estabilidad y continuidad de la empresa.

5 Providencia Número 0296, publicada en la Gaceta Oficial Número 37.970 del 30 de junio de 2004.

III. DERECHO A LA DEFENSA RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Finalmente, considero importante que sean tratadas las afectaciones del derecho a la defensa, el cual constituye uno de los principios más importantes reconocidos en la Constitución. En este sentido, el tantas veces estudiado artículo 49 de la Constitución venezolana reconoce los requisitos que debe tener todo procedimiento para que se entienda que ha sido respetado el derecho a la defensa de los ciudadanos, y que en consecuencia se ajusta a la Constitución y tenga validez.

Así las cosas, establece en diversas ocasiones el mencionado artículo que toda persona tiene derecho a disponer de tiempo y de medios adecuados para su defensa, razón por lo cual a continuación expongo lo que considero una violación del nuevo Decreto Ley al derecho a la defensa.

El artículo 46 del nuevo Decreto establece sanción de cierre de establecimiento por cuarenta y ocho horas, así como multa entre 500 y 10.000 Unidades Tributarias para las personas que incurran en los ilícitos en él establecidos (los cuales no cito a los fines de no extender este artículo), sin embargo lo realmente importante es lo establecido en el segundo aparte del artículo, según el cual:

“verificada la existencia de infracciones por incumplimiento de formalidades se procederá a la imposición de la sanción correspondiente en el mismo acto, emitiendo la correspondiente planilla de liquidación cuando la sanción consiste en multa, a fin de que la infractora o el infractor proceda a pagar dentro de los tres días continuos contados a partir de la fecha de la imposición de la misma.”.

¿Cómo puede sostenerse que el derecho a la defensa se encuentra protegido cuando se le otorgan tres días continuos a una persona

a partir de que un funcionario determine que se ha cometido una infracción para realizar un pago que puede alcanzar a la fecha hasta un millón quinientos mil bolívares? ¿Qué ocurre en los casos en que la multa es impuesta un viernes, tiene el *presunto* infractor 1 sólo día para pagar? ¿En qué momento puede la persona impugnar el acto en el cual incluso tiene las planillas para efectuar el pago? Considero que está demás entrar a hacer un análisis extenso sobre el artículo en cuestión, ya que resulta evidente la transgresión al derecho a la defensa.

Por último, a continuación expongo otra modificación que por la relevancia considero necesario dejar asentado y que si bien no lesiona los derechos constitucionales antes indicados, sin lugar a dudas supone una transgresión de principios penales.

Así, el cambio más importante en materia penal es la responsabilidad solidaria establecida en el único aparte del artículo 35 del Decreto, de acuerdo al cual, *“serán responsables solidariamente los directivos, socios, administradores y cualquier otro que se vincule con la actividad comercial que representan, en la comisión de los ilícitos por parte de los sujetos de aplicación de este Decreto”*. Véase que el Decreto de noviembre de 2014, efectivamente establecía esta responsabilidad para los socios y directivos, sin embargo, para ello era necesario que se demostrase que *“los delitos fueron cometidos con su conocimiento o aprobación”*.

Es claro que dicha modificación vulnera los principios de Derecho penal, ya que en dicho ámbito, la responsabilidad es personal, razón por lo cual, no podría sancionarse penalmente a una persona que no realizó ningún ilícito legalmente establecido.

El análisis antes expuesto, constituye un análisis de los cambios más relevantes del nuevo Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Precios Justos. No obstante lo anterior, existen otras modificaciones como lo son el aumento de penas privativas de libertad y el aumento en la cuantía de las multas, que

si bien tienen una alta importancia, no fueron analizadas en el presente artículo. De cualquier manera, considero necesario concluir que el nuevo Decreto constituye en gran medida una violación a la Constitución y en virtud de lo anterior, el mismo debe ser reformado, de manera tal que se ajuste a los principios que conlleva consigo el ser un Estado Social Democrático de Derecho y de Justicia.

HISTORIA
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

LOS ORÍGENES DE LA DOCTRINA DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

José Ignacio Hernández González

*Profesor de Derecho Administrativo
en la Universidad Central de Venezuela
y en la Universidad Católica Andrés Bello
Director del Centro de Estudios de Derecho Público
de la Universidad Monteávila*

Resumen: Los orígenes de la doctrina del Derecho Administrativo venezolano están relacionados con la formación del Estado a inicios del siglo XX. Esto permitió caracterizar a ese Derecho Administrativo como un Derecho esencialmente liberal.

Palabras clave: Derecho Administrativo Venezolano, Historia del Derecho Administrativo Venezolano.

Abstract: The origins of the Administrative Law doctrine in Venezuela are related with the consolidation of the State at the beginning of the Twentieth Century. As a consequence, the Venezuelan Administrative Law was characterized as a liberal Law.

Keyword: Venezuelan Administrative Law, History of the Venezuelan Administrative Law.

Recibido: 2 de diciembre de 2015 Aceptado: 4 de enero de 2016

SUMARIO

Introducción

- I. Precisando los orígenes del Derecho Administrativo venezolano
- II. Estudio sistemático de los primeros textos del Derecho Administrativo venezolano

INTRODUCCIÓN

En 1908 comenzó el que ha sido, hasta ahora, el Gobierno de mayor duración en Venezuela. Nos referimos a la larga tiranía de Juan Vicente Gómez, que se extendió desde 1908 hasta 1935. Los orígenes de esa tiranía pueden ubicarse en el último año del siglo XIX venezolano, 1899. En ese entonces Venezuela era un territorio fragmentado, azotado por las continuas guerras civiles que se venían sucediendo desde los inicios de nuestra Independencia, en 1811, y que en parte, eran incentivadas por los regímenes caudillista entonces imperantes. Pensar en la existencia de un Estado nacional centralizado era, entonces, algo poco creíble. Ciertamente, en el siglo XIX se adelantaron importantes avances en la organización del Estado venezolano, pero siempre a la sombra del régimen personalista del Gobierno de turno¹.

En 1899 el Presidente de Venezuela, Ignacio Andrade, afrontaba una difícil situación. Su mentor político, el caudillo Joaquín Crespo, había muerto en una de las tantas revueltas armadas que se habían sucedido. Ello derivó en una cada vez

1 Para una primera referencia de los hechos narrados en esta introducción, y sin pretensión alguna de exhaustividad, puede verse a Carrera Damas, Germán, *Formulación definitiva del proyecto nacional: 1870-1900*, Serie Cuatro Repúblicas, Cuadernos Lagoven, Caracas, 1988; Olavarría, Jorge, Gómez. *Un enigma histórico*, Fundación Olavarría, Caracas, 2007; Pino, Elías, *Venezuela metida en cintura. 1900-1945*, Universidad Católica Andrés bello, Caracas, 2006; Polanco Alcántara, Tomás, *Juan Vicente Gómez. Aproximación a una biografía*, Caracas, 2004 y Quintero, Inés, *El ocaso de una estirpe*, Editorial Alfa, Caracas, 2006.

más creciente inestabilidad que fue aprovechado por un personaje peculiar de nuestra historia: Cipriano Castro, caudillo de la región andina, quien decidió levantarse en armas con –apenas– sesenta hombres y de esa manera instaurar un *gobierno liberal*. Lo inestable del régimen de Andrade quedó en evidencia pues el osado intento de Castro tuvo éxito, asumiendo el poder en 1899 e iniciando un proceso de centralización del Estado y paulatino debilitamiento de los caudillos locales.

Con Cipriano Castro vino un hacendado andino, sin práctica militar o de Gobierno. Su compadre, Juan Vicente Gómez, quien ocupó diversos cargos de importancia bajo el régimen de Castro y jugó un papel destacado en la pacificación de Venezuela, con la extinción de las guerras civiles. Posteriormente Gómez asumirá la Vicepresidencia y, en tal condición, le correspondió suplir a Cipriano Castro, quien en 1899 tuvo que marchar al extranjero para atender a su salud.

Nunca más volvería. En diciembre de 1908 Juan Vicente Gómez asume la Presidencia de la República desplazando a Castro del poder y consolidando el proceso de centralización del Estado nacional iniciado en 1899. Al término de su gobierno, 27 años después, Venezuela estaba organizada como un Estado nacional centralizado, con un Ejército Nacional que erradicó las milicias locales de los caudillos; una hacienda pública nacional; importantes obras públicas de vialidad, que permitieron la unificación terrestre del país, y la existencia de una Administración organizada como una estructura burocrática central y sólida. Administración Pública a la cual le correspondió atender los crecientes cometidos asumidos por el Estado Nacional, en especial, luego de la irrupción del petróleo en nuestra economía.

La anterior crónica es de vital importancia, pues precisamente correspondió a Juan Vicente Gómez, mediante Decreto de 4 de enero de 1909, crear la clase de Derecho administrativo de la Universidad Central de Venezuela, fomentando de esa

manera el estudio especializado del Derecho administrativo, que hasta entonces, se impartía conjuntamente con el Derecho Constitucional. La razón para crear esa clase fue el creciente número de *Leyes administrativas* dictadas y que regularon a la Administración desde distintas aristas. La centralización del Estado, que inició en 1899, había derivado en un importante y vasto conjunto de *Leyes administrativas* que daban vida al Derecho administrativo, cuya creciente entidad justificó la creación de la clase.

La creación de la clase motivó a la sistematización de los programas de la asignatura y, como consecuencia, se escribieron los primeros textos de formación universitaria de Derecho administrativo venezolano. Nos referimos a los trabajos de Federico Urbano, de 1910 y Federico Álvarez-Feo, de 1925. Precisamente, el objeto de estas breves reflexiones es analizar los perfiles del Derecho administrativo venezolano en las primeras obras de Urbano y Álvarez-Feo, lo que nos permitirá poner en evidencia, desde la experiencia de Venezuela, la estrecha relación existente entre el Derecho administrativo y el Estado.

I. PRECISANDO LOS ORÍGENES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

1. La tesis de mayor difusión: el Derecho administrativo surge con la Revolución Francesa. La confusión entre Derecho administrativo y régimen administrativo

Una tesis que con frecuencia podemos ver expuesta en el Derecho administrativo venezolano es que tal disciplina surge con ocasión a la Revolución francesa. Por lo tanto, antes de esa Revolución no sería posible postular la existencia del Derecho

administrativo². Tal afirmación confunde, como pretendemos demostrar, el *Derecho administrativo* con el *régimen administrativo*.

Tal y como explicó Maurice Hauriou, todos los Estados modernos ejercen función administrativa, pero no todos tienen régimen administrativo. En efecto, todo Estado organizado puede asumir el *régimen administrativo* para organizar a su Administración, mientras que otros Estados pueden prescindir de ese régimen³. Bajo esta perspectiva, la función administrativa se concibe como la actividad orientada a proveer las necesidades de orden público y asegurar el funcionamiento de ciertos servicios públicos para la satisfacción del interés general y la gestión de los asuntos de utilidad pública. Esa función, por ello, puede desenvolverse o no a través del régimen administrativo, que es definido a través de dos notas: (i) la centralización de las funciones administrativas en la autoridad jurídica del Poder ejecutivo y (ii) la separación de atribuciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Esta segunda nota apareja a su vez importantes consecuencias: (a) el reconocimiento de prerrogativas de poder público (“*prérogatives de puissance publique*” y en especial, la llamada potestad de autotutela administrativa); (b) la sujeción de la Administración a un Derecho autónomo, distinto por ello del Derecho Privado, y (c) la exclusión de la Administración de la jurisdicción del Poder Judicial y sometimiento a la jurisdicción administrativa, siempre y cuando obre a través de la función administrativa. Por ello es que, como Eisenmann apuntó, la autonomía del Derecho administrativo debe ser entendida desde una doble significación: *autonomía adjetiva* (la inmunidad del Poder Ejecu-

2 José Peña Solís (*Manual de Derecho administrativo*, Volumen Primero, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, pp. 77 y ss.) aborda este tópico, y concluye que “el origen del Derecho Administrativo debe aparejarse al advenimiento de la Revolución Francesa”.

3 Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, decimosegunda edición, Dalloz, París, 2002 (reproducción de la edición de 1933), pp. 1 y ss.

tivo al Poder Judicial) y la *autonomía sustantiva* (la existencia de reglas propias, específicas y exorbitantes del Derecho común)⁴.

Por ello, cuando se sitúa el origen del Derecho administrativo en la Revolución Francesa, en realidad, se está identificando los orígenes del régimen administrativo, que es tan solo una de las variaciones del Derecho administrativo. Para los países que no adoptaron el régimen administrativo, por ello, la referencia a la Revolución Francesa tiene –a estos efectos– poca utilidad⁵.

2. Replantando el análisis: el Estado como el presupuesto del Derecho administrativo. Los atributos estatales y la Administración Pública

Al indagar sobre los orígenes del Derecho administrativo en Venezuela, por ello, no podemos remontarnos a la Revolución Francesa. No sólo por cuanto –como vimos– la Revolución Francesa en realidad sólo derivó en la creación una especial forma de organización del Derecho administrativo –el régimen administrativo– sino por cuanto, además, en el caso de Venezuela, el surgimiento del Derecho administrativo no puede hacerse depender de un evento que, por trascendente, no deja de ser sin embargo foráneo. Por ello, indagar sobre los orígenes del Derecho administrativo nos obliga a analizar la estrecha vinculación entre *Estado y Derecho administrativo*.

En efecto, la tesis que defendemos es que el surgimiento del Derecho administrativo no depende de la Revolución Francesa y, ni siquiera, del advenimiento del Estado de Derecho. El surgimiento del Derecho administrativo depende de la existencia

4 Eisenmann, Charles, “Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif”, en *Perspectivas del Derecho público en la Segunda Mitad del Siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso*, Tomo IV, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, pp. 419 y ss.

5 Por todos, vid. Dicey, Albert, *Introduction to the study of the law and the Constitution*, novena edición, MacMillan and Col, Limited, Londres, 1952, pp. 328 y ss.

del Estado, o más correctamente, del llamado Estado moderno, con lo cual el origen del Derecho administrativo es resultado de un proceso gradual. Sebastián Martín-Retortillo Baquer lo ha resumido magistralmente⁶:

“(...) la existencia del Derecho administrativo no es fenómeno cuyo origen quepa residenciar en un momento concreto y preciso. Como todo fenómeno humano, irá estableciéndose de modo progresivo, poco a poco a través de una larga y a veces accidentada gestación”.

Ciertamente, el Derecho administrativo es un Derecho estatal, tal y como observa Allan R. Brewer-Carías⁷:

“Hemos dicho que además de ser un derecho de las personas, el derecho administrativo es un derecho estatal en el sentido que además de emanar del Estado, está destinado a regular una parte esencial de la organización y de la actividad del mismo; particularmente a la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones jurídicas entre las personas jurídicas estatales y los administrados; siendo su objeto, por tanto, normar instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos, situados por encima de los intereses particulares”.

Entendemos que el Derecho administrativo es un Derecho estatal *pues su presupuesto es el Estado*, o sea, *para que exista Derecho administrativo debe existir Estado*. Citando de nuevo a Sebastián Martín-Retortillo Baquer⁸:

6 Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Instituciones de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2007, p. 38

7 Brewer-Carías, Allan, *Derecho administrativo. Tomo I*, Universidad Externado de Colombia/Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p. 185.

8 *Instituciones de Derecho administrativo*, cit. pp. 37 y ss.

“(…) advertir que no puede hablarse de Derecho administrativo hasta que no existe Administración pública; y, obviamente, no cabe hablar de ella, hasta que no existe Estado e, incluso, hasta que dentro de él, aquélla no se estructura como una organización diferenciada de las que desempeñan otras funciones del propio Estado y se establece también el régimen de sus relaciones con los ciudadanos”

La Administración presupone al Estado y éste, por ende, es el presupuesto del Derecho administrativo⁹. En este sentido, Cassese ha enfatizado que la Administración es una realidad tributaria del Estado, que a su vez, es una forma de organización propia del Siglo XIV¹⁰, o sea, antes del Estado de Derecho formado en las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX, incluyendo a nuestro proceso de emancipación.

Uno de los principales exponentes de esta corriente, asumida con gran amplitud, es M.S. Giannini¹¹. A partir del significado cultural de Administración, definida como una organización permanente destinada a prestar servicios, afirma que jurídicamente su concepto comienza a decantarse en el Medioevo. Con éste, la “organización administrativa es una organización propia que se interpone entre la colectividad general y los órganos constitucionales”, puntualizando que el Estado comienza a formarse entre los Siglos XV y XVII. Para entonces la Administración era la organización que dictaba actos autoritarios, con lo cual, la Revolución francesa fue

9 Vid. Ballbé, Manuel, “Derecho administrativo”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo I, F. Seix, Editor, Barcelona, 1985, p. 66. Para el autor, “la función administrativa, y por ende, el Derecho administrativo supone la existencia de un Estado constituido”. En Venezuela, vid. Rodríguez García, Armando, “Libertad, Estado y Derecho administrativo. El papel del Derecho administrativo en la modernidad democrática”, *Revista de Derecho público* N° 117, Caracas, 2009, pp. 45 y ss.

10 Cassese, Sabino, *Las bases del Derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, p. 28.

11 Principalmente, vid. Giannini, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991, pp. 37 y ss.

determinante para la creación del “Estado de Derecho administrativo”, resultado del acoplamiento de distintas figuras, desde el Derecho constitucional inglés (división de poderes e interdicción a la arbitrariedad, por ejemplo), como del absolutismo ilustrado (la existencia de normas de Derecho público). Aquí se resume la dialéctica de continuidad y ruptura con el Antiguo Régimen. Con todo, Giannini advierte los riesgos del uso indebido de los términos Derecho administrativo y Administración, cuestionando quienes, desde la pandectística, afirman la perenne existencia del Derecho administrativo, lo que Giannini califica como una “criatura imposible”, el “Derecho administrativo desconocido” y, en fin, “notas grotescas”.

Por ello, la Administración –y el Derecho administrativo también– es una categoría histórica¹². Lo es por varias razones:

- La *primera* de ellas, pues el Derecho administrativo, como Derecho estatal, asume las consecuencias de la transformación histórica del Estado. El tránsito del Estado absoluto al Estado liberal, y luego, al Estado social, ha marcado su innegable impronta sobre la Administración. Aquí la nota determinante es la ***mutabilidad***.
- La *segunda* razón, es que la Administración de cada época es el resultado de la formación histórica del Estado, producto del amalgamamiento de distintas eta-

12 Se trata de una conclusión que ha sido objeto de diversos estudios en Derecho comparado. Vid. Muñoz Machado, Santiago, “Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración”, en *Revista de Administración Pública* N° 84, Madrid, 1977, p. 521, y posteriormente, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público General*, Tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 49. Véase también a Linde Paniagua, Enrique, *Fundamentos de Derecho administrativo. Del derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, UNED-Colex, Madrid, 2009, p. 92. Entre nosotros, por todos, vid. Brewer-Carías, Allan, *Derecho administrativo. Tomo I. Los supuestos fundamentales del Derecho administrativo*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, pp. 17 y ss.

pas. La Administración que surge con la transformación del Estado no es, en realidad, una Administración nueva, en tanto ella preserva muchas de sus técnicas anteriores. De allí que no puede afirmarse que las figuras del Derecho administrativo bajo el Estado de Derecho son figuras nuevas de un nuevo Derecho: su origen se remontará incluso al Antiguo Régimen, y en muchos casos, se tratará de figuras prestadas del Derecho civil y del propio Derecho romano. Esto justifica, a nuestro entender, la frase polémica de Mayer, según la cual la Constitución pasa y la Administración queda. Los cambios constitucionales, que incluso suponen la refundación del Estado –aun cuando es ésta una expresión bastante gastada– no suponen el advenimiento de una nueva Administración. Aquí el signo es la *estabilidad* de la Administración¹³.

- Habría todavía una tercera razón. Si se asume la noción relativa del Derecho administrativo como aquél derivado de la Revolución francesa – y salvando las críticas antes expuestas– entonces, al igual que sucede con el Derecho mercantil, habrá que señalar que se trata de una categoría histórica pues surgió por la concreta coyuntura de la Revolución francesa y la peculiar interpretación de la separación de poderes.

Llegamos entonces a una conclusión fundamental: el presupuesto del Derecho administrativo es el Estado, o más

13 Como señaló Mayer, el Derecho Constitucional pasa y el Derecho administrativo queda. La frase está contenida en el prólogo de la tercera edición de su *Derecho administrativo Alemán* de 1923. Véase la explicación a las condicionantes históricas dentro de las cuales Mayer dio esta frase en Gallego Anabitarte, Alfredo y Marcos Fernández, Ana de, *Derecho administrativo I. Materiales*, séptima reimpresión corregida, Madrid, 1995, pp. 13 y ss. Nuestra explicación de este punto, en relación con la historia del Derecho administrativo en Venezuela, en Hernández G., José Ignacio, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 27 y ss.

precisamente, el Estado moderno¹⁴, entendido como la forma más perfeccionada de la organización del poder único y unificador. Estado moderno que como tal es un concepto nuevo. En efecto, como recuerda H. Heller¹⁵, la palabra Estado es un término nuevo que designa una cosa “totalmente nueva”, a saber, la unión de las organizaciones sociales dispersas –las poliarquías– para crear unidades de poder continuas y recia-mente organizadas con un ejército, con una única y compe-tente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general. Es decir, que el Estado surge cuando el poder de dominación se transforma en soberanía institucionalizada, o sea, en institución¹⁶, todo lo cual requiere a su vez de una Administración como instrumento de dominación, tal y como estudió Max Weber¹⁷.

14 El término *Estado moderno* se emplea para caracterizar a las organizaciones sociales que han adquirido esa unidad que es consustancial al concepto social que nos ocupa. Sin embargo, con tal expresión pareciera reconocerse que, incluso antes, habrían otros tipos de Estados. En este sentido, vid. Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Editorial Ariel, Barcelona, 1980, p. 115. Señala el autor que “el Estado (...) es una forma perfeccionada de la sociedad que no siempre ha existido”.

15 Heller, Herman, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2002, pp. 169 y ss. Advertimos que Heller cuestiona la denominación *Estado medieval*, dado que hay ciertos requisitos mínimos para afirmar la existencia del “verdadero poder estatal”.

16 Esto pone en evidencia la poca utilidad de separar el concepto social y jurídico del Estado. No se trata de afirmar, como señalara Kelsen, el dualismo del Estado, sino de apuntar que el Estado tiene dos sentidos que deben ser concebidos de manera separada, a pesar de poder aparecer indisolublemente unidos. Al afirmar que el Estado se erige en institución, estamos afirmando su juridificación, pues de acuerdo con Romano, la institución se compone de normas, de figuras subjetivas y de organización, o sea, de ordenamiento jurídico. Vid. Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 122 y ss.

17 Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Tomo I, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 170 y ss. Este planteamiento de Weber es relevante para la hipótesis de la cual parte este trabajo, con lo que convendría recapitular, brevemente, sobre su significado. Al estudiar el concepto de *asociación* (y no se olvide que el Estado es, precisamente, una asociación), Weber aludió a la existencia de un dirigente y de un *cuadro administrativo* que ejerce el “poder de gobierno” dentro de la asociación

Nuestra posición puede ser cuestionada pues entiende que existió un Derecho administrativo, incluso, en el Estado absoluto. Conscientes de lo relativo de esta conclusión, podemos afirmarla. El Estado absoluto conoció de un Derecho administrativo, simplemente, pues como Estado moderno contaba ya con una Administración, entendida como el “asiento del poder”, y sujeta a reglas básicas de funcionamiento. El advenimiento del Estado de Derecho reformuló hondamente esas reglas, de acuerdo con los principios del régimen representativo: división de poderes, principio de legalidad, supremacía de la Constitución y reconocimiento de derechos fundamentales, entre otros. La Administración modificó sus técnicas de actuación, asumió, en fin, nuevas conductas. Pero no se trató –se insiste en ello– de una nueva Administración. Allí está el ejemplo paradigmático observado por Tocqueville, que comprobó cómo la Administración que surge de la Revolución Francesa hunde sus raíces en el absolutismo¹⁸.

3. Estado y Derecho administrativo en Venezuela

El surgimiento del Derecho administrativo en Venezuela, por lo tanto, está asociado a la evolución del Estado venezolano. La existencia jurídica de ese Estado se inicia en 1811,

(p. 40). Luego, al abordar el estudio de la *dominación* (que es la “probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos”), Weber concluye que “toda dominación sobre una pluralidad de hombres requiere de un modo normal (no absolutamente siempre) un cuadro administrativo” (p. 170). La obediencia del cuadro administrativo al “señor” puede depender de distintos factores, que a su vez se traducirán en distintas formas de dominación: *racional* –basada en la autoridad legal y en autoridades impersonales; *tradicional* –autoridad del señor llamado por la tradición; y *carismática* –la obediencia es el caudillo (pp. 172-173). Son en todo caso *tipos ideales*, que en la práctica aparecen entremezclados. Aquí se inserta entonces la “*dominación legal con administración burocrática*”, en la cual la dominación se basa en un sistema jurídico formal y racional. Esto presupone la existencia de un cuerpo de autoridades impersonales, basadas en la *jerarquía administrativa* (pp. 174-175). Dentro de este cuadro hay a su vez un tipo puro: el “*cuadro administrativo burocrático*”.

18 Tocqueville, Alexis de, *El antiguo régimen y la revolución*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1996, pp. 109 y ss.

con la primera Constitución. Difícilmente podría señalarse, sin embargo, que durante el siglo XIX venezolano el Estado tuviese los atributos estatales a los cuales se refiere Heller. Las continuas guerras civiles –proyección de nuestra guerra de independencia– junto al caudillismo imperante, aunado a la fragilidad institucional del país, hacían que la existencia del *Estado nacional* fuese ciertamente precaria. Durante el siglo XIX se adelantaron esfuerzos notables por propender a tal centralización, lo que motivó a una incipiente actividad administrativa. Sin embargo, el resultado final, al cierre del siglo XIX, era la de un Estado nacional todavía en formación.

Cipriano Castro, en 1899, comenzará un proceso de signo inverso: la centralización del Estado. De un sistema de gobierno basado en el pacto con los caudillos locales, se pasa a un sistema basado en instituciones centrales de Gobierno, y entre ellas, la Administración Pública. A este proceso de centralización coadyuvó sin duda el fin de las guerras civiles, que puede ubicarse en 1903. Cesadas las contiendas y revueltas militares, el esfuerzo pudo dirigirse, ahora definitivamente, a la construcción de un Estado nacional, sobre la base de las precarias instituciones que se venían formando durante el siglo XIX. El Estado central asumió distintos cometidos públicos, lo que implicó el esfuerzo de ordenación jurídica de esa actividad. El resultado fue el creciente número de *Leyes administrativas* que comenzó a dictarse desde entonces. Esas Leyes reflejaron un cambio por demás notable: durante el siglo XIX el ciudadano podía prescindir del Estado central, en tanto éste no era una realidad tangible. En el siglo XX, por el contrario, el ciudadano ya no puede prescindir de ese Estado, que pasa a ser, paulatinamente, una realidad presente. Esta realidad se consolida bajo la dictadura de Gómez, con lo cual, a su muerte –Manuel Caballero– “Venezuela era un Estado único y centralizado, y una nación consolidada”¹⁹. La centralización del Estado venezolano alcanzada en esa etapa se apalanca notablemente en la

19 Caballero, Manuel, *Gómez, el tirano liberal*, Alfa, Caracas, 2007, p. 360.

Administración. Al examinarse los hitos alcanzados durante la dictadura de Gómez –centralización de la hacienda pública nacional; consolidación del Ejército Nacional; unificación territorial del país con vías de comunicación, formación de una burocracia centralizada– se observará que todos estos hitos parten de un mismo punto: la Administración Pública Nacional²⁰.

Fue precisamente en este período histórico de formación del Estado nacional en Venezuela –o de consolidación, si se prefiere– cuando se crea la clase de Derecho administrativo como materia autónoma –1909– y cuando aparece el primer texto conocido de Derecho administrativo venezolano, a cargo de Federico Urbano, y publicado en 1910. El segundo texto conocido de Derecho administrativo venezolano también corresponde a esta época: Federico Álvarez Feo, en 1925. No es casualidad que el Derecho administrativo en Venezuela comience a ser desarrollado doctrinariamente en este período: la centralización del Estado nacional se tradujo en un creciente cuerpo de Leyes administrativas, cuyo estudio justificó la creación de la clase y la aparición de los primeros textos, principalmente, formados de la actividad docente de sus autores.

II. ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LOS PRIMEROS TEXTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Siguiendo el informe que dirigiera el Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela al entonces Presidente de la República, General J.V. Gómez, fue creada, mediante Decreto de 4 de enero 1909, la “clase” de Derecho administrativo. La *memoria que presenta el Ministro de Instrucción Pública al Congreso de los Estados Unidos de Venezuela en sus sesiones ordinarias de 1909*, da cuenta de las particularidades de

20 Brewer-Carías, Allan, Brewer-Carías, Allan, *El desarrollo institucional del Estado centralizado en Venezuela (1899–1935) y sus proyecciones contemporáneas*, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1988, pp. 16 y ss.

la creación de esa materia, que integraba la Cátedra de “Derecho Constitucional y Derecho administrativo”, y que se leería en el segundo año de la carrera, bajo la denominación “Derecho administrativo, Código de hacienda, Código de Minas y demás Leyes sueltas é historia del Derecho” La Resolución 274 de 5 de enero de 1909, dictada por el Ministerio de Instrucción Pública, acordó que “por disposición del General Juan Vicente Gómez, Presidente de la República, se crea en la Universidad Central, conforme al Decreto Ejecutivo de fecha de ayer, la cátedra de Derecho Constitucional y Derecho administrativo y se nombra para desempeñarla al ciudadano Doctor Federico Urbano”. En la Universidad de los Andes (según la nómina al 22 de enero de 1909 contenida en la citada *memoria*) se impartía la clase de “Derecho Político y Administrativo”, a cargo del Doctor Marcial Hernández S.²¹.

Es decir, que a pesar de formar una sola cátedra junto con el Derecho Constitucional, su lectura se llevó a cabo de manera independiente, pues su “extensión y utilidad (...) han hecho imposible hasta hoy, que ambas asignaturas puedan leerse en un solo año”. Es por ello que J.M. Hernández-Ron, primer tratadista del Derecho administrativo en Venezuela²², señaló que

21 En especial, de Hernández-Ron, véase “Historia del Derecho administrativo venezolano”, originalmente publicado en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N. 6, Caracas, 1938, pp. 95 y ss. Nuestros comentarios sobre la creación de la clase de Derecho administrativo, en Hernández G., José Ignacio, Hernández G., José Ignacio, “Una mirada al Derecho Administrativo en el centenario de su enseñanza”, en *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009. Tomo I*, Universidad Central de Venezuela, Centro de Estudios de Derecho Público, Funeda, Caracas, 2011, pp. 38 y ss.

22 Los trabajos de Federico Urbano y Federico Álvarez Feo que comentamos en este ensayo, constituyen los primeros textos –conocidos– del Derecho administrativo venezolano, cuyo origen fue básicamente los apuntes de sus clases. El primer *Tratado*, y en realidad, el primer *Libro* –no limitado a los apuntes de clase– del Derecho administrativo venezolano, es el *Tratado de Elemental de Derecho Administrativo*, que en dos volúmenes, fue publicado en 1937. La segunda edición, de 1943, constó de tres volúmenes. Como nuestro objeto es analizar los dos primeros textos del Derecho administrativo venezolano, los comentarios al *Tratado* serán más bien marginales.

“a partir de 1909, se hizo efectiva la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela”. Enseñanza que cumplió cien años en 2009²³.

¿Cuál era la situación del Derecho administrativo en la Venezuela de inicios del siglo XX? Como antes referíamos, el estudio del Derecho administrativo no era más que la lectura de las *Leyes administrativas* que, con mayor frecuencia –e impulsadas luego por el petróleo– incidían en distintos ámbitos del quehacer cotidiano. Se le denominaba a tal clase *Leyes nacionales*, lo que condujo a un pobre desarrollo del Derecho administrativo, fomentado también (lo señala así Hernández-Ron) en la ausencia de una burocracia profesional. En todo caso, la importancia que se le dio al Derecho administrativo en 1909 era la de las citadas Leyes administrativas, a cuya glosa se limitaba su formación universitaria. No obstante, Federico Urbano, primer profesor de la asignatura, advertía en 1910 (con ocasión de las *exposiciones* que sobre el Derecho administrativo publicara en la Revista Universitaria) que “no comprendemos el estudio de las leyes administrativas sin el de los principios que han de ser su base y fundamento, por lo que juzgamos inseparable, á lo menos para el que haya de recibir el grado de Doctor en Ciencias Políticas, el conocimiento de las leyes administrativas, y los principios de la ciencia de la Administración”. Empero, al examinar el *Curso de Derecho administrativo* de Federico Álvarez Feo, editado sobre la base de sus clases, comprobamos que la enseñanza del Derecho administrativo giraba principalmente en torno a las Leyes administrativas,

23 Hernández-Ron, “Historia del Derecho administrativo venezolano”, cit., pp. 95 y ss. Sobre la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela, véase en especial a Araujo-Juárez, José, *Derecho administrativo. Parte general*, Paredes, 2007, pp. 53 y ss., y Villegas, José Luis, “La enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela. En la búsqueda de nuevos métodos y sistemas”, en *Derecho administrativo iberoamericano. Tomo III*, Paredes, Caracas, 2007, pp. 2.517 y ss.

al punto de prestarse atención, por ejemplo, a la recolección y explotación de las plumas de garza²⁴.

Junto a este estudio exegético, el Derecho administrativo se caracterizó por la carencia de textos universitarios. La *Revista Universitaria*, en su número 54 (diciembre de 1911) dio cuenta de esta realidad, a consecuencia de la petición cursada por varios estudiantes de Ciencias Políticas en la cual exhortaron al Ministro de Relaciones Interiores a ordenar la recopilación de un volumen de las “diversas leyes y decretos que forman el Derecho administrativo Venezolano”. La importancia del Derecho administrativo se justificó, de esa manera –glosando las palabras de Carlos F. Grisanti, en la reapertura de clases de la Universidad– en que él resume la legislación dictada para alcanzar “la mayor suma de felicidad”. A la carestía de textos, la *Revista* agregaba la dificultad en encontrar ese cuerpo de Leyes administrativas.

El vacío tardaría en ser llenado. *El Tratado Elemental de Derecho administrativo* de J.M. Hernández-Ron de 1937 (profe-

24 El texto de Derecho administrativo del profesor Federico Urano fue publicado en la *Revista Universidad*, a partir de los números editados desde 1910. Lamentablemente, como comprobó en su momento Hernández-Ron, luego Allan R. Brewer-Carías y, más recientemente, nosotros, estos textos están incompletos, al menos, en la Biblioteca Rojas Astudillo (Caracas). El segundo texto conocido de Derecho administrativo es el del segundo profesor de la Clase, Federico Álvarez Feo, correspondiente a sus clases de las década de los veinte. Brewer-Carías refiere, citando a Hernández-Ron, que estos textos nunca fueron publicados. Hay, en todo caso, una edición mimeografiada que recoge el *Curso de finanzas y leyes de hacienda* y el *Curso de Derecho administrativo* del Profesor Álvarez (Caracas, 1975). Los textos de Federico Urbano y Federico Álvarez Feo, junto al artículo de Hernández-Ron, fueron luego recogidos en el libro *Textos Fundamentales del Derecho Administrativo (Cien años de la creación de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Caracas, 2010, en el cual nos correspondió escribir el estudio introductorio. Un completo análisis comparativo de los programas de Urbano y Álvarez, puede ser visto en Brewer-Carías, Allan, “Una pincelada histórica sobre el sistema de enseñanza del Derecho administrativo”, en *Desafíos del Derecho administrativo contemporáneo*, Tomo I, Paredes, Caracas, 2009, pp.23 y ss.

sor, desde 1931, de la cátedra, entonces denominada *Derecho administrativo y leyes especiales*), constituye la primera obra de sistematización no exegética del Derecho administrativo, en especial, en su primer tomo. Sucedió, así, el presupuesto que V.E. Orlando ha señalado para arraigar el estudio jurídico del Derecho administrativo como sistema. Empero, la llamada parte *especial* del Derecho Administrativa seguía el curso de las Leyes administrativas, como luego haría Tomás Polanco Alcántara en su extraordinario *Derecho administrativo Especial* de 1959²⁵.

1. El Derecho administrativo en Federico Urbano (1910)

El primer texto de Derecho administrativo venezolano, del cual tengamos noticias, corresponde al primer profesor de la asignatura, Federico Urbano, y fue publicado a partir de 1910, es decir, en los comienzos del régimen gomecista, lo que es indicio importante para sostener que la centralización del Estado venezolano es un proceso que inicia en 1899. El proceso de centralización del Estado iniciado con Cipriano Castró llevó a un proceso de organización de ese Estado a través de las Leyes administrativas, cuyo número creció de tal manera que se justificó su estudio sistemático a través de la clase de Derecho administrativo, aun cuando su contenido era tal que –a decir de Urbano-- hubiesen hecho falta dos años para completar su estudio²⁶.

25 Recientemente se ha reimpresso en Venezuela el trabajo del profesor Tomás Polanco Alcántara (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012). El profesor Brewer-Carías realizó, para la ocasión, un estudio de la relevancia de esa obra (pp. IX y ss.).

26 Urbano, Federico, “Exposición de Derecho administrativo venezolano”. Utilizaremos la versión contenida en el libro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ya citado, *Textos fundamentales del Derecho administrativo* (p. 10).

A. La relación Administración-Libertad

Federico Urbano comenzó sus lecciones con unos “prolegómenos”, orientados a establecer los principios básicos del Derecho administrativo. Allí, asoma Urbano una primera aproximación conceptual al objeto del Derecho administrativo²⁷:

“La función primordial del Estado, la que informa su carácter y le distingue de las demás esferas sociales, es la de mantener inalterable el orden del Derecho en el seno de la sociedad; y por ello puede definirse el Estado, como hemos hecho en otras ocasiones: la sociedad organizada para el mantenimiento del orden del derecho en el seno de ella”

Se desprende de tal aproximación una referencia general a la idea de orden público y, de manera correlativa, el reconocimiento del poder del Estado para restringir las libertades de los ciudadanos, precisamente, en defensa de ese orden público. Aquí, el autor alude a las dos escuelas que han analizado las relaciones entre el Estado –actuando en este ámbito como Administración– y el ciudadano: la escuela individualista, que tiende a limitar la acción del Estado, y la escuela socialista, que propende a que el Estado “dirija la acción social en todas las esferas de su actividad: quiere crear la tutela del Estado sobre todas las demás esferas sociales, a fin de hacer de él el motor único de todo el mecanismo de la sociedad”. Urbano se decanta por rechazar la aplicación de la escuela socialista²⁸:

“Siempre hemos estado afiliados a la escuela que tiende a independizar las diferentes esferas de la actividad humana, y hemos pensado y pensamos que el poder social del Estado

27 Urbano, Federico, “Exposición de Derecho administrativo venezolano”, cit., p. 11

28 Urbano, Federico, “Exposición de Derecho administrativo venezolano”, pp. 11 y 12. De esa página se toma la cita que hacemos a continuación, en el texto principal.

no debe tener otra influencia sobre aquellas otras esferas sociales sino la de mantenerlas en la independencia en que nuestra razón las concibe para contribuir a la armónica realización del desenvolvimiento del ser racional”

Formulada esta premisa, Urbano resume una máxima que sintetiza muy bien la esencia del régimen republicano que inspiró la construcción de la República Liberal en Venezuela, en el siglo XIX:

“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”

La sociedad es concebida por Urbano como una organización libre y preexistente al Estado, que condiciona –bajo el régimen representativo– al Gobierno. Ciertamente, el autor alude a “sociedad”, pero la expresión debe entenderse referida al concepto ya tratado de Estado, es decir, la “sociedad organizada”. Luego, el sentido general de la expresión comentada es que el Estado, al realizar el poder administrativo, debe orientarse al individuo, lo que no niega la relevancia de ese poder administrativo como medio de coacción para la realización de los fines esenciales del Estado. Ese poder administrativo, de tal manera, emana “inmediatamente de la naturaleza del Estado y éste no puede dejar de ejercerla para llenar los fines de su existencia”.

B. Derecho administrativo, relaciones con los ciudadanos y Derecho civil

El Estado entra en relaciones con los ciudadanos para la consecución de sus fines, tal y como resume Urbano. Hay servicios –explica Urbano– cuya trascendencia para el bienestar y los intereses de la comunidad obligan al Estado a intervenir para procurar su dirección y “hacer efectivas las obligaciones que de ellos tienen que nacer”. Tales servicios (entre los cuales se enumera la apertura, conservación y vigilancia de las vías

de comunicación, salubridad pública e instrucción pública, entre otras) dan lugar a relaciones jurídicas que no pueden confundirse “con las que la naturaleza establece entre estos y que garantiza el Derecho Civil y están bajo la salvaguardia del poder judicial”.

Las relaciones jurídicas regidas por el Derecho Civil existen, así, entre los ciudadanos, pero también entre los ciudadanos y el Estado, de forma tal que esas relaciones quedan gobernadas por el Derecho Civil y tuteladas por el Poder Judicial²⁹. Pero hay casos en los cuales el Estado actúa como “representante de la comunidad para servir y promover los intereses de ésta”, lo que da lugar a relaciones regidas por el Derecho Penal o Constitucional, pero también a relaciones en las cuales el Estado extiende su acción “un poco más allá de la protección a los derechos de los particulares y ve por la garantía de los intereses de la comunidad: promueve el bienestar general y atiende a satisfacer necesidades de la colectividad a que no puede atender el interés individual”. Estas relaciones, precisamente, son las que se encuentran regidas por el Derecho administrativo.

C. La definición de Derecho administrativo

Llegado a este punto, Federico Urbano formula la que podría ser la primera definición de Derecho administrativo venezolano³⁰:

29 De acuerdo con Urbano, el Estado “considerado como persona jurídica puede hallarse ligado con los ciudadanos por vínculos civiles”, por ejemplo, cuando celebra un contrato de obras que da lugar a relaciones puramente civiles “como si (se) hubiese celebrado entre dos ciudadanos; de suerte tal que así el Gobierno, representante del Estado, como el ciudadano contratista deberían ocurrir a los funcionarios judiciales competentes cuando se quisiese hacer efectivo el cumplimiento de las condiciones de ese contrato” (“Exposición de Derecho administrativo venezolano”, p. 13). Preciso es retener esta frase, para contrastarla con lo que luego señala el autor al definir el Derecho administrativo.

30 “Exposición de Derecho administrativo venezolano”, pp. 13-14.

“La rama del derecho público que fija las reglas que han de guiar al Estado en la realización de los principios de Derecho Público; y las relaciones del Estado y de los ciudadanos, en todo lo que se dirige a proveer el bien de la comunidad”.

La definición de Urbano se basa en otras tantas definiciones extraídas de “un autor español de Derecho administrativo, que ha tenido la paciencia de reunir las”. Así, se cita a Abella, Batbie, Colmeiro, Cuesta, Diedonné, Ducroq, Faucart, Laferriere, Laserna, Macarel, Manna, Mellado, Merucci, Posada Herrera, “Santa María”, Serrigny, Trolley y Vico³¹.

En el estudio de tal Derecho, Urbano diferencia a los principios de legislación –que comprenden la “Ciencia de la Administración”– de la legislación positiva – el “Derecho administrativo”. Aclara sin embargo que, aun cuando el estudio se centra en la legislación positiva (las *Leyes administrativas*) es preciso tomar en cuenta los principios de legislación, cuyo estudio es necesario para “hacer comprender” el sentido de las *Leyes administrativas* y facilitar su aplicación.

D. La materia de Derecho administrativo

El concepto de Derecho Administrativo aportado por Urbano es claramente descriptivo, y parte de considerar que el Estado –a través de la Administración– puede actuar bajo normas de Derecho Civil o bajo normas de Derecho Público, las cuales sólo aplicarán cuando la Administración actúe para proveer el bien de la comunidad. Al desarrollar este concepto, Urbano vuelve sobre la relación entre la Administración y la

31 Al respecto, opina Hernández-Ron que “sin duda, una de las fuentes de información del Profesor Urbano fue el *Tratado Elemental de Derecho Administrativo* por el doctor Fernando Mellado, autor español, Catedrático de la Universidad de Madrid hacia fines del siglo pasado, pues este texto contiene casi todas las definiciones que aquél transcribe” (“Historia del Derecho administrativo venezolano”, en *Textos Fundamentales del Derecho Administrativo (Cien años de la creación de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela)*, cit., p. 62).

libertad general del ciudadano, para apuntar que de acuerdo a la Constitución, las relaciones de los ciudadanos con el Estado parten del régimen representativo, que permite a los ciudadanos “participar” en la formación del poder de acuerdo con el marco de garantías establecidos en la propia Constitución a través del reconocimiento de los derechos políticos y civiles. Sin embargo, es indispensable que el Estado, al entrar en relación con los ciudadanos, limite tales derechos civiles y políticos, con lo cual –para Urbano– se precisa fijar los límites y condiciones bajo los cuales tales derechos pueden ser reclamados y atendidos.

Para Federico Urbano, la garantía de los derechos políticos y civiles del ciudadano, en el régimen representativo, es la materia del Derecho administrativo, o sea, la “acción del Poder Público tendente a garantizar o hacer efectivos los derechos de cada uno de los ciudadanos, garantizados por la Carta Fundamental”. La intervención del Estado se justifica ante la necesidad de satisfacer ciertas necesidades del ciudadano que “difícilmente” podrían ser atendidas por el “interés privado, ya porque los elementos que para ello serían necesarios no están al alcance de las individualidades, ya porque la concurrencia de esas necesidades engendraría choque entre intereses particulares que harían imposibles la satisfacción de aquellas”. Urbano coloca algunos ejemplos de tales necesidades, así, el sufragio, la protección de la inviolabilidad del hogar, la creación de institutos benéficos y la garantía del orden. De ese listo extrae Urbano la siguiente conclusión³²:

“(...) la materia del Derecho Administrativo, es todo lo que contribuya a hacer eficaces los derechos políticos de los ciu-

32 “Exposición de Derecho administrativo venezolano”, p. 19. Este concepto de Urbano, a decir de Hernández-Ron, fue tomado de Mellado, para quien el Derecho administrativo se orienta a la satisfacción de las necesidades colectivas en el cumplimiento de los fines sociales y en la vida externa y de relación del Derecho Público. Vid. “Historia del Derecho administrativo venezolano”, cit, p. 63.

dadanos y a satisfacer aquellas necesidades que se originan de la acción colectiva o del desenvolvimiento de las fuerzas sociales, y que es necesario para la realización del fin racional del Estado”.

Es relevante destacar cómo en este trabajo, la Administración aparece configurada en atención al servicio al ciudadano y, en concreto, al servicio a sus derechos fundamentales³³. Urbano señala, en este punto, dos límites al Derecho administrativo, es decir, a la intervención del Estado orientada a asegurar la satisfacción de tales necesidades:

- En *primer lugar*, Urbano acota que las relaciones entre ciudadanos deben quedar gobernadas por el Derecho Civil bajo el amparo del Poder Judicial, mientras que las relaciones del ciudadano frente al Estado “como representante de la colectividad”, para la realización de “los fines racionales del Estado”, han de quedar regidas por el Derecho administrativo.
- En *segundo lugar*, la actividad que asume la Administración puede ser traspasada a los ciudadanos, cuando éstos adquieran la capacidad para su gestión. Para Urbano, el desenvolvimiento de las fuerzas sociales “la difusión de las luces, el desarrollo de la riqueza pública pueden ir dando por resultado que la iniciativa individual y la acción privada invadan el campo de la acción administrativa, asumiendo la dirección que hasta hoy está bajo la tutela y dirección del Estado”. Coloca como ejemplo la instrucción pública, en la cual la actividad del Estado se ha reducido a la “supervigilancia”.

33 Urbano sostiene que el objeto del Derecho administrativo es “garantizar al ciudadano el ejercicio de los derechos” que el Derecho Público le otorga, así como “promover y ejecutar cuanto se juzgue necesario para la realización del bien social” (p. 21).

Esta última aseveración derivó en una crítica de Hernández-Ron, para quien la evolución del Derecho administrativo (“a medida que la teoría socialista ha ido tomando posiciones cada vez más expectantes”) ha mostrado la intervención del Estado “intensamente”, como sería el caso de la educación. Hay un dato que debe retenerse: el tiempo que media entre la obra de Urbano (1910) y la de Hernández-Ron (1938) ya había marcado una profunda transformación en la Administración Pública, a favor de una mayor intervención³⁴.

E. Las características de la buena Administración

Configurada la materia del Derecho administrativo, en los términos señalados, Urbano señala cuáles deben ser las características que ha de reunir la Administración. A tal fin, acota en primer lugar la relevancia del principio de legalidad: la Ley es la primera fuente de Derecho administrativo, y junto a ella, el Reglamento puede también cumplir una función normativa “sin alterar la sustancia de la disposición legal y sin lesionar los derechos que ella otorga o garantiza”³⁵.

En segundo lugar, Urbano señala como características necesarias de la “buena Administración” la unidad y la descentralización. La unidad es entendida como jerarquía: la Administración debe operar a través de cargos con tareas propias y jerárquicamente distribuidas. Esa unidad “hace más eficaz y expedita la acción administrativa y da más garantía a los gobernados respecto a la eficacia y seguridad de sus derechos”. La descentralización, por su parte, se opone a la centralización, considerada como contraria a la buena Administración³⁶.

34 En su *Tratado*, Hernández-Ron examina en detalle la evolución del Derecho administrativo desde la doctrina individualista hasta la doctrina intervencionista (Tomo I, pp. 167 y ss.).

35 “Exposición de Derecho administrativo venezolano”, p. 20.

36 Llama la atención la crítica que hace Urbano a la centralización, pues ésta será uno de los principios centrales del Gobierno que, desde 1899, comenzó a desarrollarse en Venezuela, y que para el momento en el cual Urbano escribe su Exposición, ya se había manifestado.

En tercer lugar, Urbano estudia a la Administración a través de la separación de poderes, pero cuidándose de no equiparar Administración a Poder Ejecutivo. Si bien ambos se “confunden con frecuencia”, es necesario mantenerlos diferenciados pues el Poder Ejecutivo ejerce funciones de “otro linaje” (parece referirse aquí a la actividad de Gobierno), lo que justifica su denominación como “Poder Ejecutivo” y no “Poder Administrativo”³⁷.

2. El Derecho administrativo en Federico Álvarez-Feo (1925)

Federico Urbano regentó la clase de Derecho administrativo hasta 1916, cuando la Universidad Central de Venezuela fue cerrada. Desde entonces, el estudio del Derecho administrativo se redujo a la Escuela de Ciencias Políticas y a las Universidades en ciudades del interior (Mérida, Trujillo, San Cristóbal y Valencia). Si bien no se conocen textos de Derecho administrativo en este período, Hernández-Ron efectuó el estudio de la “Sinopsis de conocimientos requeridos para optar al Certificado Oficial de Suficiencia correspondiente al Título de Abogado”, redactado por la Comisión Nacional de Ciencias Políticas. Esa “Sinopsis”, que describía el contenido temático necesario para la obtención del Certificado, fue dictada en 1915 y modificada en 1917. Dentro de su contenido se encuentran los temas correspondientes a Derecho administrativo, y que reflejan bien cuál era la visión académica que de esa disciplina se tenía. Para Hernández-Ron, en esa Sinopsis se aprecia la influencia de Berthélemy en cuanto a la distinción de los servicios públicos esenciales y facultativos. En todo

37 No entendemos, por ello, la observación que formula Hernández-Ron, en el sentido que predomina en Urbano la tesis que centra el Derecho administrativo en el Poder Ejecutivo, lo que es una “orientación nacida en Francia”, citando Hernández-Ron a Berthélemy. En realidad, Urbano no limita el Derecho administrativo al Poder Ejecutivo, sino que por el contrario, distingue la Administración de ese Poder Ejecutivo, en tanto ése engloba también al Gobierno (“Historia del Derecho administrativo venezolano”, cit., p. 64).

caso, el contenido fue principalmente exegético, llevado por las cada vez más crecientes Leyes administrativas, lo que dotó a esa Sinopsis de un contenido más bien desordenado, carente de cualquier sistematización³⁸.

La Universidad Central de Venezuela fue reabierta en 1922, regentando la Cátedra –llamada *Derecho administrativo y Leyes especiales*– Federico Alvarez Feo, quien llegó a publicar las notas de sus clases, en lo que constituye, por ello, el segundo texto de Derecho administrativo conocido en Venezuela³⁹. A diferencia del trabajo de Urbano, se trata de un texto en el cual se intercalan esquemas de los temas con algún desarrollo más pausado, muy especialmente, en los comentarios de las muchas Leyes administrativas que allí se citan. Ello en parte era consecuencia del propio contenido de la Cátedra, que como su nombre lo indicaba, daba preferencia al estudio exegético de las Leyes administrativas, que ya para 1925 habían alcanzado un número notable, como resultado del progresivo proceso de centralización del Estado nacional.

Una posible explicación de ello es que la importancia primera dada a la Cátedra no era el estudio dogmático del Derecho administrativo, sino el estudio de las muy diversas y numerosas Leyes administrativas, cuya dispersión dificultaba su difusión entre los estudiantes de Derecho⁴⁰.

38 Hernández-Ron es muy crítico con la Sinopsis de 1915, en la cual señala que hay “una mezcolanza de divisiones; reveladora de gran confusión, y de aquí su heterogeneidad”. Respecto a la Sinopsis de 1971, acota Hernández-Ron que en ella, se recomendaba la lectura de Berthélemy, Hauriou y Bonnard (“Historia del Derecho administrativo venezolano”, p. 71). Véase en sentido similar a Brewer-Carías, Allan, “Una pincelada histórica sobre el sistema de enseñanza del Derecho administrativo”, cit., pp. 23 y ss.

39 Hernández-Ron señaló cómo fue confeccionado un “Cuaderno” con los apuntes de las clases de Federico Urbano, el cual no llegó sin embargo a publicarse. La primera publicación en Venezuela, por lo tanto, fue realizada en la obra ya comentada, *Textos fundamentales del Derecho administrativo*, pp. 85 y ss., intitulada “Curso de Derecho administrativo”.

40 Una queja que se había formulado mucho antes, apuntaba precisamente a la dificultad de estudiar las Leyes administrativas, incluso, para deter-

A. El contenido de la actividad administrativa de acuerdo a la distinción entre servicios facultativos y esenciales

Para abordar el análisis de las Leyes administrativas, Álvarez Feo adopta la ya comentada distinción entre servicios facultativos y esenciales, que si bien se inspira en Berthélemy, se separa sin embargo en algunos detalles⁴¹. Esto llevó al autor a realizar un detallado estudio de las Leyes administrativas que conforman cada uno de estos servicios, con lo cual, la obra de Álvarez Feo aparece más centrada en la parte especial del Derecho administrativo que en la parte general.

Otro indicio del nivel de detalle de las Leyes administrativas analizadas por Álvarez Feo, es la distinción realizada entre la policía general y la policía especial. El concepto de policía se asume a partir del orden público, pero siempre subordinado a la Ley penal. A tal fin, entiende que la protección del orden público supone una función preventiva y otra función represiva, pero advierte que tal función represiva –el castigo impuesto por las infracciones cometidas– debe estar a cargo del juez penal y no de la Administración⁴².

minar cuáles estaban vigentes. A ello hace referencia Hernández-Ron en “Historia del Derecho administrativo venezolano”, cit., pp. 51 y ss.

41 Básicamente, pues Álvarez Feo incluye dentro de servicios facultativos servicios que Berthélemy considera esenciales y viceversa. Vid. Hernández-Ron, “Historia del Derecho administrativo venezolano”, cit., pp. 73 y ss. Un ejemplo muy notable queremos extraer: mientras Berthélemy califica como facultativo el “servicio” de gestión de bienes patrimoniales, Álvarez Feo lo cataloga como esencial, abarcando el aprovechamiento de los hidrocarburos. No es de extrañar que, con tal calificación, quiso realzarse la importancia estratégica que ya para 1925 tenían los hidrocarburos en la economía venezolana. En otros puntos, Hernández-Ron observa la influencia de Santamaría de Paredes, así, en las subdivisiones de los servicios administrativos facultativos.

42 “Curso de Derecho administrativo”, pp. 200 y ss. No avanza el autor cuál es el contenido de la función represiva, pero pareciera estar refiriéndose a la imposición de penas privativas de libertad, dado que las Leyes administrativas por él estudiadas sí contenían medidas represivas a cargo de la

Para el autor, el servicio de policía es “aquel que tiene por misión: impedir o hacer cesar por medio de la fuerza las trasgresiones a la ley penal y auxiliar a la administración de justicia para descubrir los culpables y comprobar el cuerpo de los delitos”. Hay, así, Administraciones que tienen su propia policía -lo que sería la “policía especial”- y cuerpos que operan con la “policía general”.

B. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

Como sea que la obra de Álvarez Feo intercaló partes esquemáticas con desarrollos conceptuales, ciertos temas aparecen tratados en un tono más dogmático. Sucede así de manera especial con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Se explica cómo en un principio se partió de la irresponsabilidad de la Administración, para luego afirmarse la tesis contraria. En tal sentido, el Estado puede ser responsable por los daños causados a los ciudadanos, en su actividad legislativa y judicial, pero también por la actividad del Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo, por ende, puede incurrir en responsabilidad civil, salvo cuando dicte un Reglamento, caso en el cual la responsabilidad queda supeditada a la inconstitucionalidad de tal norma. Se llega incluso a asomar la diferencia entre la falta imputable al Poder Ejecutivo y la falta atribuible al funcionario público⁴³.

Administración, distintas a la privación de libertad. Por ejemplo, la destrucción de la propiedad privada por razones sanitarias (p. 225).

43 “Curso de Derecho administrativo”, cit., pp. 103 y ss. Muy notable es el análisis de las sentencias de la Corte Federal y de Casación, referidas a demandas intentadas por quien fue Presidente, Ciprino Castro, y que precisamente distinguen entre la responsabilidad atribuida al Poder Ejecutivo y la responsabilidad atribuida al funcionario (pp. 108 y ss.).

C. Los servicios facultativos de carácter económico: la intervención administrativa y el liberalismo

Al momento de estudiar los “servicios públicos facultativos”, Álvarez Feo analiza la intervención del Estado en el transporte de personas. Comienza señalando que hay dos escuelas que abordan el estudio de la intervención administrativa en la economía: la escuela individualista, que defienden que el Estado debe abstenerse de toda intervención, y la escuela intervencionista, que acepta la intervención pública, en especial, en materia de ferrocarril. Luego, señala que “en la práctica ha triunfado en todas partes de manera absoluta la doctrina intervencionista”. En Venezuela, en todo caso, la intervención administrativa en materia de transporte, concretamente ferrocarriles, de acuerdo a las Leyes que estudió Álvarez Feo, se realizó por medio de concesiones⁴⁴.

No puede apreciarse una objeción por parte de Álvarez Feo a la intervención administrativa en los sectores económicos por él estudiados, como es el caso de correos, telégrafos y telecomunicaciones. Por el contrario, tal intervención es justificada por el carácter estratégico de la actividad o por la mayor capacidad de la Administración para asumir su gestión. Esto marca un cambio importante con la posición de Urbano, quien postulaba una actividad administrativa basada en la menor intervención como resguardo a la libertad. Nuevamente, la distancia entre uno y otro texto acredita la evolución de la actividad administrativa, que pasó de una actividad típicamente abstencionista a una actividad de mayor intervención, como consecuencia del –entonces– incipiente efecto del petróleo en la economía venezolana.

44 “Curso de Derecho administrativo”, pp. 295 y ss. Como bien recuerda el autor, en Venezuela, las concesiones de ferrocarriles durante las últimas décadas del siglo XIX, tuvieron un peso importante, en especial, ante el cometido del Estado consistente en fomentar la construcción de ferrocarriles bajo el sistema de concesión. Apunta cómo, inicialmente, el objetivo fue la explotación de tal actividad mediante la gestión directa del Estado, intento que al fracasar, dio paso al sistema de concesiones.

3. Recapitulación: los rasgos iniciales del Derecho administrativo venezolano en la primera doctrina

La publicación del primer texto –conocido– de Derecho administrativo venezolano es ciertamente tardío: 1910⁴⁵. Hernández-Ron explica esta tardanza no sólo en la deficiencia general de los estudios académicos en Venezuela, sino en especial, por las particularidades del medio venezolano, poco propenso (escribe el autor en 1938) a la formación del funcionario público y al respeto a la legalidad administrativa⁴⁶.

Lo cierto es que los primeros textos del Derecho administrativo abordaron el estudio de esta disciplina no desde la perspectiva de la llamada *parte general*, sino desde la *parte especial*. En ello, creemos, influyó el crecimiento de las Leyes administrativas a un ritmo que justificó el esfuerzo de resumir, en un orden temático, que no sistemático, sus principios fundamentales.

Así, en los dos primeros textos de Derecho administrativo venezolano, de los profesores Federico Urbano y Federico Álvarez Feo, se aborda el Derecho administrativo venezolano en dos momentos distintos (1910 y 1925), pero con un punto en común: la relevancia dada al estudio de las Leyes administrativas, cuyo número creciente justificó la creación de la clase de Derecho administrativo en 1909. El nivel de detalle de tales

45 Sin pretensión de exhaustividad, cabe acotar que ya mucho antes de esa fecha, en otros países se habían publicado textos de Derecho administrativo. En el caso de la América española, vid. Matilla Correa, Andry, *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho administrativo en Cuba*, Universidad Carlos III de Madrid, 2011. Allí comenta el texto *Breve tratado de Derecho Administrativo español general del reino y especial de la isla de Cuba*, de 1847, de José María Morilla. Especialmente, en las páginas 316 y siguientes, Matilla pasa revista de las primeras obras en la América Española en el siglo XIX.

46 "Historia del Derecho administrativo venezolano", cit., pp. 47 y ss. Cita el autor el trabajo de Brice, Ángel Francisco, "Lección inaugural de la Cátedra de Derecho administrativo y Leyes especiales en la escuela de Ciencias Políticas en Maracaibo", en *Revista del Colegio de Abogados del Zulia*, N° 80, 1937.

Leyes, apreciable muy en especial en la obra de Álvarez Feo, es índice relevador de los cambios que comenzaron a darse en el Estado venezolano a partir de 1899, orientados a la centralización del Estado nacional y, como consecuencia, la consolidación de una Administración centralizada, en el marco de los regímenes autocráticos de Cipriano Castro (1899-1908) y Juan Vicente Gómez (1908-1935).

El grado de detalle de las Leyes administrativas demuestra también la intensidad de la intervención administrativa, la cual en todo caso fue creciente, lo que se evidencia en la diferente perspectiva desde la cual asumen el estudio de tales Leyes los dos autores comentados. Federico Urbano se inclinó por la escuela individualista, rechazando la tutela del Estado y proponiendo, por ello, el traspaso de servicios atendidos por la Administración a la iniciativa privada. Quince años después Federico Álvarez Feo asumirá una posición distinta: no cuestiona la intervención administrativa en la economía, la cual por el contrario llega a justificar. En los comentarios que a estas dos obras realiza años después (1938) J.M. Hernández-Ron, la tendencia fue la crítica a la postura de Urbano y la recepción de la visión de Álvarez Feo.

Precisamente por ese enfoque, la definición del Derecho administrativo (en especial, en la obra de Álvarez Feo) no se hace a partir de un “régimen exorbitante”, ni tampoco se caracteriza al Derecho administrativo como un Derecho especial. El enfoque es más bien descriptivo: el Derecho administrativo estudia la actividad orientada al servicio a los ciudadanos, en especial, a sus derechos fundamentales. Recuerda este enfoque el concepto que, tiempo después, será asumido por la doctrina italiana: la Administración se encarga de la gestión concreta del interés público⁴⁷. La “realización” de los fines del Estado a través de relaciones entre el ciudadano y la Administración se manifestó, como lo hemos señalado, en un número creciente de

47 Por ejemplo, Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, primer volumen, octava edición, Giuffrè, Milano, 1958, 1 y ss.

Leyes administrativas. Esto permite, cuando menos, matizar la afirmación que hiciera Hernández-Ron, en cuanto al escaso peso que tuvo el principio de legalidad, como causa determinante del atraso en el estudio del Derecho administrativo⁴⁸.

Es importante advertir que la referencia al principio de legalidad, en el período comprendido entre 1899 y 1935 (dentro del cual se inscriben las dos obras comentadas) tiene un claro sentido utilitario, dado que el carácter autocrático de esos regímenes impedía considerar la existencia de un principio de legalidad en el sentido democrático que esa expresión tiene. Salvando esta cuestión, es innegable no sólo el peso que la Ley tuvo en este período (en concreto, la Ley administrativa), sino el cuidado puesto no sólo en la elaboración de esas Leyes sino en su recopilación⁴⁹. Por ello, salvo las áreas de interés propias del Gobierno (en especial, de Juan Vicente Gómez), rigió en Venezuela un Estado de Derecho pero entendido como “Estado de legalidad”, es decir, la ordenación de la actividad de la Administración por la Ley, no como límite de su actividad en defensa y protección de la libertad –algo impensable en un régimen no democrático– sino más bien como criterio ordenador de esa actividad, en un claro propósito de racionalizar la actividad administrativa.

Que el contenido de las primeras obras comentadas no haya dado especial interés al desarrollo de la parte general, sin embargo, no impide considerar la influencia que esas obras tuvieron en el primer estudio sistemático de nuestra disciplina (el *Tratado elemental* de Hernández-Ron, de 1937), el cual influyó a su vez otra obra fundamental en el Derecho administrativo venezolano: el *Derecho administrativo especial* de Tomás Polanco Alcántara (1959), que sigue precisamente el estudio temático de las Leyes administrativas. La completa sistema-

48 “Historia del Derecho administrativo venezolano”, cit., pp. 47 y ss.

49 Recuerda Hernández-Ron cómo en 1913 se ordena la publicación del índice de Leyes vigentes. “Historia del Derecho administrativo venezolano”, cit., p. 52.

tización del Derecho administrativo venezolano sólo llegaría tiempo después, bajo la rectoría de Antonio Moles Caubet, que creó en la Universidad Central de Venezuela un seminario de Derecho Público que luego daría lugar al Instituto de Derecho Público. De las aulas del Instituto saldrían los dos textos que, culminados en 1963, marcarán el inicio del estudio sistemático del Derecho administrativo venezolano, de acuerdo a los parámetros del régimen administrativo francés: el *Manual de Derecho Administrativo* de Eloy Lares Martínez (quien sucedió en la cátedra a Hernández-Ron) y *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana* de Allan R. Brewer-Carías⁵⁰.

50 Sobre la influencia del Instituto de Derecho Público, véase, de Allan R. Brewer-Carías, "Perspectiva histórica sobre el Instituto de Derecho Público y el Derecho administrativo y su rol en la enseñanza universitaria en Venezuela", en *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009. Tomo I*, cit., pp. 11 y ss. Véase igualmente la obra conmemorativa al cincuentenario de ese texto, [completar].

COLABORACIÓN
ESTUDIANTEL

LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES COMO MEDIDAS DE EFECTOS EQUIVALENTES A UNA EXPROPIACIÓN

Andrés E. Hobaica

Estudiante de Derecho

Resumen: *El ejercicio de cláusulas exorbitantes en la ejecución de un contrato administrativo puede resultar en perjuicios patrimoniales al contratista. De acuerdo al Derecho Internacional de Protección de Inversiones, se pudiese considerar que el perjuicio económico ocasionado al contratista privado como consecuencia del ejercicio de estas cláusulas como una medida de efectos equivalentes a una expropiación.*

Palabras clave: *Palabras clave: contrato administrativo, cláusulas exorbitantes, expropiaciones, Derecho Internacional de Protección de Inversiones*

Abstract: *The application of "exorbitant clauses" during the performance of an "administrative contract" may derive in financial damages to the private contracting party. Therefore, when the exercise of these powers by the Public Administration results in damages to the rights held by the private contracting party, these actions, under International Investment Law, can be considered as a measure tantamount to expropriation.*

Key words: *administrative contracts, exorbitant clauses, expropriation, International Investment Law.*

Recibido: 2 de diciembre de 2015 Aceptado: 4 de enero de 2016

SUMARIO

Introducción: las cláusulas exorbitantes y propiedad privada

I. El contrato administrativo: nociones básicas

y evolución histórica

II. La expropiación forzosa

III. El ejercicio las cláusulas exorbitantes como medida
de efectos equivalentes a una expropiación

IV. A modo de conclusión: sobre la buena administración
y el contrato administrativo

INTRODUCCIÓN:

LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES Y PROPIEDAD PRIVADA

El Derecho administrativo fue concebido como la rama del Derecho (público) encargada de regular el funcionamiento de la Administración Pública. Siendo el Derecho una institución creada en garantía de la libertad (y demás derechos fundamentales de los ciudadanos), el Derecho administrativo vendría a regular a la Administración Pública de manera que su actividad no interfiera, o que la interferencia sea lo menos lesiva, con los derechos de sus administrados, superando así a las viejas doctrinas estatistas del Derecho administrativo (especialmente francés), en las cuales la actividad administrativa desplegada era predominantemente de limitación, enfocada en las prerrogativas y potestades exorbitantes del Derecho común (*i.e.*, teoría del acto administrativo), siendo el centro del Derecho administrativo el poder. Tras el fracaso del comunismo en la Unión Soviética, la caída del muro de Berlín, se fueron superando estas concepciones estatistas de la actividad administrativa y hubo un auge de nuevas técnicas de satisfacción del interés general (*i.e.*, actividad administrativa prestacional). Cada vez la actividad administrativa se fue desligando de su carácter coactivo y unilateral, a favor de una concepción mucho más liberal, es decir, menos coactiva y con tendencias de bilateralidad, centrada ahora en los derechos de los particulares.

Así como la actividad administrativa de policía, o de limitación, se manifestaba principalmente a través del acto administrativo, esta actividad administrativa prestacional se manifiesta predominantemente a través del contrato. De esta manera, la Administración ya no se impondrá ante los ciudadanos para la satisfacción del interés general, sino que cooperará con ellos para lograr determinados fines económicos. Sin embargo, como la Administración Pública no es un actor común y corriente en el mercado, sino que más bien se trata de un actor sujeto a un régimen jurídico *especial* (*potentior personae*), la manera en que se relaciona con los particulares contractualmente tiene ciertas particularidades. Estas particularidades tienen que ver principalmente con (i) el proceso de formación de la voluntad/consentimiento para la celebración del contrato (*i.e.* licitación) y (ii) las formas de creación, modificación o terminación (unilateral) de las relaciones jurídicas que surgen a partir de estos contratos administrativos.

Son justamente los mecanismos jurídicos por medio de los cuales la Administración puede crear, modificar o terminar unilateralmente un contrato los que nos interesa estudiar en este trabajo: las llamadas *cláusulas exorbitantes*. Pues esas cláusulas exorbitantes, que le conceden potestades unilaterales y coactivas a la Administración, serían nulas al estar presentes en cualquier relación contractual entre privados. De esta manera, nos encontramos con una especie de contradicción, pues tenemos un tipo de actividad administrativa no coactiva y bilateral, cuyo *desiderátum* es minimizar los efectos lesivos de dicha actividad sobre los derechos de los individuos, y en el marco de la misma, se le conceden una serie de prerrogativas coactivas y unilaterales a la Administración, que van en contra de la propia naturaleza y propósito de la actividad administrativa prestacional.

Las cláusulas exorbitantes son un remanente de una concepción del Derecho administrativo ya superada, de una visión estatista que demostró ser poco eficiente. Aun cuando

estas cláusulas cuenten con fundamento legal expreso, desnaturalizan la relación contractual entre la Administración y el ciudadano co-contratante. Adicionalmente, configuran un menoscabo al patrimonio (derecho de propiedad) de dicho ciudadano, pues como veremos más adelante, los derechos contractuales (*derechos de crédito*) tienen valoración económica y son susceptibles de apropiación. Aun cuando cumplan con el ordenamiento jurídico-administrativo doméstico, estas cláusulas pueden configurar violaciones de acuerdo a lo establecido por el Derecho Internacional Público (*i.e.*, costumbre internacional, Derecho Internacional de Protección de Inversiones/*International Investment Law*) y Tratados Internacionales suscritos por la República (*v.g.*, Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones), y peor aún, a la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De acuerdo a lo anterior, cuando la Administración Pública hace ejercicio de estas cláusulas exorbitantes, además de desnaturalizar la relación jurídico-contractual de la que forma parte, podría incurrir en un supuesto de *medida de efectos equivalentes a una expropiación*. El propósito de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (BITs) es justamente proporcionar estabilidad a las relaciones económicas, evitando que el inversionista¹ se encuentre sujeto al ordenamiento jurídico-administrativo doméstico que pueda menoscabar el desarrollo y rentabilidad de su inversión. Además de analizar esta perspectiva, en este trabajo también estudiaremos brevemente este intento de *uniformizar* el Derecho administrativo, mediante este conjunto de BITs, que conforman el Derecho Internacional de Protección de Inversiones/*International Invest-*

1 Sin embargo en Venezuela, bajo la vigencia de la derogada Ley de Promoción y Protección de Inversiones, se le proporcionaba a inversionistas nacionales y extranjeros, por igual, las mismas garantías de estabilidad y disfrute de las inversiones, sin necesidad de un BIT.

ment Law o como lo han llamado otros autores, el Derecho Administrativo Global².

I. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO: NOCIONES BÁSICAS Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Cuando hablamos de contratos suscritos por la Administración, estamos ante un concepto *ambiguo*³, pues nos estamos refiriendo a dos tipos de contratos: (i) aquéllos en los cuales la Administración no tiene como finalidad el *servicio público* sino la gestión interna y la gerencia del ente/órgano administrativo, valiéndose del Derecho privado: denominados *contratos de la administración*; y (ii) los *contratos administrativos* propiamente dichos, en los que la Administración vela por el interés general y se vale de un régimen exorbitante derogatorio del Derecho común. A lo largo de este trabajo nos enfocaremos en el segundo tipo de contratos administrativos, suscritos por la Administración.

Este régimen exorbitante del Derecho común tiene su origen en la Revolución francesa, donde una disidencia revolucionaria creó una jurisdicción para tratar escapar de la jurisdicción ordinaria que estaba en manos de la nobleza ex-absolutista. Se

2 Muci Borjas, José Antonio; *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 2007.

3 Cuando nos establecemos una palabra como vaga, nos referimos a que *no tiene límites de aplicación precisos*, es decir, su aplicación no puede limitarse únicamente a su *significado semántico* (valga la redundancia) pues no hay pluralidad de significados (o de criterios de aplicación), hay que recurrir a su significado *pragmático*, es decir, de acuerdo al contexto en que fue empleada. Cuando decimos que una palabra es *ambigua*, por el otro lado, nos referimos a que dicha palabra tiene *pluralidad de criterios de aplicación* o de significados, donde el significado de la palabra no está completamente en función del contexto en que aparecen y de la situación humana en que son usadas, sino que hay que atender necesariamente al significado (*semántico*) de la palabra en concreto: Cfr. Carrió, Genaro; *Notas sobre Derecho y lenguaje*; 4ta Edición, Astrea; Buenos Aires 1990; pp. 28-33.

trata de la creación de una jurisdicción “paralela”, que será la designada para someter a la Administración al Derecho, dentro del seno del propio poder ejecutivo: *la Administración sólo podrá ser juzgada por la misma Administración*, pues se consideraba que “juzgar a la Administración sigue siendo administrar (*Juger l'Administration c'est encore administrer*)”⁴, produciéndose un quiebre al principio de separación de poderes, uno de los ejes de la propia Revolución francesa.

Adicionalmente, esta novedosa *Administración* se hace titular de una serie de privilegios y prerrogativas, marcando un precedente que identificará a la Administración Pública hasta nuestros días, caracterizada por ser un ente que desenvuelve en un régimen jurídico *exorbitante del Derecho común*.

Estas teorías se consolidan con la aparición del *Arret Blanche* del Tribunal de Conflictos francés a finales del siglo XIX, estableciendo que todo lo relativo a servicios públicos se somete al Derecho público, aun cuando se utilice como vehículo un contrato⁵. A lo largo del siglo XIX, más y más decisiones de la jurisdicción administrativa francesa siguen esta línea argumentativa, como el célebre *Arret Terrier*, que consolida esta idea de “contrato administrativo” y su exclusión de la aplicación del Derecho común; siempre y cuando se tenga por finalidad el servicio público, exceptuando aquellos casos donde actúe como un particular, pues allí sí le resultará aplicable el Derecho civil. Nace así la distinción de “contratos administrativos” y “contratos de la Administración”, pues se admite

4 García De Enterría, Eduardo; *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*; Thomson Civitas; Madrid 2007; p. 37.

5 En aquel entonces no existía una distinción alguna entre contratos administrativos y contratos de la Administración. Cfr. Hernández G.; José Ignacio; “Hacia los Orígenes Históricos del Derecho Administrativo Venezolano: La Construcción del Contrato Administrativo, entre el Derecho Público y el Derecho Privado”; ponencia dictada el 21 de mayo de 2009 en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en ocasión del foro *Cien Años de Enseñanza de Derecho Administrativo en Venezuela: 1909-2009: la formación del derecho administrativo en Venezuela desde el derecho comparado*; p. 43.

la doble condición de la Administración: (i) cuando actúa como *potentior personae*, bajo un régimen de Derecho público; y (ii) cuando actúa como un particular, bajo un régimen de Derecho privado; siendo capaz de celebrar contratos en cualquiera de estas dos condiciones⁶.

En Venezuela también surge esta controversia, por conveniencia política más que por un verdadero debate doctrinario. Así, en el caso *Astilleros La Guaira*⁷ la Corte Federal y de Casación determinó que la solicitud de aplicación de la cláusula *non adimpleti contractus* no era aplicable a un contrato administrativo de obra pública tras el incumplimiento de la Administración, y decidió que las controversias cuyo objeto fuese un contrato administrativo le resultaban aplicables reglas de Derecho público con preferencia de las reglas de Derecho privado^{8,9}.

1. Clausulas exorbitantes

Ese régimen de Derecho público al que sumergió la antigua Corte Federal y de Casación a los contratos administrativos se refiere a la concepción francesa del Derecho administrativo imperante del momento: centrada en el régimen exorbitante del Derecho común. Por lo tanto, la Administración actúa como *potentior personae* durante la ejecución de un contrato administrativo, y puede valerse de los privilegios y prerrogativas que le concede su régimen jurídico especial. Los privilegios y prerrogativas de la Administración en el ámbito contractual son las llamadas cláusulas exorbitantes. Estas cláusulas exorbi-

6 Ibídem.; p. 45.

7 Sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1945.

8 Cfr. Badell Madrid, Rafael; “*Contratos Administrativos*”; Conferencia dictada por Rafael Badell en la Universidad Monte Ávila el 29 de marzo de 2001; www.badell&grau.com; Caracas 2001.

9 Brewer-Carías, Allan R.; “La manipulación legislativa del concepto de «contrato administrativo» como técnica confiscatoria” en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*; Editorial Iustel; Madrid 2014; p. 1786.

tantes se refieren, en pocas palabras, a *poderes unilaterales y coactivos*, exorbitantes del Derecho común o civil, en los que la Administración contratante puede *crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas*, lo que implica un absoluto menoscabo para el principio de intangibilidad del contrato/principio del contrato-ley¹⁰. Es decir, se trata de facultades que se arroga

- 10 El contrato es tradicionalmente definido como un convenio de voluntades para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, cuyo fundamento es la autonomía de la voluntad de las partes. El contrato, como herramienta para la reglamentación de las relaciones humanas tiene como cimiento este principio de autonomía de la voluntad de las partes, pues se parte de la premisa de que el hombre es libre, y por ser libre deriva la facultad de darse su propia ley a través del poder de su voluntad (ver Mélich-Orsini, José; *Doctrina General del Contrato*; Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Caracas 2012; p. 15). Una vez que se exterioriza el consentimiento y se cumplen los demás elementos esenciales (de existencia) del contrato (objeto y causa), se reputa que dicho pacto tiene una fuerza obligatoria entre las partes equiparable a la ley: *el contrato es ley entre las partes*. Sin embargo, no es completamente comparable el contrato a la ley, pues por tratarse de una norma diseñada por las propias partes, su fuerza vinculante debería ser mayor, en palabras de José Mélich-Orsini: “...se concluye que lo que en él se estipule debe reputarse tan sagrado como la propia ley, y aún más sagrado para las propias partes que si se lo estipulará el legislador, pues por tratarse de una ley particular que ellas se han dado a sí mismas y a la que se han sometido libremente, en ejercicio de su propia soberanía, resultaría una contradicción lógica admitir que su voluntad fuera sustituida por la de otro sujeto. El principio tendría además un fundamento moral: ‘...el respeto a la palabra dada’ (*pacta sunt servanda*)” (Mélich-Orsini, José; óp. cita.; p. 428). Sin embargo la finalidad del contrato, no es simplemente lograr acuerdos de voluntades, sino alcanzar fines económicos. Hay que tomar en cuenta que el Código Civil venezolano al definir el contrato en el artículo 1.133, adopta una definición amplia, donde el concepto de contrato abarca actos jurídicos de contenido patrimonial y extra-patrimonial, aun cuando estos últimos actos jurídicos en un sentido estricto sean convenciones y no contratos. El contrato es el mecanismo idóneo para la distribución de bienes y servicios en el mercado, ya que reduce considerablemente los costos de transacción, haciendo más eficiente la interacción social. El contrato, por lo tanto, se extingue una vez que se alcance dicho fin económico, siendo la extinción anticipada únicamente lograda a través del mismo consentimiento que dio origen a la relación jurídica (mutuo disenso) y de no ser posible dicho acuerdo, se debe recurrir a la tutela jurisdiccional. No se admite que la revocación unilateral vacíe al contrato de su fuerza obligatoria, pues se atentaría contra la seguridad jurídica y la estabilidad en las relaciones humanas.

la Administración, y que de ser incluidas en un contrato privado entre particulares fuesen nulas, ya que al atentan contra la fuerza obligatoria del contrato (principio de intangibilidad del contrato), pues una de las partes puede unilateralmente crear, modificar o extinguir obligaciones del contrato sin el consentimiento de la otra.

En las distintas tesis sobre los contratos administrativos acuñadas por la doctrina francesa, existió un debate o divergencia en cuanto a cuál es el elemento identificativo de los contratos administrativos. No obstante, las dos tesis que imperaron fueron (i) la del servicio público (u objeto del contrato) y (ii) la de las cláusulas exorbitantes. Sin embargo, como apuntó la doctrina francesa en su momento, el elemento determinante no puede ser dichas cláusulas, ya que desde un punto de vista de lógica jurídica éstas atienden al objeto del contrato que es el servicio público, siendo más bien una *consecuencia de dicho objeto* y no el elemento identificador¹¹. Dichas nociones, así como las controversias derivadas de ellas, fueron adoptadas íntegramente por la doctrina venezolana, con la excepción de ciertos doctrinarios¹². Por lo tanto, en Venezuela se considera que un contrato es administrativo, bien sea cuando: (i) tiene por objeto la prestación de un servicio público, o (ii) posee cláusulas exorbitantes del Derecho común¹³. De esta manera, el “contrato administrativo” será aquel en el que la Administración queda habilitada para ejercitar las cláusulas exorbitantes, pues se entiende que el objeto del contrato es la gestión del interés público; mientras que en los llamados “contratos (privados) de

11 Cfr. Badell Madrid, Rafael; óp. cita.

12 José Mélich-Orsini, Gonzalo Pérez Luciani, entre otros.

13 Así lo dispuso la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 11 de agosto de 1983 (caso: *Cervecería de Oriente*), en los siguientes términos: “la presencia de ‘cláusulas exorbitantes’ en un contrato celebrado por la Administración Pública constituye un índice evidente de la existencia de un contrato administrativo, no obstante ante la ausencia de éstas en una negociación pública, la noción de servicio público... recobra su plena y absoluta vigencia”. La sentencia de fecha 1 de abril de 1986 (caso: *Hotel Isla de Coche*) ratificó este criterio también. Cfr. Badell Madrid, Rafael; *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*; Caracas 2001: pp. 40-43.

la administración” no se gestiona directa, sino indirectamente, el interés público, y la Administración no estaría habilitada en estos contratos a hacer ejercicio de las cláusulas exorbitantes.

En todo caso, lo importante es recalcar que todo contrato que sea calificado como administrativo¹⁴ lleva implícito un régimen jurídico distinto al régimen jurídico privado/civil de los contratos, siendo la principal consecuencia las citadas cláusulas exorbitantes. La Ley de Contrataciones Públicas logró, en este sentido, la superación de una problemática sobre la existencia y sustento jurídico de las cláusulas exorbitantes, pues ya no se tratará de poderes implícitos derivados de los principios de auto-tutela y ejecutorio de los actos administrativos. A través de esta norma se establecieron estos poderes de la Administración Pública de manera expresa en un texto legal, pues como dijimos, no contaban previamente de algún fundamento legal sino meramente jurisprudencial y doctrinario. De esta manera, se supera la violación flagrante de estas cláusulas sobre los principios de legalidad y de competencia expresa, fundamentales en el Derecho administrativo.

De allí que la Ley de Contrataciones Públicas¹⁵ y su Reglamento¹⁶, finalmente, sistematizan estos poderes administrativos extra-contractuales, asignándole a la Administración Pública el ejercicio las cláusulas exorbitantes mediante atribuciones administrativas con competencia legal¹⁷. Sin embargo,

14 La jurisprudencia venezolana llegó a establecer que todo contrato donde el interés público se vea directa o indirectamente afectado será considerado como administrativo; *cfr.* SPA de la CSJ del 11-08-1983 (caso: *Cervecería de Oriente*), Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 01-04-1986 (caso: *Hotel Isla de Coche*).

15 Ley de Reforma Parcial de la Ley de Contrataciones Públicas, publicada en Gaceta Oficial No. 39.503 del 6 de septiembre de 2010.

16 Decreto No. 6.708 mediante el cual se dicta el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, publicado en Gaceta Oficial No. 39.181, del 19 de mayo de 2009.

17 Aun cuando la atribución de ciertos poderes extra-contractuales a través de un reglamento constituye una grave violación al Principio de Legalidad, sin embargo, sobre esto indagaremos más adelante.

esas normas tienen una aplicación sustantiva limitada a tres tipos de contratos¹⁸. En todo caso, lo expreso en dichas normas no agota las potestades unilaterales de la Administración en la ejecución de contratos administrativos, pues en ocasiones se han sancionado Leyes que *habilitan* a la Administración a desplegar estas potestades, y además bajo la concepción errónea de que el particular no tiene derecho a indemnización^{19,20}. A todo evento, estas facultades, o poderes extra-contractuales, en mayor medida, ponen en evidencia la clara incompatibilidad de la noción de contrato administrativo con su verdadero propósito dentro del Derecho administrativo, y peor aun, dentro de la actividad administrativa prestacional.

La consagración legal de estos poderes administrativos, por su naturaleza extra-contractual, hace que su ejercicio se lleve a cabo al margen de la ejecución del contrato. Es decir, su forma no es propia de la actividad *bilateral* o *prestacional* (no coactiva) de la Administración, sino se trata más bien de una actividad unilateral y coactiva en el marco de la actividad administrativa contractual. Entonces, estas cláusulas exorbitantes como

18 La Ley de Contrataciones Públicas al definir “contrato”, en el art. 6 numeral 5to, se refiere a tres tipos de contratos específicos: (i) contratos de adquisición de bienes, (ii) de prestación de servicios y (iii) de ejecución de obras; excluyendo los demás *contratos públicos* del ámbito de aplicación de la Ley.

19 Tomando en cuenta que el contratista tiene un “derecho” genérico frente a cualquier actuación de la Administración Pública que tenga incidencia en el desarrollo del *contrato administrativo*, se trata del *Principio de preservación del equilibrio económico del contrato*, que viene siendo una aplicación del principio de buena fe en el ámbito del derecho administrativo, por lo tanto, establece Rafael Badell: “...las potestades excepcionales que posee la Administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no puede significar el desconocimiento de quienes han contratado con ella... protegiendo el resultado económico que perseguía el contrato, es decir, manteniendo lo que en el derecho francés se ha denominado la ecuación financiera del contrato” (Cfr. Badell Madrid, Rafael; *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*; Caracas 2001; pp. 139-140).

20 Brewer-Carías, Allan R.; “La manipulación legislativa del concepto de «contrato administrativo» como técnica confiscatoria” en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*; Editorial Iustel; Madrid 2014; p. 1759-1765.

poderes unilaterales (y extra-contractuales) tienen, en principio, forma de actos administrativos²¹. Es decir, se trata de una actividad administrativa de policía o de limitación, ejercida en el desarrollo de una actuación administrativa prestacional. Es en razón de esto que ni siquiera pueden llamarse cláusulas, pues no son verdaderas cláusulas contractuales, sino poderes administrativos unilaterales que se encuentran implícitos en cualquier contrato administrativo, ahora denominados *contratos públicos* o *contratos del Estado*²².

21 Siendo estos poderes administrativos extra-contractuales, o cláusulas exorbitantes, manifestadas a través de actos administrativos, la tesis o teoría de los *actos separables*, consiste en la facultad que tiene el contratista de impugnar dichos actos, sin impugnar el contrato administrativo; es decir, consiste en la posibilidad de *juzgar separadamente las actuaciones administrativas relacionadas con el contrato* (Cfr. Badell Madrid, Rafael; *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*; Caracas 2001: p. 171; Ver Sentencia de la SPA de la CSJ del 11-04-1991; caso *Expresos Ayacucho*, donde se introduce en Venezuela la tesis del acto separable; y ver Sentencia de la SPA de la CSJ del 06-08-1998; caso: *Consortio de Aeropuertos del Zulia*, donde se establece la naturaleza jurídica de las cláusulas exorbitantes, dicho criterio es reiterado por la Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ del 20-06-2000, caso: *Aerolink International*). De este modo, si durante la ejecución o inclusive previo a ésta (procedimiento de licitación), el particular desea manifestar su inconformidad con alguno de estos actos administrativos, o detecta cualquier vicio en los mismos, puede impugnarlos y valerse de las defensas que consagra nuestra Constitución, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos e inclusive la Ley de Contrataciones Públicas, sobre la validez de los actos administrativos. Esta actividad coactiva de la Administración, deberá estar conforme a los estatutos de la administración vicarial y el derecho a la *buena administración*, por lo tanto, su ejercicio debe estar enmarcado dentro de un procedimiento administrativo, donde: (i) se permita el derecho a la defensa y demás exigencias del debido proceso; y (ii) dicho acto administrativo se encuentre debidamente motivado, pues su razonabilidad será la medida de su legalidad. Además debemos recalcar los principios de menor intervención y subsidiariedad, que ciñen la actividad administrativa

22 Para así terminar el debate doctrinario sobre la denominación de un contrato como “contrato administrativo” y “contrato (privado) de la administración”; después de la entrada en vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas todos pasaron a ser denominados “contratos públicos”; ver Brewer-Carías, Allan R.; *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 2013.

2. Los poderes administrativos unilaterales (cláusulas exorbitantes) contenidos en la Ley de Contrataciones Públicas (y su Reglamento)

Entre los poderes que tiene la Administración durante la ejecución de los *contratos administrativos*, dentro de la Ley de Contrataciones y su Reglamento, tenemos: (i) la facultad para controlar y dirigir el contrato; (ii) la facultad de introducir modificaciones unilaterales al contrato, también conocida como el *ius variandi*; (iii) la facultad de interpretar unilateralmente las cláusulas del contrato; y (iv) la facultad de extinguirlo anticipadamente²³. Como veremos más adelante, aun cuando estos poderes de la Administración estén previstos legalmente, la extinción de los derechos contractuales (de crédito) en cabeza del co-contratante particular configurarían una expropiación indirecta de acuerdo al Derecho Internacional de Protección de Inversiones, muchos de los BITs suscritos por Venezuela y la hoy derogada Ley de Promoción y Protección de Inversiones²⁴.

A. La aplicación del *ius variandi*²⁵

La Ley de Contrataciones Públicas, en su artículo 106, consagra la posibilidad de que *“el órgano o ente contratante podrá, antes o después de iniciado el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra [el contrato], introducir las modificaciones que estime necesarias...”*. El artículo anterior le otorga una amplia discrecionalidad al ente u órgano contratante, bastando la correspondiente notificación al contratista

23 Badell Madrid, Rafael; óp. cita.; p. 113.

24 Derogada por el Decreto No. 1.438, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras, publicado en Gaceta Oficial No.6.152 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014.

25 Mencionamos al inicio de este capítulo el nexo inseparable entre el principio de intangibilidad y el contrato; por lo tanto, las partes deben atenerse a lo pactado, ya que funge como una ley (particular) entre ellas mismas, siendo la única flexibilización a este principio, el mutuo consentimiento para variar las prestaciones, o la buena fe objetiva (atendiendo siempre a la finalidad económica del contrato y sin menoscabar la intención original de las partes).

(particular). Mientras que cualquier modificación que quiera introducir el contratista deberá ser necesariamente autorizada por la otra parte, poniendo en clara desventaja al contratista, con respecto al ente u órgano contratante²⁶.

La discrecionalidad del ente u órgano contratante se encuentra limitada a la normativa que regula la materia, así como a ciertos principios rectores, tales como la conservación de la naturaleza del contrato. Además, la modificación debe velar o estar dirigida a satisfacer las necesidades públicas, y el ejercicio de este poder administrativo extra-contractual, de acuerdo a la tesis de los actos separables, debe cumplir con los requisitos de forma y de fondo de los actos administrativos, pues de lo contrario esos actos estarán viciados de nulidad de acuerdo a lo establecido en los artículos 18 y siguientes de la LOPA. Finalmente, se reconoce que el contratista tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico o a la ecuación financiera del contrato²⁷.

B. Terminación unilateral del contrato

A partir del artículo 120 de la Ley de Contrataciones Públicas se regula la terminación del contrato administrativo. Respecto de esa figura, la doctrina ha resaltado las principales causales para esta extinción del contrato: (i) la terminación por incumplimiento o causas imputables al contratista, (ii) por la nulidad absoluta de la contratación por razones de ilegalidad, y (iii) por razones de oportunidad y conveniencia²⁸.

Si bien la primera se encuentra extensamente regulada por el artículo 127 de la Ley y la segunda deriva de los artículos 19

26 Las modificaciones del contrato se encuentran reguladas en los artículos 108 y siguientes de la Ley de Contrataciones Públicas; incluyendo las causas de modificación del contrato (art. 108). El desarrollo reglamentario de este poder administrativo se encuentra en los artículos 140 y siguientes del Reglamento.

27 Badell Madrid, Rafael; *óp. cita.*; pp. 119-120.

28 *Ibíd.*; p. 127.

y 20 de la LOPA, acerca de la nulidad de los actos administrativos, la tercera –dígase la terminación unilateral por razones de oportunidad y conveniencia– no se encuentra regulada de manera expresa en la Ley de Contrataciones Públicas, que casualmente, es la que le atribuye el mayor poder discrecional para la terminación unilateral y sobre el poder administrativo extra-contractual que tiene mayor incidencia en el desarrollo del contrato.

En realidad, la terminación unilateral del contrato administrativo por razones de oportunidad y conveniencia o la *terminación del contrato por causas no imputables al contratista*, es regulada por el artículo 190 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas. Además dicha regulación le otorga una inmensa discrecionalidad para el ejercicio de este poder o clausula, al disponer que *“el órgano o ente contratante podrá desistir en cualquier momento de la obra contratada...”*²⁹. Nos encontramos con una norma que configura una *doble trasgresión a los principios que rigen la potestad reglamentaria*: (i) la reserva legal en materia de derechos fundamentales, pues el reglamento pasa a limitar derechos sin una Ley que lo habilite expresamente³⁰; y (ii) el principio de legalidad, pues establece un régimen de responsabilidad, distinto al consagrado en el Código Civil, a través de una norma incapaz, por su rango, de llevar a cabo esa tarea³¹.

29 Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, art. 190.

30 Pues como dijimos anteriormente la Ley de Contrataciones Públicas no establece de manera expresa, como causal para la terminación unilateral del contrato, razones de oportunidad y conveniencia, o como lo pone propio Reglamento: *Terminación del contrato por causas no imputables al contratista*.

31 Gherzi Rassi; Oscar; “Autovinculación y Potestades Públicas en los Contratos Estatales”; *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolana* No. 1, Mayo 2013; pp. 194-195.

C. Recapitulación

Las cláusulas exorbitantes otorgan poderes jurídicos unilaterales y extra-contractuales que permiten a la Administración crear, modificar, interpretar y extinguir las relaciones jurídicas, sin necesidad de acudir a un Juez. Esto no sólo crea un desequilibrio contractual sino que desvirtúa el concepto y propósito de un contrato, pues al otorgarle una potestad de esta magnitud a la Administración se sustrae el elemento de estabilidad y obligatoriedad que debe estar presente en cualquier relación contractual. Justamente eso es lo que tiende a ser corregido por los BITs, en concreto, respecto a la incertidumbre y falta de estabilidad que puede causarle a un inversionista (extranjero) el estar sujeto al ordenamiento jurídico-administrativo doméstico donde se encuentra su inversión. Los BITs limitarán la soberanía o *ius imperium* del Estado, pues no podrá imponerle esas variaciones del ordenamiento jurídico-administrativo al inversionista extranjero, ya que en cualquier ocasión donde el vea afectada su inversión tendrá derecho a indemnizaciones y reclamaciones en órganos internacionales. Cabe apuntar que cuando la Administración contrata con un particular, se crea un derecho de crédito en manos del contratista, que tiene naturaleza de bien mueble, *ex* art. 533 del Código Civil (que desarrollaremos más adelante). Por lo tanto, la modificación/variación o terminación unilateral del contrato, o cualquier menoscabo al patrimonio del contratista, derivado del ejercicio de los poderes administrativos extra-contractuales, puede ser considerado como una *medida de efectos equivalentes a una expropiación*, lo que configuraría una violación a un BIT, si se trata de un inversionista extranjero. No obstante, cuando el co-contratante particular no sea un inversionista extranjero, puede hablarse que esta potestad de terminación unilateral constituye una expropiación *de facto* o indirecta, violando el art. 115 de la Constitución.

II. LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

La expropiación es una potestad mediante la cual el Estado adquiere de manera originaria³² y coactiva el derecho de propiedad sobre un bien (o derecho), a través de un procedimiento legal –o constitucional en el caso venezolano– y del pago de una justa indemnización. Por lo tanto, la expropiación presenta una *doble faceta*³³: (i) le otorga al Estado una potestad o prerrogativa, que deriva en un sacrificio patrimonial del individuo; y (ii) por el otro lado, establece una garantía procesal, que busca la indemnidad patrimonial de los individuos ante el despliegue de la actividad administrativa. A su vez, la Ley venezolana que regula la materia, esto es, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social³⁴ (“Ley de Expropiación”), define la expropiación como: “...una institución de Derecho Público, mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de utilidad pública o de interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad o algún otro derecho de los particulares, a su patrimonio, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización”³⁵.

Uno se refiere a la institución expropriatoria cuando engloba todos los caracteres antes mencionados, con lo cual no se puede hablar propiamente de expropiación cuando no se cumplan estos atributos, La expropiación requiere, por ello, cum-

32 Se trata de una adquisición originaria ya que, el Estado, cuando obtiene el bien, no lo hace de manera derivada, sino que crea una ficción jurídica: el bien expropiado es *res nullius*. Es decir, técnicamente no adquiere el bien *pura y simplemente*, sino que extingue el derecho del individuo sobre la cosa, pasando a ser esta *res nullius*, para luego constituir un nuevo derecho, siendo el titular primigenio de ella. Por lo tanto, no puede ser causahabiente del sujeto expropiado, ni menos aun puede ser afectado por vicios o gravámenes preexistentes, ya que estos se extinguen con el derecho de éste: *cfr.* Muci Borjas, José Antonio; “La Retrocesión en la Expropiación”; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 1988; pp. 17-18.

33 *Cfr.* García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*; Thomson Civitas; Buenos Aires 2006; p. 213.

34 Publicada en Gaceta Oficial No. 37475, del 1ro de julio de 2002.

35 Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, art. 2.

plir con los procedimientos legales preestablecidos, *i.e.* debe ser conforme a Derecho³⁶. De esta manera, la expropiación vendría siendo una institución de naturaleza bipolar: pues se trata de una prerrogativa de la Administración Pública que pesa sobre patrimonio privado de los ciudadanos, y, simultáneamente, es una garantía o un freno al despliegue de dicha actividad sobre los derechos de los ciudadanos.

En Venezuela, el artículo 115 de la Constitución consagra la expropiación forzosa: “...*Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes*”. Como hemos dicho, este artículo esboza el procedimiento expropiatorio, indicando sus pasos esenciales: (a) declaratoria legal de utilidad pública, (b) sentencia judicial firme y (c) pago oportuno de justa indemnización, donde se establece el imperativo de la participación de todo el Poder Público. Se busca garantizar que dichas garantías no sean desconocidas por el legislador cuando entre a regular la materia, y menos aun por la Administración cuando ejerza la potestad expropiatoria³⁷; además, como mecanismo para garantizar la propiedad, el constituyente indicó que esta hipótesis normativa aplica para ‘cualquier clase de bienes’.

1. Procedimiento expropiatorio (*prima facie*)

La *fase legislativa* requiere de una previa Ley. Para hablar de una Ley que pueda efectivamente declarar de utilidad pública o de interés general ciertos bienes, ésta debe cumplir con los

36 Por lo tanto, las llamadas “expropiaciones” indirectas, de hecho, etc. son contradicciones semánticas; no obstante, por la aceptación que han tenido en la doctrina nacional e internacional, y por razones didácticas, utilizaremos estos términos.

37 Cfr. Canova González, Antonio; Herrera Orellana, Luis Alfonzo; Anzola Spadaro, Karina; *¿Expropiaciones o Vías de Hecho? (La degradación continuada del derecho de fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*; Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Universidad Católica Andrés Bello; Caracas 2009; p. 71.

siguientes requisitos: (i) *un acto producto del procedimiento de formación de leyes (principio democrático)*, (ii) *debe tratarse de un acto normativo, general y abstracto*^{38,39} y (iii) *debe cumplirse con la garantía de declaratoria mediante ley formal de un fin de utilidad pública o interés social*⁴⁰, la cual no se limita a una mera garantía formal (pues para eso está el principio de reserva legal), sino que busca que la declaratoria de utilidad pública o interés general sea hecha en atención a un *fin (causa expropriandi)*⁴¹, que de no ser llevado a cabo, daría lugar a la figura de la retrocesión⁴².

La *fase administrativa* aplica después de que el Legislativo establece los fines públicos para los cuales puede recurrir a la privación coactiva de bienes privados. En tal fase la Administración debe proceder a determinar cuáles serán los bienes sobre los cuales ejercerá la potestad expropiatoria. El Decreto de Expropiación va a ser el acto administrativo que concreta la actividad administrativa y la limitación al derecho de propie-

38 Grau Fortoul, Gustavo; "Algunas reflexiones sobre la expropiación como medio de privación coactiva de la propiedad" en *Cuestiones actuales del Derecho de la Empresa en Venezuela*; Grau, García, Hernández & Mónaco; Caracas, 2007; pp. 65-66.

39 Debe descartarse la posibilidad de dictar declaratorias de utilidad pública o de interés general mediante Decretos-Leyes, que no son ley en sentido formal; o de otros actos del Legislativo como Acuerdos Parlamentarios sin forma de Ley.

40 Cfr. Canova González, Antonio; Herrera Orellana, Luis Alfonzo; Anzola Spadaro, Karina; *óp. cita.*; pp. 80-85.

41 Según Eduardo García de Enterría, la *causa expropriandi* es el *efectivo destino del bien expropiado a aquel o aquellos fines de utilidad pública o interés social que determinaron el ejercicio de la potestad expropiatoria*: citado por Muci Borjas, José Antonio; *La Retrocesión en la Expropiación*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 1988; p. 29.

42 Según José Antonio Muci Borjas: la retrocesión es el derecho otorgado al antiguo titular del bien expropiado para que lo readquiera, devolviendo la justa indemnización recibida, restableciendo la relación jurídica anteriormente infringida, a consecuencia de la desaparición (una vez consumada la expropiación forzosa), del elemento esencial de la causa (*causa expropriandi*). Muci borjas, José Antonio; *óp. cita.*; pp. 27-29.

dad del ciudadano⁴³; sin embargo, el Decreto de Expropiación se diferencia trascendentalmente de otros actos administrativos, pues no tiene carácter ejecutivo y ejecutorio. Se considera que al afectar un derecho fundamental como la propiedad, no debe surtir efectos sobre su destinatario hasta tanto un Tribunal competente se pronuncie sobre: (i) su legalidad y (ii) declare la procedencia de la expropiación de los bienes⁴⁴.

Finalmente, en la *fase judicial* se materializa la particularidad del Decreto expropiatorio, pues la Administración está obligada a hacer valer su pretensión frente a un Tribunal, en lugar de proceder a la auto-tutela del acto administrativo que se *presume* válido. Por lo tanto, el particular no tiene la carga de accionar en contra de la presunta legitimidad del acto administrativo⁴⁵ para suspender sus efectos, sino será la Administración la que tendrá que presentar una demanda, sustanciar un proceso y obtener una sentencia judicial firme para que

43 La motivación del Decreto expropiatorio será en este caso la medida de su legitimidad; la determinación del bien debe ser producto de un proceso racional: de experticias técnicas, donde conste la necesidad de acudir a la expropiación como único medio para lograr el fin público, pues de existir un medio menos gravoso a libertad para la consecución del mismo, la expropiación no procedería (principio de menor intervención). La motivación busca reducir el margen de discrecionalidad de la Administración a la hora de proceder a la determinación de bienes que serán sujetos a expropiación forzosa, aun cuando siempre va a existir cierta discrecionalidad a la hora de la determinación de los bienes afectados por el Decreto, esta discrecionalidad nunca puede tenerse como arbitrariedad (ausencia de justificación/argumentación). Lo mismo ocurre en la fase legislativa, la declaratoria de utilidad pública o interés general debe ser producto de un proceso racional, es decir, el Legislador no tiene plena discrecionalidad para hacer esta declaratoria. La ley, así como el Decreto expropiatorio que no fundamente la declaratoria o la determinación, respectivamente, viciara de nulidad el acto. Tal es, de forma resumida, el *quid* de la *Garantía de la razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la declaración legal de uso público y del acto del ente expropiante de los bienes afectados*: Cfr. Canova González, Antonio; Herrera Orellana, Luis Alfonso; Anzola Spadaro, Karina; óp. cita.; pp. 88-100.

44 Ibídem.; pp. 87-88.

45 Al respecto véase: Abache Carvajal, Serviliano; *La Atipicidad de la Presunción de Legitimidad del Acto Administrativo y la Carga de la Prueba en el Proceso Tributario*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 2012.

surtan los efectos del Decreto expropiatorio sobre el bien o derecho del particular.

2. La vía de hecho y la expropiación

La concurrencia de los requisitos anteriores configuran el procedimiento expropiatorio. El menoscabo o ausencia de cualquiera de los requisitos de procedencia de la expropiación, hace que ésta deje de ser una expropiación para convertirse en una vía de hecho, en la cual la actuación de la Administración va a estar viciada de nulidad, y dará lugar al restablecimiento de la situación jurídica infringida. La vía de hecho en la expropiación forzosa, viene siendo *todo ataque a la propiedad, derecho e intereses patrimoniales* que implique una expropiación material o una *expropiación en su contenido, en ausencia de los límites definidores de la potestad expropiatoria, o aun dentro de ellos, no se lleve a cabo por el procedimiento que la Ley señala*⁴⁶. En conclusión, la vía de hecho es la privación o interferencia *arbitraria* de la Administración en el patrimonio (o derechos) del ciudadano, por ausencia o trasgresión de las garantías y/o procedimiento legal preestablecido.

3. La expropiación forzosa y el Derecho Internacional de Protección de Inversiones

El Derecho Internacional de Protección de Inversiones, concretado en los distintos Tratados Bilaterales (BITs) o Multilaterales de Inversión tienen como función principal la protección de la propiedad privada del inversionista (*v.g.*, la inversión), frente a cualquier medida estatal, directa o indirecta, que pretenda menoscabar el ejercicio de su derecho y el acceso a sus frutos.

46 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón; *óp. cit.*; Thomson Civitas; Buenos Aires 2006; p. 270.

A. La expropiación de Derecho (*de iure*) y la expropiación de hecho (*de facto*):

Los BITs, cuando se refieren a la expropiación, distinguen dos clases de medidas estatales⁴⁷. Primero, la expropiación *de iure* (*direct taking*), descrita anteriormente, en la cual el Estado adquiere de manera forzosa bienes privados para el cumplimiento de fines públicos, precedida por la respectiva declaratoria legal, el procedimiento legal pertinente y el previo pago de una justa indemnización. Por el otro lado, tendríamos la expropiación *de facto* (*indirect taking*)⁴⁸ que se refiere a medidas del Estado *en las cuales no se llega a adquirir necesariamente los bienes propiedad del inversionista, pero que si anulan o alteran el ejercicio de sus derechos*⁴⁹; sin embargo, puede tratarse de “...cualquiera otra [medida estatal] cuyo efecto sea desposeer directa

47 Clasificación según: Muci Borjas, José Antonio; *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 2007; pp.168-169.

48 Si bien es catalogada como un tipo de expropiación, como hemos dicho, se trata de una *contradictio in terminis*, pues no goza de los atributos de dicha institución: procedimiento legal establecido, sentencia judicial firme y justa indemnización; debería hablarse más bien de *expoliación* o, como establece Muci Borjas, de una confiscación, sin embargo, esta última figura comentada por el autor, se asocia en muchos casos con un tipo de sanción administrativa o pena. Podríamos hablar que estamos ante otro caso de *perversión del lenguaje*, “*Trampa del lenguaje*” o “*definición persuasiva*”; sin embargo, el concepto de expropiación indirecta no es utilizado por el legislador venezolano en la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones de 1999, no obstante es utilizado de manera indistinta por la doctrina (nacional e internacional) vaciando de contenido *descriptivo* la noción de expropiación (para un mayor desarrollo de la *perversión del lenguaje* ver Nota No. 13 *ut supra*). Su peculiar naturaleza jurídica ha recibido múltiples denominaciones, entre ellas: *indirect expropriation*, *de facto expropriation*, *constructive expropriation*, *creeping expropriation*, *measures equivalent to expropriation*, *measures tantamount to expropriation*, *measures having an effect equivalent to expropriation*: sobre el concepto y clasificaciones de la llamada *expropiación indirecta*, ver Muci Borjas, José Antonio; *óp. cita.*; p. 169.

49 Muci Borjas, José Antonio; *óp. cita.*; p.168.

*o indirectamente a los inversores de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenezcan...”*⁵⁰.

Por lo tanto, vemos que la expropiación indirecta viene siendo un concepto un tanto residual, pues se trata de sacrificios patrimoniales que sufren los individuos fuera del marco de un proceso de expropiación; por lo que pueden ser producto de *regulaciones o normas generales*⁵¹. Debemos recordar que aun cuando la privación patrimonial haya sido fruto de un procedimiento legal (eventualmente legislativo en el caso de las *regulaciones y normas generales*) esto puede agotar la garantía formal o de reserva legal, sin embargo existen otras garantías, que mencionamos al inicio de este trabajo, tales como la *garantía de contenido esencial* y otras *garantías materiales* como el *principio de menor intervención* y de *interpretación restrictiva o favor libertatis*.

En definitiva, podemos afirmar que la adopción de una medida estatal, bien sea a través de una norma general (Ley) o cualquier otro tipo de regulación (acto administrativo), que conlleve a un sacrificio patrimonial general o especial –expropiación indirecta– aunque bien puede ser caución suficiente de su validez formal o positivo dentro del ordenamiento jurídico respectivo, no siempre será suficiente para su legitimidad.

Ahora bien, según Muci Borjas, los BITs conllevan a una *doble garantía*: al regular la expropiación *de iure* salvaguardan el derecho de propiedad desde el punto de vista formal, teniendo por finalidad que las medidas estatales que sobrellevan un cambio de titularidad, o procedimientos iniciados con fines públicos y conlleven sacrificios patrimoniales, sean llevados dentro del cauce legal preestablecido. Mientras que la regula-

50 Acuerdo (BIT) Venezuela Unión Económica Belgo-Luxemburguesa art. 4; citado por Muci Borjas, José Antonio; óp. cita.; p. 168.

51 Díez-Picazo, Luis María; “¿Hay que indemnizar las privaciones generales de la propiedad?”; *Revista Española de Derecho Europeo* No. 12, Civitas Ediciones; Madrid 2004; pp. 604-605; citado por Muci Borjas, José Antonio; óp. cita.; p. 171-173.

ción de la *expropiación de facto* o indirecta busca garantizar la vigencia práctica y efectiva del derecho tutelado por el Tratado, con lo cual los inversionistas pueden solicitar la indemnización por cualquier medida estatal que menoscabe su derecho, o inclusive aquellas que pongan en juego la rentabilidad de su inversión⁵². Garantía que no es exclusiva de inversionistas amparados por un BIT, sino que se encuentra consagrada expresamente en el art. 115 de la Constitución.

Vemos entonces que la noción de *expropiación* indirecta se deslinda del concepto de vía de hecho, pues la primera conforma un ámbito mucho más amplio (género), siendo entonces la vía de hecho una especie de *expropiación* indirecta. Sin embargo, tanto la regulación de la *expropiación de iure* (es decir, de la expropiación propiamente hablando), como de la *expropiación de facto* o indirecta, protegen al inversionista de las vías de hecho: (i) cuando el procedimiento expropiatorio tenga defectos o no sea llevado a cabo apropiadamente; y (ii) para aquellas privaciones patrimoniales que no sean consecuencia de una norma general o regulación. Hay que tener especial cuidado con las privaciones patrimoniales en el Derecho venezolano, ya que en nuestro ordenamiento jurídico, el constituyente decidió reforzar el derecho de propiedad y el carácter garantista de la expropiación en el art. 115. Por lo tanto, aun cuando se dicte una norma general (una Ley) que emprenda la tarea de regular o limitar el patrimonio de algún individuo, la misma puede resultar inconstitucional *ex art. 115* de la Constitución.

Finalmente, por lo erróneo que resulta el concepto de *expropiación de facto* o indirecta –semánticamente– con respecto a la expropiación (como garantía) y en aras de procurar siempre la precisión terminológica (jurídica)⁵³, utilizaremos otro concepto, aplicado por el Derecho Internacional de Protección de Inversiones, que de manera precisa define esta actividad esta-

52 Ibídem., p. 170.

53 Para evitar caer en *perversiones del lenguaje*: ver Nota No. 13 *ut supra*.

tal (sin caer en perversiones o trampas del lenguaje): *medida de efectos equivalentes a una expropiación*.

III. EL EJERCICIO LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES COMO MEDIDA DE EFECTOS EQUIVALENTES A UNA EXPROPIACIÓN:

Después de analizar la propiedad privada y la expropiación dentro del contexto constitucional venezolano, así como la figura de los *contratos administrativos* y el ejercicio de estos poderes administrativos extra-contractuales, debemos vincular estos temas con lo dispuesto en la Ley de Promoción y Protección de Inversiones (derogada), el Derecho Internacional de la Protección de Inversiones y el ya mencionado artículo 533 del Código Civil.

1. La (derogada) Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana y el Derecho Internacional de la Protección de Inversiones

El Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, publicada en Gaceta Oficial No. 5.390 Extraordinario del 3 de octubre de 1999 ("Ley de Promoción y Protección de Inversiones") fue promovido por Hugo Chávez, quien a los inicios de su primer período presidencial seguía un lineamiento político-económico "moderado" y era "...fiscalmente conservador y aun amigable hacia la inversión extranjera..."⁵⁴, enmarcado dentro de un sistema de economía social de mercado, tal y como dispone la Constitución de 1999.

54 Corrales, Javier Y Penfold, Michael; *Dragon in the Tropics*; Brookings Institution Press; Washington D.C. 2011; p. 47: citado por Hernández-Bretón, Eugenio; "La Inversión extranjera a finales de 2012" en *Libro Homenaje a Clarisa Sanoja de Ochoa*; editado por el Banco Occidental de Descuento; Caracas 2013; p. 427.

Este Decreto-Ley tenía como objeto el establecimiento de un marco jurídico uniforme, para inversionistas nacionales y extranjeros⁵⁵, donde éstos puedan gozar de estabilidad, previsibilidad y un desenvolvimiento pleno de sus inversiones en un ambiente con seguridad jurídica plena, acceso a tribunales internacionales, y evitar a toda costa supuestos de discriminación, aun ante la ausencia de un BIT⁵⁶. Sin embargo, como la discriminación puede ser bilateral, muchas veces las condiciones o los derechos a favor de los inversionistas en un BIT son una réplica de los derechos preexistentes en el sistema legal del Estado receptor de la inversión⁵⁷. Este conjunto de BITs, así como otros Tratados Multilaterales de Inversiones, conforman una rama del Derecho Internacional Público, llamado Derecho Internacional de la Protección de Inversiones.

Este Derecho Internacional de Protección de Inversiones, sigue los mismos lineamientos generales antes mencio-

55 Si bien la tendencia general es pensar que la Ley de Promoción y Protección de Inversiones fue creada para establecer un jurídico base aplicable, exclusivamente, para los inversionistas extranjeros. Sin embargo, el art. 1 de la Ley dispone: "*Este Decreto-Ley tiene por objeto **proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros**, de un marco jurídico estable y previsible...*" (destacado nuestro). Se trata de una legislación autónoma venezolana que tiene como fin ofrecerle protección a los inversionistas al margen de los tratados vigentes en Venezuela (Cfr. Hernández-Bretón, Eugenio; "Protección de Inversiones en Venezuela"; *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*; Caracas 2004; pp. 221-222.

56 Entendiendo al BIT como un conjunto de normas que buscan atraer inversión extranjera mediante la reducción de espacios para acciones discrecionales y arbitrarias por parte del Estado receptor de la inversión; de esta manera se crea un ambiente que permita el correcto desarrollo de la inversión y desenvolvimiento de los derechos del inversionista. Cfr. DOLZER, Rudolph; "The impact of International Investment Law on domestic Administrative Law"; *New York University Journal of International Law and Policy* 37, no.4; pp. 953-954.

57 Pues si bien el trato discriminatorio a un inversionista por parte del Estado receptor de la inversión configura una violación a un BIT, el supuesto de un BIT que le otorgue a un inversionista extranjero derechos preferentes de los existentes en el orden jurídico domestico configuraría un supuesto de discriminación reversa (*reverse discrimination*); sin embargo, estas cuestiones escapan el ámbito de aplicación de un BIT, pues se trata de materia de política interna de cada nación. Cfr. Dolzer, Rudolph; *op. cit.*; p.954.

nados por el artículo 1 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, pero concretamente, busca prevenir que el inversionista extranjero se vea afectado por expropiaciones o medidas equivalentes de efectos expropiatorios, en desacato a lo indicado por la costumbre internacional⁵⁸. El Derecho de Protección de Inversiones no admite que se produzca una expropiación o medida de efectos equivalentes sin que concurran las siguientes condiciones: (i) que la expropiación forzosa de la inversión sea en virtud de una declaratoria de utilidad pública; (ii) producto de una selección no discriminatoria; (iii) de acuerdo a un debido proceso legal (judicial) y (iv) con justa y oportuna indemnización⁵⁹. En este mismo sentido, por ejemplo, el artículo 4 del BIT celebrado entre Venezuela y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, se refiere a las “*Medidas Privativas o Restrictivas de la Propiedad*” de la siguiente manera:

“1. Cada una de las partes se obliga a no adoptar ninguna medida de expropiación o nacionalización, ni cualquier otra cuyo efecto sea desposeer directa o indirectamente a los inversores de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenezcan en su territorio, salvo si cumplen las condiciones siguientes: a) que las medidas se adopten por razones de utilidad pública o de interés nacional; b) que las medidas sean adoptadas de conformidad con los procedimientos legales; c) que no sean ni discriminatorias, ni contrarias a un compromiso específico relativo al trato de una inversión; d) que vengan acompañadas de disposicio-

58 Hay que recordar que bajo el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la costumbre internacional es fuente directa del Derecho Internacional Público.

59 Cfr. Organization for Economic Cooperation and Development (OECD); “*Indirect Expropriation and the Right to Regulate In International Investment Law*”; Working papers on International Investment, Number 2004/4; September 2004; p. 3.

nes que prevean el pago de una indemnización adecuada y efectiva...”^{60, 61}.

- 60 Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, art. 4; que entró en vigencia el 29 de abril de 2004 (Cfr. Tejera Pérez, Victorino J.; *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 2012; p. 463. Citado también por Muci Borjas, José Antonio; *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas, 2007; pp. 167-168.
- 61 El Tratado entre la República de Venezuela y la República Federal de Alemania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones establece en su artículo 4(2): *“Las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes sólo podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser expropiadas, nacionalizadas o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, por causas de utilidad pública, y deberán en tal caso ser indemnizadas. La indemnización deberá corresponder al valor que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de la fecha de hacerse pública la expropiación, la nacionalización o la medida equivalente, efectiva o inminente. La indemnización deberá abonarse sin demora y devengará intereses hasta la fecha de su pago según el tipo de interés comercial normal; deberá ser efectivamente realizable y transferible en moneda de libre convertibilidad...”*. A su vez, el artículo 5 del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y Protección de Inversiones establece que: *“Las inversiones de nacionales o sociedad de una Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación o a medidas que en sus efectos equivalgan a nacionalización o expropiación (que en lo sucesivo se denominan “expropiación”) en el territorio de la otra Parte Contratante salvo para fines públicos relacionados con las necesidades internas de dicha Parte Contratante, en forma no discriminatoria y con indemnización pronta, adecuada y efectiva...”*. El Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos establece en el artículo 6: *“Ninguna de las Partes Contratantes deberá expropiar o nacionalizar inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante o tomar medidas que tengan un efecto equivalente a una nacionalización o una expropiación con respecto a dichas inversiones, a menos que se cumplan las siguientes condiciones: (a) que las medidas tomadas tengan como fundamento el interés público y se sometan a un debido proceso legal; (b) que las medidas no sean discriminatorias; (c) que las medidas sean indemnizadas justamente. Dicha compensación deberá representar el valor de mercado de las inversiones afectadas en el momento anterior a la expropiación...”*. El artículo 6 y el artículo V del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre la Confederación Helvética (Suiza) y la República de Venezuela y el Acuerdo entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones regulan la materia de expropiaciones y nacionalizaciones con redacciones similares a los artículos transcritos.

Podemos observar que no se trata de principios etéreos y abstractos, sino que forman parte de la costumbre internacional (Derecho Internacional de Protección de Inversiones) y han sido cristalizados en distintos BITs, así como en nuestra Constitución vigente (artículo 115) y en la legislación que regulaba la materia (Ley de Promoción y Protección de Inversiones). Es decir, toda medida que tenga como finalidad privar a un inversionista de su propiedad, bien sea internacional y este amparado por un BIT; o sea nacional, en virtud del art. 115 de la Constitución, de acuerdo a lo establecido en el derogado art. 11 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: *“Sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas medidas de efecto equivalente a una expropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, siguiendo el procedimiento legalmente establecido a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta justa y adecuada”*.

Esta garantía a favor de los inversionistas, no sólo constituye una protección contra expropiaciones *directas*, es decir, expropiaciones en las que existe una afectación directa del bien por el Estado y donde éste pasa a ser titular del bien. Además, también abarca las llamadas *medidas de efectos equivalentes a la expropiación*. Estas *medidas de efectos equivalentes a la expropiación* pueden concretarse de múltiples maneras, no se trata únicamente de vías de hecho o patologías en los procedimientos de expropiación, sino que pueden ser regulaciones sobrevenidas en el Estado receptor que afecten la inversión, como la no renovación de licencias, aumentos arbitrarios de alícuotas impositivas y otros tributos de carácter confiscatorio, concesiones y otras autorizaciones administrativas⁶², o variaciones (incluyendo terminaciones) en contratos administrativos. El citado artículo de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones

62 Este es el caso de *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, caso No. ARB(AF)00/2 de fecha 29 de mayo de 2003, donde la autoridad administrativa mexicana (Instituto Nacional de Ecología) denegó la renovación de una licencia de explotación de un confinamiento de desechos industriales peligrosos a CYTRAR (filial de TECMED).

establecía, como garantía a los inversionistas (nacionales y extranjeros), el procedimiento expropiatorio esbozado por el artículo 115 de la Constitución, con lo cual todo procedimiento que no cumpla con dichas garantías se considerará como contrario a Derecho.

Vale acotar que el Decreto-Ley de Inversiones Extranjeras del 2014, que derogó la Ley de Promoción y Protección de Inversiones, no contiene una norma similar que defina qué se entiende por expropiación o medida de efectos equivalentes a una expropiación y que establezca las garantías previamente establecidas por el artículo 11 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones.

De esta manera, nuestro propio marco jurídico de protección de inversiones equiparaba las garantías necesarias para una expropiación directa tanto para una medida de efecto equivalente a una expropiación o expropiación indirecta. En tal sentido, los Lineamientos de Inversiones Extranjeras del Banco Mundial⁶³ sección IV bajo el título “*Expropiaciones y Variaciones o Terminaciones Unilaterales de Contratos*” en su artículo 1, va inclusive más allá, pues no sólo equipara las garantías de la expropiación directa y de las medidas de efectos equivalentes, sino que trae a ese plano las alteraciones o terminaciones unilaterales de contratos. Establece el antes mencionado artículo lo siguiente:

“Un Estado no puede expropiar o tomar en totalidad o en parte, una inversión privada extranjera en su territorio o adoptar medidas que tengan efectos similares, salvo que esto se haga de acuerdo con los procedimientos legales aplicables, en cumplimiento de la buena fe de un fin público, sin discriminación por motivos de nacionalidad y con el pago de una indemnización apropiada”⁶⁴.

63 World Bank Guidelines on Foreign Direct Investment, 1992.

64 World Bank Guidelines on Foreign Direct Investment: section IV (1) on “Expropriation and Unilateral Alterations or Termination of Contracts”.

El Banco Mundial al concederle las mismas garantías de la expropiación (directa e indirecta) que a la terminación o alteración unilateral de un contrato, está aceptando que, en esencia, esta actuación administrativa implica una medida de efectos equivalentes a una expropiación. En definitiva, cuando un Estado suscribe un Tratado Bilateral de Inversión limita el alcance sus poderes soberanos (*ius imperium*); en concreto, debe limitarse a usar dichos poderes soberanos para someter a los inversionistas extranjeros a su sistema administrativo doméstico⁶⁵, todo esto en la búsqueda de estabilidad (económica), que debería estar presente en cualquier relación de tipo contractual.

2. El art. 533 del Código Civil venezolano

Establecimos anteriormente que el alcance del derecho de propiedad privada no se limita a su definición clásica como “*derecho al uso, goce y disfrute de bienes...*”, sino que abarca también la *capacidad patrimonial* de las personas: la aptitud de apropiarse *legítimamente* de bienes (tangibles e intangibles).

Partimos que la expropiación, y la medida de efectos equivalentes a una expropiación, pueden recaer sobre cualquier bien o derecho propiedad de un particular, es decir, bienes tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, etc. Precisamente la celebración de un contrato crea una serie de derechos y obligaciones en cabeza de las partes. Estos derechos –derechos de crédito, como bienes intangibles– forman parte del patrimonio de su acreedor. Partimos de la división que hace el Código Civil en su artículo 526, en el cual establece: “*Las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada son bienes muebles e inmuebles*”. El artículo 533 del Código califica expresamente como *bienes muebles por su objeto* a los derechos de crédito, de la siguiente manera: “*Son muebles por el objeto a que se refi-*

65 Dolzer, Rudolph; “The impact of International Investment Law on domestic Administrative Law”; New York University Journal of International Law and Policy 37, no.4; p. 953.

eren o por determinarlo así la Ley, **los derechos**, las obligaciones...” (destacado nuestro). Esta clasificación de *bienes muebles por su objeto*, tiene su origen en el Código Napoleónico, en el cual se denominaban como *muebles por determinarlo así la Ley*⁶⁶.

Cuando el legislador hace referencia a los derechos, se está refiriendo claramente a derechos de crédito, es decir, derechos contractuales o derivados de otros tipos de actos jurídicos, con la únicas excepciones de los derechos indicados en el artículo 530 del Código Civil (referido a los bienes inmuebles por el objeto que tienen naturaleza de bienes muebles y serían también susceptibles de apropiación)⁶⁷.

Por ello, la terminación o variación unilateral del contrato, o el ejercicio de cualquier poder administrativo extra-contratual durante la ejecución de un “contrato administrativo”, que incida o extinga algún derecho de crédito, está repercutiendo en la propiedad del contratista, causando un sacrificio patrimonial en cabeza de éste, sin acudir al procedimiento legal previsto para extinguir la propiedad de un particular, *v.g.*, la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social. El ejercicio de estos poderes administrativos y la extinción, total o parcial, de derechos de contractuales, podrán producir una *expropiación directa* si hay una traslación de la titularidad de dicho derecho en cabeza del Estado, de lo contrario, se producirá una *medida de efecto equivalente a una expropiación*.

La (mal) llamada *expropiación indirecta* o medidas de efecto equivalente a una expropiación, como hemos estudiado, son aquéllas por medio de las cuales, aun cuando el Estado no realiza la afectación de un bien de manera directa, implican una intensa interferencia del Estado en el uso de la propiedad o con el goce de sus beneficios económicos, cuyo efecto

66 Aguilar Gorron dona, José Luis; *Cosas, Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II*; Universidad Católica Andrés Bello; Caracas 2010; p. 73.

67 Ídem.

en la inversión privada es equiparable a una expropiación⁶⁸. Así, en el caso *CIADI Metalclad Corporation vs. United Mexican States*, el Tribunal Arbitral al analizar el art. 1110 del Tratado Norteamericano de Libre Comercio (*North American Free Trade Agreement – NAFTA*) que trata la expropiación y las medidas de efecto equivalente a una expropiación (*measure tantamount to expropriation*), establece los siguientes parámetros para identificar una expropiación indirecta:

“...interferencia disimulada o incidental sobre el uso de la propiedad, que tiene el efecto de privar al propietario, en todo o en parte significativa, del uso o del beneficio económico razonablemente–esperado de los bienes, incluso si no conlleva necesariamente a la ventaja obvia del Estado”⁶⁹.

Como vemos, coartar al inversionista de su derecho a los beneficios económicos de su inversión, bien sea total o par-

68 Cfr: *Metalclad Corporation vs. United Mexican States*, case No. ARB(AF)/97/1; August 30, 2000. El texto en idioma original establece lo siguiente: “...covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably–to–be–expected economic benefit of property even if it not necessarily to the obvious benefit of the host state”.

69 A su vez, en la reciente decisión del CIADI, *Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd, et al (ExxonMobil) vs. República Bolivariana de Venezuela*; ICSID case No. ARB/07/27 del 09 de octubre de 2014 los demandantes (ExxonMobil) alegan que la nacionalización de los yacimientos petroleros en la Faja del Orinoco no fue la única medida estatal que los privó de su inversión y de los beneficios que derivan de la misma. Pues si bien tanto la parte demandante como la demandada (República Bolivariana de Venezuela) estaban de acuerdo que la expropiación de los Proyectos Cerro Negro y La Ceiba fueron expropiados directamente, aun cuando su legalidad no es conteste; alegó la parte demandante, adicionalmente, que (i) el establecimiento de un alícuota impositiva sobre la renta a las personas jurídicas dedicadas a la extracción de crudo extra-pesado (medida discriminatoria); (ii) la creación de un impuesto de extracción de petróleo; (iii) la imposición de reducciones discriminatorias a la producción y exportación; fueron medidas de efectos equivalentes a una expropiación. Dichos alegatos fueron aceptados por el Tribunal Arbitral (salvo el incremento de la alícuota impositiva del Impuesto Sobre la Renta sobre el cual el Tribunal declaró que no tenía jurisdicción) y la República Bolivariana de Venezuela fue condenada a indemnizar a Exxon Mobil.

cialmente, es considerado una expropiación indirecta. Por lo tanto, siempre que el Estado termine o varíe el contrato unilateralmente ocasionándole daños (directos o lucro cesante) a un inversionista, estaremos ante una medida de efecto equivalente a una expropiación. La doctrina internacional ha añadido que se puede diferenciar la expropiación directa de la indirecta, ya que en el caso de la expropiación directa el desposeimiento del bien, en detrimento de la persona privada o el expropiado, coincide con la apropiación o el beneficio de una persona pública o expropiante; mientras que en las medidas de efecto equivalente a una expropiación no se produce este vínculo⁷⁰, ya que como mencionamos anteriormente, la medida de efecto equivalente no debe traerle necesariamente beneficio alguno al Estado. Pues se trata, al fin y al cabo, como establece el Prof. Brewer-Carías, de una técnica confiscatoria que intenta evitar un procedimiento expropiatorio, aun cuando efectivamente se afectan derechos de particulares⁷¹.

En conclusión: el ejercicio de los poderes administrativos extra-contractuales o cláusulas exorbitantes, durante la ejecución de un contrato administrativo, que incida o extinga algún derecho de crédito, total o parcialmente, incluyendo el derecho a gozar o disfrutar de las utilidades de su inversión, produce una *medida de efecto equivalente a una expropiación*.

70 Vease al respecto Nouvel, Yves; "Les mesures équivalant á une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux", *Revue Générale du Droit International Publique*, 2002-1; p. 89.

71 Brewer-Carías, Allan R.; "La manipulación legislativa del concepto de «contrato administrativo» como técnica confiscatoria" en *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*; Editorial Iustel; Madrid 2014; p. 1764.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: SOBRE LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

El derecho a la “buena administración”, se funda en el concepto de administración vicarial, establecido en el artículo 103 de la Constitución española de 1978 y adoptado por el constituyente venezolano en el artículo 141 en la Constitución de 1999. La Administración Pública, bajo la concepción de administración vicarial, es depurada de nociones antiguas y obsoletas centradas en el poder inmune y privilegiado, y pasa a centrarse en la salvaguarda de los derechos del ciudadano.

Aquel antiguo régimen de Derecho público, exorbitante del Derecho común, hace del ciudadano un sujeto indefenso ante el despliegue de la actividad administrativa, por lo tanto, la Administración vicarial impone un nuevo paradigma: la Administración Pública está *al servicio del ciudadano*⁷². Esta cláusula de administración vicarial tiene como propósito que *la intervención administrativa sea lo menos lesiva a la libertad posible*. Una Administración que esté al servicio del ciudadano, debe valerse de los instrumentos que le permitan de manera más adecuada a cumplir dicho fin, pero siempre sometida plenamente a la ley y al Derecho.

El derecho a la “buena administración” obliga a que el ejercicio de los poderes administrativos extra-contractuales no implique una traba al desarrollo de actividades de los particulares, que durante la ejecución de un contrato administrativo se estaría gestionando de manera indirecta el interés general. Pues una “buena administración” no puede ser un aparato que cierre la creatividad, y mucho menos, nugatorio de los intereses

72 Teniendo en cuenta que el uso del término ciudadano no es un descuido, pues que implica que se trata de un sujeto inherentemente libre, titular de derechos y obligaciones, derivadas del derecho natural, cristalizadas en una Constitución política.

generales de los ciudadanos, tal y como es el fortalecimiento de libertades reales y el desarrollo humano⁷³.

El ejercicio de las cláusulas exorbitantes, como poderes administrativos extra-contractuales, unilaterales y coactivos, en el marco de un contrato administrativo (que se encuadra dentro de la actividad bilateral y no coactiva de la Administración), debe tender a que el ciudadano no sea un sujeto indefenso ante el imperio de la Administración Pública, de privilegios y prerrogativas, y además con una concepción del Derecho administrativo como cómplice del poder inmune a cualquier control. El derecho a la “buena administración” busca así una concepción más justa y humana del poder donde éste sea un instrumento al servicio objetivo del interés general⁷⁴.

La adopción de técnicas administrativas, como el contrato administrativo, deben tener como fin la participación del ciudadano en la consecución de este fin vicarial, donde éstos efectivamente contribuyan a la satisfacción de necesidades públicas. Por eso, el contrato administrativo sería el mecanismo idóneo de la actividad administrativa bajo un esquema de administración vicarial, garantizando el derecho a la buena administración en el cual el ciudadano tiene la facultad de ser sujeto activo y protagonista en la gestión de los intereses públicos y que éstos se hagan de manera acorde al libre desarrollo de las personas⁷⁵.

En conclusión, sólo será concordante la técnica contractual administrativa con el derecho a la buena administración cuando: (i) la necesidad pública sea para la prestación o provisión de bienes o servicios que el mercado no proporcione (*subsidiariedad*); (ii) que la elección del contratista siga un proceso de

73 Ver al respecto Rodríguez-Arana, Jaime; “El Derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de las instituciones públicas”; *Revista de Derecho Público* N° 113; Caracas 2008.

74 *Ibíd.*; p. 31.

75 *Ibíd.*; p. 33.

licitación⁷⁶ (idealmente de concurso abierto); y (iii) que todos los actos administrativos producto del ejercicio de poderes administrativos extra-contractuales, se encuadren en el derecho al debido proceso y sean debidamente motivados. Adicionalmente, el uso de estos poderes extra-contractuales debe ser racional, es decir, la Administración debe agotar instancias no coactivas con el particular co-contratante antes de desplegar su actuación coactiva a través del ejercicio de estos poderes administrativos extra-contractuales; y al utilizarlos debe hacerlo de tal manera que sea lo menos gravoso posible a la libertad del ciudadano (co-contratante). De esta manera, el co-contratante pasa a ser *sujeto activo en la gestión de los intereses públicos*, y podemos entonces hablar de una conciliación entre los contratos administrativos y el derecho a la *buena administración*.

El artículo 141 de la Constitución establece de manera inequívoca que *“la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos (...) con sometimiento pleno a la ley y al derecho”*. Este sometimiento pleno al que se refiere dicha norma, en el contexto particular de los contratos administrativos, implica la aplicación de las normas de Derecho privado que rigen en la materia, principalmente las del Código Civil. Especialmente el artículo 1.160 de dicho Código, que establece: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley”*. De esta manera, siendo la buena fe (objetiva), definida como *“el comportamiento leal y honesto en la ejecución de las obligaciones. Mientras que la honestidad está intrínsecamente ligada a la intención de la persona,*

76 El proceso de licitación, en nuestra opinión, viene a cumplir el requisito de que la formación de la voluntad administrativa sea producto de un proceso administrativo. Este procedimiento licitatorio garantiza que la elección no sea arbitraria, sino que a través de una selección objetiva se determine el contratista que mejor se adecue al objeto del contrato a ejecutar (Cfr. Farías Mata, Luis Henrique; *óp. cita.*; p. 961). En conclusión, la licitación viene siendo, dentro de la formación de la voluntad administrativa, lo que la oferta y la aceptación es, *mutatis mutandi*, en el contrato civil.

*la lealtad de refiere más bien a la forma de la actuación con respecto a normas y standards (sic) de conducta y en relación a la satisfacción de las expectativas –el interés– de la otra parte”*⁷⁷. Por lo tanto, la buena fe en la ejecución de los contratos implica un deber de cooperación y lealtad, de esta manera, siempre que la Administración se valga de sus poderes unilaterales y coactivos para modificar o terminar un contrato administrativo estará incumpliendo una obligación que se encuentra implícita *ex* artículo 1160 del Código Civil venezolano, a la que se encuentra sujeto de acuerdo al artículo 141 de la Constitución. Adicionalmente, el deber de lealtad y de cooperación en la ejecución de un contrato administrativo, no solo vela por el cumplimiento de un contrato, sino que vela por el cumplimiento de un contrato que gestiona de manera directa con el interés general.

Debemos recordar que estas condiciones no son lineamientos supletorios a la voluntad de la Administración Pública, pues la cláusula de Administración vicarial (art. 141 de la CRBV), el proceso de licitación en la Ley de Contrataciones Públicas, el derecho al debido proceso, la buena fe en la ejecución de los contratos y en general todo lo que hemos mencionado anteriormente; son obligaciones constitucionales a las que está sometida la Administración cuando desarrolla su actividad administrativa a través de un “contrato administrativo”. Lo que pudiese ser visto desde una perspectiva inversa, de acuerdo al principio de *alteridad constitucional*⁷⁸, pues podemos afirmar que la obligación establecida en el artículo 141, crea en

77 Rodríguez Matos, Gonzalo; “La buena fe en la ejecución del contrato” en *Temas de Derecho Civil: Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley, Vol. II*; Tribunal Supremo de Justicia; Caracas, 2004; pp. 415-453.

78 En la consagración de los derechos humanos, uno de los principios esenciales de orden constitucional es el denominado principio de alteridad, que implica que todo derecho comporta una obligación y que todo titular de un derecho tiene que tener relación con sujeto obligado. No hay, por lo tanto, derechos sin obligaciones ni obligados; por lo que la consagración de supuestos derechos que no pueden originar obligaciones u obligados, por imposibilidad conceptual, no es más que un engaño”. Cfr. Brewer-Carias, Allan R; “*Reflexiones Críticas Sobre la Constitución de Venezuela de 1999*”, en www.allanbrewercarias.com.

cabeza de todo ciudadano (co-contratante) un *derecho a la buena contratación administrativa*.

En definitiva, hay que evitar la manipulación semántica del término contrato administrativo como vehículo jurídico mediante el cual la Administración puede hacer ejercicio de privilegios y prerrogativas que atentan contra el verdadero propósito del contrato administrativo como variante de la actividad administrativa (y hasta del propio Derecho administrativo): proteger los derechos de los ciudadanos. Pues como mencionamos al principio de este trabajo, el Derecho administrativo pasó de tener como eje el *poder* del Estado, a centrarse en los derechos y libertades de sus ciudadanos, que en el contexto del Derecho Internacional de Protección de Inversiones, se traduce en la creación de un ambiente amigable para los inversionistas (*investor-friendly enviroment*), tanto nacionales como extranjeros.

Índice

Estudios

¿ES NECESARIA LA TUTELA CAUTELAR PARA SUSPENDER LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO? UNA PROPUESTA

<i>Serviliano Abache Carvajal</i>	13
Introducción.....	15
I. La finalidad de la tutela cautelar.....	16
II. La concepción tradicional (¿e inconstitucional?) de eficacia inmediata del acto administrativo.....	17
III. Nuestra propuesta sobre la eficacia del acto administrativo: su definitiva firmeza	18
IV. A modo de conclusión: la innecesidad de la tutela cautelar para suspender (porque, sencillamente, no han iniciado) los efectos del acto administrativo	24

LA DEFENSA DEL MEDIOAMBIENTE COMO DEFENSA DEL SER HUMANO: DISCURSO HISTÓRICO DEL PAPA FRANCISCO

ANTE LAS NACIONES UNIDAS (2015)	27
<i>Teresa Parejo Navajas</i>	27
Introducción.....	29
I. La protección del medioambiente como derecho de la humanidad	32
1. La Agenda 2030	34
2. La Conferencia de las Partes sobre el cambio climático	36
II. Conclusión	39

LA CONCILIACIÓN EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Carlos Reverón Boulton	41
Introducción.....	43

I. La conciliación en el proceso contencioso administrativo venezolano.....	46
1. Aspectos procesales no regulados por la Ley	48
A. Llamado a conciliación y oportunidad procesal	48
a. Sobre el llamado a conciliación	48
b. Fase procesal en la que puede realizarse el llamado a conciliación	52
B. Duración del acto conciliatorio	54
C. Obligatoriedad de las partes de acudir a la audiencia	55
D. Medidas cautelares	57
E. Acta de conciliación y efectos.....	58
F. Finalización de la conciliación	62
2. Límites materiales del acuerdo conciliatorio.....	62
II. Posibilidad de que la administración pública celebre acuerdos conciliatorios judicialmente	71
III. Relexión final.....	75

Actualidad

NUEVO DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES	
<i>Bárbara González</i>	83
Introducción.....	85
I. Derecho a la libertad económica reconocido en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	86
II. Derecho a la propiedad reconocido en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.....	89
III. Derecho a la defensa reconocido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	93

Historia del Derecho Administrativo

LOS ORÍGENES DE LA DOCTRINA DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

<i>José Ignacio Hernández González</i>	99
Introducción.....	101
I. Precizando los orígenes del Derecho Administrativo venezolano.....	103
1. La tesis de mayor difusión: el Derecho administrativo surge con la Revolución Francesa. La confusión entre Derecho administrativo y régimen administrativo	103
2. Replanteando el análisis: el Estado como el presupuesto del Derecho administrativo. Los atributos estatales y la Administración Pública.....	105
3. Estado y Derecho administrativo en Venezuela.....	111
II. Estudio sistemático de los primeros textos del Derecho Administrativo venezolano	113
1. El Derecho administrativo en Federico Urbano (1910)	117
A. La relación Administración-Libertad	118
B. Derecho administrativo, relaciones con los ciudadanos y Derecho civil	119
C. La definición de Derecho administrativo	120
D. La materia de Derecho administrativo	121
E. Las características de la buena Administración	124
2. El Derecho administrativo en Federico Álvarez-Feo (1925)	125
A. El contenido de la actividad administrativa de acuerdo a la distinción entre servicios facultativos y esenciales	127
B. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública	128
C. Los servicios facultativos de carácter económico: la intervención administrativa y el liberalismo	129
3. Recapitulación: los rasgos iniciales del Derecho administrativo venezolano en la primera doctrina	130

Colaboración estudiantil

LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES COMO MEDIDAS DE EFECTOS EQUIVALENTES A UNA EXPROPIACIÓN.....	137
<i>Andrés E. Hobaica</i>	137
Introducción: las cláusulas exorbitantes y propiedad privada	139
I. El contrato administrativo: nociones básicas y evolución histórica.....	142
1. Clausulas exorbitantes	144
2. Los poderes administrativos unilaterales (cláusulas exorbitantes) contenidos en la Ley de Contrataciones Públicas (y su Reglamento)	150
A. La aplicación del <i>ius variandi</i>	150
B. Terminación unilateral del contrato:	151
C. Recapitulación	153
II. La expropiación forzosa	154
1. Procedimiento expropiatorio (prima facie)	155
2. La vía de hecho y la expropiación	158
3. La expropiación forzosa y el Derecho Internacional de Protección de Inversiones	158
A. La expropiación de Derecho (<i>de iure</i>) y la expropiación de hecho (<i>de facto</i>):	159
III. El ejercicio las cláusulas exorbitantes como medida de efectos equivalentes a una expropiación:	162
1. La (derogada) Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana y el Derecho Internacional de la Protección de Inversiones	162
2. El art. 533 del Código Civil venezolano.....	168
IV. A modo de conclusión: sobre la buena administración y el contrato administrativo	172

Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano

N° 7 septiembre – diciembre 2015