

**Revista Electrónica de  
Derecho Administrativo Venezolano**



**Revista Electrónica de  
Derecho Administrativo Venezolano**

**N° 9 mayo — agosto 2016**



© 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](http://www.uma.edu.ve)

[www.redav.com.ve](http://www.redav.com.ve)

Hecho el Depósito de ley

Depósito legal ppi201302DC4673

ISSN: 2542-3169

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

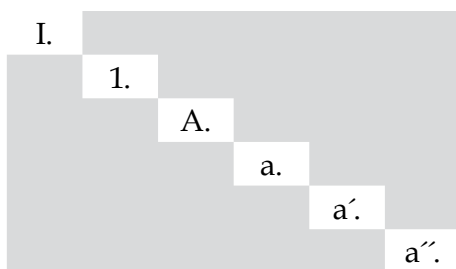
## *Normas de publicación*

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](mailto: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

Jonás E. Aponte A., *La suspensión del servicio público eléctrico*

José Angel Cornielles Hernández, *Notificaciones en materia de control fiscal*

Mauricio Subero Mujica, *Críticas a la doctrina del contrato administrativo en Venezuela*

Alan E. Vargas Lima, *Los principios generales de la Ley de Procedimiento Administrativo en Bolivia ~ Su evolución y desarrollo actual a través de la jurisprudencia constitucional*

## ACTUALIDAD

Luis Fraga Lo Curto, *Soluciones institucionales a la crisis inflacionaria*

Eduardo Jorge Prats ~ Olivo Rodríguez Huerta, *Prólogo a La doctrina constitucional y administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho (libro homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías)*

Samantha Sánchez Miralles, *La expropiación de "Agroisleña C.A.", un nuevo balance negativo*

Emilio J. Urbina Mendoza, *¿Qué son las sentencias de gobierno? La nueva geografía de actos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*



# ESTUDIOS



# LA SUSPENSIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO ELÉCTRICO

**Jonás E. Aponte A.**

*Profesor de Armonización Tributaria en la ENAHP–IUT*

*Resumen: Establecer el concepto del servicio público que orbita alrededor del Estado social, y más específicamente del servicio público eléctrico, permitirá limitar los atropellos y tropelías que se generan con motivo de su prestación, al ser concebida como una actividad enteramente privada, obviando ex profeso que lo público es lo que determina su esencia. En ese sentido, con el presente trabajo se analizará la suspensión del servicio público eléctrico, cuando las causas que la originan se produzcan por cesantía de pagos o morosidad y anomalía e irregularidad y cómo una comprensión errónea de este concepto genera graves violaciones constitucionales.*

*Palabras clave: Servicio público, Estado social, suspensión, morosidad, anomalía, irregularidad.*

*Summary: The determination of the concept of public service that revolves around the welfare state, and more specifically the public electricity service, will limit abuses and outrages that are generated when it is provided, considered as an entirely private activity, when its essence is in fact determined by the public aspect. In this sense, this paper analyzes the interruption of public electricity services arising from failure to pay or default in pay and anomalies and irregularities, and how an incorrect understanding of this concept can amount to serious constitutional violations.*

*Keywords: Public service, public electricity service, welfare State, interruption, failure to pay, default in pay, anomalies and irregularities.*

Recibido: 14 de marzo de 2016

Aceptado: 20 de abril de 2016



## SUMARIO

Prolegómeno

I. Del Estado Social y el Servicio Público

II. La suspensión del Servicio Público Eléctrico

Recapitulación

## PROLEGÓMENO

La diferencia entre lo público y lo privado, en ocasiones es difícil discernirla; principalmente por la ingente intervención que —en épocas recientes— somete el Estado a múltiples actividades económicas, apelando a principios como el de orden público o interés general, que siendo conceptos jurídicos indeterminados —con una gran carga emotiva— se han convertido en una especie de patente de corso, empleada con objeto de limitar con mayor intensidad diferentes facetas de la vida económica y social<sup>1</sup>. Y, más difícil aún resulta, distinguir actividades de interés general, servicios públicos, o cualquier otra actividad que se repunte de interés social y, que merezca —justificada o no— la intervención del Estado.

---

1 Señala Andrés Amengual, analizando una decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 00653 de fecha 7 de mayo de 2014, que para el aludido fallo el interés general “debe” prevalecer sobre el interés particular, formulación que a su criterio no es analizada ni sometida “a un riguroso examen para determinar las condiciones de su aplicación fungiendo como un dogma para decidir aquellas controversias que revisten un interés especial para el Estado. Así concebida, esta sentencia forma parte de una operación discursiva que concentra el más elevado epítome de la «nueva» moralidad del derecho público, permite justificar cualquier decisión judicial y administrativa sobre la base de la supremacía de «lo público» sobre «lo privado», a partir del extendido prejuicio que acusa al individualismo de ser la fuente de todos los males de las sociedades contemporáneas, y le niega el carácter complejo y problemático que, en este caso sí, debe tener el razonamiento jurídico. Cfr. Andrés, Amengual, S., *Pensar el Derecho*, Tomada de: <http://www.vitrinallegal.com.ve/pensar-el-derecho/> [Consultada: 10/03/2016].

Las dificultades prácticas de transitar sobre brazas ardientes en medio de caminos espinosos, se compara con el problema que supone establecer, el comportamiento estimable de ciertos actores sociales, quienes —en ocasiones— se hayan confinados y constreñidos a realizar determinado comportamiento con fundamento en un socorrido interés general.

Sin embargo, cuando una actividad es claramente conceptualizada como servicio público o es susceptible de afectar el interés general, el prestador, sabe que, sobre su actividad recaen un conjunto de restricciones que la limitan u ordenan, canalizándolas a determinados fines de utilidad pública. Un caso típico es el servicio eléctrico. Merece la pena señalar que, para este momento, el servicio eléctrico es doblemente público —para definirlo de alguna forma— por cuanto, es prestado por una empresa pública y se reputa como un servicio público.

Ahora bien, sin más preámbulo, el presente trabajo tiene por objeto analizar la suspensión del servicio público de electricidad —pero exclusivamente— cuando la misma se hubiera producido en razón de cesantía de pagos o morosidad y anomalía e irregularidad, dejando a un lado, los cortes abruptos del servicio, cualesquiera sean sus causas, vale decir, interrupciones programadas por emergencias energéticas o, por fallas en el servicio, entre otras.

Para tales fines, y por puro rigor metodológico, se analizará preliminarmente la noción de servicio público —que a nuestro criterio— es la que debería regir o estar sometido el servicio eléctrico. Dicha formulación se realizará al calor de un breve análisis de la cláusula de Estado social, en cuyo caso, daremos por descontado que ambos conceptos —teniendo una relación consustancial— han atravesado una crisis estructural que ha obligado su reformulación actual.

Merece la pena señalar que, gran parte del análisis de este trabajo versará sobre dichos conceptos —Estado social y ser-

vicio público— y cómo debería ser entendida la prestación del servicio eléctrico, para evitar usar la suspensión del servicio como si se tratase de una nimiedad cualquiera, cuyo substrato radica en no diferenciar del todo lo privado de lo público.

## I. DEL ESTADO SOCIAL Y DEL SERVICIO PÚBLICO

El advenimiento del Estado social, supuso una transformación estructural de la sociedad y, fundamentalmente entender que Estado y sociedad no pueden ser vistos como racionalidades autónomas, independientes y capaces de auto—regularse por sus propios medios o leyes. Este es el contenido filosófico que habría de acreditarle al orden social dentro de la noción de Estado, la interdependencia entre Estado y sociedad.

En tal sentido, entre Estado y sociedad —como señala García—Pelayo a partir de supuestos Hegelianos— existe una neta distinción, aunque no separación, por cuanto, “mientras la primera, tiende al desarrollo superior y libre personalidad de los individuos, la segunda, está sustentada en relaciones de propiedad, es decir, sobre la dominación de las cosas, que se transforman en dominación sobre las personas, y con ello estratificada en clases”<sup>2</sup>.

---

2 Manuel García—Pelayo, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2009, p. 26—28. A renglón seguido, señalaría el maestro García—Pelayo que, el Estado social está orientado hacia la neutralización de las desigualdades sociales. En tal sentido, en el marco del Estado y sociedad de nuestro tiempo, tanto en los países industrializados como aquellos en vía de desarrollo, ya no pueden definirse como dos sistemas “cada uno de ellos capaces de proveerse de auto—regulación, o bien como subsistemas, completamente interdependientes, vinculados y condicionados por un número creciente de interrelaciones, de flujos y reflujos, de insumos y productos, de modo que, como consecuencia de las crecientes y heterogéneas demandas y estímulos por parte de la sociedad, presenciamos una transformación estructural de la sociedad”.

Una creciente expansión de la sociedad, trajo consigo la explosión de los problemas sociales, generó brechas entre éstas, y entronizó a una clase (la dominante) sobre las demás, de modo que, impuso sus condiciones, definió los patrones del Estado y estableció —encubiertamente— el comportamiento de la sociedad. Tal situación se tradujo en el florecimiento del Estado, al punto que la libertad, halo de revolución francesa y bastión de la teoría liberal, habría sufrido ciertas restricciones con el propósito de descomponer las perversiones que se estaban sucediendo.

En ese sentido, el Estado Social, como fórmula que pretende —discursivamente— romper con la lógica del Estado liberal —soportada sobre la antípoda entre Estado y sociedad— sobredimensionado tanto en sus bases como en el pináculo de su estructura, al precisarse como una racionalidad capaz de auto—regularse y definir por sus propios medios y fines la respuesta a los problemas surgidos en su seno, ha visto como las diferencias y brechas sociales se hacen cada vez más marcadas, por lo que el Estado interviene para transformar lo irracional de la *pseuda* racionalidad con la cual orbita la sociedad.

Tal concepción es brillantemente expuesta por García—Pelayo, para quien “una de las características del orden político liberal era no sólo la distinción, sino la oposición entre Estado y sociedad, a los que concebía como dos sistemas con un alto grado de autonomía, lo que producía una inhibición del Estado frente los problemas económicos y sociales”<sup>3</sup>.

Para el profesor Delgado Ocando, el Estado social de Derecho, democrático por naturaleza, debe generar las garantías indispensables para que los derechos y ciertas exigencias sean respetadas, por ello, se habla de un Estado *manager* o de un Estado administrador, “cuya legitimidad es por performance,

---

3    *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, cit., pp. 22—25.

es decir, por resultados, no la que deriva del origen y del ejercicio del poder conforme a las normas preestablecidas”<sup>4</sup>.

Por tal motivo, es imprescindible la acción del Estado dirigida a proclamar el Estado social, y que las fuerzas sociales o cualquier otra racionalidad dotada de autonomía estén contestes con los cambios estructurales que abraza esta realidad material<sup>5</sup>.

El Estado Social se sostiene sobre una Administración que está orientada a dar cumplimiento a las necesidades sociales, impulsando los instrumentos más idóneos para este fin democrático<sup>6</sup>. No obstante, lo anterior no implica que la sociedad esté impedida de procurar la construcción de dicho Estado, y más aún, que obvie su responsabilidad social.

Para Villalón, la expresión “*Estado Social*” fue tomada de la Ley Fundamental de Bonn y guarda un estrecho parentesco con la idea del Estado de Bienestar, herencia de la doctrina social demócrata, y con ella quiere expresarse una concepción política de Estado, según la cual este no se limita, como el Estado Liberal, a corregir las disfunciones más ostensibles de la estructura social, sino que asume la responsabilidad para la conformación del orden social<sup>7</sup>.

---

4 José M., Delgado Ocando, “El Estado Social de Derecho”, *Revista Lex Nova*, N° 240, Colegio de Abogados del Estado Zulia, Maracaibo, 2000, p. 17 y ss.

5 Frente a conceptos racionalistas de derechos y libertades formales, se oponen las libertades reales y sustanciales. Cfr. Rafael, Aguilera P. y Diana R., Espino T., “Repensar a Leon Duguit ante la Actual Crisis del Estado Social”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 12, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2010, p. 50. Tomada de: <http://universitas.idhbc.es/n12/12-05.pdf>, [consultada 10/03/2016].

6 Sentencia N° 2009-620, del 15 de abril del 2009, caso: “Alimentos Polar Comercial C.A. contra la Superintendencia Nacional de Silos Almacenes y Depósitos Agrícolas”.

7 Igor, Villalón, *El Estado Social en la Constitución*, tomada de: <http://www.vitrinalegal.com.ve/el->

En ese sentido, uno de los principios sobre el cual se soporta el Estado social, es el de la **Solidaridad**, que rompe con el característico entendimiento del individuo como sujeto aislado de su entorno e impulsado o potenciado producto de la interrelación e interdependencia, y que da paso a la nueva concepción de los derechos fundamentales, articulado a través —y así resulte paradójico— de **derechos individuales** mediante su entendimiento e internalización, inducido por el **principio de participación**, con el cual, el Estado Social conduce a configurar la ciudadanía activamente, es decir, que su posición impávida e impasible ante los cambios sociales tenga algún tipo de reacción, sobre todo, como ciudadanía social y no meramente individual<sup>8</sup>.

Ahora bien, indica De Cabo, que de la insolidaridad como componente estructural del constitucionalismo liberal<sup>9</sup>, pueden deducirse efectos formales, individuales e inordinados, y en contraste, manifiesta que la configuración de la solidaridad como módulo también estructural del Estado social, precisa de un valor material, común y altamente compenetrado sobre una idea de unidad.

La sanción constitucional del Estado social es fundamentalmente la de desbloquear y no imponer su realización, de otro modo, imposible, en virtud de una superposición de la libertad (y la igualdad formal) como lema de la estabilidad jurídica sobre la igualdad (justicia social) como divisa de la estabilidad social<sup>10</sup>.

---

estado-social-en-la-constitucion/ [consultada 10/03/2016].

8 Carlos, De Cabo, *Teoría Constitucional de La Solidaridad*, Marcial Pons, Barcelona, p. 47–57.

9 *Teoría Constitucional de La Solidaridad*, cit. p. 56.

10 Jaime N., Muñiz, “La Declaración de Estado Social en la Constitución Española de 1978”, En: *Libro-Homenaje a Manuel García-Pelayo, Tomo I*, Universidad Central de Venezuela Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1980, p. 163.

En contratos con lo anterior, sugiere Hayek que la igualdad formal ante la Ley está en pugna y que, de hecho, es incompatible con toda actividad del Estado dirigida a la igualación sustantiva y material de los individuos, lo que puede suponer eventualmente la destrucción del Estado de Derecho<sup>11</sup>. Ello así, añade el maestro alemán que:

“No puede negarse que el Estado de Derecho produce desigualdades económicas; todo lo que puede alegarse en su favor es que esta desigualdad no pretende afectar de una manera determinada a individuos en particular. Es muy significativo y característico que los socialistas (y los nazis) han protestado contra la justicia «meramente» formal, que se han opuesto siempre a un Ley que no encierra criterio respecto al grado que debe alcanzar cada persona en particular”<sup>12</sup>.

En orden a lo anterior, señala el profesor Hernández, a corolario de una Polémica suscitada entre éste y, los Profesores Alvarado, Arias, González y Herrera, en el marco de un curso en la Universidad Monteávila, que el Estado Social no se trata de un concepto jurídico, sino más bien de una figura imprecisa que coloca en riesgo a la libertad, y que bajo el cometido de la igualdad (valorado como utópico), degenera en rasgos autocráticos<sup>13</sup>. Añade el autor en referencia, que se ha sobredimensionado al Estado social, al punto de querer ver en él, el origen de todos los riesgos a la libertad, sin embargo, precisa que:

“la consecución jurídica primera de ese Estado social fue la conformación jurídica de la Administración prestacional, quien a través de medios no coactivos atiende ciertas necesi-

---

11 Friedrich, Hayek, *Camino de la Servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, p. 114.

12 Ídem.

13 José I., Hernández G., *Administración Pública, Desarrollo y Libertad en Venezuela. Algunas ideas en torno a la reforma administrativa en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2012, p. 52—53.

dades de los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiaridad y menor intervención. Y en todo caso, la única actividad administrativa que cabe en el Estado social es aquella que discurre por los cauces del Estado de Derecho y del Estado democrático, de forma tal que cualquier conflicto entre la actividad de la Administración en el marco del Estado social y el Estado de Derecho y Democrático, debe ser resuelto a favor de éste último”<sup>14</sup>.

En orden a lo anterior, para Rubio Llorente, la cláusula Estado Social opera más como un criterio de interpretación de la Ley que como un factor que incide directamente sobre el modo de producción de ésta o sobre su contenido, pues,

“el cumplimiento de los mandatos constitucionales concretos que, en cierta medida, la desarrollan (especialmente los «Principios rectores de la política social y económica» contenidos en el Título I, Capítulo tercero, de la Constitución) queda entregado a la libertad del legislador.

No debe minimizarse, sin embargo, la importancia por esta vía de su utilización como criterio interpretativo tiene la cláusula del Estado social como factor limitativo de la libertad del legislador. El TC se ha servido de ella no sólo para resolver en favor del principio de la llamada «igualdad dinámica» (que la CE consagra en el artículo 9.2, pero que es sin duda uno de los componentes básicos de la noción de Estado social) algunos litigios en los que se ponían en cuestión normas legales que no se ajustaban por entero al principio de «igualdad estática», esto es, de la igualdad ante la ley entendida en su forma tradicional, sino incluso para invalidar normas que, afectando a materias concernientes a alguno de los «principios rectores», antes mencionados, no

---

14 Ídem.

le daban cumplimiento en los términos que le TC entendía necesarios”<sup>15</sup>.

Ahora bien, el problema del Estado social no es su significación, sino la forma como resulta malinterpretada por los actores sociales. Es de hacer notar, que uno de los economistas que mayor influencia ha tenido en el desarrollo sistemático del Estado social ha sido Keynes, quien sentó las bases para superar la crisis del capitalismo y crear una sociedad capitalista justa, un modelo que concentrara las relaciones de capital trabajo<sup>16</sup>.

Señala Holloway, que para el siglo XX los capitalistas exigían respuesta a tres (3) particulares: (i) el rol del Estado; (ii) las relaciones internacionales; y (iii) el control del dinero. No obstante, veían con mayor preocupación las dimensiones cuantitativas que tomaba el poder del trabajo en el plano económico. Eventos en nada aislados como el octubre rojo de 1917, que fortaleció el movimiento revolucionario con una participación significativa de la clase trabajadora, así como el impacto de la guerra que dividió el movimiento obrero internacional y, por último, la derrota a la huelga de Gran Bretaña, **se tradujeron en cuestionamientos propiciados en el seno del capitalismo, no en tanto a su concepción modélica, en su lugar, a la posibilidad real que esas ideas se sustituyeran por las suyas**<sup>17</sup>.

---

15 Francisco, Rubio L., “El Principio Legislativo en España. El Lugar de la Ley Entre las Fuentes del Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 16, Madrid, 1986, p. 99–100.

16 John, Holloway, *Keynesianismo una Peligrosa Ilusión*, Vadell Hermanos, Caracas, 2005, p. 62–63.

17 Para Walter Montenegro: “frecuentemente, ahora como en vida de Smith, se le han imputado a él todos los vicios del capitalismo. La verdad, es que la Riqueza de las naciones constituye un análisis de interpretación del fenómeno capitalista tal como se presentaba, y no una justificación de sus métodos”. Cfr. Walter, Montenegro, *Introducción a las Doctrinas Político–Económicas*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1996, pp. 40–41.

A renglón seguido, señalaría Holloway, que: **“la respuesta a la amenaza soviética debía ser conciliatoria”** y para ello Keynes desarrolló una estrategia en la cual se “pudieran integrar a la clase trabajadora como una fuerza para el desarrollo del capitalismo”<sup>18</sup>. La reflexión central era que el mercado se había hecho insuficiente e incapaz “de asegurar condiciones razonables de vida para la mayoría de la población y para garantizar la acumulación del capital”, y en virtud de ello, los Estados industrializados, habiendo observado que el mercado presenta fallas insalvables de la forma como venía funcionando, decidieron: (i) expandir las funciones del Estado; (ii) excluir a los sindicatos, por cuanto, Keynes, veía que estos eran lo suficientemente fuertes como para interferir en la oferta y la demanda y; (iii) el restablecimiento del poder del dinero en manos del Estado<sup>19</sup>.

A corolario de lo anterior, con el Estado social se procura una conciliación entre dos (2) modelos, el primero, el capitalismo y el segundo, el socialismo y su indefectible paso al comunismo. El Estado social, correctamente entendido, no nace para violar derechos y cercenar libertades, por el contrario, es un incorrecto entendimiento de su dimensión lo que genera un piélago de perversiones. Es difícil ver —hoy día— un país en el mundo que perciba al Estado como una amenaza y que deje ciertos problemas de orden económico y social exclusivamente a la sociedad en toda su amplitud.

## 1. Del Servicio Público y su Régimen Jurídico

Ahora bien, precisado lo anterior, y examinada sucintamente la importancia que supone el establecimiento del Estado social, habría que hacer un poco de historia, y aproximarnos brevemente a la génesis del tema de los servicios públicos —ya

---

18 *Keynesianismo una Peligrosa Ilusión*, cit., p. 70.

19 *Keynesianismo una Peligrosa Ilusión*, cit., p. 70.

brevemente apuntado— y la importancia que el mismo supone en la actualidad.

En ese sentido, tenemos que, en los albores del Derecho Administrativo Francés, existía una conexión estrecha entre lo que era considerado servicio público y el Estado (Escuela de Burdeos), lo cual significó un viraje de babor a estribor del examen de las estructuras formales sobre las cuales se había construido el derecho público, erigido sobre la base de la soberanía como explicación racional de las relaciones de poder y sumisión entre gobernantes y gobernados<sup>20</sup>.

Se diría entonces que el derecho administrativo es cabalmente un derecho público, que se ocupa del régimen jurídico de las manifestaciones de voluntad que se produce con ocasión de la gestión de los servicios públicos, definidas por el propio Jèze, como: “el conjunto de reglas especiales relativas al funcionamiento de los servicios públicos”, siendo indispensables en todo país civilizado y, su funcionamiento exige ser gobernado necesariamente por reglas especiales, diversas del Derecho común, y especialmente del derecho privado<sup>21</sup>.

---

20 Sin embargo, a criterio de Cassagne, resulta erróneo atribuir a Duguit —el gran abanderado de la Escuela de Burdeos— la paternidad de la teoría del servicio público, más aún, cuando no recibe una sola impronta ideológica, constituyendo una técnica instrumental que, como categoría histórica, se traduce una dialéctica entre sociedad y Estado. Cfr. Juan C. Cassagne, “El Resurgimiento del Servicio Público y su Adaptación en los Sistemas de Economía de Mercado. Hacia una nueva Concepción”, *Revista de Administración Pública*, N° 140, mayo—agosto, Madrid, 1996, p. 98. Seguidamente, señala el referido autor —citando a Melián— que Hauriou es el artífice del origen de la noción de servicio público, quien precisaba que el Derecho Administrativo se encontraba más orientado a la gestión de los servicios públicos que a la pura policía.

21 Luciano, Parejo Alfonso, *El Concepto de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Venezuela, Colección de Estudios Jurídicos, No. 23, Caracas, 1984, pp. 89—90.

Señalaría Jèze citado por Parejo Alfonso que:

*“Decir que en un determinado caso existe un servicio público, es decir que para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, existe un régimen jurídico especial y que este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos.*

*En todo servicio público propiamente dicho, observase la existencia de reglas jurídicas especiales, que tiene por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del mismo, de dar, lo más rápida y completamente posible, satisfacción a las necesidades de interés general”<sup>22</sup>.*

En ese sentido, el servicio público y su regulación a un régimen jurídico especial lleva una nota esencial en la concepción de Jèze, cuyas causas que habrían sido sintetizados por Ch. Eisenmann en su obra *“Cours de droit administratif, L.G.D.J., París, 1982, tomo I, pp. 23 y ss”*, de la siguiente manera: (i) **los agentes que intervienen en la prestación de los servicios públicos, son funcionarios, lo que significa que están en una situación reglamentaria y no meramente contractual**; (ii) la naturaleza de los actos de los agentes que presten los servicios públicos son siempre actos administrativos, es decir, actos sujetos al derecho público; (iii) las reglas de los servicios públicos son naturalmente y por esencia modificables en todo momento<sup>23</sup>.

Ello significa que, estando los servicios públicos sometidos a un régimen de derecho administrativo, el prestador del servicio debe ajustar su conducta a las reglas que lo organizan y realizan funcionalmente, por lo que, estando en una situación reglamentaria y no meramente contractual, es claro que la actividad sea ante todo de derecho público.

---

22 *El Concepto de Derecho Administrativo*, cit, p. 91.

23 *El Concepto de Derecho Administrativo*, cit, p. 91–92. Véase también en: Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo N° 2012–1676 de fecha 1° de agosto de 2012, caso: Moliendas Papelón, S.A. (MOLIPASA).

Luego de múltiples avatares y de trazos inconclusos de los servicios públicos<sup>24</sup>, la concepción que orbitaba sobre la Escuela de Burdeos, fue irresistible y tristemente superada y, sometida a un conjunto de regulaciones de carácter legal, que en lugar cobijarle de un contenido enteramente prestacional, en el cual la satisfacción de necesidades colectivas constituyera el eje cardinal de la actividad administrativa, se impusieron mayores limitaciones a dicha noción, es decir, se dogmatizó su esencia, lo que luego se tradujo en mayores restricciones sobre la misma, trayendo consigo ingentes controles a la actividad económica.

En ese sentido, se llegaron a dos (2) grandes conclusiones, a saber: (i) que sólo las actividades que la Ley definiera como servicios públicos podría reputarse como tal; y (ii) que debe existir una reserva expresa y con exclusividad la prestación del servicio público por parte del Estado (*publicatio*).

A propósito de lo anterior, señala el profesor Hernández, que el término servicio público no es unívoco, y que una de las controversias en torno a la dogmática del mismo, estriba entre el paralelismo que se pretende erigir entre éste y reserva<sup>25</sup>. Es ese sentido, señala este autor que:

*“Ya un sector de la doctrina francesa tradicional destacaba que el monopolio no era –siempre– elemento esencial al servicio público, resaltándose igualmente que la reserva sobre la actividad no es inherente al «servicio público». El peso de esta noción suele colocarse, entonces, en su significado material, para aludir a un conjunto de actividades prestacionales frente a las cuales los Poderes públicos pueden desplegar diversas técnicas de actuación, entre ellas, la reserva. Se contraponen así la noción formal de servicio*

24 Andry, Matilla C., *Derecho Administrativo y Servicio Público, Trazos Inconclusos Desde una Perspectiva Histórica*, tomada de: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/18.pdf> [consultada 10/03/2016].

25 José I. Hernández, G., *La Libertad de Empresas y sus Garantías Jurídicas*, Ediciones IESA, Caracas, 2010, p. 120–121.

*público –que se basa en la reserva expresa al Estado– esta acepción material o finalista.*

*Es esa la posición que, a nuestro parecer, ha de prevalecer: deberá disociarse, por un lado, el concepto material de servicio público (entendido como las actividades prestacionales que satisfacen necesidades colectivas de relevante interés social) de las distintas técnicas formales de intervención que frente a esas actividades podrán desplegar los Poderes públicos, las cuales se clasifican en dos categorías estudiadas desde el Derecho español: actividad de prestación y actividad de limitación”<sup>26</sup>.*

En orden a lo anterior, en atención a la prestación del servicio público, debemos resaltar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 302, establece lo siguiente:

“Artículo 302. El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”.

Con fundamento en el artículo antes transcrito, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la Sentencia N° 2436 de fecha 29 de agosto de 2003, caso: *Arnaldo González Sosa*, indicó que:

“la jurisprudencia ha manejado indistintamente los conceptos de servicio público y reserva al Estado de las activida-

---

26 *La Libertad de Empresas y sus Garantías Jurídicas*, cit., p. 121–122.

des, con lo cual se ha entendido que toda actividad que se declare servicio público se encuentra reservada al Estado.

En efecto, ese uso impropio de los conceptos fue el que precisamente privó en la decisión que fue apelada, cuando señaló «...considera la Corte que no puede particular alguno pretender invocar el derecho a dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, desde que la materia definida como de servicio público no está comprendida en las actividades que puedan desarrollar libremente los ciudadanos, antes bien, éstos no tienen derecho alguno a realizarla, pertenece a la actividad pública de la cual es titular el Estado. **La Sala encuentra que el equívoco de la decisión que se apeló se halla en la consideración de que todo servicio público se encuentra reservado al Estado y, por tanto, el derecho a la actividad económica de los particulares se encuentra altamente restringido. Ahora bien, la Sala aclara que no toda actividad que se declara servicio público se encuentra necesariamente reservada al Estado, y tampoco es cierto que toda actividad, que ha sido reservada formalmente al Estado, es servicio público**”<sup>27</sup>.

En ese mismo sentido, el autor español Luis Martín Rebo-  
llo señala que “lo relevante para calificar una actividad de

---

27 Conforme al criterio que subyace a esta sentencia, José Ignacio Hernández, indicó que la misma colabora significativamente por esclarecer el concepto de servicio público y que, por ende, “no basta con la simple declaración de una actividad como servicio público para entender que la publicatio o reserva ha sido acordada”. Empero, para el autor en referencia existe una drástica diferencia entre las actividades reservadas al Estado y las que son confiadas a la libertad de empresa, y que a su criterio, un examen del ordenamiento jurídico permite concluir que, pese a la exigencia del artículo 302 de la Constitución, relativa a una reserva clara, explícita y justificada, la catalogación de una actividad como servicio público es superficial, al punto que “la declaración de actividades como servicios públicos no va acompañada de la correspondiente reserva”. Cfr. José I. Hernández G. “Disciplina Jurídico-Administrativa de la Libertad Económica”, en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Randolph Brewer-Carías, Editorial Funeda, Caracas, p. 199.

servicio público no es ya la asunción de su titularidad por el Estado, sino el sometimiento de la misma a la programación y al control y dirección de la Administración Pública”<sup>28</sup>.

Para Hernández, cuando la doctrina francesa alude a la acción de asumir la actividad, no se refería a asumir al titularidad, antes bien, significa asumir la obligación de garantizar la debida prestación de los servicios públicos; añade en el mismo tenor que, se le han atribuido a determinadas actividades de interés general la categorización de servicio público, como existe otra tendencia a señalar que la declaratoria o calificación de un actividad como servicio público supone la asunción por el Estado, es decir, la *publicatio*<sup>29</sup>.

Habría que indicar, se insiste, el sometimiento a la Ley no es suficiente para señalar que una actividad constituye un servicio público y, si se quiere, bajo planteamientos realistas<sup>30</sup> y pragmáticos, existen actividades que por su propio

---

28 Luis M., Rebollo, “De nuevo sobre el servicio público planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, *Revista de Administración Pública*, N° 100, Madrid, 1983, p. 2497.

29 José I., Hernández, G. “Servicios domiciliarios y servicio público: A propósito del Proyecto de Ley Orgánica de los Servicios Públicos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 2007, p. 323—327.

30 Señala el profesor Garrido Falla que, en el Derecho Administrativo Francés la noción de Servicio Público se convierte en la columna vertebral de sistema con Duguit a la cabeza, y a posteriori, para los continuadores de la escuela realista, para quienes: “decir que en determinadas hipótesis existe el servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos de derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las Leyes y Reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico” G. Jéze). Y el propio Hauriou, incluso polemizando contra la Escuela Realista, también acepta ocasionalmente el concepto amplio de servicio público: éste es la obra a realizar por la Administración, si bien el poder (*puissance publique*) es el medio para su realización. En definitiva, pues, estamos aquí en presencia de un concepto amplio de servicio público;

dinamismo, pasan de ser un servicio público, a meras actividades sujeta a controles, y en ocasiones bastante laxos o, por el contrario, actividades que circulaban libremente, ahora producto del crecimiento exponencial de la sociedad y que por su importancia, la hacen indispensable para la realización normal y regular de la vida, produciendo su conversión *ipso facto* a un servicio público.

Una explicación a ese fenómeno, la brinda el catedrático español, Tomás Ramón Fernández, para quien, una actividad se reputará como servicio público, siempre que concurren tres (3) condicionamientos, a saber: i) ideológico; ii) económico y iii) tecnológico<sup>31</sup>.

A corolario de lo anterior, confinar a los servicios públicos a un conjunto de reglas e instituciones —generalmente de derecho privado— de espalda a su contenido prestacional y valor

---

del medio para satisfacer las necesidades generales hemos pasado a la finalidad misma de toda actuación administrativa". Cfr. Fernando, Garrido Falla, "El Concepto de Servicio Público en Derecho Español", *Revista de Administración Pública*, N.º 135, Madrid, 1994, p. 9.

- 31 En ese sentido, indicaría el autor en referencia que en ocasiones la *publicatio*, en los servicios públicos económicos, ha sido parcial y ha afectado sólo a una fase o aspecto de la actividad. Por lo que arguyó que, los gobernantes han tenido que lidiar con circunstancias concretas y cambiantes de tiempo y de lugar para su correcta catalogación, pero lo que sí es invariable es que lo que realmente se procura es encontrar "la satisfacción regular y continua, esto es, sin interrupciones y con un nivel de calidad determinado, de ciertas necesidades que se consideran imprescindibles para la vida". Cfr. Tomás, Ramón, Fernández, "Del servicio Público a la Liberalización Desde 1950 Hasta Hoy", *Revista de Administración Pública*, N.º 150, Septiembre—diciembre, Madrid, 1999, p. 60—61. La forma de hacerlo, la técnica a emplear para conseguirlo, ha sido y es otra cuestión. En tal sentido, a corolario de lo anterior, Fernández señalaría que su elección ha dependido (y depende) de condicionantes ideológicos, económicos y tecnológicos. Cuando estas fuerzas han resultado convergentes en un momento dado se ha producido la *publicatio* de la actividad y, si esa convergencia ha sido máxima, la publicado se ha traducido en un monopolio de iure, comprensivo incluso de la propia gestión material; cuando no, se ha excluido ésta".

teleológico de derechos colectivos, y de pronto, a un incommensurable interés general, terminan reduciendo sus fines y medios a la suspensión de los servicios e indiscutiblemente, el cese progresivo de terreno de lo público frente a lo privado, es decir, una actividad cuya génesis era eminentemente pública resulte hoy día esencialmente privada.

No obstante, el tema de los servicios públicos avizorados desde una plataforma realista, entre los autores modernos que han hecho un esfuerzo por sintetizar el tema de los servicios públicos, tenemos a Sayagués Lazo, para quien el mismo debe responder a las siguientes características: i) una evidente cobertura de necesidades colectivas a satisfacer; ii) la regularidad y periodicidad en su prestación; iii) la satisfacción de necesidades del público y, iv) la prestación del servicio debe efectuarse y ejecutarse sin distinción del sector de la población a quien va dirigido<sup>32</sup>.

Esta idea de servicio público presenta una evidente carga colectiva, es decir, frente a los derechos individuales sin mención de contenido social se oponen los derechos colectivos, directamente vinculados a satisfacer las necesidades del público y necesaria exigencia que su presentación se presente en forma universal<sup>33</sup>.

Es un hecho que donde haya una Administración o servicios públicos tiene que haber derecho administrativo<sup>34</sup> [palabras Jèze], y donde haya Estado social debe haber Administración. Lo cierto es, que siendo que el individuo no puede —por sí sólo— resistir las fuerzas del mercado y del

---

32 Enrique, Sayagués Lazo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Martín Bianchi, Montevideo, 1986, pp. 71 y 72.

33 Sobre el servicio universal, véase: José I. Hernández, G., *El Régimen Legal del Servicio Universal de Telecomunicaciones en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 17–18.

34 Luciano, Parejo Alfonso, *El Concepto de Derecho Administrativo*, cit. pp. 93–94.

fenómeno globalización, corresponderá al Estado proponer y generar los espacios y condiciones mínimas, para lo cual debe entenderse que Estado e individuo no pueden ser vistos como racionalidades autónomas e independientes.

El sometimiento de la prestación del servicio público al régimen administrativo, tiene su razón de ser en el hecho que los mismos están íntimamente relacionadas con derechos constitucionales, a saber: la salud, educación, seguridad social, vivienda digna, entre otros, y la reglamentación obedece a intereses públicos determinados, quedando reservado su control y vigilancia a los organismos del Estado.

Advierte Cassagne que, sostener el abandono de la idea de *publicatio* para reemplazarla por una noción ambivalente o, si se quiere, polifacética, como es la noción de regulación económica, es muy apresurado, y “solo la tecnología del futuro nos dirá si la distribución del gas o de la electricidad —por ejemplo— podrá llevarse a cabo bajo un régimen abierto de competencia, como también si la exclusividad o el monopolio y las prestaciones obligatorias desaparecerán de los futuros regímenes jurídicos a raíz de las innovaciones tecnológicas”<sup>35</sup>.

## **2. Servicio Público, noción que se patrocina desde la realidad**

Siguiendo el mismo hilo argumentativo, a nuestro criterio, cuando las actividades que en principio se reputaban servicio público, comienzan a prestarse por los particulares por la propia dinámica social, soslayando —incluso— las regulaciones, o cualquier técnica concesional, diremos entonces *mutatis mutandi* que no se cumplen las tres (3) condiciones impuestas por el maestro Fernández, y por ende, no estaríamos en presencia de un servicio público en sentido formal, pero si dicha

---

35 *El Resurgimiento del Servicio Público y su Adaptación en los Sistemas de Economía de Mercado. Hacia una nueva Concepción*, cit. p. 104.

actividad tiene un gran influjo en las relaciones sociales, en cuanto a su desenvolvimiento, y su no prestación se traduce en desequilibrios sociales, no importa que no se llenen esas tres (3) condiciones, de igual forma, nos hallaremos en presencia de un servicio público.

En efecto, entender que la noción de servicio público, es, ante todo, una institución que opera desde la realidad, permitirá comprender, que el sometimiento a la Ley, constituye —sólo— un requisito formal, y fundamentalmente, supone que ciertas actividades —y aquí lo importante— que prestan los particulares, pueden reputarse como servicio público, sin necesidad que una norma de carácter legal así lo establezca.

Con ello, el servicio público, cuando sea prestado por particulares, se apresta a ser afectado por un periódico y constante monitoreo y seguimiento por parte del Estado, con lo cual, se rompe cualquier noción formal que gire alrededor del mismo, y cualquier intención que pretenda sustraer su conexas relación con el interés general.

#### *A. Los servicios públicos y la procura existencial*

En materia de servicios públicos, prevalece necesariamente la noción del interés colectivo y al compás de ésta institución circula otra con gran influjo desde sus efectos en lo social, relativo a la necesidad de la intervención del Estado para evitar la disfuncionalidad del sistema, generada por la imposibilidad del hombre de dominar el espacio vital donde convive, lo que ha denominado Forsthoff “la procura existencial”.

En el mismo orden y dirección, siguiendo las ideas de Forsthoff el Estado Social de Derecho se caracteriza básicamente por dos (2) aspectos: primero, el desarrollo de la administración prestacional, en búsqueda de la “procura existencial” o “espacio mínimo vital cónsono con un bien común que permita el

*desarrollo y el enriquecimiento de la persona humana*"<sup>36</sup>; y segundo, una antinomia creada dogmáticamente entre los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos resistencias o libertades civiles y políticas.

De esa circunstancia dejó constancia la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 2012—0343 de fecha 29 de febrero de 2012, caso: Sociedad Mercantil La Electricidad de Caracas C.A., que estableció lo siguiente:

“Asimismo, el maestro Alejandro Nieto, a propósito del pensamiento de Duguit señaló que su obra influyó años después en la de Forsthoff, quien hace un llamado al interés colectivo, en ese sentido, precisa éste último autor que: «El hombre moderno ha perdido su autonomía económica» (Cfr. Ob. Cit. Nieto, Alejandro, pp. 22—23), toda vez que, ya no puede vivir en el ámbito por él dominado, es decir, en ese conjunto de condición en razón de la cual procura su existencia, que a diferencia del estado vital dominado (Forsthoff) —aquel en donde el individuo controla y estructurar intensivamente por sí mismo o sobre el que ejerce señorío— coexiste el espacio vital efectivo «(...) constituido por aquel ámbito en que el individuo realiza fácticamente su existencia y (...) por un conjunto de cosas y posibilidades de que se sirve, pero sobre las que no tiene control o señorío. Así por ejemplo (...) el servicio de agua, los sistemas de tráfico o telecomunicación, la ordenación urbanística etc (...)». (Vid. García Pelayo, Manuel: *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*. Editorial Alianza Universidad. Madrid, España 1989. pp. 26, 27 y 28)”<sup>37</sup>.

36 José M., Delgado Ocando, “El Estado Social de Derecho”, cit., p. 17.

37 El profesor Martín Rebollo plantea que “Cuando en nuestros días algún autor propugna abiertamente la vuelta a Duguit y la vuelta a forsthoff no hace sino exponer la necesidad de un salto adelante en la nueva encrucijada en la que hoy nos movemos. No es que se trate, pienso, de regresar a las técnicas —recalco esta palabra— del servicio público en sentido estricto [una actividad administrativa monopolizada bajo la veste de un régimen

De ello se desprende, que es al Estado a quien le corresponde en ciertas situaciones la responsabilidad de procurar la existencia de los ciudadanos, al no poder “por sí mismo disponer del entramado de bienes y servicios que constituyen la imagen y reflejo de una sociedad en constante crecimiento, esclava del consumo, atrapada en las crecientes barreras de la globalización, tampoco puede dominar el medio de que depende”<sup>38</sup>.

Todo servicio público esencial y que esté relacionado a bienes o derechos fundamentales como la salud o la vida, deben prestarse de forma obligatoria a todas las personas que cumplan con ciertos requisitos legales, pudiendo utilizarlo en igualdad de condiciones, sin discriminaciones de ningún tipo, con regularidad, bajo un buen funcionamiento, que garanticen

---

jurídico—público para la satisfacción de ciertas necesidades sociales de un modo regular y continuo], sino a la idea larvada que en ellas se albergaba, que no era otra que la idea de solidaridad social plasmada en el Estado que debe asumir las necesidades e intereses colectivos; necesidades e intereses que hoy reaparecen con fuerza en una sociedad masificada en la que no se reclaman de la Administración y del Derecho solamente, con ser importantes y fundamentales, técnicas singulares de garantía”. Cfr. *De nuevo sobre el servicio público planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, cit. p. 2497.

- 38 Sentencia Cit. N° 2012—0343. Habría que destacar que Forsthoff definió el término de procura existencial alrededor de las funciones prestacionales del Estado moderno, en el cual priva una relación primordial entre el individuo y el Estado, la cual encuentra cobijo y protección en el derecho público de la participación. Esa relación entre Estado e individuo requiere de una concepción material que permita la introducción del elemento jurídico—público, que moviliza las funciones del derecho público en protección de los derechos fundamentales. Para Forsthoff, el concepto de procura existencial no es formalmente determinable, y está referido a la materia, siendo que “en cuanto a concepto necesariamente referido a contenidos materiales, se sustrae a la sistematización inherente en tan alta medida a las formas y conceptos tradicionales del Estado de derecho”. Cfr. Ernest, Forsthoff, *Sociedad Industrial y Administración Pública*, traducido por Celestino Fernández de la Vega, Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP), Madrid, 1967, p. 19 y ss.

su permanencia y de forma continua, es decir, de manera ininterrumpida<sup>39</sup>.

No obstante lo anterior, para el profesor Hernández, una de las manifestaciones concretas de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho que recae sobre la Administración ha sido la configuración de una actividad prestacional, concepto que se benefició de los estudios realizados por Forsthoff, en los cuales, sin embargo, advierte el maestro venezolano, “el talante democrático del Derecho administrativo no estaba especialmente presente, al hacerse énfasis en el deber de la Administración de atender a la llamada procura existencial. Por ello, preferimos la acotación formulada por Wolf: esa actividad prestacional debe respetar los principios de subsidiariedad y menor Intervención”<sup>40</sup>.

A corolario de lo anterior, tanto el servicio público como la procura existencial actúan en protección de los consumidores<sup>41</sup>, al hallarse imposibilitados aquéllos de exigir —al menos el respeto formal— la participación en condiciones de igualdad con respecto a los prestadores de bienes y servicios para adquirirlos y obtenerlos en razonables condiciones de seguridad,

---

39 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 2008—1005 de fecha 6 de junio de 2008, caso: Carmen Nina Sequera de Callejas contra la Compañía Anónima Hidrológica de la Región Capital.

40 Cfr. José I. Hernández, G., “Eduardo García De Enterría y la Renovación del Derecho Administrativo. Reflexiones desde La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 6, mayo—agosto 2015, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, p. 39.

41 En este sentido, Forsthoff, señala que: “Por eso la procura existencial viene ante todo en ayuda de los consumidores, y es lógico y consecuente que la legislación haya asegurado el derecho de los mismo (en un sentido amplio) a prestaciones en el sector de la economía de la energía, del tráfico (deber de transporte del correo, del ferrocarril, del tráfico de líneas, con arreglo a la Ley de Transporte de personas) y, en el sector de la administración municipal, respecto de los establecimientos públicos”. Cfr. Ernest, Forsthoff, *Sociedad Industrial y Administración Pública*, cit. p. 37.

precios, calidad, entre otros, lo cual se traduce en la negada influencia que tienen sobre el mercado, que como se ha dicho, actúa sobre su propio eje.

## II. LA SUSPENSIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO ELÉCTRICO

Precisados los contornos de los servicios públicos, es oportuno determinar qué conducta debe asumir el prestador del servicio en los supuestos que exista mora, irregularidad o anomalía en el servicio. En el caso de la mora, es común observar cortes abruptos del servicio eléctrico, desconociendo las múltiples condiciones o consecuencias a los cuales pueden ser sometidos los usuarios. En ocasiones, la suspensión del servicio se realiza a escasos días que los usuarios se hallan retrasados en el pago, excluyendo toda posibilidad de poder revertir dicha circunstancia.

Ahora bien, entre la suspensión por mora, irregularidades o anomalías existe una relación indiscutible, vale decir, se verifica dentro de un servicio público y es sobre la cual versará el presente análisis, condición que exige de parte del prestador del servicio la realización de determinados comportamientos y conductas.

Para tales fines, se analizará lo consagrado en el artículo 54 del Reglamento de relativo al Procedimiento para recuperación del valor de la energía y la demanda no facturada por concepto de irregularidad o anomalía y se establecerán los derechos y garantías de los usuarios, específicamente, las relativas al debido proceso.

- 1. El Reclamo, como mecanismo para delatar  
deficiencia en la prestación de bienes y servicios  
no constituye una fórmula válida  
en los procedimientos sancionatorios**

El artículo 54 el Reglamento de relativo al Procedimiento para recuperación del valor de la energía y la demanda no facturada por concepto de irregularidad o anomalía, establece que:

“La Distribuidora deberá seguir el procedimiento descrito a continuación para recuperar el valor de la energía y demanda por Irregularidad o Anomalía:

- 1a. Realizar la inspección y verificar los supuestos del artículo 53 de este Reglamento, para constatar la existencia de una Irregularidad o Anomalía.
- 2b. Dejar constancia de la situación mediante un acta levantada y suscrita al efecto, con la intervención de SENCAMER, en presencia del Usuario o un representante de éste. Se dejará una copia del acta al Usuario o a su representante. En caso de no existir un funcionario de SENCAMER en la zona, deberá intervenir el Fiscalizador o una autoridad judicial competente.
- 3c. Cuando no sea posible contar con la presencia del Usuario o su representante, se levantará el acta con la presencia de dos (2) testigos, y se dejará copia de la misma en el inmueble.
- 4d. Con base en los registros históricos de los consumos leídos, La Distribuidora estimará la fecha a partir de la cual se iniciará la recuperación del valor de la energía y la demanda no facturada, la cual en ningún caso podrá ser mayor a un (1) año para los casos de Irregularidades y de cuatro (4) meses para los casos de Anomalías.
- 5e. Cuando existan tomas ilegales, La Distribuidora estimará, mediante cualquier prueba idónea, la fecha a partir de la cual se iniciará la recuperación de la energía y

la demanda, que en ningún caso podrá ser mayor a un (1) año.

- 1f. La determinación de la energía y la demanda no facturada se hará mediante los métodos y en el orden de prelación siguiente:
  21. Un promedio calculado con base en los registros históricos de consumos leídos de los últimos cuatro (4) meses anteriores a la fecha en que se presume que se inició el registro incorrecto de la energía y la demanda consumida.
  32. Con base en la lectura registrada por el medidor en al menos ocho (8) días calendarios posteriores a la normalización.
  43. Con base en un censo de carga total conectada, validado por un funcionario de SENCAMER y considerando un uso de ocho (8) horas.
  14. De acuerdo con el registro de intensidad de la corriente en el momento de la inspección, validado por un funcionario de SENCAMER y considerando un uso de ocho (8) horas.

Una vez estimado tanto el período a recuperar como las cantidades de energía y demanda no facturada, previa verificación por parte de SENCAMER, La Distribuidora procederá a calcular los montos en bolívares de la energía y la demanda no facturada, con base en las tarifas vigentes correspondientes al período de recuperación, ajustados mediante la tasa activa promedio determinada por el Banco Central de Venezuela. En caso de no existir representantes de SENCAMER en la zona, deberá verificarlo el Fiscalizador o una autoridad judicial competente.

La Distribuidora emitirá una factura especial para el cobro de la energía y demanda o facturada, la cual deberá presentar al usuario por lo menos con tres (3) días de anticipación al vencimiento de la misma, donde indicará detalles de la recuperación de energía y demanda, tales como: método utilizado para el cálculo y el período de ajuste, cantidad de energía (kWh) y demanda (kVA) a recuperar, monto en bolívares, tarifa y factores de ajustes aplicados, desagregados mensualmente. Adicionalmente deberá indicar la fecha de vencimiento para el pago o el acuerdo de pago si lo hubiere.

En caso de Irregularidad, el Usuario deberá realizar el pago o acordar un convenio antes del vencimiento de la referida factura, en caso contrario, y si el Usuario no efectuó un reclamo, La Distribuidora podrá realizar de inmediato la suspensión del servicio.

Cuando La Distribuidora tramite un reclamo y lo considere improcedente, el Usuario podrá acudir en segunda instancia, dentro de los quince (15) días contados a partir de la notificación de la decisión, ante la autoridad municipal competente, en cuyo caso deberá pagar el treinta por ciento (30%) del monto facturado. Si el reclamo no es procedente, el Usuario deberá cancelar el monto total facturado, los intereses de mora y los gastos administrativos que conlleven la tramitación de dicho reclamo, el cual no debe exceder el diez por ciento (10%) del monto facturado. Si el reclamo es procedente la Distribuidora deberá reintegrar lo pagado por el Usuario más los intereses a la tasa activa promedio determinada por el Banco Central de Venezuela más el diez por ciento (10%) del monto facturado por concepto de gastos ocasionados para efectuar el reclamo.

En caso que el Usuario no esté conforme con la decisión de la autoridad municipal o ésta no se pronuncie en tiempo oportuno sobre dicho reclamo, podrá acudir en última instancia ante el Regulador.

Una vez que exista decisión definitivamente firme, el Usuario deberá, en caso de no ser procedente su reclamo, pagar además de la diferencia entre el monto facturado inicialmente y lo realmente pagado, los intereses de mora generados por esa diferencia desde el vencimiento del plazo del pago estipulado en la factura”.

El artículo arriba descrito, tal y como establece su denominación, implica un procedimiento concebido a propósito de recuperar energía no facturada, en supuestos que exista: “1a. Anomalía: cuando el medidor y sus accesorios estén debidamente sellados, su estructura no haya sido violada, y no registre el consumo real. 2b. Irregularidad: cuando el medidor y sus accesorios no estén debidamente sellados o su estructura haya sido violada y se pueda comprobar las causas que le impiden al medidor registrar el consumo real”. (Artículo 53 *ibídem*).

Ello así, al tratarse de un procedimiento iniciado por el prestador de un servicio público —sea público o privado— deben respetarse las garantías constitucionales, legales y reglamentarias, y más aún, cuando es susceptible de derivar en sanciones o gravámenes para el usuario.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 1042, de fecha 31 de mayo de 2004, caso: Carlos Humberto Tablante Hidalgo, realizó una interpretación al régimen aplicable al cobro de la energía facturada y de las órdenes de suspensión bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico y el Reglamento de la Ley del Servicio Eléctrico, en la cual señaló lo siguiente:

**“Ahora bien, a juicio de esta Sala el procedimiento obligatorio del artículo 54 mencionado, debe garantizar el derecho de defensa del usuario, a fin de que se cumpla el debido proceso, y por lo tanto el usuario tiene el derecho de ser oído previamente, por lo que la Sala, al no estar claro tal aspecto en la norma, que mas bien calla sobre el derecho**

del usuario de ser oído antes de la decisión, interpreta que cada vez que se va a realizar la inspección a que se refiere la letra a) del artículo 54 citado, para constatar la existencia de una irregularidad o anomalía, la inspección debe ser presenciada por el usuario o alguien que lo represente debidamente, por lo que la facultad que le otorga al usuario en ese sentido el artículo 41 del Reglamento de Servicio, de presentar la inspección personalmente o por medio de terceros, debe ser ejercida en estos casos previa su notificación”.

Ahora bien, pese a la sentencia arriba transcrita, es propio realizar ciertas observaciones estrictamente vinculadas a las posibilidades de defensa que el referido artículo le ofrece a los usuarios. Tal y como se precisó *supra*, las referencias a formularse de seguidas, se aplicarán a los supuestos de suspensión por irregularidad y anomalía como a la mora en la cancelación de los pagos.

Entre las múltiples garantías que establece el artículo 54 se halla el reclamo, el cual constituye un mecanismo en manos de los usuarios que nace como una alternativa para manifestar quejas o demandas ante la deficiente prestación de bienes o servicios; incluso, el derogado artículo 16 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, que hoy día sirve como un principio orientador de la actividad de quienes prestan un servicio público, establecía que: “El proveedor de servicios públicos deberá establecer un mecanismo eficiente de recepción, registro y acuse de recibo de las quejas y reclamos de los usuarios”.

Se aprecia del artículo arriba citado que, en caso de irregularidad “el Usuario deberá realizar el pago o acordar un convenio antes del vencimiento de la referida factura, en caso contrario, y **si el Usuario no efectuó un reclamo**, La Distribuidora podrá realizar de inmediato la suspensión del servicio”.

Sobre el particular, huelga señalar que, en los procedimientos de corte punitivo como el referido en el artículo 54, al usuario deberá otorgársele una oportunidad para defenderse de modo que se pueda empalmar un contradictorio de los hechos imputados por la Distribuidora del servicio. No obstante, en supuestos de este tipo (procedimientos sancionatorios), el reclamo, no constituye *per se* una actuación dentro del procedimiento de recuperación de energía —formalmente establecido— que se abra *ipso facto*, en la cual el usuario pueda en dicha oportunidad optar entre dos (2) alternativas igualmente válidas: (i) contradecir las delaciones que en su contra reposan; o (ii) allanarse y pagar.

En ese sentido, el artículo 54 arriba citado, condiciona la eficacia y vigor del procedimiento a la necesaria y absoluta presencia del usuario al momento que se realizar la inspección y, sólo excepcionalmente la propia norma permite que la falta de éste sea suplida por al menos dos (2) testigos; ello tiene un fundamento en el hecho de que nadie puede ser juzgado ni condenado a sus espaldas, e incluso, la presencia de dos (2) personas imparciales y de buena fe, no rompe con el fundamento axiológico de dicha lógica, mas, garantiza —o al menos pretende hacerlo— que sean respetados los extremos propuestos en la norma para verificar las condiciones actuales del medidor.

Que sea requerido el establecimiento de un procedimiento, es precisamente porque se trata de un servicio público esencial, el cual debe ser revestido de un conjunto —más o menos amplio— de garantías en supuestos que se pretenda suspender su prestación. Asimismo, la prestadora del servicio deberá informar —anticipadamente— al Usuario que procederá a suspenderlo, a los fines de respetar las condiciones mínimas requeridas.

Sin embargo, tal instrumento de comunicación ante ineficiencias en las prestaciones de bienes y servicios, pierde su fun-

cionalidad en la medida que su uso exceda los fines propuestos, y sea empleado en todos los supuestos que involucren fallas en la prestación de bienes y servicios, *v.g.* el reclamo usado para responder ante imputaciones realizadas por el prestador del servicio.

Por tal motivo, al ser introducido el mecanismo del reclamo en procedimientos sancionatorios se rompe la coherencia en el sistema, siendo que, se pretende pasar un medio alterativo (el reclamo) dentro de una forma obligatoria (descargos). Ambos institutos a pesar de no resultar contradictorios se oponen naturalmente al responder a diferentes bienes jurídicos.

El usuario ante posibles imputaciones formuladas por el prestador del servicio, deberá tener la posibilidad de defenderse, y consideramos que el reclamo no es la mejor forma de materializar su defensa. En ese sentido, y nos referimos específicamente a irregularidades o anomalías, frente a una imputación de tomas ilegales, deberá el prestador necesariamente otorgar una oportunidad para que el usuario formule sus descargos. Visto así, el reclamo —como alternativa— no garantiza que se esté respetando el Debido Proceso.

Con el acto de imputación, se requiere que se le otorgue al usuario una oportunidad defenderse, promover pruebas y obtener una decisión motivada y con el reclamo no se garantiza la mayoría de estas exigencias.

## **2. Suspensión de Servicios y la Proporcionalidad**

En tal sentido, un examen desde el artículo 54 arriba referido, permite vislumbrar que el prestador del servicio podrá —como alternativa dentro de sus medidas— suspender el servicio inmediatamente, no obstante, antes que se pueda siquiera pensar en suspensión, al usuario deberá otorgársele una oportunidad para defenderse de las imputaciones realizadas como condición de orden formal, y partiendo que la Distribuidora

cuando existan tomas ilegales, estimar, mediante cualquier prueba idónea, la fecha a partir de la cual se iniciará la recuperación de la energía, evidentemente, le está imponiendo un gravamen al usuario que afecta directamente derechos de propiedad.

Ello así, la estimación del valor de la energía y la demanda no facturada por concepto de irregularidad o anomalía, aplicado coetáneamente a la suspensión del servicio, hace que ésta última medida se traduzca en una fórmula de presión para el usuario, a los fines que cancele el valor no facturado como condición única para poder reponer el servicio eléctrico, sin medir las implicaciones que ello traiga consigo. Por tal motivo, entendiendo que vivimos en un Estado social en el cual privan valores como el de solidaridad, ordenar la suspensión del servicio deberá constituir la última medida a la que puede optar el prestador del servicio.

### **3. Suspensión por falta de pago**

No obstante lo anterior, pese a tratarse la electricidad un servicio público, ello no supone un óbice para suspender el servicio cuando el usuario haya incurrido en falta de pago de la factura respectiva; incluso, el prestador del servicio tiene el poder de suspenderlo inmediatamente si el usuario no paga o acredita haber pagado.

En efecto, dispone el Reglamento de Servicio Eléctrico, en sus artículos 46 y 47, con respecto a la suspensión del servicio eléctrico, lo que a continuación se transcribe:

#### **Artículo 46.** Causales para la Suspensión del Servicio

La Distribuidora podrá suspender el servicio eléctrico a los usuarios por las siguientes causas:

(...*Omissis*...)

3c. Falta de pago de una factura vencida de electricidad o incumplimientos en los convenimientos de pago.

(...*Omissis*...)

#### **Artículo 47.** Información sobre Suspensión de Servicio

El Usuario tiene el derecho de ser informado por la Distribuidora, al menos con dos (2) días de anticipación, de la suspensión del servicio, salvo disposición en contrario en este Reglamento.

La súbita suspensión del servicio eléctrico por parte del prestador, sin que se garantice ningún tipo de mecanismo de protección o de defensa al usuario, salvo un simple acto de notificación, muestra la poca importancia que tiene la persona en esta clase de relaciones.

Imaginemos una persona que domicilió el pago de la factura de electricidad a su tarjeta de crédito, en el cual la Institución Financiera, mensualmente pagaría el saldo y cargaría dicho monto. Un día por problemas con el Banco emisor, ajenos al usuario, se dejaron de realizar los pagos, y por vía de consecuencia, entró en mora y la prestadora del servicio decidió suspender el servicio de forma inmediata. Dichas situaciones, son comunes en el servicio eléctrico, generando malestares en quienes sufren tales bemoles.

El simple hecho que el prestador tenga u ostente el inflexible poder de suspender el servicio eléctrico implica —*prima facie*— el establecimiento súbito de una relación jurídica desigual en la cual la autoridad del distribuidor se superpone a los derechos de una universalidad de usuarios.

Sobre este aspecto, el profesor José Araujo—Juárez, en cuanto a las exigencias del orden público y del interés general, frente a la suspensión del servicio público por incumplimiento de pago, señaló que: “el régimen excepcional de

Derecho público aplicable en resguardo de las exigencias del orden público y del interés general no tiene por objeto limitar permanentemente el ejercicio por parte de las empresas operadoras o distribuidoras de su derecho de suspender el suministro a aquellos usuarios que no cumplan con su obligación de pago”<sup>42</sup>.

A renglón seguido, señaló que: “pretender que las empresas operadoras o proveedoras estén obligadas a suministrar el servicio público gratuitamente o a financiar su costo indefinidamente y sin compensación, equivaldría a una confiscación de bienes de propiedad privada, manifiestamente contraria a los más elementales derechos constitucionales”<sup>43</sup>.

Y en el mismo orden de ideas, sostuvo que en el momento que la prestadora del servicio procede a la suspensión:

“no está cobrando la deuda de la cual es acreedor ni ejecutando en forma alguna el patrimonio del deudor. Simplemente está negándose a cumplir su obligación contractual, en razón de que la otra parte ha incumplido la suya. Finalmente, la facultad de suspensión del suministro cuando la Administración Pública actúa como simple particular, desprovista de poderes y facultades típicamente administrativas, es obvio que sus actos, como la situación de la que derivan, son meros actos privados y no actos administrativos, y menos sancionatorios”<sup>44</sup>.

Ahora bien, a la tesis *in comento* habría que formularle algunas observaciones. En primer lugar, la materia de los servicios públicos no está supuesta elementalmente sobre reglas de derecho privado, sino, de derecho público, por ende, y a pesar de que algunas de sus formas de comportamiento, cons-

---

42 José, Araujo—Juarez, *Derecho Administrativo General*, Servicio Público, Ediciones Paredes, Caracas, 2010, p. 271 y ss.

43 Ídem.

44 Ídem.

titución y exégesis toleren la invocación del derecho privado, la significación de las mismas estarán erigidas y condicionadas por los pilares del Derecho Administrativo y los intereses público y general involucrados.

En ese sentido, es importante destacar que la relación entre la prestadora del servicio público y los usuarios es una relación legal y reglamentaria, sin que se excluya la aplicación de normas de derecho privado. Así pues, la situación jurídica del usuario es formalmente contractual y materialmente reglamentaria. Esta regulación se hace más intensa y abarca un mayor número de aspectos en cuanto a las relaciones entre el Estado y los usuarios, cuando el servicio asume un carácter acentuadamente más administrativo y se presta directamente por el Estado.

En segundo lugar, la suspensión del servicio no puede ser estudiada desde la cláusula *"non adimpleti contractus"*, que degrada la prestación del servicio eléctrico a un simple contrato privado, en el cual las necesidades públicas queden reducidas a un puro valor pecuniario. Es decir, las instituciones básicas del Estado liberal (en su acepción más genuina) deben ser estudiadas bajo el prisma del Estado social, y fundamentalmente sobre el valor solidaridad, no como un elemento poético y prosaico, sino como un valor capaz de transformar la sociedad en un bloque coherente y acoplado para hacer cara a los problemas sociales.

Ello así, el servicio eléctrico, es un servicio público esencial, por tal motivo, para que puede procederse a la suspensión, debe el operador establecer ciertas condiciones de manera que no resulten afectados los derechos de los usuarios en función del poder y dominio que ostenta la prestadora del servicio.

Por una parte, no es posible que las reglas en materias de servicios públicos por ser generales y abstractas apliquen a todos por igual y en igual dimensión, por ende, el prestador

del servicio, antes de realizar la suspensión, y habiendo transcurrido un tiempo prudencial, realizará un exhorto al pago por cualquier medio que este considere oportuno para tales fines; luego, podrá valerse de otros medios, como por ejemplo, intereses moratorios, con el propósito de servir como válvula de presión y exigir el pago, y por último, y siendo efectivamente notificado el usuario, y consintiéndosele una oportunidad —como alternativa— para indicar las razones de su falta de pago, podrá proceder —luego de analizada la situación del usuario del ser el caso— a cortar o suspender el servicio.

Ello así, el prestador del servicio deberá gestionarlo en las mejores condiciones posibles, teniendo en cuenta que, la “gestión del servicio, salvo el riesgo comercial normal, debe realizarse con la diligencia y cuidados debidos, ya que el concesionario no es sólo un comerciante más, sino que tiene en sus manos el servicio público”<sup>45</sup>. El interés general, es la piedra angular de todo servicio público, y siempre que su satisfacción resulte descuidada, deformada o sustraída, por meros intereses comerciales, es requerida la presencia de controles para canalizarla correctamente.

Ello así, podemos decir entonces, que la suspensión del servicio eléctrico tendrá lugar como *ultima ratio*, al verificarse el cumplimiento al menos de los requisitos mínimos establecidos en la Ley, sin que ello implique que sus disposiciones no puedan quedar derogadas tácitamente en la medida que alguna normativa especial del Servicio Eléctrico establezca condiciones más favorables a los derechos colectivos de los consumidores y usuarios en lo relativo a la suspensión del servicio.

Por otra parte, habría que disentir de lo expuesto por el maestro Araujo Juárez, por cuanto, es innegable que la suspensión del servicio se traduce de manera inexorable en un

---

45 Miguel, Domínguez—Berrueta, *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1981, p. 464.

perjuicio irreparable para el usuario, y por ende, es menester su configuración —se insiste— como *ultima ratio* en materia de servicios públicos esenciales, toda vez que la misma supone toda carencia del elemento subjetivo al momento de imponer dicha medida, al punto que no se valora a quien va dirigida la suspensión y las razones que habrían supuesto la falta de pago del servicio.

Vale la pena señalar, que no deben ser tratados esencialmente iguales a las personas que dejan de cancelar el servicio eléctrico, esto es, las que lo hacen por pura indolencia y desidia, de aquellas personas de avanzada edad, a quien no le lleguen los recibos de pago, no tiene los medios para saber cuánto es el monto facturado, tuvieron problemas con la tarjeta a la cual domiciliaron el pago y que, sin recibir un exhorto para su cancelación o una notificación de corte, le sea suspendido el servicio.

Asimismo, y en función a un principio de solidaridad, habrá casos en los cuales la distribuidora por causas justificadas podrá dilatar, extender o prorrogar la cancelación del servicio, midiendo las consecuencias que la misma pudiere tener en el colectivo, v.g. a un centro médico, oficinas públicas, zonas residenciales, hogares con situaciones especiales, personas con afecciones que requieran el uso de aparato eléctricos, entre otros que requieran necesariamente la prestación del servicio.

De allí que, cabe en este momento acotar lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos el cual de manera expresa establece que la autoridad administrativa al dictar una providencia o medida deberá mantener la proporcionalidad con el supuesto de hecho, con lo cual se corrobora que la imposición de una medida de suspensión presupone una medida desproporcionada en comparación con la falta de pago de una factura por el suministro de un servicio público, toda vez que, se traduce en un daño irreparable para el usuario.

Ello así, si bien es cierto que tenemos que el ordenamiento Jurídico faculta a la empresa prestadora del servicio, a suspenderlo temporalmente si se verifica un incumplimiento en el pago de las facturas, no es menos cierto que, con la concepción del Estado Social de Derecho y de Justicia, esta medida debe ser analizada de forma particularizada, garantizando que no medie una vulneración a los derechos de los ciudadanos.

El ser humano debe ser el centro de todas las relaciones económicas y sociales, por ende, cuando deja de tener la importancia que merece, comienzan a reproducirse ciclópeos problemas de todo tipo, que —en el caso particular— lejos de traducirse en una mera suspensión del servicio eléctrico, se traducen en una indiferencia hacia la persona, que en lugar de ser el sujeto, se convierte en el predicado de la actividad<sup>46</sup>.

Cuando la suspensión del servicio se realiza, el prestador debe anticipar que ciertos derechos de los usuarios pudieran resultar vulnerados con ese sólo acto, como por ejemplo, la luz, los alimentos que se almacenan en las neveras o refrigeradores, aparatos médicos, comunicaciones, esparcimiento y no menos importante, la posibilidad que los equipos resulten dañados o averiados con ocasión al corte del servicio. Ello ocurre cuando poca importancia se le acredita a la persona.

---

46 En términos similares más no idénticos el profesor Hernández señala que: “Ubicar al ciudadano en el centro del Derecho administrativo es, así, la propuesta fundamental de Eduardo García de Enterría en la renovación del Derecho administrativo. Una propuesta que va más allá de reformar algunos aspectos de lo que aquí hemos denominado sistema estatista de Derecho administrativo. No basta, de esa manera, con reforzar las técnicas de control objetivo de la legalidad de la Administración. Es necesario repensar el sistema para asumir que su centro es el ciudadano y los derechos humanos, entre ellos y de manera preferente, la libertad”. Cfr. José I. Hernández, G., “Eduardo García De Enterría y la Renovación del Derecho Administrativo. Reflexiones desde La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública”, cit., p. 45.

En base a lo anterior, debe destacarse que por encima del derecho de la prestadora del servicio a obtener una contraprestación por el suministro del mismo, encontramos el derecho de los usuarios a adquirir un servicio de calidad e ininterrumpido, por ser actividades relevantes de carácter esencial vinculadas a la vida humana.

Así, tenemos que la falta de pago que es una situación temporal y siempre subsanable, ya que la proveedora del servicio público podrá siempre cobrar adicional al monto adeudado, intereses de mora por el retardo en la cancelación de la cantidad debida, mas, el usuario, no podrá recuperar las horas o días en los cuales permanezca en la penumbra al serle suspendido el servicio eléctrico.

Ahora bien, lo anterior no debe traducirse en que los usuarios serán relevados de la obligación de pagar las facturas por la prestación del servicio, empero, a lo que sí habría que atender es a la especialidad de la materia del servicio público, su suspensión debe ser una medida cubierta de una serie de garantías a las cuales está sometido el prestador, y se aplicarán en última instancia, luego de haberse agotado otros mecanismos, ya que el corte temporal del servicio se traduce en un gravamen que le causa un daño irreparable e irrecuperable al usuario.

A corolario de lo anterior, la suspensión inmediata del servicio eléctrico aunado al hecho que constituye una sanción grave, igualmente, interrumpe abruptamente la prestación del servicio eléctrico, por lo que, lo ajustado a los principios que imperan en un Estado constitucional, es otorgar un lapso prudencial para que el usuario se defienda, convenga o transe los medios o mecanismos de pago, se calculen intereses moratorios, y por último, ordenar dicha suspensión.

## RECAPITULACIÓN

El Estado social rompe con el incorrecto entendimiento de Estado y sociedad, como conceptos que se encuentran en las antípodas, para entronizar la cooperación y solidaridad como principios que deben impregnar todo el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, el Estado social humaniza a la sociedad en general y hace que los servicios públicos sean prestados pensando en la persona, frente a cualquier otra consideración.

Ello así, los servicios públicos deben deslastrarse de toda estructura dogmática que afecta tanto el derecho a la libertad económica como el derecho de los usuarios de recibir una prestación continua y eficiente. Establecer que los servicios públicos se patrocinan desde la realidad, evita la reproducción de arbitrariedades, como por ejemplo, la suspensión del servicio eléctrico, en el cual no se garantizan las condiciones mínimas reconocidas por el ordenamiento jurídico.

En el mismo orden de ideas, en supuestos de presuntas anomalías e irregularidades determinadas en medio de un procedimiento de inspección, el usuario no debe contar con un mero reclamo, debe ser dotado de reales oportunidades de defensa, que le permitan de ser el caso, desvirtuar las imputaciones realizadas.

De igual manera, en el caso de cesantía de pagos o mora, la notificación al usuario del retardo, el cobro de intereses de mora y cualquier otro mecanismo de presión, es conveniente, antes que ordenar abruptamente el corte del servicio. Es común que en casos de mora o presunta mora, la compañía eléctrica suspenda el servicio, sin que siquiera respeten su propia normativa, la cual consagra la posibilidad de suspender la prestación del servicio eléctrico cuando el usuario no pague la factura dentro del plazo fijado, siempre que se informe al mismo con al menos dos (2) días de anticipación.

Honrar al ciudadano como el principal centro de imputación de todas las relaciones económicas y sociales, permitirá establecer un sistema capaz de garantizar todos sus derechos y libertades, que en ocasiones se difuminan por una incompreensión de lo público, y esencialmente de lo que significa prestar un servicio público.

Por último, nos permitiremos citar la conclusión esbozada por el Profesor Hernández, en su artículo *“Eduardo García De Enterría y la Renovación del Derecho Administrativo. Reflexiones desde La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública”*, para quien hoy más que nunca, es necesario insistir en la idea cardinal de que “la Administración está al servicio objetivo de los ciudadanos, lo cual convierte al ciudadano y sus derechos, en el centro del sistema de Derecho administrativo”<sup>47</sup>.

---

47 José I. Hernández, G., *“Eduardo García De Enterría y la Renovación del Derecho Administrativo. Reflexiones desde La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública”*, cit., p. 49–50.



# NOTIFICACIONES EN MATERIA DE CONTROL FISCAL

**José Angel Cornielles Hernández**

*Profesor pregrado y postgrado en la Universidad Fermín Toro.  
Facilitador en los Diplomados de la Fundación  
de Estudios Humanísticos Eligio Macías Mujica (FUNDEMM)*

*Resumen: Las notificaciones en materia de control fiscal se deben realizar conforme lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981, ello, por la remisión contenida en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal de 2010, lo cual presenta varios inconvenientes en la práctica debido a que existen situaciones que son habituales, sin embargo, actualmente no aparecen reguladas en los artículos relativos a notificaciones de la Ley que regula los procedimientos administrativos. Algunos supuestos presentados respecto de las notificaciones en los órganos de control fiscal deben ser asumidos teniendo en cuenta el tratamiento que ha dado la jurisprudencia a la eficacia de los actos administrativos en los casos de vicios en las notificaciones y la posición pacífica asumida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, respecto de la inmotivación, lo cual resultaría aplicable a las notificaciones en el domicilio del interesado –que no necesariamente debe ser personal– o mediante carteles o edictos que no contengan el texto íntegro del acto administrativo y que estén dirigidos a varios interesados, en los casos que no sea posible la práctica mediante el primer mecanismo de comunicación. En este artículo se estudian diversos supuestos y herramientas que resultarían adecuados a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en materia de procedimientos administrativos y actuaciones fiscales adelantados por los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal en Venezuela.*

*Palabras clave: notificaciones, procedimientos, actuaciones, contraloría, garantías.*

*Summary: Notifications concerning fiscal control must be performed under the provisions of the Organic Law on Administrative Procedures (1981), therefore the reference contained in the Organic Law of the Comptroller General of the Republic and the National Fiscal Control System (2010), which has several drawbacks in practice because there are situations that are common, however, they appear not currently regulated in the articles relating to notifications of the law governing administrative procedures. Some assumptions made regarding notifications in fiscal control organs should be made taking into account the treatment that has given the case to the effectiveness of administrative acts in cases of defects in notifications and peaceful position taken by the Political–Administrative Chamber of the Supreme Court regarding the immotivation, which would be applicable to notifications in the home of the person concerned, which should not necessarily be personally or through posters or edicts that do not contain the full text of the administrative act and are targeted at several interested parties, in cases not be possible to practice by the first communication mechanism. This article describes various scenarios and tools that will be adequate to the provisions of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela (1999) on administrative procedures and performances developed by the organs of the National Fiscal Control System in Venezuela.*

**Keywords:** *Keywords: notifications, procedures, actions, administration, guarantees.*

**Recibido:** 27 de marzo de 2016    **Aceptado:** 15 de abril de 2016

## SUMARIO

- I. Generalidades sobre las notificaciones
- II. Las notificaciones en materia de control fiscal
- III. Conclusiones

### I. GENERALIDADES SOBRE LAS NOTIFICACIONES

Las notificaciones constituyen el mecanismo por excelencia para informar o comunicar a los interesados el contenido de los actos administrativos de efectos particulares dictados con ocasión a un procedimiento administrativo, y su finalidad consiste en hacer del conocimiento a los interesados sobre la existencia de un procedimiento o un acto administrativo; así, la notificación de los actos administrativos, constituye una herramienta para que se realice el derecho a la defensa, por ello, resulta adecuado afirmar que si el proceso constituye una garantía, el acto mediante el cual se materializa dicha garantía fundamental, es la notificación.

Sobre el particular, Rondón de Sansó (1981)<sup>1</sup>, explica que *“La notificación es el medio en virtud del cual se logra la eficacia de los actos individuales”*, a lo que agrega que *“ésta debe ser real y efectiva”*.

El fundamento constitucional se encuentra principalmente en el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>2</sup> según el cual debido proceso

- 
- 1 Rondón de Sansó, Hildegard, “Análisis crítico de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, pp. 71–101. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, Venezuela. Vol. 38, No. 85–86 (1981). p. 85.
  - 2 Gaceta Oficial N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999, reimpresa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial número 5.453, Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000. Enmienda N° 1 publicada en Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009.

resulta aplicable a todas las actuaciones administrativas y en consecuencia:

*“La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa (...)”.*

De forma que, la Administración tiene la obligación de notificar los actos de efectos particulares que afecten los derechos de los ciudadanos de cara a que estos adquieran eficacia y teniendo como finalidad la garantía de la defensa y del debido proceso.

## II. LAS NOTIFICACIONES EN MATERIA DE CONTROL FISCAL

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>3</sup> establece en sus artículos 96 y 97 que “(...) se notificará a los interesados o interesadas, según lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”; igualmente, en la Disposición Final Tercera se estableció que “Los actos emanados de los órganos de control fiscal se notificarán de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.

En razón de lo anterior, las notificaciones en materia de control fiscal, deben practicarse conforme lo dispuesto en el Capítulo IV, sobre la publicación y notificación de los actos

---

3 Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010.

administrativos, en los artículos 72 al 77, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>4</sup>.

## **1. Forma de las notificaciones: procedimiento y contenido**

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en el artículo 73, establece lo siguiente:

*“Se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse”<sup>5</sup>.*

Ahora bien, el modo en que debe hacerse esa notificación lo determinan los artículos 75 y 76 de ese mismo texto legal. La regla es que la Administración debe proceder, en primer término, a agotar la notificación en el domicilio o residencia del interesado, a que se refiere el artículo 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y en caso de resultar impracticable aquella, debe procederse a la publicación en prensa a que se refiere el artículo 76 eiusdem<sup>6</sup>.

4 Publicada en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 1° de julio de 1981; en vigencia desde enero de 1982 por lo establecido artículo 108 de las Disposiciones Transitorias.

5 Sobre el cumplimiento de los requisitos de este artículo, véase sentencia N° 01319 del 20 de noviembre de 2013, Exp. 2012—0792, (caso: *Juan Carlos Pinto contra la Contraloría General de la República*), en la que se estableció que “(...) la notificación cuya eficacia se denuncia cumplió con todos los requisitos de validez previstos en aludido artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Asimismo, se trata de un oficio por el cual se puso en conocimiento del recurrente —de acuerdo a los requisitos legalmente establecidos— el inicio del procedimiento administrativo en su contra, y como ya quedó determinado —contrariamente a lo alegado por él— dicho oficio sí fue recibido en la Dirección en la que presta sus servicios, según sello húmedo de fecha 26 de mayo de 2011”.

6 Sobre la posibilidad de aplicar procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, véase Dictamen contenido en el Memorándum N°

## 2. Procedimiento para la práctica de las notificaciones

### A. La notificación en el domicilio o residencia

Como se indicó, en el primer supuesto debe el artículo 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se establece una notificación en el domicilio o residencia del interesado, de la forma siguiente:

*“La notificación se entregará en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado y se exigirá recibo firmado en el cual se dejará constancia de la fecha en que se realiza el acto y del contenido de la notificación, así como del nombre y cédula de identidad de la persona que la reciba”.*

Como se observa, la norma no requiere que la recepción sea necesariamente del interesado, considerando que no establece que sea efectuada en la persona del interesado sino que se dispone que esta sea practicada en su *“domicilio o residencia”*, es decir, que puede recibir la notificación cualquier persona que se encuentre en el domicilio o residencia; igualmente, podrá efectuarse la notificación en el domicilio o residencia del apoderado del interesado.

---

04—02—184 de fecha 19 de agosto de 2002, de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República. Ediciones de la Contraloría General de la República, N° XIX, años 2005—2006; según el cual *“(…) los artículos comprendidos entre el 215 y el 233 del Código de Procedimiento Civil, solamente este último contempla supuestos de notificación (los demás se refieren a la citación) dentro de los cuales se encuentra la que puede practicarse por medio de boleta remitida por correo certificado con aviso de recibo, al domicilio constituido por la parte que haya de ser notificada, conforme al artículo 174 del mencionado Código. Esta notificación, aparte de que su práctica compete a las autoridades judiciales en el curso de un juicio y no a autoridades administrativas en el curso de procedimientos administrativos (...). pp. 260 a la 262.*

En tal sentido, Meier (2004)<sup>7</sup>, sostiene que *“La entrega puede recaer directamente en la persona del interesado, o de su apoderado, o de un tercero (sujeto receptor) que se encuentre en el domicilio o en la residencia de uno u otro”*. Continúa explicando el autor que *“A veces el sujeto receptor es distinto del sujeto destinatario. Es decir, puede firmar el oficio dándose por notificada una persona diferente a la destinataria (el interesado o su apoderado o representante) sin que por ello la notificación adolezca de vicio alguno”*; finalmente, agrega el tratadista referido que

*“Esta entrega puede efectuarse en el domicilio (artículo 27 Código Civil: el domicilio de una persona se halla en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios o intereses) o residencia (se puede equiparar a morada o lugar de habitación) del interesado o de su apoderado”*.

De la misma manera establece el citado artículo 75, que se exigirá recibo firmado *(de la persona que reciba en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado)*, en el cual *(el funcionario actuante o la persona que recibe en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado)*, dejará constancia de la fecha en que se realiza el acto, así como del nombre y cédula de identidad de la persona que la recibe; en cuanto a la constancia del *“contenido de la notificación”*, ello se encuentra plasmado en la boleta de notificación, por lo cual no parece necesario que la persona que reciba en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado, escriba nuevamente todo el *“contenido de la notificación”*, bastando para la validez del acto la constancia de la fecha en que se realiza el acto, así como del nombre, cédula de identidad y firma de la persona que reciba en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado.

---

<sup>7</sup> Meier, Enrique, *El Procedimiento Administrativo Ordinario*, Ediciones Homero, Caracas, Venezuela 2004. p. 152 y p. 164.

No obstante lo anterior, cuando la notificación la recibe personalmente el expedientado no hay dudas sobre su práctica efectiva, ello, con independencia a que el lugar de recepción no sea “el domicilio o residencia”; así, cuando el receptor no es el interesado pueden plantearse problemas en torno a la eficacia de esa notificación. En ese caso, la validez de esta notificación será inobjetable en la medida en que la condición de “domicilio o residencia” del lugar en el que se practica la notificación sea inobjetable. Esto solo podría ser así, si durante el procedimiento que resulta en el acto que se notifica se ha exigido al interesado que señale un lugar como su “domicilio o residencia” y él lo hace, o bien si lo hace de manera espontánea. También podría ocurrir si en el expediente de personal que reposa en el órgano o ente, consta que el propio interesado ha señalado su “domicilio o residencia”.

Otra manera válida sería obtener el “domicilio o residencia” que ha declarado el interesado ante la Administración tributaria en el Registro de Información Fiscal o en la Declaración Jurada de Patrimonio, mediante información que debería ser solicitada formalmente al órgano o ente competente según sea el caso. Si no es así, esa notificación debe ser tenida por una notificación no practicada<sup>8</sup>.

### *B. Las notificaciones mediante la publicación de cartel*

Como antes se expresó, el segundo supuesto para la práctica de las notificaciones es mediante la publicación de cartel y se encuentra contenido en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual dispone lo siguiente:

---

8 Sobre el cómputo de los lapsos, es preciso agregar que en algunos casos debe considerarse el término de la distancia. A tal efecto, véase —entre otras— sentencia N° 182 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 9 de febrero de 2011, Exp. 2008—0747; (caso: *Nuris Margarita Peñalver contra Contraloría General de la República*).

*“Cuando resulte impracticable la notificación en la forma prescrita en el artículo anterior, se procederá a la publicación del acto en un diario de mayor circulación de la entidad territorial donde la autoridad que conoce del asunto tenga su sede y, en este caso, se entenderá notificado el interesado quince (15) días después de la publicación, circunstancia que se advertirá en forma expresa”.*

En tal sentido, se deben precisar dos aspectos; a) *los supuestos de notificaciones impracticables*; y, b) *el contenido del cartel de notificación*.

*a. Los supuestos de notificaciones impracticables*

Resulta necesario señalar que existen cuatro (4) supuestos que usualmente constituyen casos de notificación impracticable<sup>9</sup>, a saber:

- 1) Que no se cuente con la dirección del domicilio o residencia o que teniéndola, el domicilio o residencia no exista o no pueda ser ubicado.
- 2) Que existiendo y habiendo sido ubicado domicilio o residencia, no se encuentre en el lugar persona alguna.
- 3) Que encontrándose el domicilio o residencia, y encontrándose allí personas (*o incluso al propio interesado*), aquellos se nieguen a recibir o a firmar la notificación<sup>10</sup>.

---

9 Cfr. Véase Meier. op.cit, p. 166; quien señala únicamente un supuesto, sin embargo, a efectos didácticos y vista la experiencia del órgano, se estimó necesario separarlos en los cuatro (4) supuestos indicados.

10 En este supuesto, algunos órganos o entes administrativos interpretan que, como en materia de notificaciones judiciales, el funcionario del órgano de control fiscal actuante (*también funcionario público así como lo es el Alguacil de un Juzgado o Tribunal*), puede dejar constancia de la circunstancia, y con ello se podría considerar como practicada la notificación. Sin embargo, esta es una postura discutible, que podría resultar en un vicio que afecte la eficacia del acto y en un perjuicio aún mayor a la publicación del cartel

4. Que no se tenga certeza mediante poder o carta poder debidamente otorgados sobre la existencia de un apoderado del interesado, *(además debe ser ubicado el domicilio o residencia de su apoderado)*.

Así, considerando que se deben respetar las garantías constitucionales y en el entendido que las notificaciones constituyen un mecanismo para su realización, y estimando además que se pretende proteger la eficacia del acto administrativo, lo más conveniente es entender que ante la ocurrencia de alguno de los cuatro (4) supuestos de notificación “impracticable” indicados, se debe proceder, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a la publicación del cartel, ya que ese medio resulta irrefutable a los efectos de la efectiva notificación del interesado; claro está, siempre que conste en el expediente que se ha agotado la notificación en el domicilio o residencia *(del interesado o de su apoderado)* y que la misma ha resultado impracticable.

Es decir, que si se cuenta con la dirección del domicilio o residencia *(del interesado o de su apoderado)*, existe y puede ser ubicado, para que se entienda como impracticable la notificación, el funcionario actuante deberá trasladarse al menos en tres (3) oportunidades a la dirección que se le ha indicado, en días distintos y horas diferentes, en procura de la notificación<sup>11</sup>.

---

que tendría únicamente un impacto económico pero que no devendría en la violación al derecho a la defensa.

- 11 Véase por ejemplo que en el ámbito Judicial, se entiende agotada la citación personal del demandado, según lo establecido en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, una vez que el Alguacil del Juzgado o Tribunal se ha trasladado en tres (3) oportunidades a la “*morada o habitación*” “*y se le exigirá recibo, firmado por el citado, el cual se agregará al expediente de la causa*”. Lo anterior constituye una práctica de los Juzgados o Tribunales del país y que ha sido reconocida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia por constituir un mecanismo para materializar el derecho a la defensa.

En lo que respecta a la certeza de la existencia de un apoderado del interesado, el poder podría ser autenticado ante una Notaría Pública (*que podría ser ubicado aunque no conste en el asunto en atención a la publicidad de este tipo de documentos*) o una carta poder debidamente otorgada en el expediente respectivo y además, debe contarse con el domicilio o residencia de su apoderado o gestionar su ubicación mediante comunicación a la Administración tributaria o al Colegio de Abogados del estado; en ambos casos, (*poder autenticado o carta poder*), deben ser verificadas las facultades otorgadas por el interesado a su apoderado.

Por otra parte, existe la posibilidad de practicar la notificación directamente en la persona del interesado en un lugar diferente al domicilio, caso en el cual se estaría frente a una actuación conforme la Constitución, aunque la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos refiera concretamente la notificación “en el domicilio”, ello, no obsta para que sea realizada en otro lugar en caso de recepción personalmente por el interesado o su apoderado<sup>12</sup>.

---

12 Respecto del derecho a la defensa en los procedimientos administrativos, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 693 del 7 de julio de 2016, Exp. 2016—1128, (caso: *General Motors Venezolana, C.A. —GMV—, contra el Ministro del Poder Popular para la Energía Eléctrica*), reiterar el criterio pacífico de la Sala, respecto a los derechos a la defensa y al debido proceso los cuales comprenden, entre otros: 1) el derecho a ser oído, puesto que no podría hablarse de defensa alguna si el administrado no cuenta con esta posibilidad; 2) el derecho a ser notificado de la decisión administrativa a los efectos de que le sea posible al particular presentar los alegatos que en su defensa pueda aportar al procedimiento, más aún si se trata de un procedimiento que ha sido iniciado de oficio; 3) el derecho a tener acceso al expediente, con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento las actas que lo componen; 4) el derecho que tiene el administrado a presentar, controlar y contradecir pruebas en el procedimiento; 5) el derecho que tiene el particular a ser informado de los recursos y medios de defensa y 6) el derecho a recurrir la decisión que considere gravosa a sus intereses, todo esto conforme a lo previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Vid., sentencia de esta Sala No. 1678 del 25 de noviembre de 2009).

Finalmente, en consideración al procedimiento que debe seguirse para la notificación cuando se tiene conocimiento que los presuntos interesados legítimos se encuentran residenciados en el extranjero, se estima que en estos casos debe procederse a la publicación del cartel conforme lo establecido en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no porque se tenga conocimiento que el interesado legítimo se encuentra en el extranjero sino porque en ese escenario debería estar agotada la notificación en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado de ser el caso, conforme los cuatro (4) supuestos que usualmente constituyen casos de notificación impracticable; por ello, si la notificación resulta impracticable (*en atención a los supuestos indicados*), no debe desgastarse el órgano de control fiscal en determinar si el interesado se encuentra o no en el territorio de la República, toda vez que si ello se pudiera verificar de alguna manera oficialmente (*mediante los movimientos migratorios emitidos por la autoridad con competencia en el área, por ejemplo*), igualmente ello tendría como resultado una notificación por cartel dado que el supuesto de notificación inicial (*en el domicilio o residencia*), fue impracticable porque la persona a notificar no se encontraba en su domicilio o residencia (*o se encuentra alguien que se negó a recibir y firmar*).

Ante el caso planteado, (*cuando se tiene conocimiento que los presuntos interesados legítimos se encuentran residenciados en el extranjero*), se reitera, lo procedente es adelantar las gestiones para la publicación del cartel de notificación conforme al artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sin que sea necesaria la verificación de la circunstancia de “residencia en el exterior” en la que se podría encontrar el interesado cuya notificación pretende practicarse, toda vez que más allá de ser una información oficial o extraoficial que el interesado se encuentre fuera del país, lo cierto es que el funcionario actuante no logró la notificación en el domicilio o residencia del interesado o su apoderado, y ante tal situación, lo correcto sería proceder con la siguiente fase de notificación, esto es, la publicación del cartel.

A todo evento, el órgano de control fiscal debe agostar la notificación en los términos antes indicados mediante visitas en diferentes oportunidades (fechas y horas variantes), que deberían efectuarse como mínimo en tres (3) oportunidades; también, agotado el procedimiento anterior en el supuesto que *se cuente con la dirección del domicilio o residencia pero que no exista o no pueda ser ubicado*, antes de declarar como impracticable la notificación, deberían adelantarse gestiones para la ubicación de un nuevo domicilio o residencia por lo expresado ante la Administración el interesado (*por ejemplo, el Registro de Información Fiscal o la Declaración Jurada de Patrimonio*), información que debería ser solicitada formalmente al órgano o ente con competencia según sea el caso y ante un resultado positivo, intentar practicar la notificación en la nueva dirección aportada por la Administración.

Como puede observarse, las gestiones que se realicen para ubicar el domicilio o residencia dentro del país, tienen relevancia porque podrían tener resultado positivo si se logra la notificación en el nuevo domicilio o residencia, caso en el cual no se procedería a la publicación del cartel a que alude el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; sin embargo, la constatación de la residencia en el extranjero resulta irrelevante toda vez que no cambiaría el resultado, es decir, en estos casos, (*si se tiene conocimiento extraoficialmente de la residencia en el extranjero*), evidentemente se está frente a alguno de los supuestos de notificación impracticable por lo cual se debe proceder a la publicación del cartel para la notificación (*sin necesidad de verificar la información extraoficial que se maneja*), de cualquier manera, como ya se indicó, deberían realizarse las gestiones para conocer si el interesado o su apoderado cambiaron de domicilio o residencia (*dentro del país*)<sup>13</sup>.

---

13 Más aún, las gestiones conducentes se realizarían en organismos distintos si se trata de conocer el domicilio o residencia en el país (*Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria –SENIAT– o Contraloría General de la República*) o si se trata de verificar información sobre la residencia en el extranjero (*Servicio Administrativo de Identificación,*

Cabe agregar que la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República, se ha pronunciado sobre “*El procedimiento que debe seguirse para la notificación cuando se tiene conocimiento que los presuntos involucrados se encuentran residenciados en el extranjero*”; y estableció que para estos casos, lo siguiente:

*“(...) debe aplicarse a tales fines, lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Notificación por Carteles), cuyo mecanismo se utiliza cuando resulta «impracticable la notificación» a los presuntos involucrados, sea porque la persona no pueda ser localizada en su domicilio o residencia o no hubiere alguna persona mayor de edad para recibirla, se desconozca su paradero, no tenga apoderado o bien se encuentre fuera de la República, sin que pueda considerarse tal procedimiento como violatorio al Debido Proceso o al Derecho a la Defensa, en tanto los Órganos de Control Fiscal (internos y externos) habrían agotado los mecanismos de que disponen previstos en la precitada Ley como norma que rige el procedimiento administrativo”<sup>14</sup>.*

El siguiente tema a considerar, además de los supuestos de notificaciones impracticables, sería el relativo al contenido del cartel de notificación que sea publicado, toda vez que su procedimiento se encuentra instaurado en el citado artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

---

Migración y Extranjería –SAIME–), esta última gestión, se insiste, sin ninguna relevancia practica a los efectos de los actos para practicar la notificación.

- 14 Dictamen contenido en el Memorándum N° 04–00–179 de fecha 30 de mayo de 2005, de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República. Ediciones de la Contraloría General de la República, N° XIX, años 2005–2006. pp. 269 a la 275.

b. *El contenido del cartel de notificación*

En este sentido resulta imperioso verificar el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que establece:

*“Se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse”.*

Se plantea en atención al artículo citado, la circunstancia sobre si el cartel de notificación debe contener “el texto íntegro del acto”, además de la indicación de los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse.

En tal sentido, Rondón de Sansó (1981)<sup>15</sup>, sostiene que la exigencia del texto íntegro es exagerada, toda vez que *“La doctrina más moderna considera que en los actos vinculados, establecida como lo está la obligación de llevar todas las actuaciones procedimentales a un expediente administrativo, basta con que el texto de los mismos contenga la motivación jurídica ya que la motivación fáctica emerge de dicho expediente. La exigencia de la narración de los hechos en el acto es contraria al principio de economía y constituye un obstáculo que actúa contra la agilización del procedimiento”.*

---

15 Rondón de Sansó, Hildegard, “Análisis crítico de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, pp. 71–101. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, Venezuela. Vol. 38, No. 85–86 (1981). p. 82.

A este respecto, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia<sup>16</sup>, frente al alegato de violación del artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sobre el contenido necesario de la notificación de los actos administrativos para que ésta produzca sus efectos, ha establecido que de este artículo se desprende la existencia de dos requisitos que debe llenar la notificación para que ésta sea válida o suficiente, a saber: *a) que de ella se derive el contenido íntegro del acto de que se trate*; y *b) la expresión de los recursos, tanto administrativos como judiciales, que puedan interponerse contra el acto y los términos para ejercerlos*.

*a'. Que de ella se derive el contenido íntegro del acto de que se trate*

En cuanto al primer requisito del contenido de la notificación, véase que la Sala Político Administrativa indica *“que de ella se derive el contenido íntegro”* y no establece *“el contenido íntegro”*; idéntica redacción aparece reiterada mediante sentencias de la misma Sala y precisamente en casos en los que se demandó la nulidad de actos dictados por la Contraloría General de la República, en las que se usó la expresión *“que de ella se derive el contenido íntegro”*, como primer requisito del contenido de la notificación<sup>17</sup>.

---

16 Sentencia N° 48 del 17 de enero de 2007, Exp. 20054715, (caso: *Reglamento del Fondo de Previsión, Pensiones y Jubilaciones de Trabajadores del Banco Central de Venezuela*).

17 Sentencia N° 243 del 21 de marzo de 2012, Exp. 20110513, (caso: *Luis Germán Marceno, contra Contralor General de la República*); y Sentencia N° 832 del 11 de julio de 2012, Exp. 20110514, (caso: *Antonio José Idrogo Planche, contra Contralor General de la República*). En ambos casos, se declaró como cumplidos los requisitos previstos en los artículos 18, 73 y 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en consecuencia, se desestimaron las denuncias planteadas a este respecto; además, ambas demandas de nulidad se declararon sin lugar.

Lo anterior encuentra justificación lógica en el tratamiento que la jurisprudencia (1983–2016) ha dado al requisito de motivación de los actos administrativos, al considerar, la entonces Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, que

*“La doctrina de [esa] Sala ha sustentado que el acto administrativo que describe, aunque sea brevemente, las razones que sirvieron para apreciar los hechos, debe considerarse motivado por cuanto la parte afectada ha podido ejercer a plenitud la defensa de sus pretensiones y permite también que [ese] tribunal ejerza el control jurisdiccional de legalidad del acto (Sent. 09.06.83). la motivación que supone toda resolución administrativa no es necesariamente el hecho de contener, dentro del texto que la concreta, una exposición analítica o expresa de los datos o razonamientos en que se funda de manera extensa y discriminada, pues una resolución puede considerarse motivada cuando ha sido expedida en base a hechos, datos o cifras concretas **que consten de manera expresa en el expediente** (Sent. 19.05.83)”. (Sentencia de fecha 20 de mayo de 1985, con ponencia de la Magistrada Dra. Josefina Calcaño de Temeltas, Gaceta Forense N° 128, Tercera Etapa, Vol. I, p. 321)<sup>18</sup>.*

Actualmente, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha dado al requisito de motivación de los actos administrativos, en el entendido que *“(...) la insuficiente motivación de los actos administrativos, sólo da lugar a su nulidad cuando no permite a los interesados conocer los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyeron los motivos en que se apoyó el órgano administrativo para dictar la decisión, pero no cuando, a*

---

18 *Jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia 1985–1989*, publicaciones del Escritorio Jurídico Tinoco Travieso Planchart Núñez & Eiris. Editorial Buchivacoa, Caracas, Venezuela, 1998. pp. 25 y 26.

*pesar de su sucinta motivación, permite conocer la fuente legal, las razones y los hechos apreciados por la Administración”<sup>19</sup>.*

En sintonía con lo establecido en su oportunidad, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha sostenido el criterio jurisprudencial sobre la motivación de los actos administrativos que se corresponde con la expresión *“que de ella se derive el contenido íntegro”*, que no prohíbe la inclusión del *“contenido íntegro”* del acto administrativo, no obstante, su ausencia no afecta el acto con un vicio de nulidad absoluta si se permite conocer la fuente legal, las razones y los hechos apreciados por la Administración, aunque no aparezca íntegramente reproducido el acto administrativo en la notificación.

Así, ha establecido la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que todo acto administrativo debe contener una relación sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes para entenderse motivado; tal exigencia consiste, y así lo ha sostenido la jurisprudencia del Alto Tribunal, en que los actos que la Administración emita deberán señalar, en cada caso, el fundamento expreso de la determinación de los hechos que dan lugar a su decisión, de manera que el Administrado pueda conocer en forma clara y precisa las razones fácticas y jurídicas que originaron la resolución, permitiéndole oponer las razones que crea pertinente a fin de ejercer su derecho a la defensa.

No obstante, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 9 del 9 de enero de 2003, estableció que:

*“(…) es jurisprudencia reiterada de [ese] Supremo Tribunal, que la insuficiente motivación de los actos administrativos, sólo da lugar*

---

19 Sentencia N° 01117 del 19 de septiembre de 2002, Exp. 16312, (caso: Francisco Antonio Gil Martínez, contra el entonces Ministro de Justicia).

*a su nulidad cuando no permite a los interesados conocer los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyeron los motivos en los que se apoyó el órgano administrativo para dictar la decisión, pero no cuando, a pesar de la sucinta motivación, ciertamente permite conocer la fuente legal, las razones y los hechos apreciados por el funcionario. La inmotivación que supone toda resolución administrativa no es necesariamente el hecho de contener dentro del texto que la concreta, una exposición analítica o de expresar los datos o razonamientos en que se funda de manera discriminada; pues una resolución puede considerarse motivada cuando ha sido expedida sobre la base de hechos, datos o cifras concretas y cuando éstos consten efectivamente y de manera explícita en el expediente”<sup>20</sup>.*

Posteriormente, mediante sentencia N° 661 del 18 de mayo de 2011 y mediante sentencia N° 252 del 12 de marzo de 2013, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, reiteró que “(...) no hay incumplimiento del requisito de la motivación, cuando el acto contenga dentro del texto que la concreta, una exposición analítica que exprese los datos o razonamientos en que se funda de manera discriminada, pues un acto administrativo puede considerarse motivado cuando ha sido dictado con base en hechos, datos o cifras concretas y cuando éstos consten efectivamente y de manera explícita en el expediente, considerado en forma íntegra y formado en función del acto de que se trate y de sus antecedentes, siempre que el administrado haya tenido acceso a ellos”<sup>21</sup>.

20 Sentencia N° 9 del 9 de enero de 2003, Exp. 1994—11318, (caso: *Luis Alberto Delgado León, contra el Ministro del Poder Popular para la Defensa*). Véase que reitera el criterio expuesto en la sentencia de fecha 20 de mayo de 1985, con ponencia de la Magistrada Dra. Josefina Calcaño de Temeltas, de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez ratificaba el criterio de la Sala del año 1983.

21 Sentencia N° 661 del 18 de mayo de 2011, Exp. 2008—0222, (caso: *Ernesto Rafael Márquez Marín, contra el Ministro del Poder Popular para la Defensa*), y sentencia N° 252 del 12 de marzo de 2013, Exp. 2012—0941, (caso: *Central San Tomé IV, C.A.*), las cuales reiteran el criterio establecido en la Sentencia N° 9 del 9 de enero de 2003, Exp. 1994—11318, (caso: *Luis Alberto Delgado León, contra el Ministro del Poder Popular para la Defensa*).

De allí que, la inmotivación de los actos administrativos, sólo de lugar a su nulidad cuando no permite a los interesados conocer los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyeron los motivos en que se apoyó el órgano administrativo para dictar la decisión, pero no cuando a pesar de la sucinta motivación, ciertamente permite conocer la fuente legal, las razones y los hechos apreciados por el funcionario; por cuanto que el objetivo de la motivación es, en primer lugar, permitir a los órganos competentes el control de la legalidad del acto emitido y, en segundo lugar, hacer posible a los interesados el ejercicio del derecho a la defensa.

En este orden de ideas, se ha reiterado de manera pacífica que se da también el cumplimiento de tal requisito cuando la misma esté contenida en su contexto, es decir, *que la motivación se encuentre dentro del expediente*, considerado en forma íntegra y formado en virtud del acto de que se trate y sus antecedentes, siempre que el interesado haya tenido acceso a ellos y conocimiento oportuno de los mismos; siendo suficiente, en algunos casos, que sólo se cite la fundamentación jurídica, si ésta contiene un supuesto unívoco y simple<sup>22</sup>.

Recientemente, mediante sentencia de fecha 9 de julio de 2015, sentencia N° 01396 de fecha 26 de noviembre de 2015 y sentencia N° 00180 del 23 de febrero de 2016, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, reiteró el anterior criterio de la forma siguiente:

---

22 Sentencia N° 166 del 7 de marzo de 2012, Exp. 2009—0478, (caso: *Chevron Oronite Latin América, S.A. —COLASA—, contra República Bolivariana de Venezuela*). Véase también sentencia N° 01413 del 28 de noviembre de 2012, Exp. 2008—0705, (caso: *Consolidada de Ferrys, C.A. CONFERRY*), sentencia N° 2081, del 10 de noviembre de 2004, (caso: *Rafael María Vásquez Benítez*), sentencia N° 580, del 7 de mayo de 2008, (caso: *Alimentos Heinz, C.A.*), sentencia N° 00835, del 10 de junio de 2009, (caso: *Super Octanos, C.A.*), sentencia N° 00387 del 16 de febrero de 2006, (caso: *Valores e Inversiones, C.A.*), y sentencia N° 01815, del 3 de agosto de 2000, (caso: *Asociación Cooperativa de Transporte de Pasajeros Universidad*), entre otras.

*“Al respecto, aprecia la Sala que se cumple con el requisito de la motivación, cuando la misma esté contenida en su contexto, es decir, **que la motivación se encuentre dentro del expediente**, considerado en forma íntegra y formado en virtud del acto de que se trate y de sus antecedentes, siempre que el administrado haya tenido acceso y conocimiento oportuno de los mismos; siendo suficiente, en algunos casos, que sólo se cite la fundamentación jurídica, si ésta contiene un supuesto unívoco y simple”<sup>23</sup>.*

Como se observa, la interpretación de ese requisito lo ha reiterado de manera pacífica la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, así, un acto administrativo se entiende motivado si ésta se encuentra enmarcada en su contexto, es decir, que la misma se advierte dentro del expediente, considerado en forma integral y formado en virtud del acto de que se trate y sus antecedentes, siempre que el interesado haya tenido acceso a ellos y al conocimiento oportuno de los mismos; siendo suficiente, en algunos casos, que “sólo se cite la fundamentación jurídica, si ésta contiene un supuesto unívoco y simple”.

De manera que, lo que se pretende significar, es que los argumentos que la Sala Político Administrativa enseña, en cuanto a la motivación de los actos administrativos, guardan relación directa con la interpretación que ha realizado la misma Sala respecto del contenido de las notificaciones, por lo cual se han establecido diferencias entre la obligación de inclusión del “texto íntegro” en las notificaciones, frente a los casos

---

23 Sentencia N° 820 del 9 de julio de 2015, Exp. 2010—1012, (caso: *Corporación Venezolana del Petróleo, S.A.*), sentencia N° 01396 del 26 de noviembre de 2015, (caso: *Colgate Palmolive, C.A., contra CADIVI*); y sentencia N° 00180 del 23 de febrero de 2016, (caso: *Superoctanos, C.A.*); en ese sentido, véase también sentencia N° 01081 de fecha 20 de junio de 2007, (caso: *Supermetanol, C.A.*), y sentencia N° 01815 de fecha 3 de agosto de 2000, (caso: *Asociación Cooperativa de Transporte de Pasajeros Universidad*); criterio reiterado, entre otras, en sentencia N° 00387 del 16 de febrero de 2006, (caso: *Valores e Inversiones C.A.*) y sentencia N° 00649 del 20 de mayo de 2009, (caso: *Corporación Inlaca, C.A.*), todas de Sala la Sala Político Administrativa.

que de la notificación *“se derive el contenido íntegro”*; así, si la motivación del acto administrativo puede estar *“enmarcada en su contexto, es decir, que la misma se advierte dentro del expediente, considerado en forma integral y formado en virtud del acto de que se trate”*, es lógico pensar que el contenido de la notificación en los algunos casos puede también estar *“enmarcada en su contexto, es decir, que la misma se advierte dentro del expediente, considerado en forma integral y formado en virtud del acto de que se trate”*; y en consecuencia, se podría proceder a la publicación de carteles que no expresen el *“texto íntegro”* del acto, sino de carteles de notificación de los cuales *“se derive el contenido íntegro”* del acto administrativo.

Los anteriores razonamientos obedecen a que se observa con atención que los actos administrativos que emite este órgano de control fiscal externo, en algunos casos son realmente extensos; lo cual podría generar inconvenientes cuando sea necesaria su publicación mediante cartel; sin embargo, ello podría solventarse si se asume la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con relación a i) *la motivación de los actos*; y ii) *la inclusión de los datos necesarios de los cuales pueda derivarse el contenido del acto administrativo y no su “texto íntegro”*.

En el primero de los casos, el relativo a la motivación del acto, no debería extenderse el órgano contralor en transcripciones, citas textuales de la Constitución o la Ley, ni en consideraciones doctrinarias o jurisprudencias; su uso a todo evento, debería limitarse a breves referencias a los instrumentos oficiales de publicación o incluso a las mismas actas que conforman el expediente con indicación exacta de los datos para su ubicación. Finalmente, la garantía de la defensa queda satisfecha si el interesado tiene acceso a las actas, oportunidad en la cual puede corroborar la adecuada motivación del acto. En efecto, el procurar decisiones menos extensas no promueve la inmotivación dado que como ya se indicó, esta se puede des-

prender del contexto en el que se desarrolla el acto, esto es, en el expediente que se ha conformado.

En el segundo supuesto, ante una eventual notificación impracticable en el domicilio o residencia de un acto administrativo que se extienda (*aún atendiendo las recomendaciones anteriores*), se debería proceder a librar una boleta de notificación en la que se incluyan los datos necesarios de los cuales pueda derivarse el contenido del acto administrativo y no su “texto íntegro”, a los fines de su publicación en prensa. En estas circunstancias, resulta razonable publicar una especie de edicto que contenga la “decisión” (*es decir, el dispositivo de la decisión*), señalando que el “acto íntegro” se encuentra a la disposición de los interesados, con indicación precisa de los datos de ubicación propios de todo expediente (*Nº de expediente, identificación de los interesados, motivos y otros datos del asunto*), expresión del lapso de comparecencia y con la descripción de los recursos o demandas que pueden ser interpuestos en contra del acto que se notifica con mención de los lapsos y órganos (*administrativos o judiciales, según sea el caso*), a los que corresponda conocer y decidir.

Véase que la finalidad de la notificación es enterar, hacer del conocimiento, informar, comunicar al interesado de la existencia del acto que lo afecta, y con la publicación del extracto (*edicto, boleta de notificación*), eso está satisfecho (*siempre que se señale la información mínima necesaria*), pues a diferencia de la notificación en el “domicilio o residencia”, en este caso se otorga un plazo adicional, justamente para que el interesado se apersona, revise el expediente y le sea entregada la copia del acto<sup>24</sup>.

---

24 Conforme a lo dispuesto en el Artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, “*Cuando resulte impracticable la notificación en la forma prescrita en el artículo anterior, se procederá a la publicación del acto en un diario de mayor circulación de la entidad territorial donde la autoridad que conoce del asunto tenga su sede y, en este caso, se entenderá notificado el interesado*”

*b' La expresión de los recursos, tanto administrativos como judiciales, que puedan interponerse contra el acto y los términos para ejercerlos*<sup>25</sup>.

Por lo que respecta al segundo requisito, es decir, el señalamiento preciso de los recursos tanto administrativos como judiciales que procedan contra ese acto, pueden darse dos situaciones distintas, a saber: *a) que el acto omita por completo ese señalamiento, o b) que se señale erróneamente el recurso que proceda y los lapsos para ejercerlos*. En ambos casos, se ha establecido que si a pesar de la omisión o el señalamiento erróneo del recurso correspondiente y de sus lapsos para interponerlos, el administrado ejerce el recurso correcto y en la fecha hábil contra el acto, entonces, se entiende convalidado el error u omisión; pero si, por el contrario, el administrado es inducido a error por la Administración al señalar un recurso y un lapso que, en realidad, no son procedentes contra el acto administrativo de que se trate, entonces se aplica el contenido del artículo 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, entendiéndose que la notificación ha sido defectuosa y, en consecuencia, sin efecto alguno, afectando la eficacia del acto administrativo (*es decir, no comenzarían a computarse los lapsos para la interposición de recursos –administrativos– o demandas –judiciales–*).<sup>26</sup>

---

*quince (15) días después de la publicación, circunstancia que se advertirá en forma expresa”.*

- 25 Rondón de Sansó, Hildegard, op.cit., p. 86. Expresa que “(...) obligar a la Administración a señalar en el texto de la comunicación los eventuales recursos jurisdiccionales que cabrían contra la decisión notificada es algo excesivo. Por una parte es el establecimiento de un nuevo requisito que va a entorpecer la agilidad de la actuación, pero lo más grave es que la competencia de lo contencioso administrativo y la ejercibilidad misma de los recursos no son materia simple y llana, sino materia para experto. Penetrar con paso seguro en la determinación específica de los ámbitos de competencia, es algo que pone a prueba incluso a los jueces contencioso – administrativos”.
- 26 Sentencia N° 48 del 17 de enero de 2007, Exp. 2005–4715, (caso: *Reglamento del Fondo de Previsión, Pensiones y Jubilaciones de Trabajadores del Banco Central de Venezuela*). Véase además, Sentencia N° 01060 del 30 de septiembre de

*C. Sobre la notificación mediante un único cartel de notificación cuando se trate de varios presuntos responsables*

En efecto, la práctica de las notificaciones mediante la publicación de cartel se encuentra regulada en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y su finalidad es enterar, hacer del conocimiento, informar, comunicar al interesado (*o los interesados si son varios*) de la existencia del acto que lo afecta, y con la publicación del extracto (*edicto, boleta de notificación*), ello se encuentra satisfecho (*siempre que se señale la información mínima necesaria*), pues a diferencia de la notificación en el “domicilio o residencia”, en este caso se otorga un plazo adicional de *quince (15) días después de la publicación*, justamente para que el o los interesados se apersonen, revisen el expediente y les sea entregada la copia del acto.

Así, el cartel debe contener información mínima para que de ella se derive el contenido íntegro del acto de que se trate (*y no el “texto íntegro” del acto*), con lo cual se ponga en conocimiento al presunto responsable de la existencia del procedimiento, la fase en la que se encuentra, los lapsos con los que cuenta para ejercer su defensa, la oficina o dependencia que sustancia con indicación de la dirección, el número de expediente y los motivos del procedimiento de determinación.

En esas circunstancias, resulta razonable publicar una especie de edicto, señalando que el “acto íntegro” se encuentra a la disposición de los interesados, con indicación precisa de los datos de ubicación propios de todo expediente (*Nº de expediente, identificación de los interesados, motivos y otros datos básicos del asunto, según sea el caso*), como ya se indicó.

---

2015, Exp. 2015—0289, (caso: Juan Antonio Balza Briceño, contra la Contraloría Municipal del Municipio Libertador del Distrito Capital), la cual estableció que “(...) la falta de indicación de los recursos procedentes y del lapso para presentarlos, en este caso concreto, no le impidió al actor su ejercicio para impugnar el acto administrativo, lo cual demuestra que la notificación cumplió su cometido como lo fue poner en conocimiento al ciudadano Juan Antonio Balza Briceño su deber (...)”.

Lo anterior, *no varía si se trata de uno o varios presuntos responsables* los que se incluyan mediante un único cartel de notificación, es decir, no constituye en modo alguno una violación al derecho a la defensa de los ciudadanos a quienes se les comuniquen sobre el procedimiento administrativo de manera conjunta, toda vez que las oportunidades para el ejercicio del derecho no se encuentra limitado por esta práctica.

Véase que, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido recordar que el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativo al derecho a la defensa y al debido proceso, *“se constituye como un derecho complejo que encierra dentro de sí un conjunto de garantías diversas para el justiciable, que resultan aplicables a todas las actuaciones judiciales y administrativas (...) que tiene dentro de sus pilares fundamentales el derecho a que el justiciable pueda acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa”*<sup>27</sup>.

A todo evento, los ciudadanos a notificar deberán estar identificados con las mínimas de ley: al menos el nombre, el número de cédula de identidad, el órgano o ente y el cargo ejercido acompañado de los datos básicos del asunto o expediente; deberá existir identidad en el procedimiento, esto es, se debe tratar de un cartel de notificación librado con ocasión del mismo expediente, en el cual los ciudadanos que aparecen en el cartel, están identificados en el asunto como presuntos responsables derivados de la actuación recogida en un informe cuyos hallazgos se desprenden de una misma auditoria, aunque no se les atribuya el mismo hecho generador e independiente de las agravantes o atenuantes que les resultarían aplicables, en consideración a los cargos ejercidos, el nivel de responsabilidad, el grado de participación, la reiteración o reincidencia,

---

27 Sentencia N° 635 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 30 de mayo de 2013 (caso: *Santiago Barberi Herrera*). En el mismo sentido, véase sentencia de la misma Sala, N° 1616 de fecha 8 de octubre de 2013 (caso: UNELLEZ).

entre otros aspectos, dado que, se insiste, todos contarán con iguales oportunidades para presentar sus descargos y promover las pruebas que no aparezcan manifiestamente ilegales, impertinentes o inconducentes.

### **3. Notificaciones de las decisiones sobre la responsabilidad administrativa**

Sobre el tema, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha establecido criterios sobre el cómputo de los lapsos para la interposición de recursos o demandas (*se entiende además, para la declaratoria de firmeza*), de las decisiones que declaran la responsabilidad administrativa, imponen multas, absuelven de dichas responsabilidades, o se pronuncian el sobreseimiento, según corresponda, dictadas con ocasión del procedimiento de Determinación de Responsabilidad Administrativa.

Ello, con relación a lo establecido en los artículos 103, 107, 108, sobre los lapsos para recurrir o demandar; así como 114 y 115, sobre la prescripción, todos de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>28</sup>

En tal sentido, mediante sentencia N° 955 del 2 de agosto de 2012, (*caso: Andrés Emigdio Gámez Ottamendi, contra el Contralor General de la República*)<sup>29</sup>, reiterada mediante sentencia N° 1135 del 3 de octubre de 2012, (*caso: Nancy González Padrón, contra la Contraloría General de la República*)<sup>30</sup> y recientemente, mediante sentencia N° 167 de fecha 4 de marzo de 2015, (*caso: Ilse Noema Del Coromoto Noguera Contreras, contra la Contraloría*

---

28 Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010.

29 Disponible en el siguiente enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/00955-2812-2012-2010-0793.HTML>

30 Disponible en el siguiente enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01135-31012-2012-2010-0871.HTML>

*General de la República*)<sup>31</sup>, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, estableció lo siguiente:

*“(...) los lapsos para interponer tanto el recurso administrativo de reconsideración como el contencioso administrativo de nulidad contra los actos dictados por el ciudadano Contralor General de la República o sus delegatarios con fundamento en los artículos 103 y 107 de la precitada Ley Orgánica, serán computados a partir del día siguiente a la notificación personal que de dichos actos deba practicar la Administración, en cada caso, de conformidad con el régimen de notificaciones establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.*

En cuanto al régimen y el procedimiento de notificaciones, es el establecido en el Capítulo IV, sobre la publicación y notificación de los actos administrativos, en los artículos 72 al 77, de la en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>32</sup>.

Resulta importante destacar, que mediante sentencia N° 1234 de fecha 26 de octubre de 2015, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>33</sup>, conociendo en revisión el referido caso *Ilse Noema Del Coromoto Noguera Contreras, contra la Contraloría General de la República*, se pronunció en lo referente al cómputo de la prescripción, motivo por el cual anuló la sentencia de la Sala Político Administrativa, no obstante ello, en cuanto al cómputo de los lapsos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia *“(...) no observó que se hubiese producido vulneración alguna de derechos o principios constitucionales, o contrariado algún criterio que de forma vinculante hubiese establecido [esa] Sala Constitucional, dado que en la presente causa no se veri-*

---

31 Disponible en el siguiente enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/174912-00167-4315-2015-2011-0868.HTML>

32 Publicada en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 1° de julio de 1981; en vigencia desde enero de 1982 por lo establecido artículo 108 de las Disposiciones Transitorias.

33 Disponible en el siguiente enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/182131-1234-261015-2015-15-0965.HTML>

*ficó la caducidad de la acción, tal y como lo analizó la Sala Político – Administrativa de este Máximo Tribunal (...)”.*

Lo anterior, en referencia a la forma del cómputo de los lapsos **“a partir del día siguiente a la notificación”** de la decisión que se deba practicar en materia de Determinación de Responsabilidades administrativas (*y no a partir del día “siguiente a que haya sido pronunciada” la decisión respectiva*).

No puede dejar de mencionarse que los defectos de notificación no tienen realmente incidencia alguna en la validez del acto administrativo, toda vez que la única consecuencia reconocida a la fecha, es la relativa al computo del lapso de caducidad. Piénsese entonces que se denuncia en el Contencioso Administrativo el defecto de notificación, si el tribunal lo advierte<sup>34</sup> únicamente ello tendrá efecto en la admisibilidad de la demanda, no en la definitiva en el entendido que lo pretendido es la declaratoria de nulidad del acto, más aún cuando se ha validado de alguna forma el defecto con la interposición de la demanda y con ello la oportunidad para el ejercicio del derecho a la defensa<sup>35</sup>.

---

34 Tampoco si la demanda se intentó conjuntamente con amparo cautelar, caso en el cual el Juez no verifica la causal de inadmisibilidad de la caducidad, al menos en el momento de la admisión; claro está, si lo puede hacer luego de decidir la incidencia cautelar si esta es declara improcedente.

35 Así lo estableció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, según la cual *“cuando se comprueba que el acto impugnado ha sido notificado de manera defectuosa, no debe computarse la caducidad del recurso, pues ello resulta lesivo de los derechos a la tutela judicial efectiva, acceso a la justicia, así como del principio pro actione”*. Sentencia N° 696 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 4 de junio de 2015, Exp. 14–0974, (caso: *Jhonny Darwin Galindez Rojas, contra el Cuerpo de Investigaciones, Científicas, Penales y Criminalísticas – CICPC*–).

### III. CONCLUSIONES

En principio, la notificación debe practicarse en el domicilio o residencia del interesado o su apoderado; ello no significa que deba ser practicada “personalmente” o “en la persona” del interesado o su apoderado, toda vez que, considerando lo establecido en el artículo 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, puede válidamente recibir una persona diferente en el domicilio o residencia del interesado o su apoderado, sin embargo, en principio debe tenerse certeza que en efecto se trata del domicilio del interesado o su apoderado, es decir, esta circunstancia debe aparecer acreditada formalmente en el expediente; y además, el funcionario actuante debe exigir recibo firmado en el cual debe dejar constancia de la fecha en que se realiza el acto y del contenido de la notificación, así como del nombre y cédula de identidad de la persona que la reciba en el domicilio o residencia del interesado o su apoderado. Lo anterior no obsta para que sea practicada la notificación –*de ser posible*– en la persona del interesado o su apoderado.

La notificación luego de practicada debe ser agregada al expediente formalmente, ello, a los efectos del inicio del cómputo del lapso que corresponda; igualmente deben agregarse al asunto la constancia de las actividades infructuosas y sus motivos específicos, en los casos de notificaciones impracticables, ello, a los fines de instruir al órganos sobre las gestiones a realizar (*que en ningún supuesto deben estar dirigidas a verificar información extraoficial sobre la residencia en el exterior sino en todo caso, a la constatación del domicilio o residencia en el país*).

A todo evento, el órgano de control fiscal debe agotar la notificación en los términos antes indicados mediante visitas en diferentes oportunidades (fechas y horas variantes), que deberían efectuarse como mínimo en tres (3) oportunidades; también, agotado el procedimiento anterior en el supuesto que *se cuente con la dirección del domicilio o residencia pero que no exista*

*o no pueda ser ubicado, antes de declarar como impracticable la notificación, deberían adelantarse gestiones para la ubicación de un nuevo domicilio o residencia por lo expresado ante la Administración el interesado (por ejemplo, el Registro de Información Fiscal o la Declaración Jurada de Patrimonio), información que debería ser solicitada formalmente al órgano o ente con competencia según sea el caso y ante un resultado positivo, intentar practicar la notificación en la nueva dirección aportada por la Administración.*

La notificación practicada en un lugar diferente al domicilio o residencia del interesado o su apoderado, debe tener validez conforme los postulados constitucionales aun cuando concretamente no lo establezca la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Existen, al menos, cuatro (4) supuestos que usualmente constituyen casos de notificación impracticable, a saber: *i) que no se cuente con la dirección del domicilio o residencia o que teniéndola, el domicilio o residencia no exista o no pueda ser ubicado; ii) que existiendo y habiendo sido ubicado domicilio o residencia, no se encuentre en el lugar persona alguna; iii) que encontrándose el domicilio o residencia, y encontrándose allí personas (o incluso al propio interesado), aquellos se nieguen a recibir o a firmar la notificación; iv) que no se tenga certeza mediante poder o carta poder debidamente otorgados sobre la existencia de un apoderado del interesado con facultades expresas, caso en el cual debe ser ubicado el domicilio o residencia de su apoderado.*

Ante la ocurrencia de alguno de los supuestos descritos en el párrafo anterior, debe procederse a la notificación mediante la publicación de un cartel en un diario de mayor circulación de la entidad territorial donde la autoridad que conoce del asunto tenga su sede, esto, conforme lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; en los términos expuestos.

Las gestiones que se realicen para ubicar el domicilio o residencia dentro del país, tienen relevancia porque podrían tener resultado positivo si se logra la notificación en el nuevo domicilio o residencia, caso en el cual no se procedería a la publicación del cartel a que alude el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; por su parte, la constatación de la residencia en el extranjero resulta irrelevante toda vez que no cambiaría el resultado, es decir, en estos casos, *(si se tiene conocimiento extraoficialmente de la residencia en el extranjero)*, debe publicarse el cartel conforme al el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en atención a los cuatro (4) supuestos indicados.

En cuanto a la motivación del acto administrativo, en atención a la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se debe acoger el criterio respecto a *“que se da también el cumplimiento de tal requisito cuando la misma esté contenida en su contexto, es decir, que la motivación se encuentre dentro del expediente, considerado en forma íntegra y formado en virtud del acto de que se trate y sus antecedentes, siempre que el interesado haya tenido acceso a ellos y conocimiento oportuno de los mismos; siendo suficiente, en algunos casos, que sólo se cite la fundamentación jurídica, si ésta contiene un supuesto unívoco y simple”*; según lo arriba señalado.

Con respecto al contenido de la notificación del acto administrativo, en atención a la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se debe acoger el criterio respecto a lo siguiente, *i) que de ella se derive el contenido íntegro del acto de que se trate (y no la inclusión del “texto íntegro”); y ii) la expresión de los recursos, tanto administrativos como judiciales, que puedan interponerse contra el acto y los términos para ejercerlos.*

En lo referente al contenido del cartel de notificación del acto administrativo, en atención a la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se

debe acoger el criterio respecto a lo siguiente, i) *que [del cartel] se derive el contenido íntegro del acto de que se trate (y no la inclusión del “texto íntegro”); y ii) la expresión de los recursos, tanto administrativos como judiciales, que puedan interponerse contra el acto y los términos para ejercerlos.*

Resulta procedente que se notifique a varios presuntos responsables en el mismo cartel librado con ocasión de un procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, tal como se indicó.

Respecto del cómputo de los lapsos para la interposición de recursos o demandas (*se entiende además, para la declaratoria de firmeza*), de las decisiones que declaran la responsabilidad administrativa, imponen multas, absuelven de dichas responsabilidades, o se pronuncian el sobreseimiento, según corresponda, dictadas con ocasión del procedimiento de Determinación de Responsabilidad Administrativa; deberán computarse *“a partir del día siguiente a la notificación”* de la decisión que se deba practicar en materia de Determinación de Responsabilidades administrativas (*y no a partir del día “siguiente a que haya sido pronunciada” la decisión respectiva*).



# CRÍTICAS A LA DOCTRINA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

**Mauricio Subero Mujica**

*Profesor de Prácticas de Derecho Administrativo  
y del Programa de Posgrado de Derecho Administrativo de la UCAB*

**Resumen:** *El artículo analiza el nacimiento y evolución de la doctrina del contrato administrativo en la jurisprudencia venezolana con el fin de mostrar las deficiencias y contradicciones de esta doctrina, y de todo ello se evidencia que los poderes reconocidos a la Administración en el marco de los contratos administrativos suponen la vulneración del principio de legalidad, por lo que se concluye en la necesidad de abandonar definitivamente esta doctrina que, además, resulta inútil a la luz de la legislación vigente en materia de contratación pública.*

**Palabras clave:** *Contratos públicos, contratos administrativos, poderes implícitos, cláusulas exorbitantes.*

**Summary:** *The article analyze the birth y develop of the administrative contract doctrine trough the jurisprudence in Venezuela in order to show the inconsistencies and contradictions in this doctrine. From this analysis, emerge that the powers recognized to the public administration in the frame of administrative contracts attempt against the principle of legality. Hence, the conclusion is the necessity to abandon definitely this doctrine, that has becomes useless in the light of the legislation on public contracts now in force.*

**Key words:** *Public contracts, administrative contracts, implied powers, exorbitant clauses.*

**Recibido:** 2 de marzo de 2016    **Aceptado:** 25 de marzo de 2016



## SUMARIO

- I. Generalidades sobre las notificaciones.
- II. Las notificaciones en materia de control fiscal.
- III. Conclusiones.
- IV. El impacto del Decreto-Ley de Contrataciones Públicas sobre la noción de contratos administrativos.

## I. PLANTEAMIENTO Y CONCLUSIÓN DE ESTE TRABAJO

Hace ya mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia contencioso—administrativa en Venezuela se alinearon en la construcción y defensa de una doctrina jurídica alrededor de la figura del llamado *contrato administrativo*. Esta doctrina se construyó al calor de la jurisprudencia y de la doctrina francesa, y se alimentó también de algunas peculiaridades de nuestro ámbito jurídico.

La doctrina del contrato administrativo sobrevive indemne hoy día en nuestra jurisprudencia contencioso—administrativa, que se niega a revisar los conceptos y principios dogmáticamente asentados, mientras que una buena parte de la doctrina o bien se limita a glosar los postulados de la jurisprudencia o defiende a ultranza *la existencia* del contrato administrativo argumentando para ello que así lo reconoce nuestra propia jurisprudencia, lo cual constituye, obviamente, una petición de principio.

En el año 2007 afirmé que el contrato administrativo está aquí, llegó, lo acunamos y lo hemos madurado hasta hacerlo muy nuestro<sup>1</sup>. Pero con esta afirmación no me propuse realizar una defensa de esa doctrina del contrato administrativo. Muy por el contrario, en aquél momento puse de relieve algu-

---

1 Subero Mujica, Mauricio: La Noción de Contrato Administrativo y la Jurisprudencia en Venezuela. En: *Derecho Administrativo Iberoamericano*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, p. 2026.

nos errores y contradicciones implícitos en la noción de contrato administrativo desarrollada por la jurisprudencia. Pero al mismo tiempo creo que nadie, a esta altura, podría desconocer que por mucho tiempo las decisiones de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa han contribuido a alimentar esa particular noción del *contrato administrativo*. A este hecho inobjetable me referí al afirmar que en Venezuela hemos recibido y acunado la noción de contrato administrativo.

Sin embargo, considero hoy una necesidad abandonar definitivo la doctrina del contrato administrativo tal como la hemos conocido hasta ahora en Venezuela, pues se trata de una doctrina plagada de imprecisiones y contradicciones, y que en el núcleo de su planteamiento encierra un grave desconocimiento del principio de legalidad, tal como ha sido consagrado en el artículo 137 de la Constitución.

Hoy día, además, la desaparición de cualquier referencia a los contratos administrativos del ámbito de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y de la Ley Orgánica de Jurisdicción Contencioso Administrativa, sumada a la normativa del Decreto—Ley de Contrataciones Públicas (DLCP) abre las puertas a la definitiva defenestración de la doctrina tradicional del contrato administrativo en Venezuela.

A continuación expondré los planteamientos esenciales de la doctrina del contrato administrativo en Venezuela así como las críticas que en mi opinión esa doctrina merece y que justifican la propuesta de su definitivo abandono.

## II. BREVE REFERENCIA AL ORIGEN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN FRANCIA

El nacimiento del concepto de contrato administrativo se le debe a Francia donde esta noción se origina desprovista de

un contenido sustancial, ya que nace como un asunto esencialmente adjetivo. El contrato administrativo en Francia se identifica inicialmente con un conjunto de litigios surgidos de determinados contratos de la Administración que fueron asignados a la competencia del juez administrativo; asignación esta que estuvo basada en criterios políticos y no de régimen del contrato. La situación, sin embargo, cambió con el advenimiento de la escuela del servicio público, cuyas ideas hacen desembocar en la afirmación de la existencia de un verdadero régimen sustantivo del contrato administrativo; régimen —se dice— de Derecho público que rige a estos contratos.

En este sentido Expósito Vélez, al comentar el origen del contrato administrativo en Francia, señaló que *“por efectos más prácticos que esenciales, en fin, de naturaleza jurídica, algunos contratos celebrados entre la Administración y los particulares no se atribuían a la jurisdicción civil, sino que iban directamente a la jurisdicción contencioso administrativa”*<sup>2</sup>; las razones para ello, como deja ver este autor, son esencialmente prácticas, y más que eso, fundamentalmente políticas. Esta asignación puntual de controversias derivadas de contratos de la Administración al Juez Administrativo no estaba fundada en elementos sustantivos del contrato, y no hacía referencia ni a su naturaleza ni al régimen jurídico que les era aplicable, pues éste era, siempre, el régimen de Derecho común.

La situación, sin embargo, cambió progresivamente, aunque, es obvio que el punto de inflexión se encuentra en 1873 cuando se produce la ya famosa decisión el Tribunal de Conflictos de Francia sobre el caso Blanco, en la cual se señaló que *“la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por los individuos que emplea en el servicio público no puede estar regulada por principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particula-*

---

2 Expósito Vélez, Juan Carlos, *“La Configuración del Contrato de la Administración Pública”* en *Derecho Colombiano y Español*, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 114.

res...". Se echan así los cimientos para postular la existencia de un régimen jurídico especial que rige los servicios públicos, a lo cual se suma la idea de que la actividad de la Administración es esencialmente una actividad de servicio público, de lo cual se sigue que el régimen de la Administración, el Derecho Administrativo en definitiva, se resume en el conjunto de normas que disciplinan los servicios públicos.

Es hoy evidente que debemos a Leon Duguit<sup>3</sup> y otros exponentes de la llamada escuela de Burdeos, el adoptar el criterio del servicio público sentado por la decisión Blanco hasta constituirlo en base de la teoría del Derecho Administrativo.

El advenimiento de la escuela del servicio público supuso un punto de inflexión en esta materia esencialmente porque con ella se pasó a sostener que la atribución de determinados contratos (los administrativos) a la competencia del juez administrativo llevaba de suyo la aplicación a tales contratos de un régimen sustantivo particular, un régimen, en definitiva, de Derecho público<sup>4</sup>. De esta forma la atribución al juez administrativo de la competencia sobre los contratos administrativos

---

3 *Les Transformation du Droit Public*, 1913.

4 En efecto, el criterio del servicio público es también empleado en el ámbito de los contratos administrativos. Así se hizo, por ejemplo, en la sentencia del Consejo de Estado en el caso Terrier del 6 de febrero de 1903. En este caso el Consejo de Saône-et Loire ofreció el pago de una prima por la caza de víboras con la finalidad de propiciar la reducción de la población de reptiles, los cuales amenazaban con constituirse en un problema de salubridad; al parecer la caza fue fructífera y los fondos presupuestados pronto de agotaron, sin embargo, el Sr. Terrier demandó al departamento para que fuese condenado al pago de las primas ofrecidas. En su decisión, el Consejo de Estado, luego de precisar que, en efecto, se había creado un verdadero servicio público de cacería de víboras (para lo cual no hacía falta la creación de una organización administrativa concreta), concluyó en afirmar su competencia, en virtud del criterio de servicio público, mediante referencias a determinadas "reglas propias" o "reglas especiales" que rigen la actividad de servicio público. Este mismo criterio fue también empleado por el Consejo de Estado en la sentencia del caso Thérond del 4 de marzo de 1910.

que inicialmente, como se ha dicho, respondía a un criterio puramente práctico —y esencialmente político— se transformó en un criterio sustancial, en un asunto de régimen jurídico<sup>5</sup>.

No obstante, y a pesar de la importancia que la escuela de Burdeos otorgara a la noción de servicio público en la teoría del Derecho Administrativo, la verdad es que la jurisprudencia del Consejo de Estado nunca se decantó por el uso exclusivo de este criterio en los asuntos relativos a los contratos de la Administración, pues continuó empleando, en no pocos casos, el criterio de la existencia de cláusulas exorbitantes del Derecho común para identificar al contrato administrativo.

Para ese momento existen dos elementos a destacar del régimen de los contratos administrativos en Francia:

(i) El primero de estos elementos es la importancia que la jurisprudencia atribuyó a la voluntad de las partes de someter el contrato a un régimen de Derecho público; voluntad esta que lucía decisiva incluso cuando el objeto del contrato se vinculaba directamente con la prestación de un servicio público, dado que, en principio (y hasta que se produce el precedente que se sienta con el caso esposos Bertin), ese vínculo del contrato con el servicio no era suficiente para calificar al contrato como administrativo; hacía falta también la voluntad de las partes, la cual podía quedar plasmada con la inclusión en el

---

5 Al respecto apunta Benoit que “[l]a situación va a modificarse profundamente a partir del comienzo del siglo XX. Por una parte, con el triunfo, por lo demás efímero, del criterio del servicio público, por fin aplicado a las convenciones locales [se refiere obviamente a la decisión Terrier], se plantea con agudeza el problema de la competencia jurisdiccional respecto de los contratos de las colectividades locales. Por otra parte, al seguir desarrollándose el contencioso contractual administrativo, se comienza a comprender finalmente el carácter específico de un régimen contractual de derecho público.” (Benoit, Francis-Paul, *El Derecho Administrativo Francés*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1997. p. 727).

contrato de cláusulas exorbitantes del Derecho común<sup>6</sup>, salvo el caso de los contratos administrativos por determinación de la Ley, por supuesto<sup>7</sup>.

(ii) El otro elemento de gran importancia en la identificación de los contratos administrativos en Francia hasta hoy día es que sólo pueden ostentar esta condición aquellos contratos en los que se involucra al contratista directamente en la propia ejecución del servicio público, pues no basta una mera colaboración en la gestión del servicio a cargo de la Administración, hace falta algo más, es indispensable que el contratista intervenga directamente en la gestión del servicio<sup>8</sup>.

La situación, sin embargo, parece tomar un nuevo giro con la decisión del Consejo de Estado de fecha 20 de abril de 1956 sobre el caso de los esposos Bertin. Lo peculiar de este caso es que se trataba de un contrato *verbal* concluido entre la Administración y los esposos Bertin, en virtud del cual éstos, a cambio de una cantidad de dinero fijada por persona y por día, se obligaban a dar albergue y comida a ciudadanos soviéticos que esperaban ser repatriados a su país.

En este caso el Consejo de Estado consideró que se encontraba en presencia de un verdadero contrato administrativo ya que a los esposos Bertin se les había encomendado la propia

---

6 Al respecto señala Vedel: "...es obvio que el contrato que contiene una cláusula exorbitante es administrativo, aunque no tenga por objeto la propia ejecución del servicio público por el particular." (Vedel, Georges. *Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980. p. 192.

7 *Ibíd.* p. 196.

8 Un ejemplo de ello lo encontramos en la decisión del Consejo de Estado sobre el caso Société de Granits del 31 de julio de 1912. En este caso la decisión del Consejo de Estado acogió el criterio del comisario de Gobierno Léon Blum, al señalar que el contrato "se refería exclusivamente a todos los trabajos a ejecutar por la sociedad, y tenía por objeto único suministros a entregar según las reglas y condiciones de los contratos celebrados entre particulares." Vid.: J  ze, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, Tomo III, pp.329 y 330.

prestación del servicio público<sup>9</sup>, pues no se trataba, por ejemplo, del mero suministro de alimentos, sino que se les había encomendado realizar directamente las prestaciones de albergue y alimentación de los repatriados.

Lo verdaderamente novedoso en este caso es que el criterio del servicio público bastó por sí mismo para que el Consejo de Estado declarase el carácter administrativo de la contratación, incluso en ausencia de elementos que le permitieran determinar la voluntad de las partes de someterse a un régimen de Derecho público (lo cual resultaba imposible de determinar al tratarse de un contrato verbal). La situación, a partir de entonces, luce distinta. Es posible notar un cambio de inflexión en la doctrina francesa a partir de esta decisión, especialmente si se le compara con los autores que desarrollaron su obra a comienzos del Siglo XX. De esta forma entonces la condición *administrativa* de un determinado contrato es impuesta por el Juez a las partes, independientemente de que ellas hayan manifestado su voluntad de someter el contrato a un régimen especial de Derecho público. Este será, curiosamente, el punto de partida para el desarrollo de la doctrina del contrato administrativo en Venezuela.

### III. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

En Venezuela, la noción del contrato administrativo es, esencialmente, una creación jurisprudencial. Además, a diferencia de lo ocurrido en Francia, en Venezuela esta figura contractual ha estado siempre ligada al señalamiento por parte del Juez de un régimen especial, propio del Derecho público

---

9 Aunque para entonces se vivía ya el ocaso de la escuela del servicio público, catalizado por las privatizaciones ocurridas en el período de post-guerra, lo cual llevó a dejar en manos de particulares la realización de actividades consideradas como servicios públicos, rompiendo así la plena identificación entre Derecho Administrativo, servicio público y Administración Pública.

y la idea de que es el Juez, y no las partes, el que, a partir de determinados criterios, decidirá si en cada caso se encuentra o no ante un contrato administrativo<sup>10</sup>.

## **1. El nacimiento del contrato administrativo en Venezuela**

Se inicia la labor jurisprudencial en la materia con una decisión la Corte Federal y de Casación, que, sin contar con una norma legal expresa que lo estableciera, reconoció y afirmó la existencia de los contratos administrativos, pero sobre todo, esta sentencia puso los cimientos para la elaboración de una teoría nacional propia alrededor de esta noción, al afirmar su sujeción a principios distintos de los que rigen la contratación de Derecho Civil. Nos referimos, por supuesto a la sentencia de fecha 5 de diciembre de 1944 en el caso: *N. V. Aannemerbeddrijt voorhen T. den Brejen Van Den Bout* o Puerto de la Güaira.

En esta sentencia, la Corte admite, por una parte, la falta de un reconocimiento legal positivo para la noción del contrato administrativo y, por la otra, sostiene, como se ha dicho, la inaplicación a tales contratos de los principios del Derecho privado, en los siguientes términos: “[e]n la doctrina de los grandes autores modernos y no en preceptos legales especiales en donde se establece que no deben aplicarse por analogía a los contratos administrativos de suministros de provisiones ni a los de trabajos públicos, las disposiciones de Derecho Privado sobre el contrato de venta ni sobre el arrendamiento o locación de cosas, se trata de la aplicación de conceptos jurídicos nuevos incompatibles con algunos preceptos del Derecho Privado y que por tanto, éstos deben ponerse a un lado.” Es así como este primer reconocimiento jurisprudencial de los contratos administrativos fue acompañado de la expresión clara de la existencia de un régimen jurídico especial que los rige;

---

10 En esta materia imprescindible resulta acudir a la obra de Luis Ortiz-Álvarez y Giovanna Mascetti: *Jurisprudencia de Contratos Administrativos*, Ed. Sherwood, Caracas, 1999, de la cual nos hemos servido en muchas ocasiones para la preparación de este trabajo.

régimen que no estaría fundado sobre los mismos principios que imperan en la contratación de Derecho privado. Más aún, según esta decisión, cuando se trata de contratos administrativos, los preceptos de Derecho privado *deben ponerse a un lado*.

El asunto, como puede verse, nace en Venezuela directamente como un tema relativo al régimen sustantivo de la contratación administrativa. Sin embargo, de forma paradójica se aclara entonces que la materia no es regulada por ningún precepto legal. De hecho, se afirma en la mencionada sentencia que es “la doctrina de los grandes autores modernos” la que nos aconseja no aplicar “por analogía” a los contratos administrativos las disposiciones del Derecho privado, pero la cuestión será entonces determinar cuáles son las disposiciones aplicables a estos contratos, ¿qué reglas y principios los rigen?, ¿se trata acaso de un régimen que es también afirmado por esos grandes autores modernos?, ¿podía esa doctrina erigirse en fuente del Derecho de los contratos administrativos?. Estas son, quizá, las interrogantes que por mucho tiempo ha eludido la jurisprudencia en la materia. Ciertamente, el régimen del *contrato administrativo* nunca ha existido como tal en ninguna norma legal, a lo sumo ha sido pergeñado, caso a caso, por la jurisdicción contencioso administrativa y relativamente sistematizado por la doctrina.

## **2. La evolución jurisprudencial y el supuesto régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos**

Desde aquella decisión de 1944 hasta hoy día la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, así como la de los demás tribunales que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa, ha insistido en el reconocimiento de los contratos administrativos, como una especie contractual disciplinada por reglas y principios de Derecho público, que lo distinguen de la contratación propia del Derecho privado.

Es así como en la sentencia de fecha 12 de noviembre de 1954, sobre **el caso** Machado-Machado o Conejos Mestizos, la misma Corte Federal y de Casación volvió a hacer alusión a las características del contrato administrativo, destacando su sometimiento a reglas especiales, diferentes de las aplicables a los contratos de Derecho común<sup>11</sup>. Sin embargo, de acuerdo con el mismo fallo, el fundamento de este régimen no está en ninguna norma expresa, sino únicamente en la jurisprudencia y la doctrina.

Ahora bien, en el año 1976 fue sancionada y promulgada la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), la cual entró en vigencia el 1º de enero de 1977. Esta Ley contenía una de las primeras menciones normativas expresas de los contratos administrativos<sup>12</sup>. Hay que destacar, sin embargo, que la norma en cuestión se limitaba a asignar a la Sala Político Administrativa la competencia para conocer distintos asuntos en materia de *contratos administrativos*, sin aludir –como era de esperar al tratarse de una norma adjetiva– a ningún régimen sustantivo de estos contratos y sin esbozar tampoco ningún criterio para identificarlos.

No obstante, esta mención normativa fue interpretada por la jurisprudencia como un respaldo a la doctrina que se había comenzado a trazar desde el más alto Tribunal de la República. Es decir, bastó con que la LOCSJ aludiera a los *contratos admi-*

---

11 Al respecto señaló la Corte que “[f]rente a muchas discrepancias surgidas entre multitud de autores, de las cuales no es el caso tratar, es un hecho cierto y admitido hoy por la jurisprudencia y la doctrina, la existencia de negocios contractuales entre los particulares y la administración pública, regidos por el derecho público...”

12 El numeral 14 del artículo 42 de la LOCSJ disponía que era competencia de la Corte “[c]onocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los **contratos administrativos** en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades”. El artículo 43 de la misma Ley, por su parte, otorgaba esta competencia a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

*nistrativos*, para que inmediatamente se sostuviera —como si se tratase de una consecuencia ineludible de lo previsto en la norma— que en efecto existen ciertos contratos de la Administración regidos por el Derecho público y, por ende, ajenos a las normas y reglas del Derecho común. Así que paradójicamente, el fundamento del régimen sustantivo de los contratos administrativos en Venezuela se situó, primero, en los textos doctrinarios (de muy dudosa entidad como fuente de Derecho) y luego en una norma adjetiva. Obviamente se trata de un fundamento muy endeble, que parecía ocultar, sencillamente, la voluntad de sustraer a la Administración, a toda costa, del régimen ordinario contractual, para someterla a un régimen que le resultaba más favorable, pero que no encontraba asiento en ninguna norma positiva.

*En la sentencia del 14 de junio de 1983 dictada en el caso Acción Comercial, S.A., la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia aseveró que “...dudas no se plantean en la doctrina venezolana acerca de la posibilidad para las administraciones de celebrar contratos de la especie indicada [los administrativos]; unanimidad doctrinaria corroborada por la indubitable voluntad del legislador —la contundente expresión de éste en el numeral 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia basta para demostrarlo— y asimismo, por el hecho corriente de que en la práctica aquéllas normalmente ocurren a esa figura”*<sup>13</sup>. *En esa misma sentencia la Sala enfatizó de nuevo el sometimiento de los contratos administrativos a reglas y principios diferentes de aquellos que son aplicables a la contratación de Derecho privado*<sup>14</sup>.

13 Nótese la evidente petición de principio en que incurre el fallo al afirmar que la demostración de la existencia de la categoría de los contratos administrativos se encuentra en que la Administración suscribe con frecuencia, precisamente, contratos administrativos.

14 En este sentido señaló la Sala que “[l]a presencia de la Administración —dadas determinadas condiciones— en el negocio jurídico, marca a éste, inevitablemente de características distintas a las de la contratación ordinaria...”, a lo cual añadió que las Administraciones “...acuden no sólo a la vía del contrato administrativo, con sus reglas propias y características

Otras tantas decisiones jurisprudenciales se sucedieron en las que se reafirmaron dos ideas fundamentales: (i) por una parte, que la disposición contenida en la LOCSJ constituía la consagración legal de la figura del contrato administrativo con todas las características que la jurisprudencia y la doctrina habían destacado hasta entonces. Ello a pesar de que la norma en cuestión tenía un carácter adjetivo y de ella no se podía concluir nada sobre el régimen sustantivo de los contratos administrativos<sup>15</sup>; y (ii) por otra parte, que los contratos administrativos constituyen una especie contractual caracterizada por un régimen singular de Derecho público, y por ello quedan sustraídos del régimen general del Código Civil<sup>16</sup>.

---

como se ha dejado dicho, sino también a la de la contratación ordinaria (contratos de «administración», por oposición a los anteriores, se los ha llamado) o de derecho común, regida por reglas jurídico-privadas...”

- 15 La virtualidad de la norma contenida en el numeral 14 del artículo 42 de la LOCSJ no fue correctamente interpretada en su momento. En efecto, con la LOCSJ lo que se pretendió fue limitar los litigios relativos a contratos públicos que podrían quedar sometido al conocimiento del más alto Tribunal, pues ya no se trataría de cualquier contrato suscrito por el Ejecutivo Nacional, como sucedía hasta entonces, sino sólo de los *contratos administrativos*. Luego, cobraba sentido la propuesta de la Dra. Rondón de Sansó (Rondón de Sansó, Hildegard, *El Otro Lado de la Razón*. Vadell Hermanos, Valencia 1994. pp. 87 y 88) de interpretar que la norma de la LOCSJ aludía a contratos que por su importancia y trascendencia para el interés nacional debían ser del conocimiento del más alto Tribunal. Esta parece haber sido la intención del Legislador, lo cual suponía, por ende, que la norma legal nada tenía que decir sobre el régimen sustantivo del contrato (Vid.: Subero Mujica, Mauricio. *La Noción de Contrato Administrativo...*, p. 2056).

- 16 En este sentido, mediante sentencia del 11/08/1983, caso *Cervecería de Oriente*, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia señaló que “[l]a evolución de la teoría del contrato administrativo [...] y el hecho evidente de su consagración legislativa en nuestro derecho positivo (artículo 42, ord. 14 L.O.C.S.J.) conducen a la Corte a concluir en la existencia de negociaciones celebradas por las administraciones públicas que están sometidas a un régimen de derecho público...”.

Posteriormente, la misma Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 01/04/1986, caso *Hotel Isla de Coche I*, reconoció de nuevo que “[l]a consolidación de la teoría del contrato administrativo en Venezuela ha sido el producto una lenta evolución jurisprudencial de este Alto Tribunal (...) recogida y reelaborada luego por

La jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha seguido sosteniendo la existencia de la figura de los contratos administrativos<sup>17</sup>, caracterizándolos en algunos casos como contratos regidos por un régimen distinto al del Derecho común. Así, por ejemplo, en la sentencia N° 1533 del 28 de octubre de 2009 dictada en el caso *Consortio Cotecica-Inteven*, la Sala señaló que “...se encuentran en los contratos administrativos reglas propias y distintas a las del derecho común...”, de la misma forma, en la sentencia N° 119 publicada el 27 de enero de 2011 (caso *Constructora Vicmari, C.A.*), la Sala señaló de nuevo que “...Tal como lo ha fijado la jurisprudencia sobre el tema, en los denominados contratos administrativos se encuentran presentes reglas propias y distintas a las del derecho común, según las cuales se autoriza a la Administración a rescindirlos unilateralmente”. Esta decisión ha sido ratificada, entre otras, por la sentencia de la misma Sala N° 967 del 12 de agosto de 2015 (caso *CONSULTEL, C.A.*).

---

nuestra doctrina jurídico—pública, finalmente cristalizada por el legislador en la disposición que en autos ha sido invocada (artículo 42, numeral 14, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de justicia)...”.

De igual forma, en la sentencia del 30/11/1994, caso *Sateca Nueva Esparta*, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, señaló que la Administración “...suscribe con los particulares y con otros entes públicos contratos de diversa índole con el fin de alcanzar sus objetivos. Ahora bien, si el régimen jurídico de esos contratos es preeminentemente de derecho común, los mismos son llamados contratos de derecho privado de la Administración, pero si el régimen preponderante es de derecho público, son llamados contratos administrativos.”

- 17 Véanse, entre otras muchas sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, las siguientes: N° 800 del 13/04/2000, caso *Promotora Jardín Calabozo, C.A.*; N° 1002 del 05/08/2004, caso *DHL Fletes Aéreos*; N° 487 del 23/02/2006, caso *Cooperativa de Transporte de Pasajeros Comunidad 93*; N° 366 del 01/03/2007, caso *Ambiente, Servicios y Aseo, C.A. (ASEAS)*; N° 820 del 31/05/2007, caso *Marshall y Asociados C.A.*; N° 1533 del 28/10/2009, caso *Consortio Cotecica-Inteven*; N° 126 del 04/02/2010, caso *SERDICA, C.A.*; N° 422 del 19/05/2010, caso *C.A. Inversiones KA*; N° 951 del 14/07/2011, caso *Municipio Girardot del Estado Aragua*; N° 1391 del 26/10/2011, caso *Cítricos y Lácteos C.A. (CILACA)*; N° 1428 del 02/11/2011, caso *Grupo Técnico Moark C.A.*; N° 1690 del 07/12/2011, caso *MINCA*; N° 70 del 08/02/2012, caso *Banco Provincial S.A. Banco Universal*; N° 967 del 12/08/2015, caso *CONSULTEL*.

Sin embargo, la misma Sala ha reconocido que si bien existe un régimen de Derecho público aplicable a los llamados contratos administrativos, esto no implica que a este tipo de contratos no le sean aplicables en absoluto las normas contenidas en el Código Civil e incluso en el Código de Comercio, por lo que el régimen de los contratos administrativos ha sido calificado como un régimen mixto. Así lo afirmó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 753 del 2 de julio de 2008 (caso *Rosario Salazar*), en la cual se señaló precisamente que las normas del Código Civil son siempre de aplicación supletoria en los contratos administrativos. Este régimen mixto de los contratos administrativos fue ratificado por la misma Sala en las sentencias N° 1232 del 2 de diciembre de 2010 (caso *Municipio Anaco del Estado Anzoátegui*) y N° 334 del 12 de marzo de 2014 (caso *CAVIM*).

Por su parte Brewer-Carías, también ha defendido que las normas del Código Civil son de aplicación supletoria a los contratos administrativos, lo cual significa que, en principio, las partes gozan de libertad para pactar los términos del contrato, salvo las cláusulas que se consideren obligatorias en virtud de una norma constitucional o legal, por lo tanto las normas del Derecho común serán aplicables en ausencia de una disposición contractual expresa o en caso de insuficiencia de las disposiciones libremente convenidas por las partes<sup>18</sup>.

Añade este autor que “en cuanto a las regulaciones de derecho administrativo aplicables a los contratos del estado, debe precisarse que los principios de esa rama del derecho, como los de todas las otras, están básicamente establecidos en leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, en virtud de ser la ley formal, la más importante fuente de esta disciplina, siendo las regulaciones legales en general supletorias en relación con los contratos estatales”<sup>19</sup>. Esta afirmación debe hacerse con aún

---

18 Brewer-Carías, Allan: *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 321.

19 *Ibíd.*p. 322.

mayor rotundidad si hablamos de la consagración de potestades públicas, lo cual constituye una materia de la estricta reserva legal, tal como se desprende del contenido del artículo 137 de la Constitución. Sin embargo, debo insistir en que en Venezuela nunca ha existido un cuerpo legal que expresamente consagre un régimen de Derecho administrativo reservado a la categoría de los contratos administrativos. Así que, contrario a los principios que acabamos de señalar este régimen administrativo ha sido predicado por la jurisprudencia sin ningún respaldo normativo.

Ahora bien, son también muchas las decisiones de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en las que no se hace referencia expresa a la existencia de un régimen jurídico específico del contrato administrativo, pero sí se señala que en tales contratos la Administración contratante ostenta ciertas “prerrogativas”, de las cuales la más socorrida suele ser la que le permite terminar el contrato anticipadamente. De esta forma la referencia a todo un régimen de Derecho público o a reglas propias del contrato administrativo ha dado paso a la alusión más concreta de las prerrogativas de la Administración; prerrogativas estas que son calificadas en muchos casos como *cláusulas exorbitantes*, lo cual resulta llamativo y hasta sorprendente, dado que según las decisiones judiciales la característica esencial de tales *cláusulas* es, precisamente, que no están previstas en el contrato. Ahora bien, de acuerdo con lo que hemos señalado anteriormente, en ausencia de una previsión contractual expresa, deberán aplicarse supletoriamente las normas del Código Civil, mientras que, por otra parte, si se trata de regulaciones de Derecho administrativo y, especialmente, de la consagración de potestades públicas, su fuente debe encontrarse siempre en la ley formal. Por ello considero que la mera alusión a prerrogativas implícitas al contrato administrativo constituye un argumento insuficiente si tales prerrogativas no pueden justificarse en una norma legal expresa.

Es así como en Venezuela las *cláusulas exorbitantes del Derecho común* son, en muchas ocasiones, sinónimo de ese régimen propio y singular del contrato administrativo<sup>20</sup>. Es decir, según la doctrina jurisprudencial al uso en Venezuela, en el marco de los llamados contratos administrativos, las *cláusulas exorbitantes* no son disposiciones contractuales, como cabría esperar al hablar de *cláusulas* en el marco de un régimen contractual<sup>21</sup>, sino que se trata de normas o principios ajenos al texto contractual pero que rigen y vinculan a las partes con la misma fuerza que el contrato mismo. Lo más llamativo es que en la mayoría de los casos esas *cláusulas* ni han sido incorporadas por las partes al contrato ni tampoco han sido previstas en una Ley formal.

En definitiva, podemos apreciar varios elementos característicos en la evolución de nuestra jurisprudencia, a saber:

(i) En primer lugar, la jurisprudencia que inicialmente se fundamentó en *la doctrina de los grandes autores modernos*, buscó luego apoyo en una norma adjetiva contenida en la LOCSJ, y ha acabado por convertirse en su propia fuente de Derecho, dado que cada vez con más frecuencia se invoca como sustento de las potestades públicas que las llamadas *cláusulas exorbitantes* implican a los precedentes jurisprudenciales que las han consagrado, pero en muy pocas ocasiones se alude una fuente normativa concreta.

(ii) En segundo lugar, dado que no ha existido nunca un régimen jurídico positivo de los contratos administrativos en el que se consagren las mencionadas prerrogativas de las Administración, no es claro entonces rol de esta figura jurídica, especialmente cuando existen normas aplicables a un determinado

---

20 Véase más adelante, sin embargo, lo que señalamos sobre el carácter anfibiológico de la expresión *cláusula exorbitante* en la jurisprudencia venezolana.

21 Vid. Voz “cláusula” en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición, 2001.

contrato público que prescinden (como siempre ha ocurrido en Venezuela) de emplear el término *contrato administrativo*. Así, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 119 del 27 de enero de 2011 (caso *Constructora Vicmari, C.A.*) se presenta un razonamiento confuso dado que se afirma que en ese caso estamos ante un contrato administrativo, sometido por ello a reglas especiales distintas a las del Derecho común, argumentándose al mismo tiempo que la potestad ejercida por la Administración en ese caso estaba prevista en el Decreto sobre Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, el cual no contenía un régimen relativo a los contratos administrativos, sino las normas aplicables a los contratos de obra suscritos por los entes del Poder Público Nacional. No advierte la sentencia, por lo visto, que invocar las dos cosas resulta contradictorio, dado que la potestad aludida no resultaría entonces privativa de los contratos administrativos y, por ende, la calificación dada al contrato resulta sencillamente inútil<sup>22</sup>.

(iii) Por último, la doctrina y jurisprudencia venezolanas han terminado por convertir a las potestades que integran ese régimen especial del contrato administrativo en *cláusulas implícitas*. Lo cual contradice, sin embargo, el contenido del principio de legalidad (art. 137 constitucional), dado que en algunos casos se trata de cláusulas que derivan simplemente de afirmaciones doctrinarias o, mejor dicho, del criterio del Juez<sup>23</sup>, es decir, en muchos casos se

---

22 Lo mismo puede advertirse en la sentencia de la misma Sala N° 1428 del 02/11/11, caso *Grupo Técnico Moark, C.A.*

23 En la sentencia N° 1002 del 05/08/2004, caso *DHL Fletes Aéreos*, la Sala Político administrativa del Tribunal Supremo de justicia señaló: “[e]stas cláusulas no necesariamente tienen que estar señaladas expresamente en el contrato, sino que pueden estar contenidas de manera implícita o *virtual*, es decir, si bien puede suceder que no estén señaladas y pactadas expresamente en el cuerpo del contrato, no por ello las mismas no existen o no forman parte del mismo, sino que ellas son, por su propia naturaleza, inherentes a todo contrato administrativo.” En sentido similar véanse las sentencia de la misma Sala N° 487 del 23/02/2006, caso *Cooperativa de Transporte de Pasajeros Comunidad 93*; N° 1533 del 28/10/2009, caso *Conсор-*

trata del ejercicio de potestades que se hacen derivar simplemente de la condición de *contrato administrativo que se le asigna a la convención, sin que se invoque ninguna base legal expresa que las consagre*<sup>24</sup>.

En otros casos, sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que dichas cláusulas exorbitantes “*pueden*” derivar de normas legales expresas y que por ello no necesariamente están contenidas en el contrato<sup>25</sup>. No obstante, estos fallos deben ser vistos con mucho cuidado, dado que no representan la retoma del imperio de la legalidad, es decir, con esta referencia a *las normas legales* no se rescata el principio de legalidad, tal como ha sido consagrado en el artículo 137 de la Constitución, en virtud del cual todas las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público deben derivar de la Constitución y de la Ley. Un curioso ejemplo de esto es la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 820 del 31

---

*cio Cotecica–Inteven*; N° 1391 del 26/10/2011, caso *Cítricos y Lácteos C.A. (CILACA)*; N° 967 del 12/08/2015, caso *Consultel, C.A.*

- 24 Esta es una directa herencia del Derecho francés que hemos recibido y aceptado incondicionalmente. Sobre este punto señalaron García de Enterría y Fernández que “La jurisprudencia francesa actual sigue aceptando la existencia de contratos administrativos por naturaleza, que son tales a falta de texto expreso que así lo establezca e, incluso, de declaración de las partes en este sentido, en razón de su vinculación a un servicio público (en el sentido amplio de interés público) y de la inclusión en los mismo de cláusulas exorbitantes del Derecho común. A estos contratos se les aplica en todo caso un régimen de Derecho Público, se les da un tratamiento singular y distinto que a los contratos calificados de privados, haciendo entrar en juego las prerrogativas administrativas (que se consideran implícitas en los mismos a falta de una cláusula que las mencione expresamente) y la competencia de los Tribunales de la jurisdicción contencioso—administrativa.” (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Civitas, Madrid, 2000, p. 678).
- 25 Sentencia de la Sala Política del Tribunal Supremo de Justicia N° 238 del 02/03/2016, caso *Consortio Tepuy*. Véanse también las sentencia de la misma Sala N° 820 del 31/05/2007, caso *Marshall y Asociados*; N° 70 del 08/02/2012, caso *Banco Provincial S.A. Banco Universal*; N° 119 del 27/01/2011, caso *Constructora Vicmari, C.A.*

de la mayo de 2007, dictada en el caso Marshall y Asociados, en la cual se afirmó que las llamadas cláusulas exorbitantes no tienen que aparecer expresamente en el contrato y que ellas pueden derivar de una disposición legal; asimismo, se llega a afirmar que la Administración goza de la “potestad” para rescindir unilateralmente los contratos administrativos, sin que ello quede sujeto a los supuestos específicos descritos en el contrato “por tener su origen dichas potestades en la Ley...”.

Sin embargo, a pesar de estas referencias a la ley como fuente de una verdadera *potestad* ejercida por la Administración (lo cual resulta, en abstracto, absolutamente correcto y apegado al principio consagrado en el art. 137 constitucional), el fallo no logra identificar en ningún momento a la norma o normas legales de las cuales supuestamente deriva esa *potestad*, por lo que, en definitiva, se trata de una potestad que deriva únicamente de la condición de *contrato administrativo* asignada a la convención que dio origen al litigio<sup>26</sup>. En la sentencia de la misma Sala N° 126 del 04 de febrero de 2010, caso *SERDICA C.A.*, nuevamente se hace mención de supuestas prerrogativas concedidas por la Ley, aunque nunca se identifica una norma legal concreta que las consagre. En este mismo sentido puede verse también la sentencia de la misma Sala N° 5140 del 21 de julio de 2005, caso *Compañía de Limpieza SEMADE, C.A.*

Ahora bien, cuando en fallos como los que hemos mencionado se nos aclara que las potestades de la Administración contratante “*pueden*” derivar de normas legales se hace únicamente con la finalidad de explicar por qué tales potestades no están necesariamente en el clausulado contractual. Es decir, si se nos advierte que *pueden* derivar de una norma legal es para dejar ver que *también pueden* encontrarse en el propio contrato

---

26 La referencia a verdaderas potestades que, sin embargo, no dimanen de la Ley puede verse también en las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 967 del 12/8/15, caso *Consultel C.A.*, y N° 487 del 23/02/06, caso *Cooperativa de Transporte de Pasajeros Comunidad 93*, entre otras.

(de allí que se diga que pueden y no que deben derivar de una norma). En fin, que se pretende sostener que las potestades que las *cláusulas exorbitantes* entrañan pueden entonces derivar de una disposición contractual o legal, sin advertirse, sin embargo, que existen, como es lógico, importantes diferencias entre el ejercicio de una potestad pública derivada de la legalidad y el ejercicio de un derecho o facultad derivada de una disposición convencional, distinción esta que había hecho la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 11 de abril de 1991 sobre el caso *Expresos Ayacucho, S.A.*<sup>27</sup>, en la cual se señaló expresamente que el ejercicio de un derecho o facultad previsto contractualmente no da lugar a un acto administrativo impugnabile ante la jurisdicción contencioso administrativa<sup>28</sup>. En efecto, si se trata de derechos que no derivan de la ley, su ejercicio no podría traducirse en actos dotados de ejecutoriedad y ejecutividad. Sin embargo, como hemos visto, para nuestra jurisprudencia resulta indiferente que la Administración ejecute una disposición legal, contractual o, incluso, que ejerza un poder reconocido únicamente por la doctrina y asumido por el Juez de la causa, en todos estos casos se habla, sin tapujos, de verdaderas *potestades* que dan origen a verdaderos actos ejecutorios. Esto, por supuesto, no es de recibo.

### **3. El desconocimiento del principio de legalidad implícito en el supuesto régimen sustantivo del contrato administrativo**

Como he explicado anteriormente, el supuesto régimen especial de los contratos administrativos se ha identificado con la existencia de ciertas prerrogativas de la Administración que,

---

27 Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna: *Jurisprudencia...* p. 483.

28 Señaló la Sala en el fallo mencionado que “[e]sta facultad de revocación, no obstante de constituir el ejercicio de un *ius imperium*, constituye en el caso de autos, una cláusula contractual expresa, a la cual se adhirió la concesionaria (...) Tratándose, pues, de un acto contractual, no procede en su contra el recurso contencioso administrativo de anulación...”

a falta de previsión positiva, han sido calificadas como “cláusulas exorbitantes implícitas”<sup>29</sup>, con lo cual no se hace más que expresar la existencia de ciertas potestades de la Administración no previstas en el contrato.

La jurisprudencia, en ausencia de normas expresas que consagraran estas potestades, llegó a asignarles la denominación de “*cláusulas exorbitantes de la Administración*”<sup>30</sup> (resaltado añadido). Pero la idea de una cláusula *de la Administración* esconde la noción real de una *potestad de la Administración contratante* que, como toda potestad, se impone sobre la voluntad del particular contratista y obliga a la propia Administración contratante<sup>31</sup>.

Y es que la idea de unas *cláusulas exorbitantes implícitas* no es más que un eufemismo empleado por la jurisprudencia que parece evadir la lógica y obligada referencia al principio de legalidad que acompañaría la referencia expresa y tajante a una potestad pública<sup>32</sup>.

En ausencia de cláusulas contractuales expresas que prevean tales poderes y sin una Ley que los consagrare, parece

29 Vid.: sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 1002 del 5 de agosto de 2004, caso *DHL Fletes Aéreos, C.A.*

30 Vid.: sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 3113 del 19 de mayo de 2005, entre otras. La expresión no ha caído en desuso y la Sala Político Administrativa ha seguido empleándola a pesar de su ambigüedad, ejemplo de ello es la sentencia N° 1.690 del 07 de diciembre de 2011.

31 Tal como lo establece el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública “*Toda competencia atribuida a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento...*”

32 Esta polémica, hay que reconocerlo, no es exclusiva de Venezuela. Casagagne ha aclarado por su parte que “no existen las llamadas «cláusulas exorbitantes implícitas», lo que sí existen son prerrogativas de poder público que posee la Administración Pública, derivadas del ordenamiento general constitutivo del régimen administrativo.” (Casagagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. p. 352).

haberse urdido un atajo retórico: afirmar que nos encontramos ante *cláusulas contractuales de carácter implícito*, como si el incluir estos poderes bajo el apelativo de *cláusulas* bastase para eludir la necesidad de una norma legal expresa que los prevea. Y ante el inconveniente de que tales cláusulas no estuviesen expresamente incluidas en el contrato, se acudió a la idea —puramente retórica— de cláusulas de carácter implícito o tácito. Pero, hay que advertirlo, no se trata, según la doctrina del contrato administrativo, de cláusulas implícitamente incorporada al contrato por disponerlo así alguna disposición normativa, sino que son incorporadas, sencillamente, por la voluntad del interprete, o más exactamente, por la voluntad del Juez, último determinante también del carácter administrativo del contrato en cuestión.

Ahora bien, es obvio que en este caso no se trata de verdaderas cláusulas contractuales, desde que no son disposiciones derivadas del acuerdo de voluntades, se trata, como he señalado, de poderes que deberían configurarse como verdaderas potestades públicas, pero que al no derivar de ninguna norma constitucional o legal, se presentan como poderes contrarios al principio de legalidad y por ende, inconstitucionales.

En efecto, si se tratase en estos casos del ejercicio de verdaderas potestades de la Administración, ellas deberían haber sido atribuidas por la legalidad, tal como lo ordenan los artículos 137 y 141 de la Constitución, y en armonía con estas normas constitucionales, los artículos 4 y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Sin embargo, la jurisprudencia nacional parece haber pasado por alto el rigor que impone el principio de legalidad para sostener —en muchos casos bajo el eufemismo de las cláusulas *implícitas*— que tales potestades se entienden incorporadas al contrato administrativo, como si con ello bastase para no seguir indagando si existe o no una disposición legal que las consagre.

Y tan criticable como la idea de que puedan existir potestades públicas que se hacen descansar, por ejemplo, en la *doctrina de los grandes autores modernos*, es el hecho de que se pretenda sostener que tales potestades pueden derivar de alguna cláusula contractual expresa, pues los derechos que el contrato reconozca a una de las partes no pueden ejercitarse a través de actos ejecutorios<sup>33</sup>. Ese carácter ejecutorio es un atributo privativo de los actos que se producen en ejercicio de verdaderas potestades públicas<sup>34</sup>, las cuales sólo pueden preverse en la Constitución y la Ley. Sobre este aspecto volveré más adelante<sup>35</sup>.

---

33 Cassagne ha señalado al respecto que "...la producción de efectos implícitos exorbitantes (...) no es concebible que deriven de pacto o contrato alguno ya que, en principio, las prerrogativas públicas surgen del régimen jurídico normativo que es típico del contrato administrativo." (Ob. Cit. p. 353). En Venezuela, sin embargo, nunca ha existido un régimen normativo del contrato administrativo.

34 Esto es patente incluso en los casos en que se ha pactado la inclusión de una cláusula resolutoria expresa. En estos casos, puede suceder que dicha cláusula sea, como ha dicho Melich, una mera corroboración del artículo 1.167 del Código Civil. En ese supuesto puede interpretarse que la cláusula no excluye la intervención del Juez, por lo que se entenderá que la resolución sólo se producirá en virtud de la sentencia que así lo acuerde, la cual tendrá por ello efectos constitutivos.

Pero si, por el contrario, se interpreta que dichas cláusulas de mera corroboración de la norma civil permiten la resolución de pleno derecho del contrato, o si se ha pactado una cláusula resolutoria expresa con un contenido específico, donde la resolución del contrato se hace depender del incumplimiento o retardo de una obligación determinada según las modalidades pactadas (cláusula compromisoria en sentido estricto), entonces, en ambos casos, la resolución se produciría como consecuencia de la configuración de la condición acordada por las partes en el contrato y no en virtud de una supuesta decisión ejecutoria emanada de ninguna de ellas. Por supuesto que en estos casos también será posible la intervención del Juez, pero esta vez para declarar que efectivamente ha ocurrido la resolución en los términos pactados o no, de suerte que la sentencia no tendría efectos constitutivos. (Vid.: Melich Orsini, José: *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2003, pp. 283 y ss.).

35 Vid.: epígrafe 3.7.

Pero lo cierto es que aún antes de la vigencia del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas del año 2008<sup>36</sup>, la jurisprudencia había insistido en sostener la existencia de tales potestades, incluso en ausencia de disposiciones legales que las previesen. La posición asumida en este punto por la jurisprudencia fue el blanco de algunas críticas por un sector de la doctrina, el cual, con razón, no encontraba justificación para que se sostuviera que lo que evidentemente se erige como una potestad pública pueda ser ejercida sin que exista una norma legal que previamente la consagre, delimite y asigne al ente público en cuestión<sup>37</sup>. Hoy debemos reafirmarnos en esta convicción, pues el Estado de Derecho no puede admitir la idea de que subsistan potestades de la Administración pública que no encuentran anclaje alguno en la legalidad. Esta es quizá la mayor y principal crítica a la doctrina del contrato administrativo, tal como la ha manejado nuestra jurisprudencia, y lo que nos obliga a manifestarnos por su definitiva desaparición.

#### **4. La amplitud de los criterios empleados para la identificación de los contratos administrativos permite una arbitraria extensión de los poderes de la Administración**

Una vez admitido y reconocido por la jurisprudencia que existe cierta categoría especial de contratos suscritos por la

---

36 Gaceta Oficial N° 5.877 extraordinario del 14 de marzo de 2008.

37 Vid.: Melich Orsini, José: "La Responsabilidad Contractual de la Administración". En *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*. Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991, p. 225 y ss. Subero Mujica, Mauricio: *La Noción de Contrato Administrativo...*, Op. Cit. p. 2050. Hernández, José Ignacio: "El Contrato Administrativo en la Ley de Contrataciones Pública", en: *Ley de Contrataciones Públicas*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, p. 227; y Torrealba, Miguel Ángel: "Las Actuaciones Bilaterales: Los Contratos Públicos y los Convenios en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", en *La Actividad e Inactividad Administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 227 entre otros.

Administración (los administrativos), que son disciplinados preponderantemente por principios de Derecho público, se imponía por tanto dar las coordenadas necesarias para saber cuándo nos encontramos ante un contrato administrativo. Surge así el tema de los criterios de identificación. Las respuestas a la búsqueda de estos criterios fueron —y sigue siéndolo hoy día— inciertas. Hemos visto como ya en la decisión dictada en el en el año 1954 sobre caso Machado Machado se afirmó que los contratos administrativos tienen por objeto una *prestación de utilidad pública*, Ahora bien, al hacerse descansar la singularidad del contrato administrativo sobre su vínculo con prestaciones de utilidad pública, se desencadenó en la doctrina el parecer según el cual este criterio no era otra cosa sino un trasiego del Derecho francés, y una evidente afiliación al criterio del servicio público, tal como en ese país se ha sostenido<sup>38</sup>.

Es así como en la década de los años 80 del Siglo XX la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en clara alusión a la sentencia sobre el caso Machado Machado, se jactaría de lo aventajada que lucía la jurisprudencia nacional frente a la jurisprudencia francesa, pues el mencionado precedente venezolano se adelanta a la decisión del Consejo de Estado francés en el caso esposos Bertin, y —antes que en Francia— encuentra fundamento para la identificación del contrato administrativo, exclusivamente, en el criterio del servicio público. Pero este alarde de nuestra jurisprudencia deja de lado el hecho de que la decisión del caso Machado Machado se produce cuando en Francia el criterio del servicio público ya había iniciado su decadencia, lo cual hace dudar, precisamente, de la virtud de esa decisión y de todas las que la han sucedido<sup>39</sup>.

38 Vid.: Badell, Rafael, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, S.P.I, Caracas, 2001, p. 47.

39 Lo cual hace reflexionar, precisamente, sobre la virtud de la decisión, pues la crisis de la noción del servicio público como fundamento de la teoría del Derecho Administrativo ha debido arrastrar al contrato administrativo, a lo cual parece resistirse, a ultranza, la jurisprudencia venezolana.

Pero estas expresiones dejan ver también que en Venezuela la jurisprudencia ha sostenido que —como sucedió en la decisión de los esposos Bertin— el criterio del Juez es capaz de imponer a las partes la condición de *contrato administrativo* de la convención, con lo cual la voluntad de las partes de someter el contrato a un régimen de Derecho público o no, no tiene en realidad ninguna relevancia en Venezuela. Es el Juez, en todo caso, el que decidirá si se está ante un contrato administrativo, y ese criterio del Juez se impondrá por encima de lo que puedan haber querido las partes al contratar<sup>40</sup>.

Ahora bien, resulta innegable que por mucho tiempo, en la jurisprudencia venezolana, se harán esfuerzos por centrar el tema del criterio de determinación del contrato administrativo en el servicio público, dándole en la mayoría de los casos al criterio de las cláusulas exorbitantes del Derecho común un rol secundario, de forma tal que —desde este punto de vista— podría considerarse a las cláusulas exorbitantes no como un verdadero *criterio* para la identificación del contrato administrativo, sino, a lo sumo, como un síntoma revelador del único

---

40 La decisión de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Acción Comercial, C.A.* de fecha 14/06/1983, señaló que “predominando en la jurisprudencia francesa el criterio de las cláusulas exorbitantes para identificar los contratos de naturaleza administrativa, una decisión de esta misma Corte, dictada en Sala Político-Administrativa el 12 de noviembre de 1954, volvió a centrar la teoría del contrato administrativo en la, por entonces abandonada en Francia, noción del servicio público como criterio clave para la identificación del mismo.”

Estas supuestas *virtudes* de la jurisprudencia nacional son puestas de relieve, también, en la decisión de la misma Sala sobre el caso *Hotel Isla de Coche I*, de fecha 01/04/1986, en la cual se expresó, precisamente, que “[l]a originalidad revelada por la jurisprudencia venezolana [...] estuvo en que —apartándose del criterio imperante entonces en Francia de la monopólica trascendencia de las cláusulas exorbitantes [monopolio este muy dudoso, que la misma Sala no señaló en el caso *Acción Comercial, C.A.*, donde hizo una aséptica referencia a la preeminencia de este criterio], para identificar los contratos de naturaleza administrativa— centró la teoría de los contratos administrativos en la noción, para entonces abandonada en la propia Francia, del servicio público como factor clave en la determinación de dichos contratos.”

criterio determinante: el servicio público. Al menos así se esforzó por hacerlo ver la jurisprudencia por un tiempo<sup>41</sup>.

La mencionada decisión del caso *Cervecería de Oriente, C.A.* es claro ejemplo, también, de la intención de privilegiar el criterio del servicio público y de minimizar —o incluso descartar— el criterio de las cláusulas exorbitantes del Derecho común a los fines de la identificación de los contratos administrativos<sup>42</sup>. Y con ello, qué duda cabe, se privilegiaba también el criterio del Juez contencioso administrativo, quien podía, por ende, predicar el carácter administrativo de un contrato, con independencia de la voluntad de las partes. De forma que las llamadas cláusulas exorbitantes del Derecho común podían servirle como un índice que, con su presencia, revelaba que el contrato estaba unido a un servicio público, pero esa voluntad de las partes, expresada en las cláusulas exorbitantes, no era indispensable ni suficiente, pues aún ausentes ellas del contrato, el Juez podía seguir indagando sobre la vinculación del contrato con el servicio público y afirmar, finalmente, su naturaleza administrativa.

Desde este punto de vista, casi sería posible asegurar (no sin algunos sobresaltos y titubeos jurisprudenciales) que, en

---

41 Así, por ejemplo, en la decisión del mencionado caso *Acción Comercial, C.A.*, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia señaló que “[n]atural resulta [...] que las cláusulas exorbitantes, de una parte, constituyan índice evidente de la existencia de un contrato administrativo; pero las referidas sentencias son, a juicio de la Corte, indicadoras de que dichas cláusulas no hacen otra cosa que revelar con su existencia la noción —siempre presente en el contrato administrativo— de interés general o colectivo que el servicio público entraña. Si bien importantes para identificarlo, ausentes de éste las cláusulas exorbitantes recobra la noción de servicio público, presidida por la de interés general o colectivo en ella implícita, su plena y absoluta vigencia.”

42 Se señaló en esta sentencia, precisamente, que “[p]ara la Sala, la presencia de ‘cláusulas exorbitantes’ en un contrato celebrado por la Administración Pública constituye índice evidente de la existencia de un contrato administrativo, pero ellas no hacen otra cosa que revelar la noción de interés general o colectivo que el servicios público entraña.”

Venezuela, el elemento esencial en la identificación de los contratos administrativos ha sido su relación con la noción de servicio público. Esta relación —no exenta tampoco de graves imprecisiones— es lo que eventualmente justificaría la existencia de disposiciones contractuales consideradas fuera de la órbita del Derecho común; las cuales, se presentarían —en este razonamiento— como un elemento que tan sólo viene a revelar el vínculo entre el contrato y el servicio público.

Así lo asumió y explicó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 800 del 13 de abril de 2000 (caso *Promotora Jardín Calabozo C.A.*), en la cual sintéticamente se señala que la especialidad del contrato administrativo radica en la vinculación de su objeto con un servicio público, y que las cláusulas exorbitantes del Derecho común no constituyen, *per se*, un criterio de identificación de dichos contratos, sino que son, a lo sumo, un índice que hace evidente que en tales contratos subyace el mencionado vínculo con el servicio público. Este criterio ha sido recientemente reafirmado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 967 del 12 de agosto de 2015 (caso *Consultel, C.A.*), retomándose así un criterio que gravita exclusivamente alrededor de la noción del servicio público, a pesar de que, como se señala más adelante, la Sala ha venido fundado la identificación de los contratos administrativos sobre el cumplimiento o no de un catálogo de tres requisitos concurrentes que ella misma ha pergeñado<sup>43</sup>.

---

43 Vid. Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 16 de octubre de 1997 (caso *Inversiones Camoruco, C.A.*), en Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna, *Jurisprudencia...*, p. 117. Asimismo, entre otras, las siguientes sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1002 del 05/08/2004, caso *DHL Fletes Aéreos*; N° 1582 del 22/09/2004, caso *Constructora S & B, C.A.*; N° 2533 del 15/11/2006, caso *Global Energy Services Ant C.A.*; N° 391 del 07/03/2007, caso *Construcciones y Mantenimiento Magar, C.A.*; N° 1967 del 05/12/07, caso *Transcar de Venezuela, C.A.*; N° 126 del 04/02/2010, caso *SERDICA, C.A.*; N° 422 del 19/05/2010, caso *C.A. Inversiones KA*; N° 70 del 08/02/2012, caso

Pero acudir hoy día a la noción del servicio público para definir al contrato administrativo no deja de ser un problema dada la casi imposibilidad de ofrecer una definición concreta y bien acotada de *servicio público*, lo que supone una paradoja dado que no nos podemos explicar cómo se puede pretender definir al contrato administrativo a partir de un concepto que es, en sí mismo, indefinido y prácticamente inasible<sup>44</sup>.

A todo ello habría que agregar, además, que cuando acude al servicio público para identificar a un contrato administrativo la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha asumido lo que ha llamado una noción de servicio público *en sentido amplio*, lo que no es otra cosa sino una definición estrictamente material del servicio público, en virtud de la cual “un servicio será público cuando la actividad administrativa busque el desarrollo de una tarea destinada a satisfacer un interés colectivo”<sup>45</sup>, dejando en claro, además, que el criterio orgánico, es decir, la asunción de la actividad en cuestión por parte del Estado, no es ya relevante a la hora de definir al servicio público<sup>46</sup>. Por lo tanto, incluso la noción de servicio público asumida a los fines de la definición del contrato administrativo tiene también un evidente carácter expansivo, en virtud del cual prácticamente la totalidad de las actividades en las que interviene el Estado, de cualquier forma (así sea como mero

---

*Banco Provincial S.A. Banco Universal*; N° 238 del 02/03/2016, caso *Consortio Tepuy*.

44 Para Brewer-Carías la de *servicio público* es “una de las nociones más trajinadas, usadas y distorsionadas, en fin, de uso más abusivo, al punto de que en ciertos casos ha servido para identificar cualquier actividad de las entidades públicas, lanzando la noción a una permanente crisis conceptual.” (Brewer Carías, Allan. *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 324).

45 Sentencia N° 126 del 04/02/2010, caso *Serdica*, C.A.

46 Sentencia N° 1967 del 05/12/2007, caso *Transcar de Venezuela*, C.A., en la que se dijo que “...la doctrina ha sostenido que lo relevante para calificar a una actividad de servicio público no es ya la asunción de su titularidad por parte del Estado, sino el sometimiento de la misma a la programación, y al control y dirección de la Administración Pública.”

regulador de la actividad privada), constituirían un servicio público, por lo que se hace casi imposible pensar en alguna contratación estatal que, con este criterio, no pueda ser calificada como administrativa, sobre todo si se toma en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia, la relación del servicio con el objeto del contrato puede ser directa e inmediata o bien puede tratarse de una relación indirecta o mediata<sup>47</sup>.

Como ha señalado José Ignacio Hernández, hoy día tanto la imprecisión conceptual del servicio público, como su *vis* expansiva afectaron la utilidad práctica de esta noción para definir el Derecho Administrativo, entendido por la escuela de Burdeos, como el Derecho del servicio público, por lo que hoy día, según este autor, el servicio público parece ser más un criterio para describir una realidad socioeconómica frente a la cual la Administración asume una función de intervención, que puede ser de ordenación y limitación o bien de prestación<sup>48</sup>. Es por ello que hoy día el servicio público puede aludir ora a actividades reservadas al Estado, ora a actividades de interés general desempeñadas por los particulares en ejercicio de su libertad económica, lo cual evidencia esa gran amplitud de la que goza este concepto. Ahora bien, si el servicio público dejó de ser un elemento útil para la definición del Derecho Administrativo, debió dejar de serlo también para la definición del contrato administrativo (concebido como un contrato regido por el

---

47 Vid.: Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 422 del 19/05/2010, caso C.A. *Inversiones KA*. Se afirmó aquí que “[e]n cuanto al objeto del contrato, si bien no está dirigido a satisfacer de manera directa e inmediata el interés colectivo, es clara su incidencia en la prestación del valioso servicio público que el estamento militar está llamado a prestar a la sociedad...”, así que aun admitiendo que el contrato en cuestión no se encontraba directamente vinculado a la satisfacción de un interés colectivo (se trataba del contrato para ejecutar obras de mantenimiento de las residencias y la cocina de una base militar), la Sala no dudó en calificar al contrato como administrativo.

48 Hernández, José Ignacio: *El objeto del procedimiento administrativo y el concepto de derecho administrativo*, en *Visión actual de los procedimientos administrativos*. EJV-CAJO, Caracas, 2011, pp. 84 y 85.

Derecho Administrativo) hace ya mucho tiempo. Sin embargo, nuestra jurisprudencia, como hemos visto, vuelve constantemente a aferrarse a este concepto, lleno de imprecisión, para tratar de identificar a los contratos administrativos<sup>49</sup>.

Ahora bien, tal como lo indiqué anteriormente, con la sentencia N° 967 del 12 de agosto de 2015 (caso *Consultel, C.A.*), la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia retomó como criterio de identificación del contrato administrativo exclusivamente al servicio público. Sin embargo, la misma Sala, luego de esta decisión, ha seguido reiterando la identificación de los contratos administrativos a partir de una suerte de catálogo de tres requisitos entre los que se señala la vinculación del objeto de contrato con un servicio público o con un fin de utilidad pública o de interés general (Vid. sentencia N° 238 del 2 de marzo de 2016, caso *Consortio Tepuy*), de forma que para la Sala Político Administrativa el servicio público, entendido como una actividad prestacional del Estado no es el único criterio útil para identificación del contrato administrativo.

En definitiva, en esta materia la jurisprudencia no se ha limitado a hacer una referencia a la noción de *servicio público*, sino que, por el contrario suele emplear una serie de términos amplios y ambiguos.

Hay que recordar además que, como lo ha señalado Brewer-Carías “todo servicio público comporta una actividad de interés público, pero no toda actividad de interés público

---

49 José Ignacio Hernández también ha puesto de relieve cómo en este ámbito concreto el concepto de servicio público se ha convertido en sinónimo de interés general, lo cual implica, por supuesto, que poco o nada se consigue al aludir a este concepto, dado que el interés general es, en definitiva, el que debe mover todo la actividad de la Administración Pública. (Hernández, José Ignacio. “Contratos de la Administración y Contencioso Administrativo, Ensayo sobre la Necesaria Superación de una Tesis Anacrónica”, en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Brewer Carías”, Los Contratos Administrativos “Contratos del Estado”, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 466 y 467*).

puede considerarse como un servicio público<sup>50</sup>. Por lo tanto, existen obvias diferencias entre señalar que el elemento clave en la definición del contrato administrativo es la vinculación del objeto del contrato con un servicio público y decir que el elemento clave es la vinculación de su objeto con un fin de interés público.

Coincidimos con este autor, además, en que “la característica esencial del servicio público es que siempre consiste en una actividad prestacional destinada al público en general”<sup>51</sup> y la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia también ha admitido que el servicio público es una actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas (sentencia N° 1002 del 5 de agosto de 2005, caso *DHL Fletes Aéreos*). Así pues, si el servicio público fuese, en definitiva, el elemento definidor del contrato administrativo, habría que afirmar entonces que los contratos administrativos tendrían siempre como objeto una actividad que implicaría una prestación o actividad en beneficio colectivo, pero la verdad es que en Venezuela los contratos calificados como administrativos no siempre implican tal actividad prestacional, ni mucho menos se limita esta calificación a contratos que suponen la ejecución de un servicio, y quizá es por ello que la jurisprudencia no suele hacer referencia únicamente a la vinculación del objeto del contrato con un servicio público, sino que, se suele afirmar que los contratos administrativos son aquellos que o bien tienen como objeto la prestación de un servicio público<sup>52</sup>, o bien su objeto es una actividad de interés

---

50 Ibid., p. 323.

51 Ibid., p. 325.

52 Véanse las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 685 del 16/05/2002, No. 53 del 21/01/2003 y No. 1839 del 20/11/2003.

general<sup>53</sup>, o los que tienen una finalidad de utilidad pública<sup>54</sup> o quizá se empleen expresiones más confusas como el fin de “utilidad de servicio público” del contrato<sup>55</sup>, o como el “interés general o colectivo”<sup>56</sup>.

Asimismo, como ya se ha señalado, la utilidad pública y el interés general, así como el interés público, son conceptos mucho más amplios que el de servicio público, el cual —con todas las imprecisiones que le afectan y que hemos anotado antes— se muestra relativamente más acotado, dado que lleva de suyo la idea de una actividad de carácter prestacional. Pero, si prescindimos incluso de los límites que derivarían del hecho de que sólo puedan considerarse como administrativos los contratos ligados a una prestación en beneficio colectivo y si, como lo ha hecho nuestra jurisprudencia, empleamos para este fin términos tan amplios como los de utilidad pública o interés general o público, entonces se le otorga a la noción de contrato administrativo una *vis* expansiva inmensurable, de suerte que prácticamente se incluye en esta categoría a cualquier contratación del Estado.

En efecto, hablar del vínculo del contrato con prestaciones de utilidad pública o ligadas al interés general o público es tanto como no aportar nada a la identificación de una cate-

---

53 Vid.: Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1967 del 05/11/2007, caso *Transcar de Venezuela, C.A.*, y Sentencia de la Sala Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 6 de agosto de 1986, caso *Oscar Brito Brito*.

54 Sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 126 del 04/02/2010, caso *Serdica, C.A.*; N° 603 del 11/05/2011, caso *Petroleum Contractor, C.A.*; N° 636 del 18/05/2011, caso *Sateca Lagunillas*; N° 34 del 25/01/2012, caso *Grupo Novoca, C.A.*; N° 70 del 08/02/2012, caso *Banco Provincial S.A. Banco Universal*; N° 238 del 02/03/2016, caso *Consorcio Tepuy*.

55 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 422 del 19/05/2010, caso *C.A. Inversiones KA*.

56 Vid.: sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 12/08/1992, caso *Asfapetrol*.

goría específica dentro del universo de los contratos públicos, dado que resulta imposible afirmar la existencia de contratos del Estado que, siendo legales y legítimos, no estén de alguna forma unidos a un fin de utilidad pública o que no hayan sido movidos por el interés general o público, dado que, en definitiva, ese es el único interés que debe mover a los órganos y entes del Estado en cualesquiera de sus actuaciones.

Ahora bien, aunque la realidad jurisprudencial nos muestra a diario que, como se ha dicho, prácticamente cualquier contrato público es considerado como un contrato administrativo, esto, sin embargo, es una posición contraria a la propia doctrina del contrato administrativo que esa jurisprudencia defiende, pues de acuerdo con esta doctrina, frente a los contratos administrativos subsiste otra categoría diferente, la de los contratos de Derecho privado de la Administración, es decir, el conjunto de contratos del Estado regido esencialmente por normas y principios del Derecho común. Sin una categoría antagónica, es decir, sin el reconocimiento de los llamados contratos de Derecho común, los contratos administrativos se volverían sencillamente un sinónimo de toda la contratación pública y perdería todo sentido y justificación el hablar de criterios de identificación de los contratos administrativos, pues para identificar a uno de tales contratos bastaría con advertir que ha sido suscrito por un ente estatal.

## **5. Imprecisiones jurisprudenciales en la determinación del vínculo entre el contrato y el “servicio público”**

Respecto al vínculo del servicio (o la actividad de interés general o público, o el fin de utilidad pública) con el objeto del contrato hay que recordar que en Francia la jurisprudencia del Consejo de Estado se esforzó por precisar que el contrato administrativo requiere que al contratista de la Administración se le encargue el propio funcionamiento del servicio público o que se le asocie en su gestión. Estos conceptos no han dejado de ser

polémicos en la misma Francia<sup>57</sup>, sin embargo, ello muestra la necesidad de precisar qué tipo de relación existe entre el contrato y el servicio público.

En otra oportunidad puse de relieve la maleabilidad de la que también parece gozar este vínculo en Venezuela<sup>58</sup>. Ciertamente, en algunas ocasiones los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa han exigido la existencia de un vínculo inmediato y directo entre el objeto del contrato y el servicio público<sup>59</sup>. En algunos casos, incluso, la exigencia parece tener un carácter muy severo<sup>60</sup>.

Sin embargo, no es menos cierto que el vínculo contrato-servicio público ha sido manejado de forma muy caprichosa por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, se ha estimado que la venta hecha por un municipio de una extensión de

---

57 Véanse al respecto los comentarios de Caballero Ortiz, Ob. Cit., pp. 214 y ss.

58 Cfr.: Subero Mujica, Mauricio, *Sobre la Oponibilidad...*

59 En este sentido Cfr.: sentencia de la Corte Federal y de Casación del 3 de diciembre de 1959, caso *Domingo Mucciarelli*; sentencia del 9 de agosto de 1984 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso *Industrias Urbanell, C.A.*; sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo No. 2001--193 del 6 de marzo de 2001, y sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 31 de enero de 1996, caso *Constructora Oscar*. En todas se hace alusión a una necesaria relación inmediata y directa del objeto del contrato con un servicio público.

60 Vid.: sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 2743 del 20 de noviembre de 2001, en la que se señaló que "[...] se pueden mencionar dentro del índice de rasgos o caracteres propios de los contratos administrativos (los cuales deben ser examinados en cada caso a fin de concluir si se está o no en presencia de un contrato de esa naturaleza) fundamentalmente los siguientes: a) que la actividad desarrollada sea trascendentalmente para la prestación de un servicio público; b) que una de las partes sea [la] Administración Pública bien descentralizada funcional o territorialmente; c) que la actividad contratada sea de tal forma inherente o conexas con la actividad pública o de servicio público, que sin aquélla no se podría llevar a cabo esta última; y, d) que el contrato suponga un subsidio evidente a favor del beneficiario del servicio y a cargo de una de las partes contratantes." (Subrayado nuestro).

terreno, con la obligación para el adquirente de construir en el plazo de un año, no es un contrato administrativo<sup>61</sup> por no estar ello ligado de forma *inmediata y directa* a la prestación de un servicio público, pero al mismo tiempo existen casos en los que el vínculo directo del contrato con el servicio parecía más que evidente y, sin embargo, se ha negado el carácter administrativo del contrato, así sucedió, por ejemplo en el caso de un contrato que tenía como objeto la construcción de obras del dominio público, y de uso público (incluyendo la plaza Bolívar de un Municipio), en el que señaló que no se trataba de un contrato administrativo<sup>62</sup>, aunque en otra oportunidad se sostuvo la naturaleza administrativa de otro contrato muy similar cuyo objeto era la construcción de una plaza, la reparación de una escuela y la colocación del equipo de un módulo odontológico<sup>63</sup>, al igual que fue considerado como administrativo también el contrato que tenía como objeto la remodelación de la Plaza Bolívar de Higuerote<sup>64</sup>. Por otra parte, el contrato para la colocación de una cerca perimetral “de alfajol” para un centro de frutas tropicales no parecía estar *directamente* vinculado al servicio público, sin embargo, ello no fue obstáculo para que fuese declarado como un contrato administrativo<sup>65</sup>. Asimismo, un contrato de arrendamiento para la instalación de oficinas públicas (obviamente no ligado de forma *inmediata y directa* a la prestación del servicio) también llegó a ser considerado como un contrato administrativo<sup>66</sup>, criterio rechazado, sin embargo, por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia<sup>67</sup>. Asimismo, sin ningún rubor se ha declarado

---

61 Caso *Industrias Urbanell, C.A.*

62 Vid.: sentencia sobre el caso Constructora Oscar, antes identificada.

63 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 6054 del 2 de noviembre de 2005.

64 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No.1839 del 20 de noviembre de 2003.

65 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 1993 del 17 de diciembre de 2003.

66 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 1175 del 23 de mayo de 2000, caso Francisco Buysse.

67 Sentencia del 20 de julio de 2001, caso *M.L Da Silva y otros*.

administrativo a un contrato para la prestación de los servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de un gimnasio de tenis de mesa<sup>68</sup>, e incluso la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha calificado como administrativo a un contrato luego de reconocer precisamente que no está dirigido a satisfacer de manera directa e inmediata el interés colectivo<sup>69</sup>.

Todo esto no representa más que una pequeña muestra de la gran capacidad elástica que ha demostrado tener este vínculo entre el objeto del contrato de la Administración y la prestación del servicio público o la actividad de utilidad pública o de interés público o general. Esto implica que, de hecho, como ya se ha visto, es posible asignar esta calificación a, prácticamente, cualquier contratación pública, lo que, a su vez nos lleva a cuestionar la utilidad de un concepto que, por amplio e impreciso, en realidad no logra definir nada, y que sólo ha servido para que los jueces contencioso administrativos dispongan de una retórica que pueden acomodar a la medida de cualquier situación, para sostener y respaldar el uso y abuso por parte de la Administración pública de potestades que no dimanen de la legalidad.

Lo anterior me obliga a señalar que tampoco comparto la opinión de quienes criticando la noción del contrato administrativo perfilada por la jurisprudencia, abogan por la pervivencia de esta figura añadiendo alguna precisión en este vínculo entre el objeto del contrato y el *servicio público* a partir de la doctrina del Consejo de Estado francés.

En este sentido, por ejemplo, el profesor Caballero Ortiz ha señalado que deben “reputarse como contratos administrativos sólo aquellos que se encuentren destinados a la prestación

---

68 Sentencia de la sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 126 del 04/02/2010, caso *SERDICA*.

69 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 422 del 19/05/2010, caso *C.A. Inversiones KA*.

inmediata y directa, por parte de un particular, de un servicio público de relevancia para la colectividad; de un servicio de gran importancia que, debiendo ser prestado por el Estado, éste lo encomienda por un contrato a un particular...”<sup>70</sup>.

Una posición similar es la adoptada por Canova, quien aboga por preservar la diferencia entre contratos de Derecho común de la Administración y contratos administrativos, precisando que estos últimos se presentan cuando la Administración celebre contratos para la prestación de servicios públicos o cualquier otro que tenga por fin directo proveer algún interés general<sup>71</sup>. Y en este mismo sentido Anzola Spadaro propone añadir precisión al concepto de contrato administrativo restringiéndolo a “aquellos que se encuentren destinados a la prestación inmediata y directa, por parte de un particular, de un servicio público de relevancia para la colectividad, o de una obra que implique satisfacer directa e inmediatamente el interés general y que en principio deba ser ejecutado por el Estado”<sup>72</sup>.

Al respecto debo apuntar que es cierto que la noción de contrato administrativo impuesta por nuestra jurisprudencia ha estado caracterizada por su gran imprecisión, como ya lo he explicado<sup>73</sup>. Lo cual contrasta con cierto grado de precisión que se evidencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, puesta en evidencia, entre otras, en la decisión recaída en el caso *Société de Granits* del 31 de julio de 1912, a la cual ya he hecho alusión y en la que se rechazó que un contrato de

---

70 Caballero Ortiz, Jesús: “Una Concepción amplia del contrato administrativo es contradictoria con las prerrogativas de la administración”, en *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*. Vol. I. TSJ, Caracas, 2004, p. 223.

71 Canova González, Antonio: *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo*. Ed. Sherwood, Caracas, 1998.

72 Anzola Spadaro, Karina: “Justificación y límites de la aplicación del Derecho Administrativo a la Administración Pública”. *Revista de la Facultad de Derecho* N° 60-61, UCAB, Caracas, 2009, p. 171.

73 Subero Mujica, Mauricio, Op. Cit., pp. 2050 y 2051.

suministro de adoquines pudiese considerarse como un contrato administrativo, dado que el contratista no se asociaba directamente al servicio público.

Sin embargo, hoy día nada ganaríamos con señalar que sólo pueden ser considerados como contratos administrativos aquellos de los cuales derive una vinculación directa del contratista con el servicio público. Y ello es así, en primer lugar, porque esta no es la única fuente de imprecisión en la definición del contrato administrativo, pero sobre todo, porque, insisto, mientras sigamos aferrados al concepto de *servicio público* nada habremos alcanzado en cuanto a precisión.

## 6. Las cláusulas exorbitantes

Todo lo expuesto con anterioridad revela que en Venezuela, el criterio de las cláusulas exorbitantes del Derecho común no parece haber gozado, en principio, de autonomía para la identificación de los contratos administrativos (como sí sucedió en Francia), lo cual explica que entre nosotros, el contrato administrativo no se haya constituido como una *opción* para la Administración.

Pero en Venezuela, el término *cláusula exorbitante del Derecho* común tiene actualmente un sentido anfibológico, dado que puede significar bien una disposición contractual expresa que resulta inusual o, quizá, ilícita en el marco de una contratación privada, o bien un poder o prerrogativa de la Administración contratante que no requiere, ni siquiera, estar expresamente contenido en el texto del contrato. A este último sentido de la expresión *cláusula exorbitante* ya me he referido anteriormente, al destacar que en estos casos se alude a determinadas prerrogativas de la Administración contratante en las que se resume el supuesto régimen jurídico de los contratos administrativos<sup>74</sup>.

---

74 Véase epígrafe 3.2.

Ahora bien la acepción de las cláusulas exorbitantes como disposiciones contractuales que resultarían inusuales o incluso ilícitas en una contratación privada es la misma empleada extensamente en Francia como criterio de identificación de los contratos administrativos, pero que en Venezuela, tal como lo señalamos en el epígrafe anterior, no ha servido al mismo fin, dado que la identificación del contrato administrativo se ha centrado en el vínculo entre su objeto y una prestación de utilidad pública, de interés general o público, o un servicio público.

No obstante, han existido algunas decisiones en la jurisprudencia venezolana en las que —contrariando la tendencia fundamental— se ha asomado la posibilidad de que las llamadas cláusulas exorbitantes se erijan como un criterio autónomo y suficiente en la identificación de los contratos administrativos. En efecto, en algunas ocasiones la literalidad de las sentencias del más alto Tribunal de la República parece oponerse, precisamente, al monopolio del criterio del servicio público, y parece oponerse también al carácter vicario que inicialmente se le atribuyó a la presencia en el contrato de las llamadas cláusulas exorbitantes del Derecho común. Sin embargo, como dije anteriormente, estos parecen ser algunos sobresaltos en una tendencia que se inclina a favorecer la determinación de los contratos administrativos en función del vínculo entre el objeto del contrato y actividades de utilidad pública, de interés general o público, o de servicio público<sup>75</sup>.

75 Véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 4 de marzo de 1993, caso *Tenerías Únicas, C. A.*, donde se afirmó que “[h]a sido criterio reiterado de esta Corte, que se está en presencia de un contrato administrativo cuando en las negociaciones celebradas por la Administración Pública se evidencia la existencia de cláusulas exorbitantes o cuando en ellas priva el interés del servicio público para su realización...” Igualmente en la sentencia de la misma Sala de fecha 30 de noviembre de 1994, caso *Sateca Nueva Esparta*, se señaló que “[h]a sostenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, que un contrato administrativo se puede identificar por la presencia en su texto de «cláusulas exorbitantes» (...) o, en ausencia de «cláusulas exorbitantes», porque su fin primordial es la prestación de un servicio público...” Asimismo, en la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte

## 7. ¿Qué es una cláusula exorbitante?

Otro asunto controversial es, por supuesto, tratar de definir lo que es una *cláusula exorbitante del Derecho común*. Dado que no vale la pena inventar lo que ya se ha dicho, echaremos manos en este punto de la síntesis hecha por Cassagne, quien ha afirmado lo siguiente: “[m]ientras que para un sector de la doctrina francesa las cláusulas exorbitantes son aquellas que resultan inusuales en el derecho privado, para otros son las que, de incorporarse a un contrato de derecho privado, serían ilícitas, no faltando concepciones más amplias que abarcan tanto a las que resultan ilícitas como a las inusuales en el ámbito de la contratación civil o comercial, o bien, que consideran cláusulas exorbitantes a aquella que tiene por objeto otorgar a las partes derechos e imponerles obligaciones extrañas por su naturaleza a las que resultan libremente consentidas por cualquiera dentro del ámbito de las leyes civiles o comerciales”<sup>76</sup>. En fin, que la definición misma de las cláusulas exorbitantes es un asunto en el que tampoco existe consenso. Vedel —a quien Cassagne incluye entre quienes sostienen que las cláusulas exorbitantes son aquellas que resultan inusuales en una contratación de Derecho común— apuntó sobre la tendencia de la jurisprudencia francesa que lo siguiente: “la mayoría de las cláusulas que la jurisprudencia considera como exorbitantes del Derecho común no serían ilícitas en un contrato de Derecho privado, si

---

Suprema de Justicia del 24 de mayo de 1995, caso *Constructora Agrotécnica y Pecuaria Mi Porvenir*, las cláusulas exorbitantes son tratadas como un índice evidente de la existencia misma de un contrato administrativo. Y en este mismo sentido la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 2743 de fecha 20 de noviembre de 2001, (caso *Monagas Plaza, C.A.*) acepta la autonomía del criterio de las cláusulas exorbitantes del Derecho común de una manera que, sin embargo, no se ha producido de nuevo en el máximo Tribunal. Cierta autonomía parece cobrar el criterio de las cláusulas exorbitantes en el marco de la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia No. 1002 del 5 de agosto de 2004 (caso *DHL Fletes Aéreos, C.A. y otros*), en la cual se señaló que “la presencia de cláusulas exorbitantes, es revelador del carácter del contrato administrativo”.

76 Cassagne, Juan Carlos. Ob. Cit. pp. 25–26.

bien no son corrientes en ellos”<sup>77</sup>. Debe subrayarse que estas son, según Vedel, *la mayoría* de las cláusulas consideradas exorbitantes por la jurisprudencia francesa, por lo que no hay que descartar que existan casos en lo que se acuda incluso al criterio de la *ilicitud* de la cláusula en el ámbito privado.

En definitiva, una vez más observamos cómo queda librado al arbitrio del Juez el determinar en cada caso qué puede considerarse como una cláusula exorbitante o no, para lo cual podrá aplicar distintos criterios. El propio Vedel presenta una muestra de algunas cláusulas que han sido consideradas *exorbitantes* por la jurisprudencia francesa: “Así —dice este autor—, son exorbitantes del Derecho común las cláusulas llamadas ‘penales’, las cláusulas que prevén el derecho de rescisión unilateral en beneficio de la Administración, la facultad de la Administración de dar instrucciones etc.”<sup>78</sup>.

Sin duda que por influencia de estas ideas la jurisprudencia en Venezuela ha considerado como *exorbitantes* a algunas de estas mismas cláusulas. Así, no es extraño que se señale que una cláusula resolutoria expresa a favor de la Administración contratante constituye una *cláusula exorbitante*<sup>79</sup>. No obstante, considero necesario revisar estos conceptos e interrogarnos si en verdad una cláusula resolutoria expresa, por ejemplo, puede considerarse fuera de la órbita del Derecho común, dado que este tipo de cláusulas ni son inusuales ni son ilícitas en un

---

77 Vedel, Georges. Ob. Cit. P. 191.

78 Ídem.

79 Véanse las sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia: N° 988 del 30/11/1994, caso *Sateca Nueva Esparta* (En: Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna. *Jurisprudencia...* p. 59); N° 90 del 22/02/1990, caso *J.R. & Asociados S.R.L.* (Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna. *Jurisprudencia...* p. 152) y N° 613 del 16/10/1997, caso *Inversiones Camoruco, C.A.* (En Ortiz-Álvarez, Luis y Mascetti, Giovanna. *Jurisprudencia...* p. 117). Véanse también las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia: N° 1391 del 26/10/2011, caso *CILACA*; N° 422 del 19/05/2010, caso *C.A. Inversiones KA* y N° 820 del 31/05/2007, caso *Marshall & Asociados C.A.*

contrato sometido al Derecho privado. Estas cláusulas pueden haber resultado inusuales a finales del Siglo XIX o comienzos del Siglo XX, pero ciertamente no lo son hoy día en pleno Siglo XXI<sup>80</sup>.

Es así como, por ejemplo, sobre las cláusulas resolutorias expresas en el Derecho civil comenta Melich lo siguiente: “El derecho que el artículo 1.167 C.C. concede al acreedor de solicitar la resolución del contrato con los daños y perjuicios puede ser reforzado mediante la llamada «cláusula resolutoria expresa» o «pacto comisorio». Este reforzamiento consiste en el otorgamiento al acreedor del derecho a declarar unilateralmente resuelto el contrato, sin necesidad de acudir al Tribunal en solicitud de que éste lo pronuncie así, cuando el deudor incumpla una o varias determinadas obligaciones según las modalidades establecidas.” Y añade: “No existe en nuestro Código Civil un texto expreso que consagre y regule esta clase de cláusula, tal como existe en el Código italiano de 1952, pero tampoco existe en el Código francés ni en el español, ni existía en el viejo Código italiano de 1865, lo cual no fue jamás obstáculo para que se aceptase por la jurisprudencia y doctrina de dichos códigos la validez de semejante cláusula. En general se sostiene que la validez de este género de cláusula puede explicarse suficientemente por el artículo 1.159 C.C. que consagra la autonomía de la voluntad en la configuración del contrato (...) y en no ser el artículo 1.167 C.C. norma de orden público en lo referente a la necesidad de la intervención judicial para que se produzca la resolución”<sup>81</sup>.

---

80 Santamaría Pastor indica como un error de quienes dudan del auténtico carácter contractual de los contratos celebrados por los entes públicos el “olvidar que algunas de estas exorbitancias se dan también en algunos típicos y característicos contratos de Derecho privado.” Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo. Vol. II*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2002, p. 194.

81 Melich Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*. Editorial Jurídica Venezolana, Marcial Pons. Caracas, 1997. pp. 761-762.

Estas palabras del Profesor Melich ponen de manifiesto que para el Derecho civil, en Venezuela y en otros países, la inclusión en el contrato de una cláusula resolutoria expresa no es ni inusual (el sólo hecho de que sea este un tema constantemente tratado por la doctrina, que haya merecido en Italia, además, una regulación expresa como la que menciona el citado autor y que, incluso, haya sido una materia analizada jurisprudencialmente en varios países, son evidencia de ello) ni tampoco supone ninguna ilicitud como expresamente lo señala Melich. Por lo tanto, no entendemos cómo puede seguir considerándose a este tipo de cláusulas como un asunto fuera de la órbita (ex-orbitante) del Derecho común, cuando obviamente no lo es.

Por otra parte, en lo que atañe concretamente al contrato de obra, el artículo 1.639 del Código Civil venezolano prevé que el dueño puede desistir “por su sola voluntad” de la construcción, aunque se haya empezado. En este caso, sin embargo, el dueño deberá indemnizar al contratista de todos los gastos, de su trabajo y de la utilidad que hubiese podido obtener de la ejecución de la obra. Por lo tanto el desistimiento unilateral y por causas no imputables al contratista no podría considerarse tampoco como un asunto ajeno al Derecho común, a menos en lo que atañe al contrato de obra.

Asimismo, en cuanto a las cláusulas que establecen la facultad de la Administración de dar instrucciones al contratista, consideradas por Vedel también como cláusulas exorbitantes, debe apuntarse que ellas tampoco resultan ajenas al Derecho privado. Así, por ejemplo, este tipo de cláusulas son muy comunes incluso en los contratos de obra, caracterizados, entre otros atributos, por el hecho de que el contratista no está subordinado al comitente, pues, al contrario, “...existe una amplia libertad por parte del contratista, en relación a la forma o manera como se realizará la obra contratada. En efecto, el contratista no está subsumido a la potestad absoluta del comitente, sino que tiene libertad e independencia para determinar la forma técnica más adecuada bajo la cual cumplirá su pres-

tación, teniendo para ello una independencia jurídica plena”<sup>82</sup>. Sin embargo, aún en esta categoría de contratos, donde prima la autonomía del contratista, es admisible y es usual que se estipule la facultad del dueño de impartir instrucciones al contratista.

Al respecto ha señalado Aguilar Gorronдона que “...es frecuente que se pacte una intervención del propio comitente o de persona designada por él (p. ej.: de un ‘inspector’), no sólo para controlar y verificar si el contratista ejecuta la obra conforme a las estipulaciones del contrato y las normas de la técnica, sino para darle instrucciones sobre la ejecución de la obra en una esfera más o menos amplia”<sup>83</sup>. Efectivamente, la frecuencia y cotidianidad de estas cláusulas es algo que podemos corroborar a diario en la práctica, al punto que no son pocos los profesionales que prestan constantemente estos servicios de *inspección* en el ámbito privado.

En definitiva, considero que el de *cláusulas exorbitante del Derecho común* es otro concepto repetido en nuestra jurisprudencia y doctrina por pura inercia, pero que en realidad no cuenta con ningún fundamento jurídico ni fáctico y que, por ende, debería ser dejado a un lado, dado que se trata de un vocablo que no describe ninguna circunstancia jurídica actual, como lo demuestra el hecho de que prácticamente todas las llamadas cláusulas exorbitantes, en realidad, no se encuentran fuera de la órbita del Derecho común.

Sin embargo, creo necesario en este punto salir al paso a una peligrosa interpretación que pudiera darse a estas llamadas cláusulas exorbitantes. Me refiero a la posibilidad de que se afirme que cuando cualesquiera de estas cláusulas contractuales prevé un derecho o facultad a favor de la Administración

---

82 Zubillaga Silva, Francisco. *Consideraciones sobre el Contrato de Obras en el Derecho Venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991. P. 24.

83 Aguilar Gorronдона, José Luis. *Contratos y Garantías. Derecho Civil IV*. UCAB, Caracas, 1984, p. 400.

contratante, entonces ese derecho o facultad podrá ejercerse de una manera distinta a lo que ocurre cuando encontramos la misma cláusula en un contrato de Derecho privado, dado que la Administración, dotada de su privilegio de autotutela, podría ejercer tales derechos o facultades mediante actos unilaterales con fuerza ejecutoria. Esta interpretación también debe ser rechazada.

Semejante afirmación, sin embargo, podría encontrar a sus principales valedores en los Profesores García de Enterría y Fernández, quienes sostuvieron que “[e]n el Derecho Administrativo como derecho propio de las Administraciones Públicas en cuanto sujetos se modulan las instituciones jurídicas generales conforme a las exigencias de desenvolvimiento propias de tales sujetos, como ya nos consta. El caso del contrato no es el único, supuesto lo cual el problema no ha de plantearse en términos de singularidad, sustantividad o exorbitancia, sino, más sencillamente, sin dramatismos, inquiriendo cuáles son esas modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la Administración sobre la abstracta institución contractual”<sup>84</sup>.

Así, para estos autores no existe una singularidad propia del contrato administrativo, sino que, por el contrario es la Administración pública como sujeto y parte del contrato la que arrastra consigo determinada condición que le es propia y que introduce en la institución contractual (que es común al Derecho privado y al Derecho administrativo) determinadas *modulaciones*.

Ahora bien, sobre la posición subjetiva de la Administración contratante —causante de tales modulaciones en el contrato— señalan García de Enterría y Fernández —entre otras cosas— lo siguiente: “La prerrogativa de poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contra-

---

84 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. OB CIT. P.680.

tos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad..." Y añaden: "...la Administración cuenta con un medio formal determinado de ejercitar sus derechos en el contrato que realmente excede de las facultades propias de los sujetos privados, el medio de la decisión ejecutoria..."<sup>85</sup>.

De esta forma parece afirmarse, por consiguiente, que lo verdaderamente característico de los contratos administrativos no radica en el régimen del contrato en sí, sino que se encuentra en el régimen relativo a los medios de actuación de la Administración contratante. De lo cual parece desprenderse que la Administración puede ejercer los derechos y facultades que se contienen en las previsiones contractuales haciendo uso para ello de un medio de actuación concreto: la decisión unilateral y ejecutoria. De esta forma podría no faltar quien sostenga que aunque muchas de las llamadas cláusulas exorbitantes pueden hallarse también en contratos de Derecho privado, lo singular de los contratos administrativos radicaría en que la Administración ejercitaría el contenido de esas cláusulas mediante actos ejecutorios.

Esta doctrina, sin embargo, arrastraría peligrosas consecuencias, dado que ello implicaría que la Administración podría dictar verdaderos actos administrativos, dotados de las notas de ejecutoriedad y ejecutividad, en ejecución no de la Ley, sino de disposiciones contractuales, lo cual no es de recibo.

El problema radica, en mi opinión, en que el llamado privilegio de autotutela no es, en realidad, un atributo general de la Administración, sino que se trata, por el contrario, de un atributo de determinados actos de la Administración: los actos

---

85 Ibid. pp. 682-683.

administrativos. Así se desprende del contenido del artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual permite a la Administración ejecutar, con sus propios medios, “los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución”. De igual forma el artículo 79 de la misma Ley dispone que “[l]a ejecución forzosa **de los actos administrativos** será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial” (resaltado añadido). Por lo tanto, no cualquier acto jurídico de la Administración constituye, *per se*, un título ejecutivo ni produce directamente efectos sobre la esfera jurídica de las personas, debe tratarse de una categoría específica de actos: los actos administrativos. Los cuales, por su parte, son decisiones dictadas por la Administración *en ejecución de la Ley*, de la cual derivan las potestades que los actos administrativos entrañan.

La consecuencia de lo anterior es, naturalmente, que de la ejecución de una disposición contractual (y en ausencia de una norma legal que tenga un contenido y efectos iguales a los de dicha disposición contractual) no puede emanar un verdadero acto administrativo. Por consiguiente, en mi opinión, los actos de la Administración por los cuales se ejercitan derechos o facultades que han sido consagrados únicamente en cláusulas contractuales no constituyen decisiones unilaterales ejecutorias, es decir, no gozan del privilegio de autotutela, y quedarían sometidos, por ende, al régimen general de los contratos.

En definitiva, para sintetizar todo lo dicho hasta ahora, considero que las únicas potestades que la Administración pública podrá ejercer en el marco de cualquier contratación de la que sea parte, son aquellas que deriven de la legalidad. Y únicamente podrán surgir decisiones ejecutorias del ejercicio de tales potestades. De resto, la Administración, como su contratante, estará sometida a lo pactado en el contrato y, en ausencia de una regulación contractual expresa, deberán someterse a las normas y principio que en materia contractual establece

el Código Civil, sin que pueda sostenerse la existencia de cláusulas o prerrogativas de carácter implícito que supongan el ejercicio por parte de la Administración de potestades que no tienen un fuente concreta en la Ley formal.

#### IV. EL IMPACTO DEL DECRETO - LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS SOBRE LA NOCIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Tal como señalé al inicio de este trabajo, hoy día la omisión de cualquier alusión a los contratos administrativos que se observa en el texto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y de la Ley Orgánica de Jurisdicción Contencioso Administrativa, sumada a la normativa del DLCP nos permite sostener una posición radical que no sólo despoje a esta noción de cualquier contenido relativo al régimen sustantivo del contrato, sino que, en definitiva, acabe por arrumbarla en el olvido de las instituciones jurídicas.

En este sentido, debo comenzar por recordar que uno de los aspectos más criticables de la noción de contrato administrativo que ha imperado en Venezuela por muchos años es, precisamente, el que ella ha servido para sostener la existencia de potestades públicas que no derivan de la legalidad. Sin embargo, la situación cambió con el DLCP, aunque la jurisprudencia y una parte de la doctrina no lo quieran ver.

Efectivamente, el DLCP, desde su promulgación en el año 2008 y hasta su última versión del 2014, ha venido a recoger casi todas aquellas potestades que se predicaban de forma implícita, y que ahora tienen, algunas de ellas, reconocimiento expreso en un texto legal. Tal es el caso, por ejemplo, de la potestad del ente contratante para rescindir unilateralmente el contrato cuando medie algún incumplimiento del contratista; potestad prevista en el artículo 155 del DLCP vigente. Sin embargo, hay

que hacer notar que ahora esta y otras potestades del ente contratante (tales como el poder de dar por terminado el contrato sin que medie incumplimiento por parte del contratista —art. 152—, el poder de modificar unilateralmente el contrato —art. 130— o el poder para controlar y fiscalizar la ejecución del contrato —art.136—) no son ejercidas exclusivamente en el marco de los contratos administrativos.

En efecto, se trata en este caso de potestades que se pueden ejercer en los contratos de suministros, de servicios comerciales y de obra, independientemente del contenido concreto de cada contrato e independientemente también del vínculo del contrato con prestaciones de servicio público, de utilidad pública o de interés general. En definitiva, se trata de potestades que *no* son privativas de los llamados contratos administrativos.

Esta situación ha vuelto a poner en tela de juicio a la noción de los contratos administrativos, y reaviva la crítica fundamental a esta figura, que, como he señalado, radica en el desconocimiento del principio de legalidad. Y es que la sola previsión de estas potestades en el DLCP constituye el mejor argumento contra la noción de contrato administrativo que se impuso en nuestra jurisprudencia administrativa. Y ello es así por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, si el poder para dar por terminado el contrato unilateralmente, por ejemplo, requiere de su consagración en un texto legislativo, como se hizo a través de los artículos 152 y 155 del DLCP, es, precisamente, porque se trata del ejercicio de una potestad pública que, como tal, debe respetar las exigencias del principio de legalidad, y que sin estas normas la Administración contratante no podría ejercer semejante potestad. Por consiguiente, el DLCP constituye una muestra evidente de que tales potestades deben derivar de la legalidad, si no ¿a qué vino el consagrarlas en un texto de rango legal?

(ii) En segundo lugar, si potestades como estas, gracias al DLCP, son hoy día ejercitables en el marco de una gran cantidad de contratos del Estado, independientemente de las prestaciones previstas en tales contratos, es porque, entonces, se trata de una potestad que no tiene por qué estar vinculada a contratos que están particular o más intensamente ligados a actividades de servicio público, de utilidad pública o de interés general. En fin, que ni la finalidad del contrato ni el involucramiento del contratista de forma directa en el servicio público son elementos relevantes —ni siquiera para la Ley— al momento determinar las potestades que puede ejercer la Administración, lo único relevante aquí, como en todo el actuar de la Administración, es la determinación del alcance y contenido de la potestad que la legalidad consagra a favor de la Administración pública, esto es lo que, en general, predica el artículo 141 de la Constitución.

(iii) Por último, el contenido del DLCP viene a desmontar la dicotomía contratos administrativos—contratos de Derecho privado de la Administración, basada, a su vez, en una supuesta diferencia de regímenes jurídicos aplicables: de Derecho público o de Derecho común, respectivamente; todo ello en función del objeto del contrato. En efecto, queda claro con el DLCP que el régimen de Derecho Público que él mismo consagra es aplicable a unas categorías de contratos determinados en función de la naturaleza de las prestaciones pactadas (i.e.: obra, suministros y servicios comerciales) y no a contratos supuestamente ligados de forma especial a un servicio público o a actividades de interés general. Es decir, la aplicación de estas normas de Derecho Público no está reservada a los llamados contratos administrativos; luego no puede ya seguir sosteniéndose que éstos constituyen una categoría especial de contratos regidos por el Derecho público, frente a los cuales se ubica el resto de la contratación del Estado, regida por el Derecho común. Es imposible, por ende, seguir sosteniendo la existencia de distintas figuras contractuales sometidas a distintos regímenes jurídicos.

Se erige así como cierta la opinión sostenida por una parte importante de la doctrina, esto es, que hoy día es imposible seguir afirmando que existen contratos del Estado regidos por el Derecho común, frente a otros contratos del Estado regidos por el Derecho público. En todo contrato del Estado existirá siempre una interaplicación de normas de Derecho privado y Derecho público<sup>86</sup>, y la normativa aplicable a cada uno será determinada en atención al Derecho positivo, por lo que las divagaciones sobre el objeto del contrato y su vínculo con el servicio público o con actividades de interés general de utilidad pública o de interés público se justifica sólo si esto es relevante para interpretar la norma positiva, lo que no sucede, sin embargo, con el DLCP.

Por todo esto es que las disposiciones del DLCP han venido a poner sobre la mesa nuevamente la utilidad y vigencia actual de la figura de los contratos administrativos, lo que equivale, sencillamente, a sostener su inutilidad y a recomendar que esta noción, tal como la hemos conocido hasta ahora, sea desechada.

---

86 Vid.: Brewer Carías, Allan: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso-Administrativos*. EJV. Caracas, 2006, p. 218, y *Contratos Administrativos*. EJV, Caracas, 1992, p. 46.

# LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN BOLIVIA. SU EVOLUCIÓN Y DESARROLLO ACTUAL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL \*

**Alan E. Vargas Lima**

*Profesor de la Universidad Privada Franz Tamayo (UNIFRANZ),  
del Centro de Capacitación Municipal (CCaM)  
y de la Universidad Salesiana de Bolivia (USB)*

*Resumen: Se analiza cuál ha sido la evolución de la interpretación de la jurisprudencia constitucional de los principios generales en la Ley de Procedimiento Administrativo en Bolivia.*

*Palabras clave: Evolución, interpretación, jurisprudencia constitucional, Ley de Procedimiento Administrativo.*

*Summary: This essay discusses what has been the evolution of the interpretation of the constitutional jurisprudence about the general principles in the Law of administrative procedure in Bolivia.*

*Key words: Evolution, interpretation, constitutional jurisprudence, Law of administrative procedure.*

Recibido: 2 de febrero de 2016

Aceptado: 10 de febrero de 2016

---

\* Ensayo publicado inicialmente en la *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Nº 10, Argentina, Información Jurídica Editores, Diciembre 2014. Disponible en la página web: <http://bit.ly/2bdmFb9>

Para la presente edición, se presenta una versión ampliada y actualizada del trabajo de investigación jurisprudencial.



## SUMARIO

### Nota Preliminar

- I. El Derecho de Petición: Su contenido, alcance y requisitos para su protección de acuerdo a la Ley Fundamental y la Jurisprudencia Constitucional
- II. Desarrollo Jurisprudencial del derecho a la petición
- III. Los Principios Generales de la Actividad Administrativa
- IV. El Acto Administrativo
- V. Validez de los Actos Administrativos -Nulidad y Anulabilidad
- VI. Conclusión

## NOTA PRELIMINAR

Debemos comenzar señalando, que en fecha 23 de abril de 2002, se promulgó la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo –publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia N°2390, en fecha 25 de abril de 2002–, que surgió con el objeto principal de establecer las normas que regulan la actividad administrativa y el procedimiento administrativo del sector público; hacer efectivo el ejercicio del *derecho de petición*<sup>1</sup> ante la Administra-

---

1 El derecho de petición ha sido entendido por la jurisprudencia, en la Sentencia Constitucional N°189/2001-R, de 7 de marzo, como “...la potestad, capacidad o facultad que tiene toda persona de formular quejas o reclamos frente a las conductas, actos, decisiones o resoluciones irregulares de los funcionarios o autoridades públicas o la suspensión injustificada o prestación deficiente de un servicio público, así como el de elevar manifestaciones para hacer conocer su parecer sobre una materia sometida a la actuación de la administración o solicitar a las autoridades informaciones; en sí es una facultad o potestad que tiene toda persona para dirigirse, individual o colectivamente, ante las autoridades o funcionarios públicos, lo que supone el derecho a obtener una pronta resolución, ya que sin la posibilidad de exigir una respuesta rápida y oportuna carecería de efectividad el derecho. En consecuencia, el ejercicio del derecho supone que una vez planteada la petición, cualquiera sea el motivo de la misma, la persona adquiere el derecho de obtener pronta resolución, lo que significa que el Estado está obligado a resolver la petición. Sin embargo, el sentido de la decisión dependerá de las circunstancias de cada caso en particular y, en esa medida podrá ser positiva o negativa...”. Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a formular peticiones es la “(...) facultad o potestad que tiene toda persona para

ción Pública; así como regular la impugnación de actuaciones administrativas que afecten *derechos subjetivos*<sup>2</sup> o intereses legítimos de los administrados y, regular procedimientos especiales. Al año siguiente, en fecha 23 de julio de 2003, se emitió

---

*dirigirse, individual o colectivamente ante las autoridades o funcionarios públicos, lo que supone el derecho a obtener una pronta resolución, ya que sin la posibilidad de exigir una respuesta rápida y oportuna carecería de efectividad el derecho*" (SC 981/01-R, de 14 de septiembre). Asimismo, "(...) es considerado como un derecho fundamental del ser humano (...) cuyo núcleo esencial comprende la respuesta pronta y oportuna, resolviendo en lo posible la petición en sí misma, es decir resolviendo el asunto objeto de la petición". (SC 275/2003-R, de 11 de marzo); sin embargo, para considerar vulnerado este derecho y, en su caso, pueda considerarse la existencia de un posible silencio administrativo negativo o una omisión indebida por parte de los recurridos al no dar la respuesta a lo solicitado, se aclara que el solicitante, al margen de acreditar haber presentado la solicitud o reclamo a la autoridad pertinente y demostrar que no ha recibido respuesta alguna, debe demostrar que ha agotado todas las instancias y exigido la "(...) extenuación idónea de los medios o recursos en cada una de las instancias (...)". (SC 0492/2003-R, de 15 de abril), caso contrario el recurso (de amparo) debe ser declarado improcedente en base al principio de subsidiariedad. De lo referido en el punto anterior, se establece que a fin de que se otorgue la tutela en caso de alegarse la violación del derecho a formular peticiones, corresponde que el recurrente, demuestre los siguientes hechos:

- a) la formulación de una solicitud expresa en forma escrita;
- b) que la misma hubiera sido formulada ante una autoridad pertinente o competente;
- c) que exista una falta de respuesta en un tiempo razonable y
- d) se haya exigido la respuesta y agotado las vías o instancias idóneas de esa petición ante la autoridad recurrida y no existan otras vías para lograr la pretensión. (Cfr. Sentencia Constitucional N°0310/2004-R, de 10 de marzo de 2004).

- 2 Es útil recordar, que a tiempo de precisar la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, la Sentencia Constitucional N°400/2006-R, de fecha 25 de abril de 2006, señaló que: "Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos por su status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, en ese entendido, una de las notas caracterizadoras de todo derecho fundamental es el de ser un derecho subjetivo, lo que implica que su titular tiene la facultad de exigir su respeto y observancia, pudiendo acudir al órgano jurisdiccional competente para reclamar, a través de los recursos que establece el respectivo orden jurídico, la protección de tales derechos y la reparación del menoscabo sufrido (...)".

el Decreto Supremo N°27113, que aprueba el Reglamento a la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo, extendiendo su ámbito de aplicación al entonces *“Poder Ejecutivo, que comprende la administración nacional, las administraciones departamentales y las entidades desconcentradas y descentralizadas”* (sic), así como las Empresas públicas y Sociedades de economía mixta, que deben sujetarse a dicho Reglamento para el ejercicio de la función administrativa.

Al presente, resulta conveniente realizar una sistematización jurisprudencial de los hitos más importantes que ha tenido la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional (desde su primera época, en la época de transición, y en la época plurinacional), y que han coadyuvado de manera importante al mejor conocimiento sobre los alcances de las disposiciones contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo Boliviano, a fin de comprender la aplicación práctica del derecho a la petición en el ámbito de la Administración Pública, a la luz de los Principios Generales de la Actividad Administrativa, considerados como las directrices o líneas rectoras dentro de cuyo marco deben desarrollarse las distintas instituciones del procedimiento administrativo.

## I. EL DERECHO DE PETICIÓN: SU CONTENIDO, ALCANCE Y REQUISITOS PARA SU PROTECCIÓN DE ACUERDO A LA LEY FUNDAMENTAL Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL <sup>3</sup>

El artículo 24 de la Constitución Política del Estado aprobada y puesta en vigencia en el año 2009, establece que: *“Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario”*.

3 Cfr. Sentencia Constitucional N°0355/2011-R, de 7 de abril de 2011.

Conforme a la norma constitucional, el derecho a la petición puede ser ejercido de manera oral o escrita, sin la exigencia de formalidades en su formulación, pues sólo se requiere la identificación del peticionario. En cuanto a su contenido esencial, la Constitución Política del Estado hace referencia a una respuesta formal y pronta, entendiéndose que ésta, entonces debe ser escrita, dando una respuesta material a lo solicitado ya sea en sentido positivo o negativo, dentro de plazos previstos en las normas aplicables o, a falta de éstas, en términos breves o razonables.

Respecto al derecho de petición, el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia Constitucional (SC) N°0571/2010-R, de 12 de julio, había establecido inicialmente que:

*“El art. 24 de la CPE, establece que: «Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario»; así también la SC 0310/2004-R de 10 de marzo, estableció que: «en caso de alegarse la violación del derecho a formular peticiones, corresponde que el recurrente, demuestre los siguientes hechos:*

- a) la formulación de una solicitud expresa en forma escrita;*
- b) que la misma hubiera sido formulada ante una autoridad pertinente o competente;*
- c) que exista una falta de respuesta en un tiempo razonable; y,*
- d) se haya exigido la respuesta y agotado las vías o instancias idóneas de esa petición ante la autoridad recurrida y no existan otras vías para lograr la pretensión»”.*

Empero, mediante Sentencia Constitucional N°1995/2010-R de 26 de octubre, se moduló la citada SC N°0571/2010-R, señalando que:

*“el primer requisito señalado por dicha Sentencia, es decir, la formulación de una solicitud en forma escrita no es exigible, pues*

*la Constitución expresamente establece que la petición puede ser escrita u oral.*

*Con relación al segundo requisito que establece que la solicitud debe ser presentada ante autoridad competente o pertinente, se debe precisar que esta no es una exigencia del derecho de petición, pues aún cuando la solicitud se presente ante una autoridad incompetente, ésta tiene la obligación de responder formal y oportunamente sobre su incompetencia, señalando, en su caso, a la autoridad ante quien debe dirigirse el peticionario; conclusión a la que se arriba por el carácter informal del derecho a la petición contenido en la Constitución Política del Estado, que exige como único requisito la identificación del peticionario, y en la necesidad que el ciudadano, encuentre respuesta y orientación respecto a su solicitud, en una clara búsqueda por acercar al administrado con el Estado, otorgándole a aquél un medio idóneo para obtener la respuesta buscada o, en su caso, la información sobre las autoridades ante quienes debe acudir, lo que indudablemente, fortalece el carácter democrático del Estado Boliviano.*

*En ese entendido, cuando la petición es dirigida a un servidor público, éste debe orientar su actuación en los principios contemplados en el art. 232 de la CPE, entre otros, el principio de compromiso e interés social, eficiencia, calidad, calidez y responsabilidad.*

*Respecto al tercer requisito, el mismo es compatible con el texto de la Constitución vigente, pues sólo si en un plazo razonable, o en el plazo previsto por las normas legales -si existiese- no se ha dado respuesta a la solicitud, se tendrá por lesionado el derecho a la petición.*

*Finalmente, el cuarto requisito, referido a que el peticionante debe haber reclamado una respuesta y agotado las vías o instancias idóneas de esa petición ante la autoridad recurrida, corresponde señalar que dicho requisito es exigible cuando dichos medios de impugnación estén previstos expresamente en el ordenamiento jurídico con dicho objetivo, es decir, resguardar el derecho de peti-*

*ción; a contrario sensu, no será exigible cuando no existan esos medios; pues, se entiende que este derecho —como se tiene señalado— busca acercar al administrado al Estado, otorgando a la persona de un instrumento idóneo, expedito e inmediato para acudir ante el servidor público con la finalidad de requerir su intervención en un asunto concreto o de solicitar una determinada información o documentación que cursa en poder de esa autoridad.*

*Lo señalado también se fundamenta en la naturaleza informal del derecho de petición y en el hecho que el mismo sea un vehículo para el ejercicio de otros derechos que requieren de la información o la documentación solicitada para su pleno ejercicio; por tal motivo, la respuesta solicitada debe ser formal y pronta, dando respuesta material a lo solicitado ya sea en sentido positivo o negativo, dentro de un plazo razonable.*

*Consecuentemente, para que la justicia constitucional ingrese al análisis de fondo de la presunta lesión al derecho de petición, es exigible:*

- 1. La existencia de una petición oral o escrita;*
- 2. La falta de respuesta material y en tiempo razonable a la solicitud y*
- 3. La inexistencia de medios de impugnación expresos con el objetivo de hacer efectivo el derecho de petición”.*  
*(el subrayado me corresponde)*

Con relación al ejercicio del derecho de petición frente a particulares, la SC N°1366/2004-R de 19 de agosto, estableció que:

*“El derecho de petición reconocido por el art. 7 inc. h) de la CPE (actual artículo 24 de la CPE vigente), constituye una protección para los administrados, para cuya efectivización es imprescindible adoptar políticas que aseguren su ejercicio en función al desarrollo de los derechos humanos a la luz de la Constitución Política del Estado, los Convenios y Tratados Internacionales, la doctrina y la legislación comparada; en esta línea de entendimiento, el Tri-*

*bunal Constitucional considera que en aplicación del principio de expansión de los derechos fundamentales, el derecho de petición es oponible ante las entidades privadas en determinados casos; concretamente: a) cuando una institución privada, presta un servicio público a la comunidad y b) cuando se trata de organismos u organizaciones que están investidos de autoridad o realizan funciones de autoridad y por ende, con capacidad de adoptar decisiones que puedan lesionar derechos fundamentales de la persona; en cuyo caso, es un imperativo el procurar una respuesta negativa o positiva a las peticiones que a ellos les sea formulado”.*

Conforme la jurisprudencia anotada, es necesario puntualizar que el ámbito de protección de la acción de amparo constitucional respecto al derecho de petición –por su carácter informal e instrumental para el ejercicio de otros derechos– alcanza o se extiende a particulares, que inclusive puede tratarse de una organización de carácter sindical de la que sea parte el peticionario –como lo entendió el mismo Tribunal en un caso específico–.

## II. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA PETICIÓN<sup>4</sup>

Como se ha señalado, el artículo 24 de la CPE, reconoce el derecho de petición, determinando que: *“Toda persona tiene derecho a la petición de manera individual o colectiva, sea oral o escrita, y a la obtención de respuesta formal y pronta. Para el ejercicio de este derecho no se exigirá más requisito que la identificación del peticionario”*. En el ejercicio de este derecho, no se exige más requisito que la identificación del peticionario, entendimiento que ha sido desarrollado por el extinto Tribunal Constitucional

---

4 Sentencia Constitucional Plurinacional N°0688/2014, de 10 de abril de 2014.

en la SC 0962/2010-R de 17 de agosto, cuando sostuvo que el derecho de petición debe entenderse:

*“como la potestad, capacidad o facultad que tiene toda persona de formular quejas o reclamos frente a las conductas, actos, decisiones o resoluciones irregulares de los funcionarios o autoridades públicas o la suspensión injustificada o prestación deficiente de un servicio público, así como el de elevar manifestaciones para hacer conocer su parecer sobre una materia sometida a la actuación de la administración o solicitar a las autoridades informaciones; en sí es una facultad o potestad que tiene toda persona para dirigirse, individual o colectivamente, ante las autoridades o funcionarios públicos, lo que supone el derecho a obtener una pronta resolución, ya que sin la posibilidad de exigir una respuesta rápida y oportuna carecería de efectividad el derecho. En consecuencia, el ejercicio del derecho supone que una vez planteada la petición, cualquiera sea el motivo de la misma, la persona adquiere el derecho de obtener pronta resolución, lo que significa que el Estado está obligado a resolver la petición. Sin embargo, el sentido de la decisión dependerá de las circunstancias de cada caso en particular y, en esa medida podrá ser positiva o negativa”.*

Asimismo, de acuerdo a la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) N°0273/2012 de 4 de junio, y respecto al núcleo esencial del derecho a la petición, conforme a lo expresado en las SSCC 1742/2004-R y 0684/2010-R, reiteradas por la SCP 0085/2012, éste mínimamente comprende los siguientes contenidos:

*“a) La petición de manera individual o colectiva, escrita o verbal aspecto que alcanza a autoridades públicas incluso incompetente pues «ésta tiene la obligación de responder formal y oportunamente sobre su incompetencia, señalando, en su caso, a la autoridad ante quien debe dirigirse el peticionario» (SC 1995/2010-R de 26 octubre), órganos jurisdiccionales (SSCC 1136/2010-R y 0560/2010-R) o a particulares (SCP 0085/2012); y,*

*b) La obtención de una respuesta, ya sea favorable o desfavorable, aun exista equivocación en el planteamiento de la petición (SC 0326/2010-R de 15 de junio), debiendo en su caso indicarse al peticionante la instancia o autoridad competente para considerar su solicitud (SC 1431/2010-R de 27 de septiembre). Por otra parte y en este punto debe considerarse el art. 5.I de la CPE, que reconoce la oficialidad de treinta y seis idiomas y que ante una petición escrita, la respuesta también debe ser escrita (SC 2475/2010-R de 19 de noviembre);*

*c) La prontitud y oportunidad de la respuesta (SSCC 2113/2010-R y 1674/2010-R) debiendo notificarse oportunamente con la misma al peticionante (SC 0207/2010-R de 24 de mayo); y,*

*d) La respuesta al fondo de la petición de forma que resulte pertinente, debiendo efectuarla de manera fundamentada (SSCC 0376/2010-R y 1860/2010-R) por lo que no se satisface dicho derecho con respuestas ambiguas o genéricas (SC 0130/2010-R de 17 de mayo)".*

**Ficha Jurisprudencial:**  
**SCP 0085/2012 – DERECHO DE PETICIÓN**  
**Contextualización de línea jurisprudencial**  
**establecida por el TCP**

El Tribunal Constitucional desarrolló la línea jurisprudencial sobre el derecho de petición de acuerdo a las siguientes temáticas:

- a) contenido esencial;
- b) requisitos de procedencia;
- c) legitimación activa;
- d) legitimación pasiva;
- e) plazo para emitir respuesta, y,
- f) tutela reforzada.

---

**A) Sobre el contenido esencial del derecho de petición su desarrollo es el siguiente:**

1. La SC 0218/2001-R estableció que el núcleo esencial del derecho de petición comprende el derecho a obtener una respuesta pronta y oportuna en la que se resuelva la petición en sí misma.
2. Las SSCC 0981/2001-R, 776/2002-R, 0692/2003-R determinaron que se tendrá por lesionado el derecho de petición cuando la persona ante la que se realiza la petición no responde en un tiempo razonable ya sea en sentido positivo o negativo, vale decir, que en los casos en que no hubiese una respuesta oportuna y motivada se tiene el derecho como lesionado pero no cuando existe la respuesta negativa, pues el derecho no exige la concesión de lo solicitado;
3. Las SSCC 0776/2002-R, 1121/2003-R; 1159/2003-R, establecieron que forma parte del contenido esencial la exigencia de una respuesta material de fondo y no evasiva;
4. A su vez, la SC 0843/2002-R, extendió su contenido al derecho que tiene el peticionante de que la respuesta le sea debidamente comunicada, expresando: “es necesario que el peticionante obtenga una respuesta formal y escrita, que debe ser necesariamente comunicada o notificada, a efecto de que la parte interesada, si considera conveniente, realice los reclamos y utilice los recursos previstos por Ley”; “...no puede quedar en la psiquis de la autoridad requerida para resolver la petición, ni al interior de la entidad a su cargo...” (SSCC 1541/2002-R, 1121/2003-R).
5. La SC 1571/2011-R de 11 de octubre, en el marco de la Constitución vigente señaló que el derecho a la petición puede ser ejercido de manera oral o escrita, sin la exigencia de formalidades.

6. Asimismo, la SC 1995/2010-R, precisó que forma parte del contenido esencial de derecho de petición el derecho a que si se dirige la petición ante la autoridad que no es la competente o pertinente, surge la obligación de la autoridad de responder formal y oportunamente sobre su incompetencia, indicando cuál la autoridad a la que debe dirigirse el peticionario.
7. El Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la SCP 0062/2012, considerada como la primera sentencia confirmadora, ratificó los precedentes generados por las sentencias (SSCC 123/2001-R, 218/2001-R, 692/2003-R referidos a su contenido esencial), razonamiento seguido por las SSCC 0086/2012; 0246/2012.
8. De otro lado, la SCP 0246/2012, confirmó el razonamiento expuesto en las SSCC 0299/2006-R, 751/2006-R, 2190/2010-R, entre otras, que consideraron que el derecho de petición no encuentra satisfacción en el silencio administrativo negativo, pues su contenido esencial es generar una respuesta formal y motivada por escrito que resuelva el fondo del asunto peticionado, aclarando que el silencio administrativo negativo regula los efectos de la falta de respuesta al peticionante; empero, no implica respuesta, sino una forma de protección del fondo de lo solicitado por el peticionante, de tal modo que su pretensión no quede en estado de incertidumbre o irresolución, sino que la negativa a lo solicitado, por un acto presunto legalmente, pueda ser impugnado;

9. De otro lado, la SCP 0629/2012, confirmó el razonamiento expuesto en la SC 0835/2005-R que determinó la autorrestricción de la justicia constitucional de pronunciarse sobre otros derechos, señalando que cuando se denuncia como vulnerados varios derechos fundamentales o garantías constitucionales conjuntamente con el derecho de petición, la tutela del derecho de petición, impide a la justicia constitucional, a través de la acción de amparo, dado su carácter subsidiario, pronunciarse sobre otros derechos conexos, cuando de su tutela dependa que el accionante pueda obtener una repuesta por parte de las autoridades demandadas que resuelvan lo impetrado. Cabe aclarar que la SCP 0601/2012, a diferencia de la SC 0835/2005-R y la SCP 0629/2012, en un caso donde existió conexitud e interdependencia del derecho de petición con el derecho a la propiedad, tuteló ambos derechos, señalando que la falta de respuesta en trámite de aprobación de planos municipales lesionó también el derecho a la propiedad.
10. Asimismo, la SCP 0810/2012, confirmó el razonamiento expuesto en la SC 0310/2004, señalando que la o el peticionante, tienen la obligación de apersonarse ante las oficinas de la autoridad ante la cual se formuló la petición para recabar y conocer la respuesta formal emitida; sin embargo, este razonamiento no debe ser entendido como un cambio al entendimiento contenido en la SC 0843/2002-R, referido al derecho a ser notificado con la respuesta; sino como un supuesto diferente; por cuanto, tanto la SC 0310/2004-R como en la SCP 0810/2012, se denegó la tutela porque se evidenció una actitud pasiva de los peticionantes, quienes no obstante de conocer que la respuesta fue emitida, no acudieron a las oficinas respectivas.

11. Por su parte, la SCP 2051/2013, determinó que no es posible conceder la tutela cuando la autoridad no tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, sea positiva o negativamente porque la petición fue realizada ante autoridad incompetente; sin embargo, las SSCC 470/2014, 0083/2015-S3, ratificaron el razonamiento contenido en las SSCC 1431/2010-R y 1995/2010-R, que determinaron que los servidores y autoridades públicas tienen legitimación pasiva incluso cuando carecen de competencia para resolver lo peticionado, debido a que de igual forma tienen la obligación de responder formal y oportunamente sobre su incompetencia, señalando en su caso, a la autoridad ante quien debe dirigirse el peticionario;
12. Finalmente, la SCP 0470/2014, refiriéndose a las formas de manifestación de la petición entendió que es posible aceptar la utilización del correo electrónico, al ser un medio alternativo de comunicación inmediata, que reconoce el Código Procesal Constitucional.

---

**B) En cuanto a los requisitos para su procedencia, el desarrollo jurisprudencial es el siguiente:**

1. La SC 0310/2004-R de 10 de marzo, desarrolló cuatro requisitos para que sea viable la tutela por lesión al derecho de petición, conforme al siguiente texto: "...a fin de que se otorgue la tutela en caso de alegarse la violación del derecho a formular peticiones, corresponde que el recurrente, demuestre los siguientes hechos: a) la formulación de una solicitud expresa en forma escrita; b) que la misma hubiera sido formulada ante una autoridad pertinente o competente; c) que exista una falta de respuesta en un tiempo razonable y d) se haya exigido la respuesta y agotado las vías o instancias idóneas de esa petición ante la autoridad recurrida y no existan otras vías para lograr la pretensión".

2. Este razonamiento fue modulado por la SC 1995/2010-R, exigiendo únicamente los siguientes requisitos: “para que la justicia constitucional ingrese al análisis de fondo de la presunta lesión al derecho de petición, es exigible: a) La existencia de una petición oral o escrita; b) La falta de respuesta material y en tiempo razonable a la solicitud y, c) La inexistencia de medios de impugnación expresos con el objetivo de hacer efectivo el derecho de petición, lo que significa que en caso de no existir estos medios específicos la acción puede presentarse de manera directa;
3. La SCP 1751/2012, señaló que no puede exigirse al peticionante la carga de solicitud de respuesta;
4. A su vez, la SCP 0145/2013-L, determinó la concesión de oficio ante evidente conculcación aun cuando este derecho no hubiere sido señalado como vulnerado por los accionantes.

---

**C) Con relación a la legitimación activa,**

la línea jurisprudencial ha sido uniforme al conceder legitimación activa a toda persona, individual, jurídica o colectiva (SC 1148/2002-R). A este respecto, la SCP 470/2014 precisó que el derecho de petición puede ser ejercido por toda persona de manera individual o colectiva, con el único requisito de la identificación de peticionario.

---

**D) En cuanto a la legitimación pasiva, el desarrollo jurisprudencial es el siguiente:**

1. El Tribunal Constitucional desde inicio entendió que la legitimación pasiva en los supuestos de lesión al derecho de petición no tiene excepción alguna, alcanzando a cualquier autoridad o servidor público (SSCC 0218/

2001-R). Así la SC 0275/2003-R de 11 de marzo, subrayó que el derecho de petición consiste en esa facultad que tiene toda persona de dirigirse a las autoridades públicas con el fin de reclamar, pedir u observar alguna cosa que le incumbe a aquella, caracterizado como un instrumento de particular importancia para que la sociedad civil pueda controlar a sus autoridades y hacer valer sus derechos y que el núcleo esencial de este derecho fundamental comprende la respuesta pronta y oportuna; las SSCC 1136/2010-R y 0560/2010-R, entendieron que alcanza respecto de autoridades judiciales;

2. A su vez las SSCC 1431/2010-R y 1995/2010-R, precisaron que cuando los destinatarios son autoridades públicas, éstas tienen legitimación pasiva incluso cuando carecen de competencia para resolver lo petitionado, debido a que de igual forma tienen la obligación de responder formal y oportunamente sobre su incompetencia, señalando en su caso, a la autoridad ante quien debe dirigirse el peticionario.
3. Por su parte, las SSCC 0820/2006-R, 1500/2010-R, reconocieron legitimación pasiva a personas particulares que presenten servicios públicos o ejerzan funciones de autoridad.
4. Este último razonamiento fue modulado por la SCP 0085/2012, que estableció la eficacia horizontal del derecho de petición, señalando que: “El derecho de petición, en el marco de la doctrina de la eficacia horizontal de derechos, es oponible no solamente en relación a los poderes públicos, sino también en cuanto a los particulares”. Precedente de este razonamiento puede encontrarse en la SC 0374/2004-R, por cuanto tuteló el derecho de petición frente a particulares por no haberse dado respuesta oportuna a solicitud de convalidación de materias de una Universidad Privada.

5. En este contexto, la SCP 1419/2012, precisó que el derecho de petición tiene eficacia directa y es oponible frente a particulares, por lo que su ejercicio no requiere que esté refrendado por autoridad pública alguna, como es el Ministerio Público a través de requerimientos fiscales, sin embargo, este error, no puede ser atribuido al ciudadano para negar la tutela por vulneración al derecho de petición.

---

**E) En cuanto al plazo para emitir respuesta, la jurisprudencia constitucional desarrolló lo siguiente:**

1. El Tribunal Constitucional precisó que en caso de no estar previsto un plazo en la norma para que la autoridad o servidor público emita respuesta, el derecho de petición se tiene por lesionado cuando ésta no es emitida dentro de un plazo razonable. Así las SSCC 0981/2001-R, 776/2002-R, 0692/2003-R determinaron que se tendrá por lesionado el derecho de petición cuando la persona ante la que se realiza la petición no responde en un tiempo razonable ya sea en sentido positivo o negativo.
  2. La 1675/2013, al interior del Instituto Nacional de Reforma Agraria, las respuestas que impliquen cuestiones de mero trámite deben ser realizadas en el plazo de veinticuatro horas, vencido el cual, se tiene por vulnerado el derecho de petición.
  3. Asimismo, la SCP 1178/2014, refiriéndose al plazo para responder con relación a particulares entendió que "... si bien el plazo de respuesta no está prevista para particulares, en el marco de la eficacia horizontal del derecho de petición, debe aplicarse por analogía el plazo de tres días previsto en el art. 71.1 del Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos".
-

- 
- F) Finalmente, en el marco de tutela reforzada, la línea jurisprudencial ha realizado pronunciamientos expresos con relación al resguardo del derecho de petición vinculado a los grupos de prioritaria atención con relación:**
- a) Mujeres embarazadas;**
  - b) Adultos Mayores;**
  - c) Pueblos Indígenas.**

En esta línea de entendimiento, con relación a mujeres embarazadas:

1. La SCP 424/2012, refirió que el derecho de petición impone a las y los servidores públicos que tengan conocimiento de una solicitud, a recibir, tramitar y dar respuesta de fondo de manera oportuna, ya sea de forma positiva o negativa, obligación reforzada cuando la solicitud refiere a la situación de una persona de un grupo de atención prioritaria entre las cuales se hallan las mujeres gestantes y/o con hijos o hijas menores a un año de edad.
2. Asimismo, la SCP 2557/2012, exigió mayor celeridad de la respuesta en peticiones de mujeres embarazadas, estableciendo que: “la respuesta del empleador a las peticiones de mujeres embarazadas debe ser rápida y oportuna, ya que por su estado, una situación de incertidumbre puede considerarse nociva a su salud y al ser en gestación”.

Respecto a los derechos del Adulto Mayor, la SCP 1631/2012, precisó el derecho a no sufrir dilaciones en sus peticiones, señalando que la protección del adulto mayor merece un trato preferente y digno, cualquiera sea su situación o status, del que deriva el derecho a no sufrir dilaciones en sus peticiones en las que reclama derechos concretos relativos a su vida, salud y bienestar familiar, como a una vivienda digna.

Finalmente, la SCP 0014/2013-L, entendió que el derecho de petición adquiere una doble exigencia en cuanto a la consideración de su carácter informal tratándose de peticiones efectuadas por pueblos indígenas.

---

### III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Habiendo transcurrido más de una década desde la puesta en vigencia de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo –una norma sin precedentes en el país–, conviene resaltar que a través de ella, por primera vez se consagraron los Principios Fundamentales que rigen las actividades de la Administración Pública. Actualmente, la Constitución Política del Estado, en su artículo 232, también ha establecido de manera expresa, que la Administración Pública se rige por los principios de: *“legitimidad, legalidad, imparcialidad, publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez, honestidad, responsabilidad y resultados”*.

Asimismo, cabe agregar que el desarrollo jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional (tanto en su primera época, como en la época de transición, y en la época plurinacional), respecto a las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo, ha sido abundante hasta este tiempo, e idónea para perfilar las bases del nuevo *Derecho Procesal Administrativo*<sup>5</sup> en Bolivia, conforme se puede apreciar a continuación.

---

5 De acuerdo al criterio del tratadista Héctor Jorge Escola, debemos precisar que si se acepta que existe un proceso administrativo, y como natural consecuencia un procedimiento administrativo (Cfr. Sentencia Constitucional N°0009/2004, de 28 de enero de 2004), cabe preguntarse si existe una disciplina jurídica que tenga por objeto sistematizar sus principios y, en caso afirmativo, cuál ha de ser su denominación. *“Tal disciplina efectivamente existe –asegura Escola–, y efectúa el estudio de los principios generales y de las normas que regulan el proceso y los procedimientos administrativos, fijando las diversas relaciones y aplicaciones que de ellos surgen, correlacionándolos, con arreglo a métodos sistemáticos y procurando fijar sus requisitos, contenidos y efec-*

---

tos. Esa rama del derecho es el derecho procesal administrativo, que puede ser definido diciendo que es aquella disciplina que tiene por finalidad el estudio de las normas que regulan el desenvolvimiento jurídico-formal del accionar de la administración pública, para el logro de sus fines específicos". Cfr. Escola, Héctor Jorge (1990). *Compendio de Derecho Administrativo. Volumen II*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, p. 1176. Ciertamente, ésta constituye una nueva disciplina sobre la cual se ha escrito muy poco (casi nada) en Bolivia. Así por ejemplo, y siguiendo las ideas del mencionado tratadista, el autor boliviano que por vez primera propugnó la necesidad de hablar de esta disciplina en Bolivia, fue el Docente de Derecho Administrativo en la UMSA, Dr. Max Mostajo Machicado, quien en su importante obra sobre Derecho Administrativo (publicada hace aproximadamente una década atrás), señalaba que el *Derecho Procesal Administrativo*, es la rama del Derecho Público que estudia e investiga los principios, fundamentos, la jurisprudencia y los preceptos normativos adjetivos que disciplinan la experiencia jurídica administrativa, en cuanto a la actuación y exteriorización de la voluntad de la administración pública, su impugnación, la eficacia y las formas de actuación de los administrados en su relación con los órganos administrativos. Cfr. Mostajo Machicado, Max (2004). *Apuntes para la reinvencción del Derecho Administrativo Boliviano*. Segunda Edición actualizada y complementada. La Paz, Bolivia: Editorial Jurídica Temis. p. 539. Al año siguiente, el autor boliviano Walker San Miguel, escribió una obra especializada sobre *Derecho Administrativo Sancionador* (acaso la primera publicación sobre esta materia en Bolivia), en cuyo contenido, y a tiempo de exponer algunas ideas sobre el procedimiento administrativo sancionador, insertó un acápite especial para referirse a la existencia del *Derecho Procesal Administrativo*, que según el autor, surge como rama jurídica especializada, ante la necesidad de sistematizar la enorme cantidad de normas de procedimiento administrativo, así como los principios que sostienen la actividad administrativa del Estado y todos los temas conexos a esta realidad jurídica cada vez más compleja. En este sentido, el mencionado autor sostiene que esta disciplina incorpora en su estudio y normativización, no sólo a los procedimientos constitutivos –aquellos que permiten constituir la voluntad administrativa–, sino a los procedimientos recursivos o de impugnación en sede administrativa, al proceso contencioso-administrativo o vía de impugnación en sede judicial y, finalmente, a los procedimientos de ejecución. Todos ellos, en conjunto, forman parte de esta rama jurídica en permanente desarrollo. Cfr. San Miguel, Walker (2005). *Derecho Administrativo Sancionador*. La Paz, Bolivia: Plural Editores. p. 85. Asimismo, recomiendo consultar mi artículo de opinión: "Escaso desarrollo legislativo del Derecho Procesal Administrativo"; publicado en la columna: *Apunte Legal de "La Gaceta Jurídica"* (26 de mayo y 2 de junio de 2015). Ahora disponible en el Blog: Tren Fugitivo Boliviano <http://alanvargas4784.blogspot.com/>

## **1. Principio fundamental**

### **(Principio de Interés Colectivo):**

Según la Ley, el desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad (y no así, de parcialidad o partido político alguno).

El interés colectivo, o el compromiso e interés social de que habla la misma Constitución, al estar estrechamente relacionado con el bienestar de la comunidad, adquiere carácter superlativo y preferencial en la consecución de los fines del Estado, a través de la Administración Pública a nivel nacional, departamental y municipal, dado que por mandato del artículo 9 constitucional, estos fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley, deben estar dirigidos a:

- “1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.**
- 2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe.**
- 3. Reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional (...).”**

## 2. Principio de autotutela:

La Administración Pública generalmente dicta actos administrativos, que tienen efectos sobre los ciudadanos y puede ejecutar según corresponda, por sí misma sus propios actos, sin perjuicio del control judicial posterior (vía proceso contencioso-administrativo).

En otras palabras, la Administración Pública está investida de un poder jurídico para garantizar el cumplimiento de sus fines, para la satisfacción de los intereses generales, por lo que, una vez dictado un acto administrativo, puede ejecutarlo por sí mismo, sin que requiera autorización alguna de otro órgano o autoridad, ello sin perjuicio del control judicial posterior a que está sujeta toda su actividad. Así, para Hutchinson, la Administración tiene el *poder de autotutela declarativa o decisoria*, que implica la capacidad por sí misma, de modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas; y asimismo, tiene el *poder de autotutela ejecutoria*, consistente en ejecutar de oficio sus propios actos<sup>6</sup>.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado, que la administración, ejerce un conjunto de potestades que ponen de manifiesto el *Principio de Autotutela*; es decir, la posibilidad de la Administración, de controlar no sólo la legalidad sino la oportunidad o conveniencia de sus actos, en virtud de los intereses generales que le corresponde tutelar, la cual le permite declarar la nulidad absoluta o la anulabilidad de los actos dictados por ésta, sólo en aquellos casos en que el acto se encuentra subsumido en las causales legalmente establecidas (Cfr. Sentencia Constitucional N°0427/2010-R, de 28 de junio).

Asimismo, cabe agregar que a partir de la estructuración del *principio de "autotutela" de la administración pública* y en virtud a la característica de firmeza de los actos administrativos,

---

6 Cfr. Mostajo Machicado, Max (2004). Obra citada, p. 544.

se configura una garantía constitucional a favor del administrado, en virtud de la cual, ningún nivel de la administración pública, puede modificar, alterar o anular “de oficio” un acto administrativo estable, cuya presunción de legitimidad y legalidad, solamente puede ser desvirtuada a través del control jurisdiccional de actos administrativos.

Ahora bien, es imperante señalar también, que un acto administrativo puede ser anulado de acuerdo a las causales establecidas taxativamente en el art. 35 de la Ley N°2341; en ese contexto, interpretando teleológica y sistémicamente el parágrafo II de esta disposición, se tiene que la nulidad de actos administrativos es procedente a través de los recursos administrativos disciplinados en la propia Ley de Procedimiento Administrativo, empero, para el supuesto en el cual, la propia Administración Pública, pretenda anular un acto administrativo estable en virtud del cual se generaron efectos jurídicos a favor del administrado, ésta no puede alegar la *nulidad de “oficio”*, sino debe acudir al control jurisdiccional ulterior de los actos administrativos, a través del proceso contencioso administrativo (Cfr. Sentencia Constitucional N°1074/2010-R, de 23 de agosto).

### **3. Principio de sometimiento pleno a la ley (Principio de Legalidad):**

La Administración Pública debe regir sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el *debido* proceso (ahora, en su triple dimensión de: principio/derecho/garantía)<sup>7</sup>.

Cabe señalar que el principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al derecho (como ordenamiento jurídico), para garantizar

---

<sup>7</sup> La Constitución Política del Estado en consideración a la naturaleza y los elementos constitutivos del debido proceso como instituto jurídico y mecanismo de protección de los derechos fundamentales, lo consagra como un *principio, un derecho y una garantía*, es decir, la naturaleza del

la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos.

---

debido proceso es reconocida por la Constitución en su triple dimensión: como derecho fundamental de los justiciables, de quien accede reclamando justicia, la víctima y de quien se defiende el imputado. A la vez es un principio procesal, que involucra la igualdad de las partes (art. 119.I CPE) y una garantía de la administración de justicia, previniendo que los actos del proceso se ceñirán estrictamente a reglas formales de incuestionable cumplimiento. De esa triple dimensión, se desprende el debido proceso como derecho fundamental autónomo y como derecho fundamental indirecto o garantía, que a decir de Carlos Bernal Pulido en: *El Derecho de los Derechos: "El derecho fundamental al debido proceso protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dicho procedimiento de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas, y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de autocriticarse (...) es un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales en el estado democrático. El respeto a los debidos procesos garantiza en la democracia el respeto a la libertad, la igualdad, los derechos políticos o de participación y los derechos sociales"*. Esa doble naturaleza de aplicación y ejercicio del debido proceso, es parte inherente de la actividad procesal, tanto judicial como administrativa, pues nuestra Ley Fundamental instituye al debido proceso como:

**1) Derecho fundamental:** Como un derecho para proteger al ciudadano en primer orden de acceso a la justicia oportuna y eficaz, como así de protección de los posibles abusos de las autoridades originadas no sólo en actuaciones u omisiones procesales, sino también en las decisiones que adopten a través de las distintas resoluciones dictadas para dirimir situaciones jurídicas o administrativas y que afecten derechos fundamentales, constituyéndose en el instrumento de sujeción de las autoridades a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico.

**2) Garantía jurisdiccional:** Asimismo, constituye una garantía al ser un medio de protección de otros derechos fundamentales que se encuentran contenidos como elementos del debido proceso como la motivación de las resoluciones, la defensa, la pertinencia, la congruencia, de recurrir, entre otras, y que se aplican toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituyendo las distintas garantías jurisdiccionales inherentes al debido proceso, normas rectoras a las cuales deben sujetarse las autoridades pero también las partes intervinientes en el proceso en aplicación y resguardo del principio de igualdad. (Cfr. Sentencia Constitucional N°0316/2010-R, de fecha 15 de junio de 2010).

Así está reconocido el sentido de este principio en la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo, al señalar que la Administración Pública regirá sus actos (administrativos) con sometimiento pleno a la Ley (no sólo formal, sino material), asegurando a los administrados el *debido proceso*<sup>8</sup>; lo que implica, además, que los actos de la Administración pueden ser objeto de control judicial (en la vía contencioso-administrativa), como también lo reconoce el art. 4 inc. i) de la Ley N°2341, al establecer que *“El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables”*.

Asimismo, otro signo adicional del principio de sometimiento de la administración al derecho, está referido a que la administración no puede sustraerse del procedimiento legalmente preestablecido (dado que ello constituye causal de nulidad de los actos administrativos, según el artículo 35, parágrafo I, inciso c) de la Ley N°2341), sino que debe sujetar su actuación, y el de las partes en su caso, a lo previsto en la norma que regula el caso en cuestión. Conforme a esto, la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 2 establece que:

---

8 El art. 115.II de la CPE, establece que: *“El Estado garantiza el derecho al debido proceso...”*. Como garantía, halla su consagración en el art. 117.I de la CPE, al señalar que *“Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso...”*; garantía que no sólo es inherente al ámbito penal, sino también a la esfera del derecho administrativo, en los casos en que se deba determinar alguna sanción por contravención a este ordenamiento. Entonces, *el debido proceso administrativo debe ser entendido como el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que mínimamente se garantice al administrado infractor, el conocimiento oportuno de la sindicación que se le atribuye, con relación a una falta o contravención que presuntamente hubiese cometido y que esté previamente tipificada como tal en norma expresa, para que pueda estructurar adecuadamente su defensa, ser debidamente escuchado, presentar pruebas y alegatos, desvirtuar e impugnar en su caso las de contrario, la posibilidad de ser juzgado en doble instancia, y cumplido todo lo cual, recién imponerle la sanción que se encuentre prevista para la falta, quedando así a salvo del arbitrio del funcionario o autoridad.* (Cfr. Sentencia Constitucional N°0448/2010, de fecha 28 de junio de 2010, reiterada por la Sentencia Constitucional N°2893/2010-R, de fecha 17 de diciembre de 2010).

*“I La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley”. (Cfr. Sentencia Constitucional N°1464/2004-R, de 13 de septiembre).*

Respecto al principio de legalidad en la configuración del nuevo orden constitucional, la Sentencia Constitucional N°0982/2010-R de 17 de agosto, manifestó que:

*“El principio de legalidad en su clásica concepción implica el sometimiento de gobernantes y gobernados a la ley; significa, entonces, el reconocimiento al legislador como único titular de la facultad normativa, a la cual debe estar sometida la administración. Sin embargo, actualmente dicha definición resulta insuficiente en el marco del Estado Constitucional de Derecho y el sistema constitucional boliviano vigente; por ello debe entenderse que dicho principio supone, fundamentalmente, el sometimiento de los gobernantes y gobernados a la Constitución Política del Estado, la vigencia de derecho y el respeto a la norma.*

*Efectivamente, la Constitución Política del Estado, no debe ser entendida únicamente de manera formal, como reguladora de fuentes del Derecho, de la distribución y del ejercicio del poder entre los órganos estatales, sino como la Ley Suprema y Fundamental que contiene los valores, principios, derechos y garantías que deben ser la base del legislador y del intérprete de la Constitución, se concluye entonces que las leyes son válidas no sólo por la forma de su producción, sino también y, fundamentalmente, por la coherencia de sus contenidos con La Ley Fundamental”.*

En ese entendido, nos encontramos frente a un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, en donde la Constitución (en palabras de Guastini y Comanducci): *“es una Constitución invasora, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, la acción de los gobernantes y gobernados, y que ha dado lugar al nacimiento de un nuevo paradigma de Estado, el Estado Constitucional de Derecho, en el que se apuesta por Constituciones con fuerte contenido normativo, y a la vez garantizadas”.* Vale decir

que: “Son *Constituciones normativas* porque tienen un vasto programa normativo, con principios, valores, amplios catálogos de derechos y garantías, y no simplemente con reglas sobre las fuentes de producción normativa y reglas del juego. Son *Constituciones garantizadas* porque existe un órgano jurisdiccional para hacer valer las normas constitucionales, frente a su lesión, a través de los mecanismos de protección previstos en la misma Constitución. Debe añadirse que la existencia de una jurisdicción especializada para el control de constitucionalidad, no impide que la jurisdicción ordinaria proteja los derechos fundamentales y garantías constitucionales”.

En síntesis, como afirma Prieto Sanchis<sup>9</sup>, el Estado constitucional representa una fórmula mejorada del Estado de Derecho, pues se busca no sólo el sometimiento a la ley, sino a la Constitución, que queda inmersa dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema: “*Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en aquélla disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de manera permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional*”. De lo señalado, se colige que en un Estado Constitucional de Derecho, tanto gobernantes como gobernados, deben someterse al imperio de la ley, a fin que no sean los caprichos personales o actuaciones discrecionales, las que impongan su accionar, desconociendo lo anteladamente establecido por la norma positiva, vulnerando el principio de seguridad (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0270/2012, de fecha 4 de junio de 2012)<sup>10</sup>.

9 Prieto Sanchis, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Editorial Palestra, Lima, 2002, p. 119.

10 Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia en la **Sentencia C-290/08 respecto al principio de legalidad**, señaló: “i) *Que la sanción sea establecida directamente por el legislador (reserva legal); ii) que esta determinación sea previa al acto merecedor de la conminación; iii) que el contenido material de la sanción esté definido en la ley, o que el legislador suministre criterios que permitan razonablemente tanto al disciplinable como a la autoridad competente contar con un marco de referencia cierto para la determinación; iv) ha de ser razonable y*

#### 4. Principio de verdad material (Principio de Certeza):

El principio de verdad material es uno de los principios que sustenta la jurisdicción ordinaria de acuerdo a lo previsto en el art. 180.I de la CPE, en relación al art. 179.I constitucional, al señalar que la función judicial es única. En cumplimiento de dicho mandato constitucional, el principio de verdad material ha sido recogido por el legislador, rigiendo también para el procedimiento administrativo; así está establecido en el art. 4 inc. d) de la Ley N°2341: “Principio de verdad material: *La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil*”, por su parte el art. 62 inc. m) del DS 27113 de 23 de julio de 2003, establece entre las facultades y deberes de la Autoridad Administrativa: “*Investigar la verdad material, ordenando medidas de prueba*”

Siguiendo el acertado criterio de Mostajo Machicado<sup>11</sup>, se puede decir que en virtud de este principio, la Administración Pública tiene facultades suficientes de buscar y obtener las

---

*proporcional, a efectos de evitar arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición. (...) El principio de legalidad de las sanciones contenido el artículo 29 de la Constitución, conforme al cual «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa», forma parte de las garantías integrantes de la noción de debido proceso, y exige la determinación precisa de las penas, castigos o sanciones que pueden ser impuestas por las autoridades en ejercicio del poder punitivo estatal. Este postulado tiene plena validez en el campo de la actividad sancionatoria de la administración, toda vez que la misma Carta enuncia que «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas». (C.P art. 29). En sostenida jurisprudencia la Corte ha señalado que en el derecho administrativo sancionador son aplicables mutatis mutandi las garantías superiores que rigen en materia penal, entre ellas la de legalidad de las infracciones y de las sanciones, conforme a la cual nadie puede ser sancionado administrativamente sino conforme a normas preexistentes que tipifiquen la falta y señalen la sanción correspondiente”. (Citado en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°1635/2013, de fecha 4 de octubre de 2013. Sala Tercera).*

11 Cfr. Mostajo Machicado, Max (2004). Obra citada, p. 545.

pruebas necesarias para el esclarecimiento de los temas sometidos a su conocimiento, con amplitud de posibilidades en las actividades de investigación, para averiguar la verdad material acerca de lo acontecido en determinado caso; en cuyo mérito, no puede (ni debe) limitarse al mero análisis de los documentos que cursan en el expediente del caso que le corresponde conocer y resolver, sino más bien debe constatar y verificar en otros lugares o archivos en donde se encuentre la prueba real y objetiva del hecho y sus circunstancias.

Es así que, dentro de los principios que rigen los procedimientos administrativos, el art. 4 inc. d) de la Ley de Procedimiento Administrativo, reconoce el de *verdad material* como uno de los pilares sobre el que debe sustentarse su desarrollo, tomando en cuenta la situación de desventaja en la que se encuentra el administrado frente al aparato estatal; en este sentido, la jurisprudencia constitucional ha determinado el siguiente entendimiento:

*“El principio de verdad material previsto por el art. 4 inc. d) de la LPA, determina que la administración pública investigará la verdad material, en virtud de la cual, la decisión de la Administración debe ceñirse a los hechos y no limitarse únicamente al contenido literal del expediente, incluso más allá de lo estrictamente aportado por las partes, siendo obligación de la administración la averiguación total de los hechos, no restringiendo su actuar a simplemente algunas actuaciones de carácter administrativo formal que no son suficientes para asumir decisiones. La tarea investigativa de la administración pública, en todos los casos sometidos al ámbito de su jurisdicción, debe basarse en documentación, datos y hechos ciertos con directa relación de causalidad, que deben tener la calidad de incontrastables, en base a cuya información integral la autoridad administrativa con plena convicción y sustento, emitirá el pronunciamiento que corresponda respecto al tema de fondo en cuestión (...). No se debe olvidar que los órganos reguladores y más aún aquéllas entidades establecidas como filtros de la aplicación de la legalidad administrativa, tienen derecho a instruir los actuados*

*necesarios para asegurar, por razones de orden público, la correcta aplicación del universo de normativa administrativa”.*

En el análisis del caso concreto, el Tribunal Constitucional estableció que:

*“El ejercicio de esta potestad es inexcusable, por tanto, la autoridad administrativa de revisión competente, como es la Superintendencia General del SIREFI, ordenó a la SPVS, la verificación plena de los hechos que sirvieron de base a sus decisiones, para lo cual, la SPVS, deberá adoptar todas las medidas administrativas necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas, quedando facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. La administración, ejerce un conjunto de potestades que ponen de manifiesto el principio de autotutela; es decir, la posibilidad de la administración de controlar, no sólo la legalidad sino la oportunidad o conveniencia de sus actos en virtud de los intereses generales que le corresponde tutelar, la cual le permite «reconocer», sinónimo de declarar la nulidad absoluta o la anulabilidad de los actos dictados por ésta, sólo en aquellos casos en que el acto se encuentra subsumido en las causales establecidas (...)”.* (Cfr. Sentencia Constitucional N°0427/2010-R, de fecha 28 de junio de 2010; cuyo entendimiento ha sido reiterado posteriormente en la Sentencia Constitucional N°1724/2010-R, de fecha 25 de octubre de 2010).

Posteriormente, en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0510/2013, de fecha 19 de abril de 2013, y a fin de resolver la problemática planteada en el caso, el Tribunal Constitucional Plurinacional consideró imprescindible referirse al principio de verdad material como componente esencial en los procesos judiciales y administrativos.

En este sentido, señaló que el principio de verdad material, de acuerdo a lo previsto en el artículo 180.I de la CPE, es uno de los principios que también sustenta o fundamenta la administración de justicia, considerando que la función judicial es única, conforme lo dispone el artículo 179.I de la Norma Suprema. Dicho principio, en cumplimiento del mandato constitucional, es también uno de los principios que rige el procedimiento administrativo, que ha sido recogido por el legislador (artículo 4 inc. d) de la LPA).

Ciertamente, sobre este principio, la citada Sentencia Constitucional N°0427/2010-R, de 28 de junio, había señalado lo siguiente:

*“Los principios fundamentales del ordenamiento jurídico administrativo boliviano, que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, establecen las bases para el desarrollo del procedimiento, orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el art. 4 de la LPA. En lo que se refiere a la **verdad material**, cabe considerar que la doctrina es uniforme al establecer que la **verdad material**: «es aquella que busca en el procedimiento administrativo, el conocimiento de la realidad, de esa verdad, en la acepción latina del término veritas: lo exacto, riguroso. No permite contentarse con el mero estudio de las actuaciones sino que deben arbitrarse los medios por los cuales, al momento del dictado de la decisión, se conozcan todas aquellas cuestiones, permitiendo así el conocimiento exacto o lo más aproximado a los hechos que dieron origen al procedimiento»”. (Abelaztury, Cilurzo, Curso de Procedimiento Administrativo, Abeledo - Perrot, p. 29).*

*El principio de verdad material previsto por el art. 4 inc. d) de la LPA, determina que la **administración pública investigará la verdad material**, en virtud de la cual, la **decisión de la Administración debe ceñirse a los hechos y no limitarse únicamente al contenido literal del expediente, incluso***

*más allá de lo estrictamente aportado por las partes, siendo obligación de la administración la averiguación total de los hechos, no restringiendo su actuar a simplemente algunas actuaciones de carácter administrativo formal que no son suficientes para asumir decisiones. La tarea investigativa de la administración pública, en todos los casos sometidos al ámbito de su jurisdicción, debe basarse en documentación, datos y hechos ciertos con directa relación de causalidad, que deben tener la calidad de incontrastables, en base a cuya información integral la autoridad administrativa con plena convicción y sustento, emitirá el pronunciamiento que corresponda respecto al tema de fondo en cuestión” (las negrillas corresponden a la Sentencia).*

La doctrina –citada en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0510/2013–, con relación al principio de verdad material y la diferencia de su aplicación en materia civil, señala que:

“Mientras que en el proceso civil el juez debe necesariamente constreñirse a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material, y debe en consecuencia ajustarse a los hechos, prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no<sup>12</sup>. De igual forma, la doctrina (haciendo referencia al tratadista Agustín Gordillo) sostiene que la fundamentación del principio se advierte si se observa que la decisión administrativa debe ser independiente de la voluntad de las partes, y que por ejemplo un acuerdo entre las partes sobre los hechos del caso, que en el proceso civil puede ser obligatorio para el juez, no resulta igualmente obligatorio para el administrador, que está obligado a comprobar la autenticidad de los hechos; a la inversa, tampoco puede depender la decisión administrativa de la voluntad del administrado de no aportar las pruebas

12 Cfr. Gordillo, Agustín. *Procedimiento y Recursos Administrativos* (Principios Fundamentales del Procedimiento Administrativo. PRA-II-5. Disponible en: [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo5/03/03-capitulo2.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo2.pdf)).

*del caso: Ella debe siempre ajustarse únicamente al principio de la verdad material<sup>13</sup>. Vinculado a este principio se encuentra el de impulsión de oficio, toda vez que por este principio, conforme se tiene mencionado en otras legislaciones, implica que «el órgano administrativo impulsará el procedimiento en todos sus trámites, ordenando los actos de instrucción adecuados». En este contexto, corresponde a la autoridad administrativa la adopción de los recaudos conducentes a su impulsión, hasta el pronunciamiento del acto final y asimismo, el desarrollo de la actividad necesaria para obtener las pruebas pertinentes para la adecuada resolución”.*

En este entendido no debe olvidarse que la “administración pública y sus órganos tienen la obligación y responsabilidad de dirigir el procedimiento administrativo y ordenar que se practiquen cuantas diligencias sean necesarias para dictar el acto o resolución final, independientemente que el mismo se inicie de oficio o a petición o gestión del interesado”.

A este respecto García Enterría y Fernández, sostienen que “el órgano administrativo está específicamente obligado a desarrollar, incluso de oficio, es decir, sin que medie petición al respecto de los interesados, todos los actos de instrucción (y por consiguiente, todas las actividades probatorias) que se consideren adecuadas”.

En efecto, en modo alguno ha de ser el administrador “un simple espectador” de la actividad procesal de las partes (como puede serlo el juez), sino debe ser parte activa en la dilucidación de la verdad material y su adecuada acreditación en el expediente.

De la jurisprudencia constitucional citada y el desarrollo doctrinal glosado, es posible concluir que tanto **la verdad material como la impulsión de oficio son principios básicos del procedimiento administrativo, su alcance rompe con la**

---

13 Cfr. Gordillo, Agustín. *Procedimiento y Recursos Administrativos* (Principios Fundamentales del Procedimiento Administrativo. PRA-II-6. Disponible en: [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo5/03/03-capitulo2.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo2.pdf)).

**suficiencia de la verdad formal estancada en ritualismos procesales y formales, limitada a descansar en la actividad desarrollada por la parte o partes, que en muchos casos no desentrañan la verdad de los hechos, con lógica de la imposibilidad de alcanzar una justicia material, fin último que persigue la verdad material.**

En virtud de ello, su alcance cobra relevancia al orientarse hacia la búsqueda de la verdad, ya no sólo formal, sino material, esta finalidad importa una ruptura en los esquemas tradicionales que rigen a la actividad administrativa y un cambio de comportamiento de sus actores, fundamentalmente con relación a la administración pública y sus órganos encargados de dirigir los procesos administrativos, pues descarta toda actitud pasiva por parte del administrador, quien influido de este principio rector, ya no puede ser un simple espectador de la actividad administrativa.

En este escenario, la administración pública y sus órganos, en los procesos administrativos, tienen la obligación y responsabilidad, de dirigir el procedimiento administrativo, de ordenar que en él se practiquen cuantas diligencias sean necesarias para resolver y dictar la resolución final, independientemente de las gestiones y actividad del administrado; lo contrario supone dejar de lado la verdad material que por una ausencia de actividad e impulso, puede quedar subsumida en rigorismos procesales o en una pasividad de la administración que quiebra los postulados constitucionales de verdad y justicia material.

Del razonamiento precedente, se establece que no son conducentes con el contenido del principio de verdad material la pasividad de la administración que pretenda encontrar justificativo en la inactividad o negligencia de la parte, pues el principio de verdad material obliga:

- 1) A no limitarse únicamente a las alegaciones y demostraciones o probanzas del administrado;**
- 2) A no descartar elementos probatorios con justificaciones formales, cuando se trata de hechos o pruebas que sean de público conocimiento, cuyo mínimo de diligencia obliga a la administración pública a adquirirlas o tomarlas en cuenta;**
- 3) A no desconocer elementos probatorios aduciendo incumplimiento de exigencias formales como la presentación en fotocopias simples, sobre documentos que estén en poder de la administración o que por diferentes circunstancias éstos se encuentren en otros trámites de los que puede rescatarse y que la administración pueda verificarlos por conocer de su existencia o porque se le anoticie de ella.**

Los razonamientos encuentran fundamento en el entendido que la verdad material debe prevalecer sobre la formal, en virtud de la cual la administración queda facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, realizar la actividad probatoria necesaria, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas, pues la actividad de la parte interesada, constituye un motor fundamental en el encuentro de la verdad cuya negligencia no puede servir de justificativo para que la administración paralice su actuación, convirtiéndose en espectador del proceso administrativo. (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0510/2013, de fecha 19 de abril de 2013. Las negrillas corresponden a la Sentencia).

## 5. Principio de buena fe:

En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe, lo cual se traduce en la confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, lo cual debe orientar todo el desarrollo del procedimiento administrativo hasta su culminación<sup>14</sup>.

Ciertamente, además del Principio de legalidad, el Principio de buena fe tiene singular importancia, según ha desarrollado el Tribunal Constitucional en la SC 95/2001, de 21 de diciembre, al señalar que:

*“...es la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y el servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas”* (Cfr. Sentencia Constitucional N°1464/2004-R, de 13 de septiembre).

---

14 Respecto a la buena fe, debemos referir que según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, es definida como: *“Convencimiento, en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo. El concepto tiene extraordinaria importancia en materia contractual y de derechos reales (propiedad, posesión, servidumbres, etc.), así como también en materia de prescripción”*. Ahora bien, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional existente, se puede establecer que el Principio de Buena Fe, es fundamental dentro de la relación entre el Estado y sus ciudadanos, debiendo en todo caso, regir los actos de ambos, mediante este principio, aspecto que sin duda es importante dentro de un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional y Comunitario (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°1815/2012, de fecha 5 de octubre de 2012).

Vinculado a ello, en la SC 0998/2002-R de 16 de agosto se ha precisado lo siguiente:

*“...tal entendimiento, queda plenamente sustentado en un razonamiento lógico y elemental, pues habiéndose basado el acto administrativo en el principio de la buena fe y culminado su proceso en una resolución, no puede el administrado y menos la Administración, por voluntad unilateral, dejarlo sin efecto, sea cual fuere la razón para ello, pues un actuar así, desnaturalizaría por completo los principios fundamentales en los que se asienta un Estado Democrático de Derecho (...) y por lo tanto (...) se presume la buena fe del profesional que realiza la gestión y del administrador público que emite la resolución, por lo mismo se presume su legitimidad y legalidad; en esa circunstancia, los ciudadanos deben tener confianza y seguridad no sólo del ordenamiento jurídico, sino de las actuaciones que han realizado ante las autoridades que ostentan el Poder Público, quienes deben asegurarles una convivencia pacífica y principalmente, permanencia y estabilidad de sus actos administrativos”* (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0828/2012, de 20 de agosto de 2012).

## **6. Principio de imparcialidad**

### **(Principios de Probidad y de No Discriminación):**

Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género discriminación o diferencia entre los administrados

Al respecto, corresponde hacer referencia al artículo 14 constitucional, que declara expresamente que todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por la Constitución, sin distinción alguna; consagrando así el *Principio de Igualdad*, cuya proclamación constituye la garantía de no discriminación por razones de “*sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad,*

*embarazo", u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona; texto constitucional del cual se extrae una precisa enunciación de las causas por las que no se puede generar discriminación, así como un mandato abierto que proyecta la prohibición de discriminación a un alcance casi absoluto, de tal modo que nadie puede ser discriminado por motivo alguno que no sea justificado*<sup>15</sup>.

Al mismo tiempo, el principio de igualdad, en un sentido acorde con el Estado Social y Democrático de Derecho, que consagra el deber estatal de equilibrar las diferencias sociales, tiene una naturaleza que lo proyecta como un mecanismo de equilibrio; por ello en la Declaración Constitucional N°0002/2001, de 8 de mayo, se estableció lo siguiente:

*"(...) el derecho a la igualdad consagrado en el art. 6 de la Constitución Política del Estado [actual artículo 14 de la CPE], exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan; no prohibiendo tal principio dar un tratamiento distinto a situaciones razonablemente desiguales; siempre que ello obedezca a una causa justificada, esencialmente apreciada desde la perspectiva del hecho y la situación de las personas, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionados a aquellas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta. Conforme a esto, el principio de igualdad protege a la persona frente a discriminaciones arbitrarias, irracionales; predica la identidad de los iguales y la diferencia entre los desiguales, superando así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta (...);"*

---

15 Cfr. Sentencia Constitucional N°0022/2006, de fecha 18 de abril de 2006.

Razonamiento que se ha consolidado en la configuración del nuevo Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, proclamado por las normas del artículo 1 de la CPE, dado que el fin de tal forma de organización y adopción de dichos principios, implica el acogimiento del *principio de igualdad* con su contenido intrínseco destinado a procurar el equilibrio en las relaciones entre las personas, razón por la cual, la misma Constitución prevé que el Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en la misma Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.

Actualmente, *la igualdad y la no discriminación*, han sido analizadas a la luz del nuevo constitucionalismo plurinacional; así por ejemplo, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0067/2015, de fecha 20 de agosto de 2015, ha señalado que desde la perspectiva de nuestra Constitución Política del Estado, así como de las normas del bloque de constitucionalidad, la igualdad ha sido concebida por la jurisprudencia constitucional como un valor, principio, derecho y garantía. Así, la SCP 0080/2012 de 16 de abril, instituyó que:

*“La arquitectura jurídica e institucional de un Estado de Derecho, se fundamenta en los valores elegidos como sociedad, tales como la igualdad y la no discriminación entre otros (...) La Constitución Política del Estado considera a la igualdad, no únicamente como un valor supremo, sino también como un principio motor de todo el aparato jurídico, siempre en procura del logro de un régimen de igualdad real, donde no se reconozcan privilegios y se erradique toda forma de discriminación, consolidando los rasgos e impronta de nuestro nuevo modelo de Estado (...) La igualdad, además de ser un valor y un principio, es también un derecho y una garantía. Es un derecho que a su vez reivindica el derecho a la diferencia y es una garantía porque avala su ejercicio activando la tutela judicial y constitucional en caso de su violación”.*

El valor, principio, derecho y garantía de igualdad y no discriminación –según la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0067/2015–, debe ser concebida tanto en la dimensión individual como colectiva, con el advertido que, en el último supuesto –dimensión colectiva–, la igualdad y no discriminación está vinculada estrechamente con las características de nuestro modelo de Estado; en especial, con los fines y funciones descolonizadores del mismo, efectivamente, la igualdad está contemplada como valor en los arts. 8.II y 14.II de la CPE, contempla la garantía de la no discriminación, que también es concebida como un derecho, un valor y un principio, al establecer que: *“El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona”*. En definitiva, la igualdad y la no discriminación, no deben ser comprendidas únicamente desde una perspectiva individual, sino también colectiva, como se desprende de la Constitución Política del Estado y de las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad.

## **7. Principio de legalidad y presunción de legitimidad:**

Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley (conc. inciso c), se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario (conc. inciso i)

La presunción de legitimidad del acto administrativo, como ha establecido la jurisprudencia constitucional,

*“...se funda en la razonable suposición de que el acto responde y se ajusta a las normas previstas en el ordenamiento jurídico vigente a tiempo de ser asumido el acto o dictada la resolución, es decir, cuenta con todos los elementos necesarios para producir efectos*

*jurídicos, por lo que, el acto administrativo es legítimo con relación a la Ley y válido con relación a las consecuencias que pueda producir. La doctrina enseña que el fundamento de la presunción de legitimidad radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, que se manifiesta en el procedimiento que se debe seguir para la formación del acto administrativo, que debe observar las reglas del debido proceso, que comprende el derecho del particular de ser oído y en consecuencia exponer la razón de sus pretensiones y su defensa” (Cfr. Sentencia Constitucional N°1464/2004-R, de 13 de septiembre).*

## **8. Principio de jerarquía normativa:**

La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por la Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes. En otras palabras, éste principio se deriva del Principio de Legalidad, y básicamente prescribe que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior

Para comprender el alcance de éste principio, necesariamente debemos remitirnos –aún sea de manera breve– a la naturaleza jurídica de la supremacía constitucional y la jerarquía normativa, en el contexto actual de la nueva Constitución Política del Estado puesta en vigencia el año 2009.

En virtud al Principio de Supremacía Constitucional, el orden jurídico y político del Estado Plurinacional de Bolivia está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución, norma máxima que obliga por igual a todos (gobernantes y gobernados), de manera que dentro del orden jurídico la Constitución ocupa el primer lugar constituyéndose en la fuente y fundamento de todas las demás normas jurídicas, por lo cual, toda ley, decreto o resolución debe subordinarse a ella y no puede contrariar sus disposiciones. Así también en el orden

político la Constitución se erige en la fuente de legitimación del poder político pues la misma lleva implícita toda una filosofía de principios y valores supremos que sirven de orientación tanto a los gobernantes como también a los gobernados.

En este sentido, la Constitución es considerada la norma fundamental de todo el orden jurídico, por cuya razón las disposiciones legales inferiores, al derivarse de ella, no pueden contrariarla ni tampoco desconocer los valores, principios, derechos y garantías que la misma consagra; de ahí que cualquier norma de menor jerarquía –incluyendo las normas del ordenamiento jurídico administrativo– que sea manifiestamente contraria a la Constitución es prácticamente nula, y en consecuencia debe ser retirada y/o expulsada del ordenamiento jurídico.

El principio señalado constituye a su vez una garantía de equilibrio en el ejercicio del poder político y de los derechos fundamentales de las personas, por cuanto obliga a todos (gobernantes y gobernados) a encuadrar sus actos, decisiones y/o resoluciones (judiciales o administrativas), a la Constitución<sup>16</sup>.

---

16 Por otro lado, con relación al contenido y alcances del referido principio fundamental, el Tribunal Constitucional en su SC 066/2005 de 22 de septiembre, ha definido que: *"A su vez, del principio de supremacía constitucional, nacen los principios de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución, principio de jerarquía normativa y unidad del ordenamiento (sub principios en sentido estricto). El primer principio se proyecta en un doble sentido: de un lado, impone al legislador la obligación de preservar, en el proceso de elaboración de las normas, que éstas guarden sujeción a la Constitución, y de otro, obliga a todos los poderes a realizar un juicio previo de constitucionalidad positiva de las normas a aplicar, de tal manera que si el juicio resulta negativo, o lo que es lo mismo, si de tal labor interpretativa se entendiera que la norma contradice a algún precepto o principio de la Constitución o existen dudas sobre su constitucionalidad, dado el carácter concentrado del sistema de control de constitucionalidad vigente, se debe formular o promover la consulta respectiva ante el Tribunal Constitucional; promoviendo de oficio el incidente de inconstitucionalidad"*. Asimismo se puede agregar que la Supremacía Constitucional, en el constitucionalismo contemporáneo, no solamente se considera como Principio fundamental, sino

Por otro lado, el Principio de Jerarquía Normativa consiste en que la estructura jurídica del Estado se basa en ciertos grados y niveles jerárquicos que se establecen en función de sus órganos emisores, su importancia y el sentido funcional de la norma. Ello significa que dentro de dicha estructura normativa, se constituye una *pirámide jurídica* cuya cúspide está ocupada exclusivamente por la Constitución como principio y fundamento de todas las demás normas jurídicas.

En otras palabras este principio implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización específica, en virtud de la cual una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango, lo que implica a su vez que el ordenamiento adopta una estructura jerarquizada en cuya cima, indiscutiblemente se sitúa la Constitución<sup>17</sup>.

---

también como un derecho de los ciudadanos al respeto y observancia de la Constitución por parte de todos los titulares de los órganos del Estado; aspecto que es abordado con mayor amplitud en el Libro de mi autoría (2012): *El Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia. Alcances y limitaciones normativas*. La Paz, Bolivia: Ediciones El Original.

- 17 Rivera Santivañez, José Antonio (2004). *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*. Segunda Edición actualizada. Cochabamba, Bolivia: Grupo Editorial Kipus. pp. 17-19. Actualmente, los principios de supremacía constitucional, y de jerarquía normativa, se encuentran consagrados en el contenido del artículo 410, parágrafo II de la Constitución Política del Estado aprobada mediante referendo popular en enero de 2009, que textualmente prevé lo siguiente: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado; 2. Los tratados internacionales; 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena; 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes”.

Actualmente, y de conformidad a lo previsto por el nuevo texto constitucional vigente en nuestro país, la pirámide jurídica como expresión del principio de jerarquía normativa en el Estado Plurinacional de Bolivia, constitucionalmente tiene una estructura subdividida en cuatro niveles:

1. *Constitución Política del Estado;*
2. *Los tratados internacionales;*
3. *Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos (departamentales), las cartas orgánicas (municipales) y el resto de legislación departamental, municipal e indígena;*
4. *Los Decretos (supremos), Reglamentos y demás Resoluciones (Administrativas) emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.*

Como se puede ver, la Constitución boliviana (en su artículo 410, parágrafo II), además de proclamarse como la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano –gozando de primacía frente a cualquier otra disposición normativa–, establece el *Principio de Jerarquía Normativa*, por el cual, la Constitución ocupa el primer lugar dentro de la estructura jurídica del Estado Plurinacional de Bolivia; es decir, se sitúa en la cúspide de nuestra pirámide jurídica, como principio y fundamento de todas las demás normas; y en segundo lugar se encuentran los *Tratados Internacionales*, que pueden ser suscritos en cualquier materia, para la consecución de distintas finalidades, por las autoridades legitimadas al efecto, respondiendo siempre a los fines del Estado “*en función de la soberanía y de los intereses del pueblo*” (artículo 255 parágrafo I constitucional), dado que una vez ratificados, también llegan a formar parte del ordenamiento jurídico con rango de Leyes (artículo 257 parágrafo I constitucional).

En cambio, es muy diferente la situación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, porque una vez ratificados, éstos prevalecen en el orden interno, dado que los derechos y deberes constitucionales, deben interpretarse conforme a ellos (artículo 13, parágrafo IV constitucional), y cuando dichos tratados *“declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”*, vale decir, que los derechos reconocidos en la Constitución *“serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”* (artículo 256 constitucional, que consagra el *Principio pro homine*).

Entonces, es por demás evidente el tratamiento diferenciado que la misma Constitución otorga a los Tratados Internacionales, de acuerdo a la materia que pretenden regular, más aún si se considera que el Estado Plurinacional de Bolivia, a través de la Constitución ha decidido seguir la tendencia de otorgar una *jerarquía constitucional con aplicación preferencial a los tratados y/o convenciones internacionales que consagran derechos humanos* en términos más favorables a los(as) ciudadanos(as), lo que se halla respaldado por la misma Ley Fundamental, cuando dispone que: *“el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país (...)”* (Artículo 410, parágrafo II constitucional).

Sin embargo, esta disposición tiene una indudable fuente jurisprudencial, dado que constituye una reivindicación de los criterios jurisprudenciales sobre el *“Bloque de Constitucionalidad”* (un conjunto de normas, no sólo constitucionales, que complementan y desarrollan los derechos, principios y valores de la Constitución), expresados con bastante anticipación por el Tribunal Constitucional de la primera época (me refiero al que fue creado por la reforma constitucional de 1994, y comenzó sus actividades jurisdiccionales en 1999), cuya labor jurisprudencial ha sido determinante para entender cuál la posición jerárquica que deberían tener los Tratados Internacionales en

materia de Derechos Humanos, y su tratamiento especializado en nuestro país.

Es así que, desde el año 2001, el Tribunal Constitucional, asumiendo una posición de activismo judicial respecto a la protección de los derechos humanos, ha definido que *los tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad*, por lo que, los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos forman parte del catálogo de derechos fundamentales previsto por la Constitución; de manera que en ese contexto pueden ser invocados por las personas y tutelados por las autoridades. (Cfr. *Sentencias Constitucionales*: SC 95/01, SC 1662/2003-R y SC 0102/2003).

Asimismo, hace más de una década, el mismo Tribunal Constitucional, en la *Sentencia Constitucional N°0491/2003-R*, de 15 de abril, a tiempo de resolver una problemática referida a la vulneración del derecho al juez natural, dejó establecido que la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene fuerza vinculante para el Estado boliviano y sus autoridades. Dicho entendimiento jurisprudencial, ha sido actualmente reforzado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, al establecer que las Sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también forman parte del Bloque de Constitucionalidad (Cfr. *Sentencia Constitucional N°110/2010-R* de fecha 10 de mayo de 2010).

## 9. Principio de control judicial:

El Órgano Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables (mediante el proceso contencioso administrativo)<sup>18</sup>.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional, hace bastante tiempo atrás ha establecido en su jurisprudencia<sup>19</sup>, que de acuerdo con el art. 118.7ª CPE abrogada, la Corte Suprema tenía atribuciones para resolver, en única instancia, las demandas contencioso-administrativas o sea que su fallo es definitivo, al no darse otra instancia alguna para modificarlo, sustanciado

---

18 Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0693/2012, de 2 de agosto.

19 Cfr. Sentencia Constitucional N°0028/2003, de 26 de marzo de 2003. Asimismo, respecto a **la naturaleza jurídica del proceso contencioso-administrativo**, la Sentencia Constitucional N°0865/2007-R, de 12 de diciembre, estableció lo siguiente: *“De otro lado, y dado que el presente recurso versa sobre una Sentencia dictada dentro de un proceso contencioso administrativo, es necesario resaltar que el art. 118.7ª de la CPE, ha encomendado expresamente a la Corte Suprema de Justicia el control de la legalidad de la actividad administrativa, estableciendo para el efecto la jurisdicción contenciosa administrativa, con el objeto salvaguardar los intereses legítimos de los ciudadanos frente a posibles extralimitaciones en que pudiese incurrir la Administración, haciendo que ésta, en su condición de Poder Público, se someta estrictamente a la Ley, velando porque se respeten los derechos fundamentales y se observen siempre las garantías constitucionales que el ordenamiento supra legal establece a favor de los ciudadanos. (...) En efecto, se tiene en primer término que la Corte Suprema de Justicia, como contralor judicial de la legalidad en la actividad administrativa, a través del proceso contencioso administrativo tiene el deber de velar porque en el ámbito administrativo se garanticen los derechos procesales de las partes y en su mérito ordenar se subsanen los defectos en que hubiesen podido incurrir las autoridades en el ejercicio de la actividad y procedimientos administrativos; por lo que en el caso de autos, y dada la naturaleza jurídica del aludido proceso, no es reprochable que el Tribunal Supremo haya tutelado aspectos relacionados por ejemplo, con el acceso a las pruebas, la falta de apertura de término probatorio, la no resolución de una excepción de litispendencia y otros que hacen al debido proceso administrativo, por lo que desde esta perspectiva los actos denunciados por el recurrente como ilegales, no son tales en tanto y en cuanto están orientados al cumplimiento del objeto del proceso contencioso administrativo, como atribución de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia”*.

que haya sido el trámite respectivo hasta su conclusión, conforme a lo previsto por los arts. 778 al 781 CPC o sea que se trata de un proceso judicial en el que se da *“una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con objeto de resolver (...) el conflicto sometido a su decisión”*, según sostiene la doctrina procesal, criterio sustentado también por el derecho positivo a través del código adjetivo civil.

Esto quiere decir, que en los procesos contencioso-administrativos tramitados como se dijo en única instancia, no existe la posibilidad de acudir a etapas como la apelación o al recurso de casación. Ello equivale a decir, que en el desarrollo de este proceso, los recurrentes debían observar o, en su caso, impugnar las presuntas irregularidades u omisiones para que sean resueltas por el tribunal de la causa, a fin de que el proceso tenga un trámite regular incluyendo el cumplimiento de plazos señalados por ley.

Ahora bien, respecto a la autoridad competente para conocer y resolver los procesos contencioso-administrativos en la actualidad, corresponde señalar que la Jurisprudencia Constitucional, previendo no dejar en indefensión al ciudadano frente al poder público y específicamente a los actos administrativos, (independientemente a efectivizar la exhortación contenida en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0371/2012), estableció que a efectos del resguardo de derechos, valores y principios constitucionales, y hasta mientras se desarrolle la legislación respectiva por el legislador ordinario, los Tribunales Departamentales de Justicia continúan teniendo la competencia para conocer el recurso contencioso administrativo en la materia<sup>20</sup>.

---

20 Posteriormente, el Tribunal Supremo de Justicia, mediante **Auto Supremo N°167/2013 de fecha 13 de mayo de 2013**, haciendo referencia a los fundamentos de la citada Sentencia Constitucional Plurinacional N°0693/2012, de 2 de agosto, señaló que la misma ha establecido línea jurisprudencial, limitando la competencia del TSJ sobre el conocimiento de los procesos contencioso-administrativos donde se impugnan los actos administra-

## 10. Principio de eficacia:

Todo procedimiento administrativo  
debe lograr su finalidad, evitando dilaciones  
indebidas (resolver en plazo razonable)

Respecto al significado del Principio de eficacia, la Sentencia Constitucional N°0032/2010 de 20 de septiembre, estableció lo siguiente:

*“En virtud al principio de eficacia disciplinado por el art. 4 inc. j) de la LPA, el ejercicio de toda potestad administrativa, genera para la administración pública en cualquiera de sus niveles, la obligación de emisión de actos administrativos evitando dilaciones indebidas, aspecto plasmado en el art. 17.I de la LPA, razón por la cual, estos actos deben ser pronunciados dentro de los plazos procedimentales establecidos por el «bloque de legalidad» imperante, aspecto que garantiza una tutela administrativa efectiva y brinda seguridad y certeza jurídica al administrado, en esta perspectiva, el Estado Plurinacional de Bolivia, ha incorporado a su ingeniería jurídica la técnica conocida en Derecho Comparado como “silencio administrativo”.*

---

tivos particulares o generales de las Alcaldías o Gobiernos Autónomos Municipales. Así, el Tribunal Supremo concluyó señalando que: “el presente proceso contencioso que impugna la Resolución Administrativa (...), emitida por la Dirección General de Regulación y Supervisión Municipal del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz, no es de competencia del Tribunal Supremo de Justicia, al tenor de lo dispuesto en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0693/2012 de 2 de agosto de 2012 y más bien la competencia es atribuida a los órganos jurisdiccionales departamentales, para su conocimiento y resolución. Que por reiterada jurisprudencia de éste Tribunal Supremo de Justicia en casos análogos, ha resuelto por declinar competencia para que sean los Tribunales Departamentales de Justicia quienes resuelvan los procesos contencioso administrativos donde se demande a las Alcaldías o Gobiernos Autónomos Municipales (...)”.

## **11 Principio de economía, simplicidad y celeridad:**

Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad (a favor del administrado), evitando la realización de trámites burocráticos y largos, formalismos inútiles o diligencias innecesarias, superfluas u onerosas

Cabe agregar que el principio de economía procesal (de indudable base constitucional), está destinado también a la abreviación y simplificación del proceso administrativo, tratando de evitar que su prolongación injustificada, pueda convertir en inoperante la actividad administrativa, cuando se encuentra vinculada a un petición concreta del(los) administrado(s).

En otras palabras, el *Principio de Economía Procesal* (que por su consagración constitucional, tiene alcance transversal en el ámbito administrativo), propugna dos aspectos esenciales para la eficacia del proceso administrativo: que sea terminado en el plazo más breve posible y, que logre alcanzar su fines en la menor cantidad de actos (o audiencias), lo que implica por sí mismo la *celeridad* –mediante normas que impidan la prolongación de plazos–, y la *concentración* –eliminando trámites superfluos que no sean indispensables–, como requisitos necesarios para un debido proceso administrativo; por lo que su consagración también resulta importante en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Conviene señalar que los Principios de Economía Procesal y Celeridad, son algunos de los principios procesales bastante desarrollados por la jurisprudencia constitucional en el siguiente sentido:

*“Los principios de economía procesal y celeridad se encuentran íntimamente relacionados, pues, a través del primero se busca la celeridad en la solución de los litigios para impartir pronta y cumplida justicia. En ese sentido, la SC 0400/2005-R de 19 de abril, señaló que el “...principio de economía procesal que tiene como*

*objeto evitar que el trabajo del juez se vea duplicado y que el proceso sea más rápido, consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia...". En el mismo sentido se pronunció, la SC 0803/2005-R de 19 de julio. Actualmente, la Constitución Política del Estado, en su art. 178. I establece "La potestad de impartir justicia (...) y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos". Conforme a dicha potestad, la administración de justicia, en las diferentes jurisdicciones y en la justicia constitucional, debe ser oportuna y sin dilaciones, buscando efectivizar los derechos y las garantías constitucionales. Además del principio anotado, el art. 180.I de la CPE, hace referencia a los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez; principios que no son únicamente aplicables a la jurisdicción ordinaria, sino también a otras jurisdicciones como la indígena originaria campesina, la agroambiental y también, claro está, a la justicia constitucional.*

*Sobre los principios de eficacia y eficiencia, la jurisprudencia constitucional contenida en la SC 0010/2010-R de 6 de abril, estableció: "...El primero de ellos (eficacia) supone el cumplimiento de las disposiciones legales y que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo, de oficio, los obstáculos puramente formales; este principio está íntimamente vinculado con la prevalencia del derecho sustancial respecto al formal y el principio de verdad material. El segundo, (eficiencia), persigue acortar el tiempo de duración de los procesos y obtener una mayor certeza en las resoluciones, de manera que las personas puedan obtener un oportuno reconocimiento de sus derechos". Por otra parte, conviene también considerar que -por la naturaleza, fines y funciones de la justicia*

*constitucional- la interpretación que se efectúa en sede constitucional recurre a diferentes métodos o criterios, partiendo de los que clásicamente fueron formulados por Savigny: gramatical, histórico, sistemático de contexto y teleológico y, de manera específica, los principios propios de la justicia constitucional, como el de unidad de la Constitución, de concordancia práctica o de equilibrio moderado y de interpretación conforme a la Constitución y, de acuerdo a Peter Haberle, el de interpretación favorable a los derechos de la Ley Fundamental, así como el derecho comparado” (Cfr. Sentencia Constitucional N°0178/2011-R, de 11 de marzo de 2011).*

## **12. Principio de informalismo:**

La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas (ampliando lo favorable y restringiendo lo odioso) y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo.

Este constituye otro de los principios sobre los que se debe regir la actividad de la Administración Pública, entendido como la facultad del aparato estatal de excusarle al administrado, en su beneficio y en aplicación del principio de favorabilidad, el cumplimiento de exigencias formales no esenciales, pudiendo proseguirse el procedimiento administrativo sin perjuicio de que aquellos se cumplan con posterioridad. La naturaleza y alcances del Principio de Informalismo establecido por la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo, se encuentran ampliamente desarrollados por la jurisprudencia constitucional. En este sentido, la Sentencia Constitucional N°642/2003-R, de fecha 8 de mayo de 2003, expresó lo siguiente:

*“el principio de informalismo consiste en la excusación de la observancia de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse después, por ejemplo la errónea calificación del recurso (Juan Francisco Linares, Derecho Administrativo, Editorial Astrea, pág. 348); la excusación referida, debe ser interpretada siempre a favor*

*del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione, o sea, de la interpretación más favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Por consiguiente en virtud a ese principio de informalismo, la autoridad administrativa podrá interpretar el recurso no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, corrigiendo equivocaciones formales de los administrados (...)"<sup>21</sup>.*

- 
- 21 La misma Sentencia Constitucional N°642/2003-R, ampliando su fundamentación sobre la importancia del **Principio de Informalismo**, señaló lo siguiente: *"Que, en coherencia al principio de informalismo, se tiene al principio de favorabilidad, entendido por este Tribunal en SC 136/2003-R, en sentido de que "... el intérprete está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad, los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional"; de acuerdo al sentido de ambos principios (informalismo y favorabilidad), con la finalidad de garantizar el debido proceso y derecho de defensa del administrado o de quien se encuentra siendo procesado, el ordenamiento administrativo permite a la autoridad administrativa realizar una interpretación favorable al procesado, corrigiendo esas equivocaciones formales en las que incurrió quien está siendo administrado. Que, a su vez, este Tribunal con la facultad interpretativa que le reconoce el art. 4 de la Ley 1836, en una situación similar a la presente entendió: "...que el recurrente actuó sin asesoramiento profesional, por error o precipitación. Que habiéndose presentado el recurso en tiempo hábil, corresponde al órgano pertinente conocer y resolver en el fondo la reclamación planteada; teniendo en cuenta que la segunda instancia, cuando corresponde, es un derecho reconocido en nuestra legislación y de manera universal. Que procede el recurso de Amparo para corregir errores u omisiones que no puedan ser corregidos mediante recursos ordinarios y siempre que no haya otro medio o recurso para la protección inmediata de sus derechos y garantías como lo establece la jurisprudencia nacional", Auto Constitucional 286/1999-R, de 28 de octubre. Que, igualmente en SC 512/2003-R, de 16 de abril, expresó: "...la garantía del debido proceso no está instituida para salvaguardar el ritualismo procesal, sino para garantizar que el mismo se desarrolle revestido de las garantías esenciales... en virtud del principio de "informalismo" del Derecho Administrativo (junto con los de oficialidad y eficacia) –que excusa al administrado, de la observancia de las exigencias formales no esenciales– ...". Que, por consiguiente, la impugnación del recurrente bien puede ser reconducida por la autoridad administrativa correspondiente, en el marco del principio de informalismo referido". (Los subrayados me corresponden).*

Posteriormente, en la Sentencia Constitucional N° 0022/2004-R, de fecha 7 de enero de 2004, en un caso en que los recurrentes accionaron las vías recursivas administrativas en forma errónea ante una autoridad que no correspondía, se expresó el siguiente razonamiento (*ratio decidendi* válida y aplicable en casos análogos):

*“(..) en base al principio de informalismo que rige a trámites administrativos, pudo asimilarse al recurso de Revocatoria previsto por las normas de los arts. 140 y 141 LM y 9.II del DS 26139, 67 y siguientes del DS 26115; luego, los recurrentes, solicitaron que el Alcalde emita una resolución respecto de su solicitud, presentando en forma equivocada ante una instancia incompetente como es el Concejo Municipal, el 30 de julio del mismo año, «Recurso de Revocatoria, bajo alternativa de Recurso Jerárquico», (incluso en su memorial de amparo, mencionan que interpusieron el «Recurso Jerárquico de Revocatoria» que es inexistente en nuestras normas procesales administrativas), éste recurso sobre la base del mencionado principio de informalismo, pudiera asimilarse al recurso jerárquico, por lo que luego de haber declinado competencia el Concejo, el Asesor de la alcaldía, emitió informe legal en sentido de que no correspondía resolver el recurso por ser extemporáneo, siendo lo correcto que al estar formulado el recurso, se ordene la remisión de todos los antecedentes a la Superintendencia de Servicio Civil, para que ésta con jurisdicción propia defina lo que corresponda en este asunto”.*

De la jurisprudencia glosada, se establece que en virtud del principio de informalismo, el procedimiento administrativo, está exento de las exigencias formales no esenciales, y que pueden cumplirse después, por ejemplo la errónea calificación del recurso, con la finalidad de asegurar una decisión sobre el fondo de la cuestión. Consiguientemente, en virtud a este principio, la autoridad administrativa, podrá interpretar el recurso, no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, corrigiendo equivocaciones formales de los administrados.

Asimismo, en la Sentencia Constitucional N°0992/2005-R, de fecha 19 de agosto de 2005, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que:

*“(...) de acuerdo con el principio de informalismo que adquiere relevancia en estos procedimientos administrativos, imponiendo a la administración, por su evidente condición técnica frente al administrado, de la responsabilidad de encauzar sus solicitudes y peticiones realizando siempre una interpretación favorable a la acción (pro actione), el memorial presentado el 4 de agosto debe ser considerado para la utilización del recurso de revocatoria previsto por el art. 64 de la LPA, pues evidentemente tiene el objeto de impugnar la decisión asumida por el decreto de 15 de julio de 2004, en ese sentido debió ser tramitado conforme el procedimiento previsto para el recurso de revocatoria; empero, el recurrente, respondiendo al citado recurso, mediante Decreto de 11 de agosto de 2004, dispuso que conforme a las SSCC 1606/02-R, y 1506/03-R, el recurrente ocurra ante la autoridad jurisdiccional competente; actuación que no cumple con lo dispuesto por el art. 61 de la LPA, que dispone que el recurso de revocatoria debe ser resuelto por resolución, confirmando o revocando total o parcialmente la resolución o acto impugnado, o desestimando el recurso por las causales expresamente estipuladas; lo que evidentemente no existió en el caso analizado, pues el recurrido no dio respuesta debida al recurrente (...)”<sup>22</sup>.*

- 22 En la misma Sentencia Constitucional, se señaló que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha establecido que **el derecho de petición se lesiona por falta de respuesta fundamentada a la petición efectuada**; así la SC 0176/2003-R, de 17 de febrero, expresa la siguiente línea jurisprudencial: “(...) «ese derecho se puede estimar como lesionado cuando la autoridad a quien se presenta una petición o solicitud, no la atiende; es decir, no la tramita ni la responde en un tiempo oportuno o en el plazo previsto por Ley de forma que cubra las pretensiones del solicitante, ya sea exponiendo las razones por las cuales no se la acepta, o dando curso a la misma, con motivos sustentados legalmente o de manera razonable, sin que pueda tenerse por violado el derecho de petición, al darse una respuesta negativa en forma motivada, pues el derecho de petición en su sentido esencial no implica necesariamente una respuesta positiva, sino una respuesta oportuna y emitida en el término legal, además de motivada. Así lo ha reconocido la uniforme jurisprudencia constitucional en los arts. 189/01

Los antecedentes jurisprudenciales reseñados son ilustrativos de que en el procedimiento administrativo rige el principio de informalismo, que excluye de este procedimiento la exigencia de requisitos formales; de su consagración en la Ley de Procedimiento Administrativo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pueden expresarse, con carácter enunciativo y no limitativo, las siguientes *aplicaciones prácticas del principio de informalismo*:

- i) *no es preciso calificar jurídicamente las peticiones;*
- ii) *los recursos pueden ser calificados erróneamente, pero han de interpretarse conforme la intención del recurrente, y no según la letra de los escritos;*
- iii) *la administración tiene la obligación de corregir evidentes equivocaciones formales;*
- iv) *la equivocación del destinatario tampoco afecta la procedencia de la petición o del recurso; y v) si no consta la notificación del acto impugnado debe entenderse que el recuso ha sido interpuesto en término.*

Con referencia al principio de informalismo, es necesario también dejar establecido que éste rige a favor del administrado, por la condición técnica de ciertas agencias, órganos y

---

y 776/2002-R, entre otras»; razonamiento que debe ser complementado, pues cuando se lo expuso no estaba vigente la Ley de Procedimiento Administrativo, que, tiene como uno de sus objetos hacer efectivo el derecho de petición [art. 1 inc. b) de la LPA], por tanto regula el ejercicio del derecho de petición; en consecuencia, aplicando las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, la respuesta que todo administrado merece obtener de la administración además de oportuna y motivada, deberá ser emitida en las formas y con el contenido requerido por la Ley de Procedimiento Administrativo, ello implica que, para el caso de la respuesta al recurso de revocatoria, conforme dispone el art. 61 de la LPA, la respuesta será confirmando o revocando la resolución o acto impugnado, o desestimando el recurso en los casos previstos; cualquier otra forma de respuesta implica una lesión y supresión del derecho a la petición, que tiene como núcleo esencial la respuesta, independientemente del sentido de la misma, tal y como lo regula la Ley de Procedimiento Administrativo”.

labores que cumple la administración pública, lo que lo sitúa en inferioridad de condiciones en su relación con el Estado, por ello no rige a favor de la administración, estando más bien ésta obligada al cumplimiento de todas las formalidades establecidas por las normas aplicables a su relación con las personas. (Cfr. Sentencia Constitucional N°0992/2005-R, de 19 de agosto)<sup>23</sup>.

### 13. Principio de publicidad (Principio de Transparencia):

La actividad y actuación de la Administración es pública, salvo que ésta u otras leyes la limiten.

En otras palabras, el principio de publicidad pretende significar que la tramitación de las solicitudes, peticiones, recursos, etc., en el ámbito administrativo, sea de carácter público, decretándose su reserva sólo en casos excepcionales; asimismo, implica también que todos los administrados con interés legítimo, tienen derecho a conocer el contenido de los actos, decisiones o resoluciones de la Administración Pública, en resguardo de sus derechos a la defensa y al debido proceso administrativo.

---

23 “De la jurisprudencia glosada, se extrae, como **aplicaciones prácticas del principio de informalismo**, que la administración tiene la obligación de corregir las equivocaciones formales del administrado; así, cuando éste se equivoque en el destinatario de un recurso administrativo, la administración tiene la obligación de corregir ese error formal y remitir el recurso ante la autoridad que le corresponde tramitarlo; de igual forma, aún cuando exista una equivocación en la denominación del recurso, la autoridad encargada de tramitarlo debe resolverlo en el fondo, ya que lo materialmente importante en un procedimiento administrativo no es el cumplimiento de las formalidades, sino la búsqueda de la verdad material, así como la vigencia de los derechos de las personas; de tal modo que, cuando un administrado demuestre su inconformidad con lo resuelto por una autoridad administrativa y reclama esa decisión, debe siempre razonarse que lo que está haciendo el administrado es impugnar la resolución porque no la acepta; en consecuencia, las autoridades deben considerar ese cuestionamiento por medio de las vías recursivas previstas, sean ante la misma autoridad (revocatoria) o ante el superior (jerárquico), vías que pueden tener otra denominación, pero que siempre impliquen la posibilidad de la revisión del acto administrativo”. (Sentencia Constitucional N°1206/2006-R, de 30 de noviembre de 2006).

Este criterio, concuerda plenamente con lo dispuesto por el Artículo 32, parágrafo I, de la misma Ley de Procedimiento Administrativo, que respecto a la Validez y Eficacia de los actos administrativos, dispone expresamente que: *“Los actos de la Administración Pública sujetos a esta Ley se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación o publicación”*.

A este efecto, se debe tener en cuenta que la validez del acto administrativo depende de la concurrencia de requisitos de carácter subjetivo (competencia), y objetivo (legalidad y forma).

Así, para la *validez del acto administrativo*, éste debe emanar de una autoridad competente, y además, debe ajustarse a los requisitos señalados por la misma Ley, para tener validez (por ejemplo, los requisitos esenciales del acto administrativo). Por otro lado, generalmente la actividad administrativa es pública y formal, en sentido de que sus actos deben ser de conocimiento general, a cuyo efecto han de estar rodeados necesariamente de las formalidades necesarias, que son determinadas por la misma Constitución y las Leyes.

Asimismo, para la *eficacia de los actos administrativos*, deben cumplirse dos requisitos: su *publicación y notificación* a los interesados; vale decir, que los actos administrativos que surten efectos generales deben ser necesariamente publicados, al igual que las Leyes; en cambio, los actos que surten efectos particulares, deben ser notificados en legal forma a los interesados.

#### **14. Principio de impulso de oficio:**

La Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público.

Precisamente por la existencia de un interés público, que en todo caso debe protegerse y salvaguardarse para el normal desarrollo de las actividades, funciones y fines esenciales del

Estado, es que la Administración Pública debe proceder de oficio en todas sus actuaciones.

En este sentido, el tratadista Agustín Gordillo sostiene que el principio de la “oficialidad” derivado del principio de la legalidad objetiva, tiene como primera hipótesis la impulsión de oficio del procedimiento.

*“En efecto, si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, la impulsión de éste corresponde en todos los casos a la administración. Ello es así porque en la actuación de los órganos administrativos no debe satisfacerse simplemente un interés individual sino también un interés colectivo, y el propio interés administrativo: de allí que la inacción del administrado no pueda determinar en ningún caso la paralización del procedimiento. Por ello nos parece desaconsejable proyectar la creación legislativa de una tal caducidad o perención de instancia, pues es muy difícil que la paralización de un procedimiento pueda ser debida a actos del particular ya que, normalmente, su continuación no depende de la voluntad del particular. Y, por supuesto, es errado pretender aplicar por analogía, en ausencia de normas expresas, la institución procesal de la perención de instancia: si la ley expresamente no lo determina, la institución procesal mencionada es inaplicable, pues, como decimos, el principio imperante en el procedimiento administrativo no es la impulsión de las partes, sino la impulsión de oficio, principio éste a nuestro juicio incompatible con el de la perención o caducidad de instancia”<sup>24</sup>.*

---

24 Cfr. Gordillo, Agustín. *Procedimiento y Recursos Administrativos (Principios Fundamentales del Procedimiento Administrativo. PRA-II-3*. Disponible en: [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo5/03/03-capitulo2.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo2.pdf)). “El principio de la impulsión de oficio –agrega Gordillo–, desde luego, no significa que toda impulsión procesal deba proceder de la administración: en todos aquellos casos en que la iniciación del procedimiento depende del particular (reclamaciones, recursos), es evidente que el impulso inicial lo provee el particular, aunque luego de ese acto del particular retoma su aplicación el principio general, y la continuación del procedimiento se rige otra vez por el principio de la impulsión de oficio”.

### **15. Principio de gratuidad:**

Los particulares sólo estarán obligados a realizar prestaciones personales o patrimoniales a favor de la Administración Pública, cuando la Ley o norma jurídica expresamente lo establezca; y,

Respecto a los alcances del Principio de Gratuidad en el Procedimiento Administrativo, la Sentencia Constitucional N°0024/2005, de 11 de abril de 2005 estableció el siguiente entendimiento (expuesto en el marco de las normas de la Constitución abrogada, y aplicable en lo pertinente):

*“El principio de gratuidad de la justicia no tiene expreso reconocimiento como tal en nuestro ordenamiento superior, sin embargo corresponde desarrollarlo según la previsión establecida en el art. 116.X de la CPE (actual artículo 178, parágrafo I de la CPE vigente), señalando que la gratuidad es, en esencia, la condición para hacer realidad el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, pues la situación económica de las partes no puede colocar a una de ellas en situación de privilegio frente a la otra ni propiciar, consiguientemente la discriminación. El principio de gratuidad previsto para la administración de justicia, es aplicable también al procedimiento administrativo, así lo establecen las normas previstas por el art. 4 inc. o) de la LPA (...), de lo que se infiere que en la previsión normativa del principio de gratuidad se establece la excepción, vale decir la posibilidad de que se obligue al administrado a realizar una prestación patrimonial, reconociendo en forma implícita la naturaleza jurídica del principio de gratuidad, el que si bien constituye una condición esencial en la administración de justicia, ello no significa que el Estado debe cargar las expensas, y costos que resulten en todos los procesos sean estos judiciales o administrativos (...).”*

#### 16. Principio de proporcionalidad<sup>25</sup>:

La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.

### IV. EL ACTO ADMINISTRATIVO

Cabe señalar que una de las particularidades de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo, es que logra definir lo que se debe entender por acto administrativo en el ordenamiento jurídico boliviano, en los siguientes términos: *“Artículo 27° (Acto Administrativo). Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo”*.

---

25 **Principio de los límites a la discrecionalidad.** La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminedar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminedar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente. Esta discrecionalidad tiene límites, pues siempre debe haber una adecuación a los fines de la norma y el acto debe ser proporcional a los hechos o causa que los originó, conformándose así, los principios de racionalidad, razonabilidad, justicia, equidad, igualdad, proporcionalidad y finalidad. La Ley del Procedimiento Administrativo, en el art. 4. inc. p), establece en forma expresa el principio de proporcionalidad. (Cfr. Sentencia Constitucional N°1464/2004-R).

Al respecto, la Sentencia Constitucional N°107/2003, de 10 de noviembre, precisó los caracteres esenciales del acto administrativo al señalar que:

*“Acto administrativo es la decisión general o especial de una autoridad administrativa, en ejercicio de sus propias funciones, y que se refiere a derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas. El pronunciamiento declarativo de diverso contenido puede ser de decisión, de conocimiento o de opinión.*

*Los caracteres jurídicos esenciales del acto administrativo son:*

- 1) La estabilidad, en el sentido de que forman parte del orden jurídico nacional y de las instituciones administrativas;*
- 2) La impugnabilidad, pues el administrado puede reclamar y demandar se modifique o deje sin efecto un acto que considera lesivo a sus derechos e intereses;*
- 3) La legitimidad, que es la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente;*
- 4) La ejecutividad, constituye una cualidad inseparable de los actos administrativos y consiste en que deben ser ejecutados de inmediato;*
- 5) La ejecutoriedad, es la facultad que tiene la Administración de ejecutar sus propios actos sin intervención del órgano judicial;*
- 6) La ejecución, que es el acto material por el que la Administración ejecuta sus propias decisiones.*

*De otro lado, la reforma o modificación de un acto administrativo consiste en la eliminación o ampliación de una parte de su contenido, por razones de legitimidad, de mérito, oportunidad o conveniencia, es decir, cuando es parcialmente contrario a la ley, o inoportuno o inconveniente a los intereses generales de la sociedad”.*

En resumen, el acto administrativo es una manifestación o declaración de voluntad, emitida por una autoridad administrativa en forma ejecutoria, es de naturaleza *reglada o discrecional* y tiene la finalidad de producir un efecto de derecho, ya sea crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva frente a los administrados.

Goza de obligatoriedad, exigibilidad, presunción de legitimidad y ejecutabilidad; es impugnabile en sede administrativa y sujeta a control jurisdiccional posterior cuando se trata de actos administrativos definitivos, lo que no implica que aquellos actos administrativos no definitivos no puedan ser cuestionados; sin embargo, en este último caso, se lo hará en ejercicio del derecho de petición consagrado en el art. 24 de la CPE, y solamente de manera preventiva (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0249/2012, de 29 de mayo).

Por otro lado, la Sentencia Constitucional N°0680/2006-R, de 17 de julio, precisó algunos de los requisitos esenciales del acto administrativo, señalando la diferencia entre un acto administrativo *perfecto*, y un acto administrativo *eficaz*, de acuerdo a lo siguiente:

*“A fin de resolver dicha controversia corresponde acudir a lo que se establece en la doctrina del derecho administrativo al respecto, partiendo de que como acto administrativo se entiende toda declaración, disposición o decisión de la administración de carácter general o particular, emitida en ejercicio de sus funciones y que produce efectos jurídicos sobre el administrado, y que según sostiene Roberto Dromi (Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, pp. 227 a 239), para su existencia requiere del cumplimiento de ciertos requisitos esenciales, a saber: competencia, objeto, voluntad y forma, requisitos que deben concurrir simultáneamente de acuerdo con el modo requerido por el ordenamiento jurídico.*

**La competencia** es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente. En otros términos, es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, le confieren la Constitución, las leyes y los reglamentos y que debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes.

**El objeto del acto administrativo** es la materia o contenido sobre el cual se decide, certifica, valora u opina. El objeto tiene que ser cierto, claro, preciso y posible física y jurídicamente.

**La voluntad administrativa** que está compuesta por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador, comprende elementos subjetivos (intelectivos de los órganos-individuos) y objetivos (normativos procesales).

**Por forma** se entiende el modo como se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa, es el modo de exteriorización de esa voluntad, lo cual se produce a través de la publicación y la notificación. Los actos administrativos deben ser notificados al interesado, pues la publicación no suple la falta de notificación. La falta de publicación no vicia al acto.

**Respecto a la notificación del acto administrativo**, Dromi señala (p. 242) que el acto que no ha sido notificado no produce efectos jurídicos inmediatos, no es acto administrativo en el concepto señalado, careciendo de eficacia mientras no sea notificado al interesado, agrega que la comunicación del acto afecta a la vinculación o sujeción del administrado, no debiendo la notificación ser imprecisa ni ambigua.

**Entonces, conforme a la doctrina sucintamente desarrollada, es posible distinguir entre un acto administrativo**

*perfecto y un acto administrativo eficaz, entendiéndose por el primero aquel que cumple con todos los requisitos de procedimiento y forma señalados por ley para su expedición, mientras que un acto administrativo es eficaz cuando surte efectos frente a las partes interesadas, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas entre las partes, eficacia que se adquiere una vez que el acto administrativo es publicado, cuando se trata de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, o notificado, cuando se trata de un acto de carácter particular, personal y concreto.*

*Consecuentemente, el acto administrativo adquiere eficacia o produce sus efectos, recién luego de que haya sido publicado o notificado; en otros términos, los actos administrativos existen desde que se expiden, pero su validez y eficacia está condicionada a su publicación o notificación.*

*Este criterio se halla patentizado en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 32.I de la LPA que respecto a la validez y eficacia de los actos administrativos señala que éstos se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación o publicación."*

## V. VALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS – NULIDAD Y ANULABILIDAD<sup>26</sup>

En coherencia con los principios antes anotados, el art. 27 de la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo, señala que *"se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la*

---

26 Cfr. Sentencia Constitucional N°1464/2004-R, de 13 de septiembre.

*presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo”<sup>27</sup>.*

El art. 32 de la Ley de Procedimiento Administrativo, señala que “Los actos de la Administración Pública sujetos a esta ley se presumen válidos y producen efectos desde la fecha de su notificación o publicación”. De acuerdo a esta norma, se presume la validez de los actos administrativos; sin embargo, el capítulo V de la Ley N°2341, establece los casos en que el acto administrativo puede ser declarado nulo o anulable. Así, el art. 35 establece:

*“I. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes:*

- a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio;*
- b) Los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible;*
- c) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido;*

---

27 Ahora bien, todo acto administrativo debe ser emitido con competencia, en este entendido, debe precisarse que **la competencia como elemento esencial del acto administrativo**, implica el poder o aptitud legal de asumir y ejecutar decisiones que generen consecuencias jurídico-administrativas, siendo por tanto la medida o continente de la potestad administrativa asignada por la Constitución y las leyes a órganos de la Administración Pública en cualquiera de sus niveles de administración u organización territorial. En efecto, en el ámbito de los actos administrativos, la competencia, como elemento esencial y requisito de formación de los mismos, tiene una génesis de rango constitucional enraizada en el juez natural, aspecto del cual devienen sus características esenciales, toda vez que la competencia como medida y continente de la potestad administrativa es indelegable, invalorable y emana solamente de la ley y la Constitución, razonamiento a partir del cual se establece que la nulidad de los actos administrativos pronunciados sin competencia son una causal de nulidad, de acuerdo a los arts. 35 concordante con el 28 inc. a) de la LPA. (Cfr. Sentencia Constitucional N°0032/2010, de 20 de septiembre de 2010).

- d) *Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y*
- e) *Cualquier otro establecido expresamente por ley.*
- II. *Las nulidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente ley”.*

Por su parte, el art. 36, determina que:

- “I. Serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción al ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior.*
- II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.*
- III. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo dará lugar a la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.*
- IV. Las anulabilidades podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la presente Ley”.*

De acuerdo a las normas transcritas, tanto la nulidad como la anulabilidad de los actos administrativos, sólo pueden ser invocadas mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la ley y dentro del plazo por ella establecido; en consecuencia, en virtud a los principios de legalidad, presunción de legitimidad, y buena fe, no es posible que fuera de los recursos y del término previsto por ley se anulen los actos administrativos, aún cuando se aleguen errores de procedimiento cometidos por la propia administración, pues la Ley, en defensa del particular, ha establecido expresamente los mecanismos que se deben utilizar para corregir la equivocación; por ende, fuera del procedimiento previsto y los recur-

sos señalados por la ley, un mismo órgano no podrá anular su propio acto administrativo (conocido en la doctrina como “acto propio”), por cuanto una vez definida una controversia y emitida la Resolución, ésta ingresa al tráfico jurídico y por lo tanto ya no está bajo la competencia de la autoridad que la dictó, sino a la comunidad, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la Sentencia Constitucional N°1173/2003-R, de 19 de agosto<sup>28</sup>.

Lo señalado precedentemente, es aplicable también para los casos de revocatoria, modificación o sustitución de los actos administrativos propios que crean, reconoce o declaran un derecho subjetivo, ya que éstos sólo pueden ser revocados cuando se utilizaron oportunamente los recursos que franquea la ley, o cuando el acto beneficie al administrado. Sobre la problemática del acto propio, la jurisprudencia comparada ha precisado lo siguiente:

---

28 *“Del contexto legal previsto por las disposiciones citadas y la jurisprudencia glosada se infiere que las resoluciones administrativas emitidas en ejercicio de la atribución de autoridad jerárquica en los procedimientos administrativos regulados por los arts. 137 y ss de la LM, y por la Ley de Procedimiento Administrativo, generan derechos subjetivos a favor de la persona que accionó el recurso jerárquico; no siendo posible que tanto la nulidad como la anulabilidad de los actos administrativos, puedan ser invocadas mediante una demanda de nulidad, fuera de la interposición de los recursos administrativos previstos en la ley y fuera del plazo por ella establecida; en consecuencia, en virtud a los principios de legalidad, presunción de legitimidad, y buena fe, no es posible que fuera de los recursos y del término previsto por ley se anulen los actos administrativos, aún cuando se aleguen errores de procedimiento cometidos por la propia administración, por cuanto la Ley, en defensa del particular, ha establecido expresamente los mecanismos que se deben utilizar para corregir el error o la equivocación; por ende, fuera del procedimiento previsto y los recursos señalados por la ley, un mismo órgano no podrá anular su propio acto administrativo, por cuanto una vez definida una controversia y emitida la Resolución, ésta ingresa al tráfico jurídico y por lo tanto ya no está bajo la competencia de la autoridad que la dictó, sino a la comunidad”* (Sentencia Constitucional N°0258/2007-R, de 10 de abril de 2007).

1. **Tribunal Supremo español:** *“La buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable...”* (Sentencia de 22 de abril de 1967).
2. **Corte Constitucional de Colombia:** *“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto”.*

*“La teoría del respeto al acto propio, tiene origen en el brocardo ‘Venire contra pactum proprium nellí conceditur’ y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerado si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria...”* (Sentencia T-295/99).

Ahora bien, no obstante lo anotado precedente, es criterio general de la doctrina que existen actos que pueden ser revocados por razones de oportunidad, con el objetivo de satisfacer las exigencias de interés público, caso en el que la Administración está obligada a indemnizar al particular; en cambio, hay otros que no gozan de estabilidad y, por lo mismo, pueden ser revocados por la Administración, por razones de utilidad pública, no siendo indemnizables, salvo cuando ha existido culpa administrativa o cuando la Administración ha realizado una incorrecta valoración del interés público. Son actos administrativos inestables, por ejemplo, los permisos concedidos por la Administración, cuya vigencia y revocatoria dependerá

de la discrecionalidad de la Administración, apreciando si está o no de acuerdo con el interés público.

## VI. CONCLUSIÓN

Hasta aquí, he intentado sistematizar los lineamientos más importantes de la jurisprudencia constitucional, respecto al entendimiento que debe asumirse en cuanto a la naturaleza y alcances de las disposiciones contenidas en la Ley N°2341 de Procedimiento Administrativo Boliviano, específicamente en cuanto se refiere a los principios generales de la actividad administrativa, ampliamente desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, haciendo énfasis en la naturaleza jurídica y alcances del derecho a la petición, el principio de verdad material, el principio de informalismo, el debido proceso administrativo, el derecho a la defensa y su aplicación al ámbito administrativo; todo ello de acuerdo a las últimas modulaciones jurisprudenciales, esperando que esta recopilación sea de utilidad para todos los lectores interesados en profundizar sus conocimientos sobre la naturaleza y fundamentos jurídicos de los principios generales que rigen la actividad administrativa en Bolivia.



ACTUALIDAD



# SOLUCIONES INSTITUCIONALES A LA CRISIS INFLACIONARIA

**Luis Fraga Lo Curto**

*Abogado (UCAB), Master en derecho (Université Lyon III)*

*Resumen: Las causas del recrudecimiento de la crisis inflacionaria en Venezuela son claras: irresponsabilidad fiscal y exceso en los gastos públicos, lo que ha hecho que el Banco Central de Venezuela deba financiar la deuda ampliando la oferta de agregados monetarios más allá de lo que requiere el mercado. Las soluciones del gobierno han sido nefastas y sólo han servido para empeorar la situación. Controles de cambio y precio que han acentuado la depreciación de la moneda y el aumento de los precios y que además han causado terrible escasez. Frente a esta realidad, proponemos una reforma institucional que estabilice el sistema de precios e impida que esto vuelva a ocurrir en el futuro. Esta propuesta se basa en dos grandes principios: (i) disciplina fiscal y (ii) disciplina monetaria y financiera. Sin embargo, para lograr esto, será necesario instaurar una serie de controles que limiten al Estado en el gasto público, el endeudamiento y el financiamiento de la deuda.*

**Palabras clave:** *Inflación, gasto público, déficit fiscal, reforma económica.*

**Summary:** *The intensification of inflationary crisis in Venezuela is a reality, and the causes are quite clear. Fiscal irresponsibility and excessive public spending have force the Central Bank to finance the public debt by an increase in the supply of money. The effect: an important growth in the price rates. The government has established an exchange and price control to mitigate inflation. Nonetheless, these measures have accentuated the currency depreciation and the rising of prices, and have aggravated the shortages. Given this reality, we propose an institutional reform that would stabilize de price system and prevent a future crisis. This proposal is based on two main principles: (i) fiscal discipline, and (ii) monetary and financial discipline. However,*

*to achieve this, it is necessary to establish a series of controls to public spending, public indebtedness and debt financing.*

**Key words:** *Inflation, public spending, fiscal deficit, economic reform.*

Recibido:

15 de abril de 2016

Aceptado:

20 de abril de 2016

## SUMARIO

### Introducción

#### I. Las instituciones del desastre

#### II. Un marco normativo para salir de la crisis

### Conclusiones

### Bibliografía

## INTRODUCCIÓN

En el año 1993, cuando el país a penas se recuperaba de dos intentos de golpe de Estado, Arturo Uslar Pietri, uno de los más grandes pensadores de habla hispana del siglo XX, declara en una entrevista con Marcel Granier lo que los venezolanos parecen no querer escuchar: el socialismo fracasó, Europa del Este busca con dignidad enrumbarse al desarrollo y Venezuela no puede seguir con su modelo basado en el paternalismo estatal y una economía subsidiada. El intelectual señalaba lo que es obvio, la nación no puede seguir viviendo del Estado, el ciudadano tiene que salir a la calle a competir, a producir, a innovar. Por supuesto, nadie lo escuchó.

Al año siguiente Venezuela eligió al candidato que prometía revertir las medidas económicas tomadas por Carlos Andrés Pérez. En 1995, sentado en el mismo programa frente al mismo periodista dice: *"el diabetes de Venezuela en este momento es el tamaño del Estado y la magnitud del gasto público"*. Pero los venezolanos decidimos dejar de lado el debate impostergable sobre la viabilidad del modelo económico y profundizar la socialdemocracia. La evolución social se rige por reglas que todavía no somos capaces de comprender. A veces el descontento se transforma en progreso y otras en destrucción. Finalizado el gobierno de Caldera, la sed de cambio tomó la segunda forma. Lo que ocurrió luego todos lo sabemos. Hoy estamos ante una encrucijada similar, pero de dimensiones infinitamente superiores. El modelo económico no sólo influye en nuestra capacidad de

consumir y ahorrar o nuestra posibilidad de inversión, sino que ha destruido moral y culturalmente al venezolano. Nos ha convertido en esclavos, incapaces de valernos por nosotros mismos, e inevitablemente dependientes de las dádivas del Estado.

En el momento en que Arturo Uslar Pietri abría el debate sobre el modelo de país que necesitaba Venezuela, todos nos preguntábamos ¿qué hacer con el Estado atrofiado, ineficiente y corrupto?, ¿cómo salimos los venezolanos de nuestra situación de parásitos de la renta petrolera para convertirnos en ciudadanos dignos?, ¿es necesario seguir manteniendo las empresas estatales deficitarias?, ¿es necesario que el Estado regule de tal forma la economía? Hoy, cuando la situación es terriblemente peor, pocos queremos volver a estas cuestiones. Sin embargo, es ineludible, la economía debe ser repensada si queremos tomar el camino de la prosperidad y el desarrollo. Punto.

La pregunta es cómo. ¿Cómo reformar el modelo –ya no benefactor sino definitivamente socialista– que ha llevado a Venezuela a la ruina? No es simple, seguramente el país tardará décadas en sanar sus heridas, en reconciliarse, en redescubrir su dignidad. Suena repetitivo pero el cambio debe ser cultural, ético y moral. Esa frase tan manoseada de que *“debemos recuperar los valores”* es cierta. Y aunque sabemos que no se trata sólo de cambiar a quienes gobiernan, reformar y abrogar algunas leyes, enmendar la constitución, porque probablemente el daño es de tal magnitud que no hay reforma que arregle este disparate, el cambio institucional es parte importante de la solución. Y aquí es donde entramos los juristas.

Uslar Pietri dijo en aquel momento que sino tomábamos la decisión de acabar con el Estado benefactor, la fuerza de los hechos nos llevaría a ello más adelante, solo que *“en peores condiciones, en más ruina, en más miseria y con más problemas”*. En definitiva sino lo hacemos, Venezuela *“se va a quedar fuera del*

*juego del mundo*". Henos aquí. Si ayer la tarea era grande, hoy es titánica.

Nosotros, los hacedores de derecho, como diría el profesor Isaías Medina Felizola, tenemos el deber de ofrecerle al país un nuevo marco institucional, moderno, eficiente, que ponga a Venezuela en las vías del desarrollo. El derecho, como han repetido tantas veces los economistas de Chicago, es una estructura de incentivos, por lo que puede ser un instrumento para la prosperidad. A mediados del siglo pasado los economistas de la Escuela de Chicago osaron decirle a los abogados que dejaran de pensar tanto en la justicia y empezaran a tener como objetivo la eficiencia. Que de nada valía una ley muy justa si su aplicación práctica era imposible. Y tenían razón. Así nació la corriente que llaman análisis económico del Derecho<sup>1</sup> y que revolucionó por completo la forma de ver y crear el orden jurídico. Esto es importantísimo para Venezuela: si queremos cambiar el modelo, tenemos que tener como objetivo número uno la eficiencia.

A pesar de las grandes críticas que puedan hacerse al AED desde el punto de vista ontológico y metodológico<sup>2</sup>, hay algunos puntos en los que creemos casi todos los juristas y economistas estamos de acuerdo. El AED a permitido que los juristas modernicemos nuestra metodología, lo cual a traído como consecuencia que por un lado, salgamos de nuestra testarudez dogmática para poner los pies sobre la tierra y ver como interactúan las instituciones jurídicas con la realidad y que por otro lado, dejemos de lado el oscurantismo interpretativo para dar mayor solidez y seriedad científica a nuestras teorías. Pero el AED no sólo a traído beneficios a la ciencia jurídica, también ha enriquecido el análisis de la economía neoclásica, haciéndolo volver al camino institucionalista y dinámico que

---

1 En adelante AED.

2 Vid.: Fraga Lo Curto, Luis (2015) *Eficiencia dinámica y análisis praxeológico del derecho*. Sobre este tema también vid.: Fraga Lo Curto, Luis (2015). *Análisis dinámico del derecho administrativo: Construyendo el camino hacia el desarrollo*.

empezaron sus antepasados clásicos, el camino que siguió la tradición austriaca.

Ahora bien, hoy en día podemos observar dos grandes vertientes dentro del programa de estudio conjunto de derecho y economía: en primer lugar, el análisis de determinadas instituciones jurídicas con la finalidad de establecer las consecuencias económicas que éstas acarrearán, es decir, un análisis de eficiencia económica; y en segundo lugar, la aplicación de herramientas metodológicas, que antes solían ser consideradas como propias de la economía y ajenas al derecho, para estudiar cómo el ordenamiento interacciona con la realidad, es decir, un análisis jurídico de eficiencia dinámica.

Un análisis del primer tipo podría ser, por ejemplo, el estudiar las consecuencias que ha traído en el desempleo y los salarios, la eliminación de la figura de la tercerización en la legislación sustantiva laboral. Por otro lado, un ejemplo del análisis del segundo tipo sería el de comparar, con herramientas empíricas o a través el razonamiento apriorístico e introspectivo, si tal o cual forma de protección cautelar es más o menos eficiente a la hora de solucionar los problemas intersubjetivos de intereses de las partes. Mientras en el primer tipo de análisis se busca estudiar la economía partiendo del marco institucional, en el segundo tipo de análisis se busca analizar las instituciones con instrumentos que tradicionalmente no eran considerados como *proprios* del análisis jurídico.

Una muestra de aquel segundo análisis (aunque posiblemente sin haberlo querido así) es una obra que se ha vuelto un clásico en la literatura jurídica venezolana. Nos referimos al libro del profesor CANOVA, *"La realidad del contencioso administrativo venezolano"*. En este trabajo, el autor utiliza el método empírico para tratar de evidenciar un hecho que todos sospechaban: en la jurisdicción contencioso administrativa, la Administración nunca pierde. Este trabajo ha permitido que se abra un intenso debate sobre la utilidad de esta jurisdicción

especial para la solución de los conflictos del ciudadano frente al Estado.

En el análisis jurídico tradicional, se enfrenta una noción determinada a otra de categoría superior, para intentar cuestionar su validez, su eficacia o su justicia. Mientras que los conceptos y principios del derecho son modelados mediante la dogmática jurídica, la forma de confrontarlos entre sí se rige por las reglas de la argumentación jurídica. Este es el ejercicio lógico básico del jurista y sobre el cual descansa su razonamiento<sup>3</sup>. De esta forma podemos determinar, entre otros, si el hecho de que la Administración entre al proceso judicial dotada de privilegios exorbitantes pone o no en entredicho la imparcialidad del juez contencioso garantizado por la constitución, o si es o no violatorio del principio de igualdad de las partes, propio del derecho procesal.

No hay nada de malo en este tipo de razonamiento, es absolutamente válido. El problema está cuando es el único que utilizamos. Y esto es lo que ocurre en la realidad. Nada más hay que revisar los índices de las revistas jurídicas venezolanas para ver la cantidad de artículos, notas y comentarios de sentencias dedicadas al análisis dogmático de la justicia administrativa. ¡Qué maravilla! Ahora imaginemos un momento que por alguna razón mágica e inexplicable la Torre IMPRES desaparece mañana, y con ella toda la jurisdicción contencioso administrativa, incluida la Sala aquella que se encuentra en la esquina de Dos Pilitas. ¿Qué pasaría? La verdad es que no pasaría nada. ¡Absolutamente nada! Salvo el hecho de que algunos funcionarios públicos se quedarían sin trabajo, cuestión ciertamente lamentable, la situación para el administrado seguiría siendo exactamente la misma: no existe ninguna instancia administrativa o judicial que le permita solucionar sus conflictos de los individuos con el Estado.

---

3 Vid: Atienza, Manuel (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*.

El análisis dinámico lo que pretende no es determinar si una institución jurídica es dogmáticamente adecuada o no, sino comprobar si funciona, si es útil, en fin, si es eficiente. Dicho de otro modo, se trata de enfrentar la institución a la realidad.

En nuestro libro *“Control e inflación. La inviabilidad del sistema venezolano de planificación centralizada de precios”*, también llevamos a cabo el segundo tipo de análisis para determinar si las normas de control de precio habían cumplido efectivamente su objetivo de reducir la inflación. La respuesta era obvia, no lo hicieron. De hecho, empeoraron la situación. Pero no funcionaron no porque el gobierno no haya hecho lo suficiente para ejecutar la Ley, de hecho ha llenado al país de fiscales para perseguir y destruir todo intento de especulación, usura, remarcaje, acaparamiento, etc. No funcionaron porque ni hoy, ni nunca van a funcionar. Son normas que nacieron para fracasar en su aplicación práctica porque, como explicamos en aquel momento, la conducta humana no puede ser dirigida de forma centralizada desde las oficinas de una superintendencia. Y es que las valoraciones subjetivas de los individuos –y por ende los precios– se generan en un espacio al que los funcionarios públicos no pueden tener acceso epistemológico: nuestra propia conciencia.

Ahora, queremos volver a aquel tema, pero esta vez dando un paso atrás en el tiempo para determinar qué fue lo que ocurrió, desde el punto de vista jurídico, antes de que empegaran a agravarse las distorsiones fiscales y monetarias. Es decir, utilizando el primer tipo de análisis, partiremos de las instituciones para ver sus consecuencias económicas y luego intentaremos proponer una serie de juicios normativos que evitarían que esa situación vuelva a ocurrir. Ya sabemos que el control de precios no funcionó, puesto que la inflación no ha hecho sino empeorar, pero es necesario estudiar cuales son las normas de derecho público que permitieron que el desequilibrio inflacionario se diese en primer lugar. Pero esta vez nues-

tro análisis no será simplemente descriptivo, sino prescriptivo. Queremos, como el título del artículo lo indica, encontrar una solución. Por razones de espacio y de nuestra experticia, nos limitaremos a tratar las reformas que creemos necesarias en materia fiscal, monetaria y financiera.

Para ello dividiremos nuestra investigación en dos partes. En primer lugar, una parte dedicada a estudiar lo que denominamos –de forma dramática, sin duda– las instituciones del desastre, donde haremos un breve recuento del marco jurídico que permitió las políticas expansionistas que hoy causan la crisis (I). En segundo lugar, una parte consagrada a proponer las instituciones jurídicas que creemos ayudarán salir de la crisis y a evitar que ésta vuelva a ocurrir (II).

## I. LAS INSTITUCIONES DEL DESASTRE

Podemos dividir a las instituciones jurídicas que causaron la crisis económica actual en dos categorías: por un lado, unas políticas fiscales y monetarias al servicio del endeudamiento público (A); por otro lado, una política financiera de gasto irresponsable y crecimiento descontrolado del Estado (B).

### **1. El financiamiento de la irresponsabilidad**

Hay condiciones institucionales que podemos considerar como fundamentales en el deterioro económico del país. En primer lugar, el que el mercado monetario esté en manos de un ente sometido a la voluntad del Ejecutivo (1); y en segundo lugar, el que las políticas monetarias y fiscales estén diseñadas para cumplir con los requisitos de endeudamiento irresponsable del gobierno (2).

### A. *El debilitamiento institucional del Banco Central de Venezuela*

La literatura económica tiende a estar de acuerdo en que la existencia de un Banco Central autónomo, que no responda a las necesidades fiscales del gobierno, sino a objetivos técnicos precisos en materia monetaria, es favorable a la estabilidad macroeconómica y al control de la inflación<sup>45</sup>. Por el contrario, deja en evidencia que *“donde hay mayor sometimiento del Banco Central al Gobierno Nacional existen más posibilidades de envilecimiento monetario”*<sup>6</sup>. Así mismo, resalta *“las virtudes de establecer la estabilidad de precios como el objetivo fundamental, si no único, a perseguir por parte de la autoridad monetaria”*<sup>7</sup>.

La Constitución venezolana, en su artículo 318, obliga al Banco Central de Venezuela<sup>8</sup> a mantener la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. De la misma forma, define a esta institución como una persona jurídica de derecho público con *autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia*.

La declaración constitucional de autonomía se ve reforzada por el artículo 320 del mismo texto que establece de forma taxativa que el BCV *“no estará subordinado a directivas del Poder Ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias”*. El artículo 314 contempla además un principio fiscal según el cual no se pueden realizar gastos que no estén previstos legalmente, lo cual impide que el gobierno central genere egresos

---

4 Alesina, Alberto y Summers, Lawrence H. (1993). *Central Bank Independence and Macroeconomic Performance: Some Comparative Evidence*, pp. 151 y 152.

5 Vid: Arnone, Marco; Laurens, Bernard J.; Segalotto, Jean-François y Sommer, Martin (2007). *Central Bank Autonomy: Lessons from Global Trends*.

6 Silva, Carlos R. (1987). *La autonomía de acción de los bancos centrales y el caso venezolano*, p. 174.

7 Barrios Ross, Armando y Daza, Abelardo (2000). *Un estudio sobre la autonomía administrativa del Banco Central de Venezuela*. p. 3.

8 En adelante BCV.

superiores a los establecidos en la Ley de Presupuesto y que luego acuda al ente emisor para intentar compensar la deuda.

Estos dos principios fundamentales que rigen la política monetaria (independencia del BCV y obligación de mantener la estabilidad de los precios y el valor de la moneda), se ven cuestionados cuando en el mismo artículo 320, la constitución otorga funciones a la cartera de Finanzas que se solapan con aquellas propias del BCV. En este sentido, la constitución resguarda la no subordinación del BCV y al mismo tiempo convierte la obligación de mantener la estabilidad de los precios y el valor de la moneda en un cometido del Estado en general, que deberá ser cumplido por el Ministerio de Finanzas.

Allí precisamente es donde empieza el problema. Resulta difícil que la autonomía y no subordinación al gobierno del BCV se respeten en la práctica, cuando las decisiones de política monetaria deben tomarse en conjunto con el Poder Ejecutivo.

Más adelante, cuando analicemos el marco regulatorio necesario para controlar el financiamiento de la deuda, estudiaremos con mayor profundidad las normas que consideramos necesarias para que el Poder Ejecutivo, siendo la primera fuente de gasto público, quede completamente fuera en el proceso de diseño de las políticas monetarias y recaudatorias, así como las distintas teorías sobre el papel de la banca central en la gestión de la política monetaria. Por ahora nos limitaremos a justificar esta afirmación. La única forma de controlar los egresos del Estado y por ende la inflación, es evitando que el Poder Ejecutivo tenga poder de decisión sobre los ingresos del Estado. En otras palabras, evitar que utilice los instrumentos recaudatorios y monetarios como una forma de financiar políticas fiscales deficitarias.

Este principio está protegido por la constitución de una manera muy pobre, pues aunque se garantiza la no subordi-

nación del BCV, se obliga a este instituto a mantener la estabilidad monetaria y se le prohíbe expresamente financiar las políticas deficitarias, todo queda destruido cuando se le otorga al Poder Ejecutivo competencias en la elaboración de la política monetaria. Así pues, se permite aquello que se quería evitar, o sea, que el Ejecutivo lleve a cabo políticas de gasto irresponsable, puesto que controla los instrumentos para financiarlas.

Desde 1974 hasta 2002, la Ley del BCV limitaba esta intromisión del Poder Ejecutivo a las políticas cambiarias, cuando obligaba al Banco Central a acordar junto con la cartera de Finanzas cual era el precio de las divisas en bolívares. Hoy, todas las decisiones del BCV en materia monetaria deben ser tomadas en conjunto con el Poder Ejecutivo y deben cumplir con los objetivos previstos en los acuerdos que se celebren con éste. Hay que decirlo claramente, la autonomía del BCV no existe.

La existencia de estas normas legales no es fortuita, de hecho, en el proyecto de reforma constitucional de 2007 se planteaba la eliminación de la autonomía del BCV y se establecía que las políticas fiscales y monetarias se llevarían a cabo en estricta y obligatoria coordinación con el Ejecutivo nacional. En realidad, el proyecto de reforma intentaba constitucionalizar algo que ya existía y que sigue existiendo en la práctica.

Reforma tras reforma, se ha ido debilitando el rol garante de la estabilidad monetaria que debe tener el BCV, limitando el control de éste sobre los activos internacionales públicos que respaldan la moneda, instituyendo el financiamiento gratuito del Gobierno mediante la emisión de agregados monetarios sin respaldo productivo, flexibilizando los criterios para determinar cuales activos pueden o no formar parte de las reservas

internacionales, ampliando las posibilidades de otorgar créditos a la banca, etc.<sup>9</sup>

Ya desde la reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela de 1974 se advertía lo que hoy es una realidad. Esta reforma

*“nacionaliza el banco y elimina el encaje que respalda la emisión monetaria. Se convierte entonces al Banco Central en un banco de desarrollo mediante la fijación de tasas subsidiadas diferenciales para redescantar títulos, cuyos recursos estaban destinados al financiamiento de sectores escogidos por el Estado para promover, como la agricultura, la construcción y la pequeña y mediana empresa. Es entonces que se inicia la política monetaria utilizando la ventana del redescuento con propósitos de desarrollo y las operaciones de mercado abierto para financiar al gobierno”<sup>10</sup>.*

Adicionalmente a esto, en todas las reformas a la Ley del BCV ocurridas desde 2002 hasta 2014, se ha ido diluyendo aquel objetivo fundamental y único de mantener la estabilidad de precios, transformando al Banco (un organismo que debería ser de carácter técnico), en un instrumento para la consecución de las políticas expansionistas del gobierno. En este sentido, la Ley del BCV, desde 2002 hasta nuestros días, no considera que el papel del instituto sea sólo el de gestionar la política monetaria, sino que éste debe contribuir en el desarrollo económico de la nación. Esta frase suena muy romántica, pero su significado real es el siguiente: el BCV debe financiar las políticas populistas del gobierno.

---

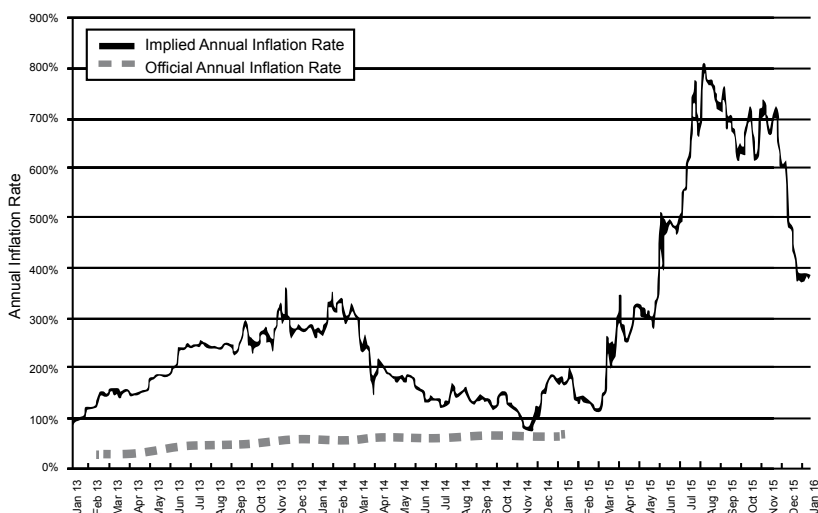
9 Vid: Zambrano Sequín, Luis. *Nota con relación a las reformas a la ley del Banco Central de Venezuela*.

10 De León, Ignacio. *La Propiedad Privada como causa del Progreso*, p. 64.

## B. Una política fiscal y monetaria al servicio de la deuda pública

No es de extrañarse que en este periodo de enormes ataques a la autonomía del BCV, ocurra al mismo tiempo un enorme crecimiento de la oferta monetaria, lo cual ha afectado terriblemente al sistema de precios y ha destruido por completo la unidad monetaria nacional. Hecho que podemos observar en los gráficos 1 (abajo) y 2 (p. 234).

Gráfico n. 1: Tasa de inflación implícita<sup>11</sup>



Sources: Banco Central de Venezuela, Dollar.ru, Dolar Paralelo, International Monetary Fund (IFS), Paralelo Venezuela, and calculations by Prof. Steve H. Hanke, The Johns Hopkins University.

Note: These annual inflation rates are implied from the Black-market VEF/USD exchangerate.

Note: When the annual implied inflation rate drops below 25%, the estimate is unreliable.

En este sentido, es propicio recordar que la inflación es una política de Estado<sup>12</sup> que persigue fines recaudatorios. Así pues, afirmaba MISES que la inflación se refiere a la política guber-

11 Gráfico realizado por Hanke, Steve (2015) Vid: *The Troubled Currencies Project*.

12 Von Mises, Ludwig (1953). *The Theory of Money and Credit*, . p. 9.

namental mediante la cual se aumenta la oferta de dinero, haciendo que éste pierda su valor<sup>13</sup>. El aumento de precios es entonces consecuencia de la desvalorización de la moneda, y no de la revalorización generalizada de los bienes y servicios.

El que este tipo de políticas sean tomadas por los gobiernos es consecuencia, como dijo Hayek, de “*la superstición (keynesiana) según la cual, a través del aumento de los agregados monetarios, se puede asegurar de forma perdurable la prosperidad y el pleno empleo*”<sup>14</sup>. Pero no sólo eso, las políticas inflacionarias también tienen causas mucho más oscuras que la inútil pretensión de generar prosperidad y empleo a base de expansión monetaria. Y es que la inflación también es utilizada como un mecanismo recaudatorio<sup>15</sup>, uno que viola el principio anglosajón de *no taxation without representation*, pero que es mucho más eficiente (para el gobierno y en detrimento del contribuyente) y que trae menos costos de percepción.

La inflación es la panacea del populismo. Permite a los gobiernos recaudar enormes cantidades de dinero para aumentar el gasto público y aplicar medidas intensas de redistribución que les garantizan una segura reelección, mientras evaden la responsabilidad sobre la caída del poder adquisitivo del ciudadano y se disfrazan de justicieros que combaten, mediante el control de precios, a los avariciosos especuladores.

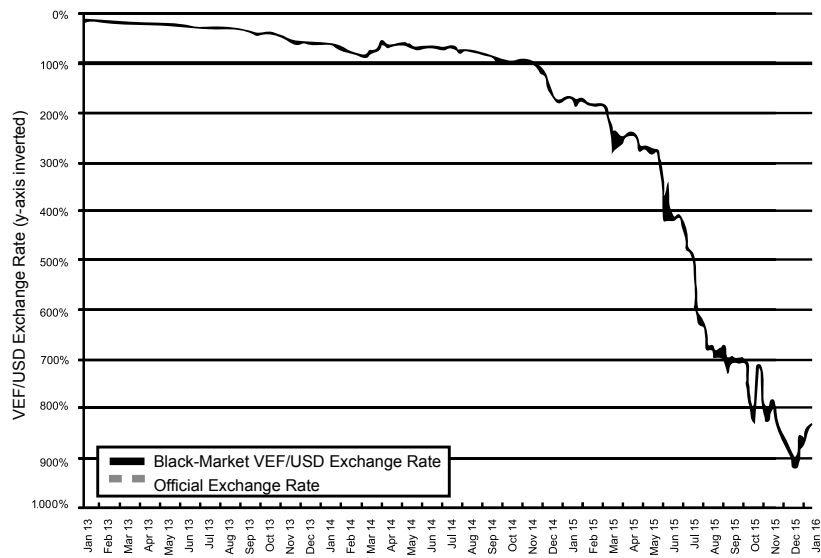
---

13 Von Mises, Ludwig (1998). *Human Action. A Treatise on Economics*, p. 420.

14 Hayek, Friedrich (2009). *Choice in Currency. A Way to Stop Inflation*, p. 9.

15 Horwitz, Steven (2003). *The Costs of Inflation Revisited*, p. 78.

Gráfico n. 2: Tasa de cambio Bolívar – Dólar<sup>16</sup>



Sources: Banco Central de Venezuela, Dollar.nu, Dolar Paralelo, International Monetary Fund (IFS), Paralelo Venezuela.  
Prepared by Prof. Steve H. Hanke, The Johns Hopkins University.  
Note: For purposes of illustrating the declining value of the Venezuelan bolivar, relative to U.S. dollar, the y-axis is inverted.

El círculo vicioso de la inflación, que empieza con el gasto populista y termina con la destrucción de poder adquisitivo, no es sino consecuencia del debilitamiento de las instituciones públicas, las cuales en vez de garantizar una actuación correcta y transparente del gobierno, se rinden a sus pies para cumplir con objetivos partidistas. La inflación se lleva a cabo a través de dos técnicas diferentes: la impresión de moneda sin respaldo que realiza directamente el Banco Central y la expansión crediticia a través del sistema de reserva fraccionaria que rige a los bancos públicos o privados. La caída estrepitosa de los ingresos petroleros ha hecho que gobierno recurra a este tipo de políticas para poder seguir manteniendo el gasto público.

Pero además, como afirma **Cachanosky**, la emisión sin respaldo no sólo afecta el poder adquisitivo del dinero, sino

16 Horwitz, Steven (2003). *The Costs of Inflation Revisited*, p. 78.

que crea una caída artificial en la tasa de interés. Explica el autor que el dinero extra genera un “espejismo” en donde las personas creen tener más ahorro.<sup>17</sup>

Dice el autor que:

*“Este aparente ahorro hace cambiar las valoraciones subjetivas de las personas y cambian sus estructuras de bienes de consumo y de capital; lo que deriva en un corto plazo, con una caída en la tasa de interés. Fruto de una baja tasa de interés artificial, se incentiva que se realicen inversiones que, de lo contrario, no se hubieran realizado. En un primer momento el riesgo no se hace evidente, pero en la realidad, el «aparente» ahorro es sólo eso: una apariencia. En esta primera etapa, la economía experimenta un crecimiento (boom). Sin embargo, el crecimiento no podrá ser sostenido. Al forzarse a realizar inversiones se producen bienes que no tienen el respaldo del ahorro correspondiente, ya que sólo es una apariencia. Además, puede ocurrir que los nuevos bienes producidos no sean valorados por los consumidores. En cuanto el empresario evidencia que no tiene el dinero para llevar a cabo sus inversiones y que además sus productos pueden no ser valorados, comienza el declive y algunas empresas quiebran. Como corolario, muchos recursos quedan ociosos en inversiones que no darán fruto y no pueden ser utilizados en otros proyectos más rentables. Esta segunda etapa es la del «bust». El mercado corrige y la tasa de interés buscará un nuevo equilibrio”<sup>18</sup>.*

A estas políticas inflacionistas, debe sumársele el hecho de que el Poder Ejecutivo a podido dictar normas tributarias a su medida, gracias a las leyes habilitantes que la Asamblea Nacional le ha concedido en los últimos años, lo cual le ha permitido diseñar una política impositiva que se ajuste a sus cada vez más pantagruélicos gastos. No es casualidad el aumento impresionante de las obligaciones fiscales y parafiscales, que

17 Cachanosky, Iván (2015). *Las consecuencias de intervenir la tasa de interés*, p. 6

18 Ibídem, p. 6.

han hecho que Venezuela tenga una presión fiscal del 52.6% sobre el beneficio de los contribuyentes<sup>19</sup>. Para dar algunos ejemplos comparativos, ese porcentaje es en Suecia de 54.6, en Alemania de 48.2, en Noruega de 41.6 y en los Países Bajos de 40.5<sup>20</sup>. Es decir, tenemos la carga fiscal de un país desarrollado, aun cuando el Estado venezolano no puede llevar a cabo ni siquiera sus cometidos esenciales de preservar la seguridad y administrar la justicia. El aumento de la carga fiscal genera inevitablemente una caída en el consumo y el ahorro, lo que se traduce en un deterioro de la calidad de vida.

Cuando las normas permiten al Poder Ejecutivo actuar sin que nadie lo detenga, con un Poder Judicial que no controla sus actuaciones sino que las defiende y legitima, un Parlamento que deja la política fiscal y monetaria es sus manos, y finalmente, un Banco Central que financia, en detrimento de la población, todos sus caprichos, el resultado no es otro sino el que tenemos a la vista.

## **2. El crecimiento descontrolado del Estado**

Las instituciones jurídicas que permiten un crecimiento descontrolado del Estado pueden ser estudiadas desde dos puntos de vista: En primer lugar, desde un punto de vista constitucional, a través de las disposiciones previstas en la constitución económica (1); y en segundo lugar, desde un punto de vista legal y administrativo, caso para el cual haremos especial énfasis en la legislación y la política en materia del expropiación (2).

---

19 Vid: Documento del Observatorio Económico Legislativo de CEDICE (2013). *Presión Tributaria y Parafiscal en Venezuela*.

20 Ibídem.

*A. Los principios constitucionales de economía mixta  
y Estado Social*

En la constitución actual –como su predecesora– no existe una clara división entre lo público y lo privado. Es una proclama a favor de la configuración de un Estado Social atrofiado y con fuerte participación pública en la economía.

La quimera de limitar el Estado para proteger al individuo de las garras del monarca es cuestión del pasado. Hoy nuestra libertad, propiedad y vida están en manos de la voluntad del gobierno. La construcción del Estado Social de Derecho comienza a borrar la división que pretendió llevar a cabo la doctrina liberal, haciendo que el poder público intervenga cada vez más para restringir la libre voluntad de las partes. Como afirma José Valentín González, es propio de los sistemas totalitarios intentar estatizar las funciones de la sociedad<sup>21</sup>, esto va desde otorgarle al Estado funciones empresariales, educativas y de ingeniería social, hasta la dominación del pensamiento, con los fines de construir una sociedad unitaria, dócil y servil.

Varios teóricos del derecho administrativo (a veces adrede), confunden los conceptos de sociedad y Estado<sup>22</sup>, dando así pie para que este último posea funciones ilimitadas. Un ordenamiento que no establezca de forma transparente y taxativa las funciones del Estado y los límites de dichas funciones, genera inseguridad, lo cual perturba el proceso de creatividad empresarial y coordinación de desajustes sociales.

---

21 González, José Valentín (2012). *Las Tendencias Totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo*, pp. 11 y 12.

22 Por ejemplo, decía Maurice Hauriou (1900) que “*el Estado es una sociedad que se ha transformado en cosa pública y persona soberana*”. Vid: *Précis de droit administratif et de droit public général*, p. 6. Recordemos también la visión anti-kantiana del individuo que tenía Duguit (1912). Para justificar la función social de la propiedad, este autor plantea que el individuo no es un fin en si mismo sino un medio social. Vid: *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, pp. 147-178.

Para García Pelayo, por ejemplo:

*“El Estado debe someter a la economía a su dirección y regulación generales, incluida la planificación, a fin de hacerle lograr una mayor eficacia y obligarla al cumplimiento de sus funciones sociales. Pero para ello no es absolutamente necesario que se convierta en propietario directo de los medios de producción, sino que, por el contrario, una nacionalización brusca y total tendría probablemente efectos disfuncionales. Para lograr sus fines basta que el Estado asuma la Obereigentum, es decir, la nuda propiedad o dominio eminente que sin necesidad de ejercer la posesión directa pueda controlar en distintos aspectos el ejercicio de ésta”<sup>23</sup>.*

Esta visión se ve reflejada en las normas constitucionales referentes al sistema económico, que configuran una muy indeterminada economía mixta. Pero el rol del Estado no es subsidiario, como ocurre en la economía social de mercado alemana, donde el sector privado forma una parte mucho más importante que el público y donde el estado interviene de forma excepcional. Se trata de una visión estatista en la que el mercado debe estar absolutamente dirigido, planificado y controlado por el sector público.

Por ejemplo, la constitución en su artículo 70, interpreta los procesos de mercado como formas de participación popular, en los que la solidaridad debe ser impuesta por el Estado, a través de formas asociativas cooperativistas o comunitarias. Reconoce en su artículo 88 al factor trabajo como una fuente de riqueza que, a diferencia del capital, debe ser protegida por el Estado. Declara de interés público, en su artículo 110, el desarrollo de la ciencia y la tecnología. Lo mismo ocurre luego con el deporte, la educación y la cultura.

---

23 Citado por González, José Valentín (2012). *Las Tendencias Totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo*, p. 17.

Más adelante, en su artículo 112, garantiza la libertad económica *“sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”*.

Luego, en el artículo 113, de forma penosa e incoherente, prohíbe los monopolios y el abuso de posición dominante en el mercado y al mismo tiempo establece un régimen de concesiones para la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación. Es decir, el establecimiento de un monopolio temporal para la explotación de recursos que de por sí son monopolísticamente administrados por el ente más económicamente ineficiente que existe: el Estado.

Sigue en el 114 con una regulación propia de la inquisición española cuando condena la usura, así como sus derivaciones modernas, propias de la neolengua populista: el acaparamiento, la cartelización y la especulación.

Aunque indeterminada e incoherente, no creemos que la constitución económica sea “neutra”, por el contrario, pensamos que bajo las normas actuales, la configuración de un sistema de libre mercado es imposible puesto. Esta indeterminación (a favor del totalitarismo estatal), hace posible que se atropelle al empresario con la finalidad de llevar a cabo fines que el Estado considera (de forma unilateral y arbitraria) son de interés general.

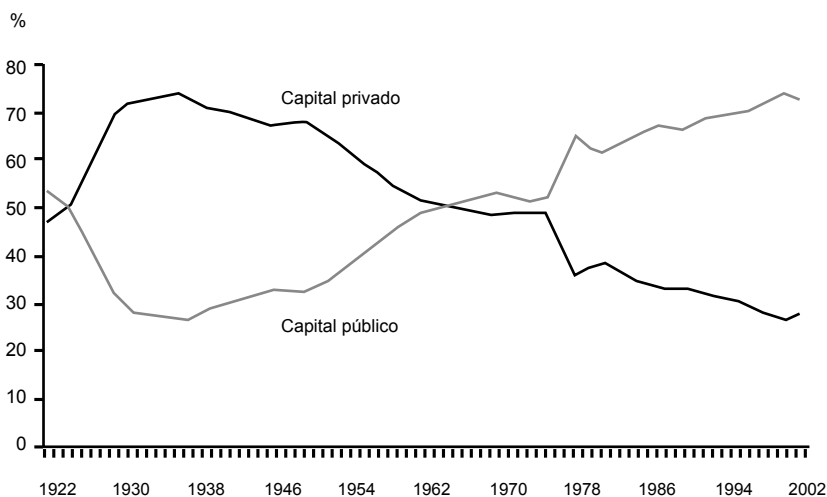
#### *B. El Aumento del tamaño y las funciones sector público*

Ahora bien, ¿cuál es la situación que hace necesaria que se suprima la autonomía de la autoridad monetaria para poder llevar a cabo medidas expansionistas? La respuesta no es otra que el desequilibrio en las cuentas fiscales, producto de excesos en el gasto. Si el Estado venezolano no hubiese gastado mucho más de lo que sus ingresos le permiten, haciendo inmanejable la deuda, no hubiese sido necesario recurrir a la inflación como

mecanismo recaudatorio. Entonces debemos analizar qué fue lo que causó el auge en el gasto.

Así pues, si revisamos la historia económica venezolana de este siglo y el pasado, no encontramos con una tendencia al crecimiento de la acción y del tamaño del Estado<sup>24</sup>. En los últimos 100 años el Estado venezolano pasó de ser un Estado policial y garante de la justicia, a controlar el sistema monetario (que antes de 1939 era asumido de forma competitiva por los bancos privados), a controlar la economía a través del establecimiento de precios fijos, salarios mínimos, e inclusive, a actuar como un empresario más en el mercado. En este último aspecto, el caso más evidente es el de la nacionalización de la industria minera y petrolera, en los años 1975 y 1976.

Gráfico n. 3: Porcentaje de capital no residencial público y privado<sup>25</sup>



24 Como vemos en el Gráfico N° 3, el porcentaje del capital detentado por el Estado llegó a superar el 70% en el 2002, es decir, mucho antes de la oleada de estatizaciones realizadas por Hugo Chávez y Nicolás Maduro.

25 Gráfico realizado por Asdrúbal Baptista. Vid: *El capitalismo rentístico. Elementos cuantitativos de la economía venezolana*, p. 108.

La situación se torna grave cuando a partir del año 2002, se deja de lado la ortodoxia para empezar un periodo de *“fuerte intervención del Estado en la economía, no solamente en su rol de regulador sino también de productor de bienes y servicios”*<sup>26</sup>. El Estado venezolano hoy en día participa en el mercado como productor agrícola, minero, proveedor de electricidad, operador telefónico, banquero (primero, por política de fomento del comercio y la industria, para luego universalizar sus servicios financieros), ensamblador de automóviles, distribuidor de alimentos, y hasta como dueño de restaurantes, hoteles, cafés, panaderías y areperas.

Sin embargo, el sector más emblemático sigue siendo el petrolero. El petróleo es la principal industria del país y prácticamente la única fuente de divisas. La irrupción del petróleo en la vida económica del Estado hizo creer a sus gobernantes que con él se podría crear, de la nada, la revolución industrial que aquella Venezuela rural y periférica nunca vivió<sup>27</sup>. Uslar Pietri hablaba de una borrachera de recursos<sup>28</sup>, nosotros agregaríamos que Venezuela ha vivido una borrachera del gasto. Nace una creencia terrible según la cual el dinero proveniente del petróleo tiene la mágica cualidad de transformar todo lo que toca. Y aunque para algunos economistas, la *“autonomía fiscal”* que implica ser propietario de la máxima fuente de riqueza del país constituye una enorme ventaja recaudatoria<sup>29</sup>, nos llama poderosamente la atención el hecho de que los desequilibrios más profundos en las cuentas fiscales comiencen a partir de la nacionalización petrolera<sup>30</sup>.

---

26 Guerra, José (2008). *Estado y finanzas públicas de Venezuela*, p. 99.

27 Vid.: Uslar Pietri, Arturo (1986). *¿En que medida se ha cumplido el vaticinio de Uslar Pietri (ahora, 1936) sobre el parasitismo rentista en la Venezuela petrolera?*

28 Ibídem, p. 108.

29 Vid.: Maza Zavala, Domingo F. (1987). *Reflexiones sobre el sistema venezolano de finanzas públicas*.

30 León Rojas, Armando (2003). *La deuda pública inútil : el caso Venezuela*, pp. 144 y 145.

La mayor actuación del Estado en el mercado no ha hecho que aumenten los ingresos fiscales de forma proporcional al aumento del gasto. La razón de esto, es que el funcionario público no actúa con la prudencia típica del empresario, no porque sea menos listo, sino porque los ingresos de la empresa que dirige no son suyos, ni los egresos afectan su salario o su renta. Cuando los accionistas de una sociedad tienen más egresos que ingresos y no logran revertir esta situación, no les queda otra opción que liquidar su negocio. Cuando una empresa pública es deficitaria, el Estado la subsidia para que siga en pie.

Un ejemplo que sirve de evidencia a esta afirmación es el caso de la banca pública. Un estudio de 2005 muestra cómo la banca pública tiene peores ratios de caja, riesgo y capital que la privada<sup>31</sup>. Sin embargo, el análisis puede ir más allá de la banca. PDVSA, una compañía petrolera, está dedicándose a la venta y distribución de alimentos. Una operación económica que además de ser totalmente alejada de su función primaria, es improductiva. ¿Por qué? Porque las empresas estatales no buscan rentabilidad económica sino cumplir con “planes sociales” –en otras palabras, llevar a cabo políticas de gasto populista–. No obstante, la realidad es que la rentabilidad económica es lo único que nos permite saber si un negocio es sano y viable.

Pero es que además, hay que agregar que a diferencia del empresario, que puede ejercer su creatividad libremente, las acciones del funcionario están sujetas a la dirección centralizada y planificada del Estado<sup>32</sup>, y adicionalmente –al menos en teoría– al principio de legalidad administrativa.

---

31 Vid: Millon Cornett, Marcia; Guo, Lin; Khaksari, Shahriar y Tehranian, Hassan (2009). *The impact of state ownership on performance differences in privately-owned versus state-owned banks: An international comparison*.

32 Huerta de Soto, Jesús (2010). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*, p. 132.

La concentración de los bienes de capital en manos del Estado es lo único que puede explicar que un país como Venezuela, con un PIB per capita similar al de Rumania o Hungría<sup>33</sup>, tenga 73% de la población viviendo bajo la línea de la pobreza (dentro de los cuales 49,9% son pobre extremos)<sup>34</sup>, es decir, entre tres y cuatro veces mayor que la de éstos últimos. ¿Cómo un país donde más del 30% de la población no tiene acceso continuo a agua potable y 86,4 % sufre de cortes de luz al menos una vez al mes<sup>35</sup> puede ser económicamente similar a Hungría? La respuesta es que toda la riqueza está concentrada en el Estado. Venezuela es un país con un Estado relativamente rico, pero con una población miserable.

Así, la economía venezolana se ha llenado de empresas públicas deficitarias, empresas privadas restringidas en su acción y más y más funcionarios cuya labor es la de impedir la creación de riqueza. El marco normativo en el que se desarrolla esta tendencia, es uno que se caracteriza por tener una constitución económica poco clara, que poco limita la intervención del Estado y una normativa en materia de expropiación absolutamente totalitaria, que a permitido el crecimiento desmedido del tamaño del Estado.

## II. UN MARCO NORMATIVO PARA SALIR DE LA CRISIS

El derecho puede influir positiva o negativamente en el desenvolvimiento económico de una nación. Un claro ejemplo de cómo se ha utilizado el marco jurídico como una forma de garantizar la prosperidad económica y el control de la inflación, es el caso de Chile a partir de la promulgación de la Constitu-

---

33 Datos del Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la División de Estadística de la ONU.

34 Vid: UCAB-UCV-USB (2015). Encuesta sobre Condiciones de Vida en Venezuela. Pobreza y Misiones.

35 Vid: UCAB-UCV-USB (2015). Encuesta sobre Condiciones de Vida en Venezuela. Vivienda y Servicios.

ción de 1980<sup>36</sup>. Otro ejemplo de esto lo tenemos ante nuestros ojos. Para poder consolidar el sistema económico socialista, el gobierno ha recurrido a una serie de transformaciones constitucionales y legislativas que le han permitido aumentar el poder de acción del Estado en el mercado.

En este sentido, teniendo en nuestras manos las herramientas jurídicas necesarias para el cambio, es mucho lo que los juristas podemos aportar en la solución de la crisis inflacionaria y de escasez que actualmente vive Venezuela. Ahora que la Asamblea Nacional cambió de color político y regresó la institucionalidad al Poder Legislativo, los cambios normativos parecen posibles.

Así pues, dividiremos nuestra propuesta en dos secciones: una primera sección que tratará las instituciones de disciplina fiscal, tendientes a controlar el gasto del Estado (A); y una segunda sección que tratará las instituciones de disciplina monetaria y financiera, cuya función es la de garantizar que el Poder Ejecutivo no entorpezca la estabilidad de los precios y de la moneda, ni manipule directamente los instrumentos de financiamiento público (B).

## **1. Control del gasto público**

Para lograr combatir la inflación, en primer lugar es preciso adecuar el gasto público a los ingresos del Estado y no viceversa. En este sentido, en esta sección nos dedicaremos a analizar dos instituciones que cumplen una función de disciplina fiscal. Primero, la constitución económica, que determina los límites en la intervención económica del Estado (1) y segundo, el marco normativo en materia de expropiación, que

---

36 Chile logró bajar la inflación de 508,05% en 1973 a un 10% anual en 1981. A esto se le suma un importantísimo crecimiento económico y la mayor reducción de pobreza de América Latina. Vid: Guerrero Becar, José Luis (2010), *La incidencia del Derecho en el control de la inflación*.

permite limitar el aumento del tamaño del Estado ya no como regulador, sino como actor económico (2).

*A. El desmantelamiento de la economía mixta*

La mayor garantía de un sistema de precios sano es una clara separación entre la actuación pública y la esfera individual, en otras palabras, una clara división entre el Estado y la sociedad.

El problema es que, como vimos anteriormente, nuestra constitución establece una serie de principios que atentan contra esta división, ¿qué se puede hacer entonces frente a esta indeterminada constitución económica? Pues para nosotros es simple, establecer su contrapartida: una constitución económica que elimine por completo la actividad interventora del Estado y que proteja, sin cortapisas, ni excepciones, la libertad económica, la separación entre Estado y sociedad y la propiedad privada.

Para ello es necesaria una reforma constitucional en la que:

- i. Se desmantelen y se prohíban los monopolios estatales (petróleo, minería, por nombrar algunos),
- ii. Se acabe con la planificación centralizada de la economía,
- iii. Se destipifiquen los mal llamados “ilícitos económicos”,
- iv. Se restablezca el principio de legalidad tributaria (destruido por la figura de la ley habilitante) y por último,
- v. Desaparezca por completo la nefasta noción de economía mixta, para abrazar definitivamente aquella que llevará al país a la prosperidad y el desarrollo: la economía de mercado.

Aunque nuestra posición doctrinaria es clara y tenemos la convicción de que estas limitaciones al poder del Estado son condición necesaria para la prosperidad, sabemos que su viabilidad política es limitada. Primero porque para poder llevar a cabo una reforma constitucional es necesario el respaldo popular de la mayoría de la población. Segundo, porque aún teniendo el apoyo popular, la dirigencia política se encuentra estancada en su apoyo ciego al paternalismo estatal.

Sin embargo, existen ciertos aspectos en los que creemos que la mayoría de los políticos que ahora lideran el cambio están de acuerdo y en los que pueden llevar a cabo una reforma, sino constitucional, al menos legislativa. Estos están relacionados con los puntos ii y iii (acabar con el control de precios y de cambio), con el punto v (reformular la Ley del Trabajo, para hacerla más favorable a la actividad empresarial) y con el punto vi, no otorgando habilitaciones al Presidente de la República.

En el próximo apartado nos referiremos específicamente a la reforma relacionada con el control del gasto público. Esto es, el desmantelamiento de los monopolios estatales y en general, la superación de la noción de Estado empresario, a través de la eliminación de la política expropiatoria.

*B. La eliminación de la política expropiatoria y el control del tamaño del Estado*

Ahora bien, parte de este proyecto pasa por acabar con la noción del Estado empresario que ha sido permitida gracias a la existencia de una regulación y una política expropiatoria desbordada.

Como antes vimos, la mayor parte de los bienes de capital en Venezuela se encuentran en manos del Estado. Esto hace que la riqueza esté distribuida de una forma bastante injusta. No porque hayan algunos que tengan más y otros que tengan

menos, sino porque la absoluta mayoría del país tiene prohibido –legal y constitucionalmente prohibido–, el acceso a determinados bienes de capital. Es decir, un venezolano no puede explotar los recursos que se hallen en el subsuelo, puesto que son propiedad del Estado. Pero además, el Estado se ha encargado en los últimos años de robar toda la riqueza no petrolera del país. Así, mientras los burócratas administran el capital de un país rico, más del 70% de los ciudadanos no tienen suficientes ingresos como para comprar los alimentos de la cesta básica.

Pero el Estado no crea nunca la riqueza, sino que se la arrebatada a la sociedad, a sus ciudadanos. Y son las instituciones expropiatorias, propias del derecho público, las que han permitido que el Estado devore, de forma insaciable, el capital que ha sido creado por los ciudadanos gracias a su esfuerzo y creatividad.

Si nuestra finalidad es sacar al gobierno de la esfera individual, y destruir por completo al Estado empresario, debemos destruir primero la institución que le permite nacer.

Podríamos justificar esta postura desde la dogmática jurídica. Decir que la propiedad privada es un derecho humano y que como tal, uno de sus cometidos esenciales es proteger los frutos del trabajo del individuo, no sólo de los demás, sino del propio Estado. Decir que no existen tales cosas como la utilidad pública y el interés social, instituciones cuya finalidad es legitimar el robo. Decir que existe la utilidad, que es un concepto subjetivo, pero no la utilidad pública, pues no existe tal cosa como el público, sino un conjunto de individuos. Decir que existe el interés individual, que es personalísimo e irrepetible. Que pueden haber ciertas personas que compartan ciertos intereses individuales, pero que lo que no existe es el interés social. Que la masa no piensa, que quien piensa es el individuo y que por ende la masa no tiene intereses propios, es el individuo el que los tiene. Pero en todo caso, ese no es el pro-

pósito de este trabajo. Más allá de eso, nuestro interés verdadero es atacar las instituciones dinámicamente ineficientes<sup>37</sup> y buscar cómo sustituirlas.

Y es que en efecto, no existe otra institución como la expropiación que sea tan dinámicamente ineficiente. La expropiación destruye toda la información que surge del proceso de creatividad empresarial e impide al empresario cumplir su rol de coordinador de los desajustes sociales. El resultado de esto es, en el mejor de los casos, es un descenso en la calidad de los bienes y servicios y en el peor de ellos, la desaparición total de esos bienes y servicios.

No hace falta sino mirar las cifras de escasez y diversidad de bienes y servicios en los últimos años, especialmente en los años posteriores a la oleada salvaje de expropiaciones llevada a cabo por los últimos dos gobiernos, para darse cuenta de que las políticas expropiatorias (junto con el control de precios y cambio) han sido desastrosas.

Por ende, creemos que la única forma de limitar el tamaño del Estado, es eliminando sus potestades expropiatorias. Completamente.

## **2. Control del endeudamiento y del financiamiento de la deuda**

Ahora bien, el control por el lado de los egresos, es decir, el control del gasto público, no es suficiente para superar la crisis inflacionaria. También es necesario controlar por el lado de los

---

37 Huerta de Soto (2009) afirma que la eficiencia, desde el punto de vista dinámico, es *“la capacidad que tiene un sistema económico para estimular la coordinación y la creatividad empresarial”*. Por lo que, aplicando esta noción al análisis jurídico, el derecho es eficiente cuando permite estimular la coordinación y la creatividad empresarial. Vid: *The Theory of Dynamic Efficiency*, p. 29.

ingresos. Dicho con otras palabras, limitar la acción del Ejecutivo en el sistema monetario.

Para lograr esto, debemos elegir entre varias propuestas dentro de quienes proponen un sistema monetario sometido a la libre competencia. Por ejemplo, quienes creen normal y justificable la existencia de la reserva fraccionaria (*Banking School*) y quienes no (*Currency School*); y además, quienes creen necesaria la existencia de un banco central para la estabilidad monetaria (*Central Banking School*) y quienes no (*Free Banking School*). En una primera parte analizaremos las ideas de quienes proponen la libre competencia de dinero, sin acabar con la banca central; y luego, a los que proponen la banca libre, es decir, un sistema monetario desprovisto de un ente emisor público (1). Luego, en una segunda parte, trataremos el debate jurídico y económico del sistema de reserva fraccionaria (2).

*A. La privatización del mercado monetario y la prohibición de la reserva fraccionaria*

Ya sabemos que la independencia de la autoridad monetaria es garantía necesaria para la estabilidad de los precios y la preservación del valor del circulante y que un Banco Central que responde a los intereses fiscales del gobierno, irremediablemente conduce a la inflación. Para ello es necesario que se lleven a cabo reformas de naturaleza constitucional y legislativa para poder sacar al Poder Ejecutivo de la política monetaria. Por ejemplo, acabar con las competencias monetarias del ministerio responsable de las finanzas y no someter las competencias del BCV a la voluntad del Ejecutivo (eliminar la mal llamada “coordinación macroeconómica”, para usar los términos que utiliza la constitución y la ley del BCV). ¿Pero es suficiente? ¿Cómo podemos garantizar la independencia –del gobierno– de una autoridad que es pública? Nuestra respuesta es absolutamente pesimista en este sentido: no podemos.

Mientras el mercado monetario siga siendo una actividad pública y no una sometida a la libre competencia, el gobierno siempre, siempre, tendrá la oportunidad de envilecer el dinero para llevar a cabo políticas populistas de gasto. La razón es simple, sin importar las buenas intenciones con las que se funde un Banco Central, éste, como todo órgano del Estado, estará siempre sometido al dominio de la política.

Pero, ¿cómo funciona un mercado monetario libre? Podemos encontrar muchísimas tendencias dentro de quienes proponen un sistema monetario sometido a la libre competencia. Por ejemplo, quienes creen normal y justificable la existencia de la reserva fraccionaria (*Banking School*) y quienes no (*Currency School*); y además, quienes creen necesaria la existencia de un banco central para la estabilidad monetaria (*Central Banking School*) y quienes no (*Free Banking School*). En esta primera parte nos enfocaremos en aquellos que proponen la libre competencia de dinero, sin acabar con la banca central; y luego, a los que proponen la banca libre, es decir, un sistema monetario desprovisto de un ente emisor público.

La primera tendencia es liderada por HAYEK, quien define su posición con la publicación en 1976 de su trabajo *Denationalisation of Money: The Argument Refined*. Las preguntas que se hace el economista austriaco son: ¿Qué pasaría si el gobierno permitiese a los consumidores escoger libremente la divisa que quiere utilizar? ¿Qué soluciones e innovaciones encontrarían los empresarios si el sistema monetario estuviese en sus manos? En este trabajo, HAYEK argumenta que el monopolio del Estado en la emisión de dinero debe ser abolido, para evitar los ataques inflacionarios y deflacionarios, así como las olas de expansión y recesión atribuidas erróneamente al capitalismo. Sin embargo, HAYEK no saca al Estado del juego, sino que lo pone a competir con el sector privado y con el mercado internacional.

En resumen, lo que explica aquel autor es que si existe libre competencia de dinero, el Banco Central, sea independiente o no del gobierno, se verá obligado a no envilecer la moneda pública, pues de hacerlo, los consumidores correrán hacia el resto de las divisas que se ofertan en el mercado. Esto evitaría que el Banco Central, en conjunto con el gobierno, lleve a cabo políticas inflacionistas para financiar el déficit fiscal.

La idea sería ir más allá de la simple dolarización, que, aunque es una medida eficiente a corto plazo, no es suficiente. Creemos que debe permitirse la entrada de cualquier divisa extranjera, así como permitir a las empresas privadas emitir moneda. Esto ocurriría, parcialmente, si se acabase con el control de cambios y se permitiese el uso libre de divisas extranjeras y privadas. En este sentido, los venezolanos serían libres de elegir entre **bolívares, euros, dólares, reales**, pesos colombianos o bitcoins a la hora de llevar a cabo sus transacciones económicas diarias. Así pues, lo que ocurriría es que, si el gobierno persiste en sus políticas inflacionarias, los actores económicos poco a poco irían sustituyendo el uso de la moneda nacional por el dólar o cualquier otra moneda. La pregunta es ahora, ¿qué hacer con el Banco Central?

Los Bancos Centrales fueron creados con la intención de funcionar no sólo como emisores de moneda, sino como organismos cuya obligación es servir de entidad crediticia del Estado. Esta segunda función, que es la fundamental, no puede llevarse a cabo sin el monopolio de emisión, puesto que de ahí es que proviene el grueso de su negocio. Por lo que un Banco Central sin poder de monopolio en el mercado monetario, no tiene mucha razón de ser.

Por esto es necesario estudiar lo que propone la segunda tendencia, la de la privatización total del mercado monetario. Esta es la tendencia que encontramos en economistas

como Victor Modeste<sup>38</sup>, Ludwig Von Mises<sup>39</sup>, Jesús Huerta de Soto, entre otros, ellos van más allá al pedir la eliminación total del Banco Central y el sometimiento a la libre competencia de la actividad monetaria. Esta corriente considera innecesaria y hasta peligrosa la existencia del Banco Central.

Como señala Nicolás Cachanosky, los economistas suelen estar de acuerdo en que los monopolios son ineficientes. Sin embargo, pareciera que este acuerdo no se aplicara al mercado de dinero, que está monopolísticamente controlado por el Estado<sup>40</sup>. Frente a esta realidad, algunos economistas proponen libre competencia en el mercado monetario. Para esto, debe existir libre competencia en la emisión del dinero. Es decir, que sean las entidades financieras privadas las que se encarguen de la oferta monetaria. En este sentido, creemos que sería una solución que, a largo plazo, pudiese implementarse en Venezuela.

Es importante aclarar que cuando planteamos la privatización del mercado monetario, no estamos hablando de una utopía. No estamos partiendo de un supuesto simplemente práctico, sino de una situación comparativamente superior según los indicios que la historia a puesto frente a nuestra vista. Estamos planteando el regreso a una situación que existía antes de que los gobierno secuestrasen la libertad de los individuos de gozar de una moneda sana.

Cuando leemos un libro clásico como el de Rafael Crazut sobre el Banco Central de Venezuela, nos parece evidente la necesidad del ente emisor. Sin embargo olvidamos que esta institución es de creación reciente y que hasta 1939 no existía tal cosa como “política monetaria” sino simplemente “mercado

---

38 Vid: (1866). *Le billet des banques d'émission et la fausse monnaie*.

39 Vid: (1953). *The Theory of Money and Credit*.

40 Pérez-Bustamante. *Depósitos bancarios y crisis financieras*, p. 196.

monetario” y mucho menos la inflación tal como hoy la conocemos.

Antes de la creación del BCV, el mercado estaba sometido a la competencia y la emisión de billetes era variada. Podíamos encontrarlos del Banco de Venezuela, del Banco de Caracas, el Venezolano de Crédito o el Banco Comercial de Maracaibo. En aquel momento la moneda era un verdadero título valor, respaldado en oro, plata o cobre.

Pero además, es propicio recordar que ya tuvimos en Venezuela un periodo de libertad monetaria, donde no sólo eran los particulares quienes emitían la moneda, sino que existía libre circulación de divisas. Desde que Venezuela se separó de Colombia en 1830 y hasta 1879 los dólares americanos, así como las monedas de la Convención Monetaria Latina (Francia, Italia, Bélgica y Suiza) eran de uso corriente en Venezuela, compartiendo espacio con los reales colombianos. En 1865, el gobierno de Juan Crisóstomo Falcón crea el peso fuerte, pero manteniendo la libertad de circulación de divisas extranjeras. Es en 1879 cuando por Decreto del 31 de marzo, Antonio Guzmán Blanco crea el bolívar de plata y prohíbe la circulación de monedas extranjeras como unidades de curso legal, para ser consideradas a partir de ese momento como meras mercancías. Es a partir de allí que empieza a socavarse la libertad monetaria. Incluso luego de esta grave intromisión del gobierno, los Bancos privados eran quienes seguían emitiendo y respaldando la moneda. Esto ocurrió así en todas las naciones<sup>41</sup>. El concepto de Banca Central nace cuando los gobiernos empiezan a otorgar privilegios especiales a ciertos bancos privados (monopolio de emisión de moneda), a cambio de una obligación de financiar el gasto público<sup>42</sup>.

---

41 Vid: Rouanet, Louis (2015). *La naissance des banques centrales*.

42 El caso más estudiado por ser el primero es el del Banco Central de Inglaterra, “organismo que adquirió el privilegio de emitir billetes hace ya casi 300 años a cambio de conceder préstamos a la Corona británica”. Vid: Cra-

Ahora bien, frente a esta privatización, es necesario preguntarse sobre los problemas que pudiese generar el hecho de que la oferta monetaria esté en manos de los bancos. Uno de estos problemas, es aquel derivado del sistema de reserva fraccionaria que permite a las entidades financieras, emitir crédito sin que éste esté respaldado en sus activos ni en los depósitos de sus ahorristas, es decir, crear dinero artificial.

Ahora bien, como vimos anteriormente, la estatización del mercado monetario no es la única amenaza para la estabilidad de los precios. La existencia del sistema de reserva fraccionaria es también un factor importante en la expansión artificial de la oferta monetaria y el envilecimiento de la moneda.

Pérez-Bustamante define a la banca de reserva fraccionaria como *“la práctica bancaria de crear dinero por encima del volumen de reservas de la entidad generadora del mismo. En otras palabras, supone la facultad de los bancos de prestar más dinero del que han recibido en depósito”*<sup>43</sup>.

Sigue explicando el autor que el sistema de reserva fraccionaria *“puede generar tanto dinero como la regulación con cargo a los fondos disponibles”*<sup>44</sup>. El proceso de expansión del crédito que realizan bancos es posible gracias al privilegio establecido por el legislador a favor de estas entidades. En este sentido, los bancos tienen un privilegio estatal a su favor que les permite crear dinero sin respaldo en el ahorro de sus depositantes. Crean entonces, al igual que el Banco Central, dinero de la nada, dinero artificial. Pero además tienen el privilegio de utilizar un bien que no es de su propiedad para de él generar renta. Esto es un privilegio puesto que en cualquier otro negocio ajeno a la banca, este hecho está sancionado civil y penalmente. Por ejemplo, un depositario no puede sacar provecho

---

zut, Rafael (2010). *El Banco Central de Venezuela. Notas sobre su historia y evolución en sus 70 años de actividades*.

43 Pérez-Bustamante. *Depósitos bancarios y crisis financieras*, p. 196.

44 Pérez-Bustamante. *Depósitos bancarios y crisis financieras*, p. 196.

de los bienes del depositante, aunque estos sean fungibles, so pena de incumplimiento de contrato y apropiación indebida.

El legislador crea entonces una situación que no sería posible normalmente, puesto que permite la formación de un contrato cuyo objeto es imposible –el préstamo de dinero que no existe– y que además sería sancionable normalmente por las normas de Derecho Común.

Adicionalmente, esta expansión crediticia no sólo es contraria a la naturaleza jurídica del contrato de depósito bancario, no sólo altera la estabilidad de los precios (lo cual no sólo afecta a los clientes del banco, sino a todos los usuarios de la moneda), sino que además lleva a los empresarios a iniciar proyectos que piensa viables, gracias a un fácil acceso al crédito que es totalmente ficticio. Estos procesos expansivos derivan inevitablemente en *“una posterior recesión en la que estos proyectos de inversión inviables tendrán que ser liquidados”*<sup>45</sup>.

Ahora bien, aunque estemos en contra del sistema de reserva fraccionaria y creemos que este privilegio debería estar prohibido, nos parece que en la práctica, en un sistema de banca libre, éste sería un problema menor. ¿Por qué? Porque el mercado posee sus propios dispositivos de autorregulación. Si un banco lleva a cabo políticas crediticias irresponsables, los clientes van a preferir recurrir a los servicios de sus competidores. No existe mecanismo disciplinador más efectivo que la demanda: los consumidores. De la misma manera ocurrirá con el dinero que éstos emitan. Como consecuencia, los negocios basados en la expansión artificial de crédito fracasarán y darán paso a mejores formas de gestión del mercado monetario.

---

45 Ibídem, p. 191.

*B. Implicaciones prácticas de la liberalización monetaria*

Ahora bien, luego de haber dicho esto, vemos cuatro formas de reformar el sistema monetario: 1. Liberalización del mercado monetario preservando el BCV y la reserva fraccionaria; 2. Liberalización del mercado monetario preservando el BCV y eliminando la reserva fraccionaria; 3. Liberalización del mercado monetario eliminando el BCV y preservando la reserva fraccionaria; 4. Liberalización del mercado monetario eliminando el BCV y la reserva fraccionaria.

Pero nos encontramos con un problema. De estas reformas, ordenadas del 1 a 4, la 1 es la menos eficiente, pero la que tiene mayor posibilidad de ocurrir y la 4 es la más eficiente pero la menos probable. Pensamos que la reforma monetaria podría aplicarse de forma radical pero progresiva, es decir, empezando por las reformas menos controversiales, hasta llegar a la liberalización total del sistema.

La reforma podría llevarse en cuatro fases, en un lapso prudencial de tiempo que no supere un periodo presidencial. En primer lugar, reformarse la ley del Banco Central para eliminar la figura de coordinación macroeconómica, así como eliminar los controles de precio y de cambio. Luego, reformar la constitución para eliminar la figura del Banco Central. Luego, debería aplicarse una reforma hayekiana del sistema, a nivel legislativo y administrativo, permitiendo la entrada libre de divisas extranjeras y monedas privadas, preservando el Banco Central de Venezuela y la reserva fraccionaria. En una cuarta fase, se desmantelaría el BCV, privatizando totalmente la emisión de moneda. Y en una última fase se eliminaría el privilegio legislativo que tienen los bancos de crear dinero inorgánico, estableciendo una obligación de caja del 100%.

Ahora, hay quienes pueden decir que Venezuela puede lograr la estabilidad monetaria sin desmantelar al BCV, puesto que hay países que así lo han hecho. El siglo XX está lleno de

ejemplos de países que han superado periodos graves de inflación e hiperinflación sin necesariamente perder su soberanía monetaria. Los casos de Perú, Chile o Brasil son cercanos e ilustran lo antes dicho. Pero independientemente de la eficiencia o no de la privatización monetaria, independientemente de si en otros países funcionó o no mantener la Banca Central, la gran pregunta que nos debemos hacer es si Venezuela, actualmente, puede asegurarle a sus ciudadanos una independencia total del instituto emisor. Porque a la hora de la verdad, este es el argumento de mayor peso. Para nosotros la respuesta es negativa.

La destrucción institucional que enfrenta el país es tal que recobrar la confianza en la moneda nacional y en la autoridad monetaria resulta una tarea casi imposible. Alguien puede decir que Suiza o Suecia tienen una inflación cercana a cero e incluso algunos periodos de deflación a pesar de que su política monetaria está controlada por bancos centrales. ¿Pero es que acaso Venezuela en estos momentos puede construir una institucionalidad similar a la de esos países? Para nosotros parece muy alejado de la realidad.

En una fase de saneamiento, necesaria para salir de la crisis, Venezuela debe perder su soberanía monetaria. Y sabemos que esto funciona. Los casos de Zimbabue, Ecuador o Panamá muestran cómo dolarizar o permitir el libre uso de divisas extranjeras soluciona de inmediato la inflación. Inclusive la Unión Europea es una muestra de cómo un continente plagado de crisis inflacionarias, ahora es ejemplo de disciplina fiscal. El euro es una forma de pérdida de la soberanía monetaria, pues aunque el Banco Central Europeo es una institución pública, no se encuentra al servicio del gasto público. Si España o Grecia gastaron más de lo que sus ingresos le permitían, no van a poner emitir moneda para pagar la deuda, sino que van a tener que recortar el gasto por otro lado, para poder solucionar el déficit. Muestra de esto, es que a pesar de la grave crisis de deuda que azotó a Europa en 2008, los índices de precios

se mantuvieron estables. No hubiese pasado lo mismo bajo la peseta o el dracma.

Nuestra idea para Venezuela es ir más allá de la simple dolarización. Reafirmamos que debe permitirse la entrada de cualquier divisa extranjera, así como permitir a las empresas privadas emitir monedas, siempre y cuando estas tengan respaldo en commodities, o criptomonedas, cuya velocidad de producción está establecido con anterioridad. Esto resolvería la expansión propia del sistema de reserva fraccionaria y a la vez pondría fin a la inflación. Una vez resuelta la inflación, los control de precios no tendrá razón de ser, por lo que tendrán que eliminarse las normas sobre “precios justos”. Una vez desmantelado el control de precios, la escasez será cuestión del pasado<sup>46</sup>.

---

46 El control de precios debe eliminarse de forma inmediata y para absolutamente todos los bienes y servicios, sobre todo aquellos de primera necesidad. Muchas veces se dice que la regulación debe permanecer en los productos más básicos puesto que esto garantiza un mayor acceso a la población. Aunque la intención de la regulación de precios puede que sea honorable, sus consecuencias nunca son las que se buscan. La historia esta repleta de ocasiones en las que el control de precio ha llevado a la escasez e incluso a la hambruna. Un caso famoso, sobre todo por las buenas intenciones que le anticiparon, fue el llevado a cabo por el gobierno de Pensilvania y otros gobiernos coloniales durante la guerra de independencia de los Estados Unidos. La idea era de garantizar el acceso a alimentos económicos a los soldados americanos a través de la regulación de los precios. La consecuencia: los soldados de George Washington casi mueren de inanición debido a la escasez generada. Vid: Scheuttinger, Robert L.; Butler, Eamonn F. (1978). *Forty Centuries of Wage and Price Controls: How Not to Fight Inflation*, pp. 41 y 42. Pero es que además Venezuela es un experimento que se está llevando a cabo frente a nuestros ojos y que nos demuestra, una vez más, como el control de los precios está destinado siempre al fracaso. Los índices de precios no paran de aumentar, a pesar de los controles y la escasez se ha vuelto un fenómeno común en la vida de los ciudadanos, que afecta sobre todo a los bienes de mayor necesidad: medicamentos, alimentos de la cesta básica, productos de higiene, etc. Vid: Fraga Lo Curto, Luis (2015). *Control e inflación. La inviabilidad del sistema venezolano de planificación centralizada de precios*.

## CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación, identificamos una serie de instituciones que denominamos “del desastre”. Estas instituciones son:

1. La coordinación macroeconómica, es decir, la subordinación del Banco Central de Venezuela al Ejecutivo nacional,
2. La subordinación de la política fiscal y monetaria a la política de gasto del gobierno, específicamente, la creación de impuestos por la vía ejecutiva y la utilización de políticas inflacionarias para financiar la deuda pública,
3. Los principios constitucionales de economía mixta y Estado Social
4. La expropiación como factor para el aumento del tamaño y las funciones sector público.

Hemos propuesto entonces reformar estas instituciones de la siguiente forma:

1. Acabar con las nociones de Estado Social y de economía mixta a través de una enmienda constitucional, de manera de permitir el control de la intervención estatal,
2. Eliminar de la política expropiatoria para controlar el tamaño del Estado,
3. Eliminar el Banco Central de Venezuela y el sistema de reserva monetaria,
4. Liberalizar totalmente el mercado monetario.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Literatura especializada

Alesina, Alberto y Summers, Lawrence H. (1993). Central bank independence and macroeconomic performance: some comparative evidence. *Journal of money, credit and banking*, vol. 25, No. 2.

Atienza, Manuel (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Arnone, Marco; Laurens, Bernard J.; Segalotto, Jean-François y Sommer, Martin (2007). *Central Bank Autonomy: Lessons from Global Trends*. IMF Working Paper. Washington: International Monetary Fund. Extraído el 15 de abril de 2015 de: <http://core.ac.uk/download/pdf/7184799.pdf>.

Barrios Ross, Armando y Daza, Abelardo (2000). *Un estudio sobre la autonomía administrativa del Banco Central de Venezuela*. Research Network working paper R-414. Washington: Inter-American Development Bank. Extraído el 15 de abril de 2015 de: <http://publications.iadb.org>.

Cachanosky, Iván (2015). *Las consecuencias de intervenir la tasa de interés*. Santiago de Chile: Fundación para el Progreso. Extraído el 27 de octubre de 2015 de: [http://www.fppchile.cl/wp-content/uploads/2015/10/Las-consecuencias-de-intervenir-la-tasa-de-interes\\_portada.pdf](http://www.fppchile.cl/wp-content/uploads/2015/10/Las-consecuencias-de-intervenir-la-tasa-de-interes_portada.pdf).

Cachanosky, Nicolás (2010). The endogenous stability of free banking. Crisis as an exogenous phenomenon. *New Perspectives on Political Economy*. Vol. 6, N° 1. Praga: CEVRO Institute.

De León, Ignacio. *La Propiedad Privada como causa del Progreso*. Caracas: CEDICE.

Duguit, Léon (1912). *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. París: Librairie Félix Alcan.

Fraga Lo Curto, Luis (2015). Análisis dinámico del derecho administrativo: Construyendo el camino hacia el desarrollo. *Revista de Derecho Público*. N° 138. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

---

(2015). *Control e inflación. La inviabilidad del sistema venezolano de planificación centralizada de precios*. Caracas: FUNEDA.

---

(2015) *Eficiencia dinámica y análisis praxeológico del derecho*. Extraído el 4 de mayo de 2015 de: <https://univ-lyon3.academia.edu/LuisFragaLoCurto>.

González, José Valentín (2012). *Las Tendencias Totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo*. CEDICE Libertad. Extraído el 4 de mayo de 2015 de: <http://cedice.org.ve>.

Guerra, José (2008). Estado y finanzas públicas de Venezuela. *Revista Nueva Economía*. N° 28. Caracas: Academia Nacional de Ciencias Económicas.

Hauriou, Maurice (1900). *Précis de droit administratif et de droit public général*. París: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts.

Hayek, Friedrich (2009). *Choice in Currency. A Way to Stop Inflation*. Londres: The Institute of Economic Affairs.

Horwitz, Steven (2003). The Costs of Inflation Revisited. *The Review of Austrian Economics*. VOL. 16. N° 1. Kluwer Academic Publishers.

Huerta de Soto (2009). *The Theory of Dynamic Efficiency*. Londres: Routledge.

León Rojas, Armando (2003). La deuda pública inútil: el caso Venezuela. *Revista Nueva Economía*. N° 19. Caracas: Academia Nacional de Ciencias Económicas.

Maza Zavala, Domingo F. (1987). Reflexiones sobre el sistema venezolano de finanzas públicas. *Boletín Fiscal de la Academia Nacional de Ciencias Económicas*. N° 1 y 2. Caracas: Academia Nacional de Ciencias Económicas.

Millon Cornett, Marcia; Guo, Lin; Khaksari, Shahriar y Tehranian, Hassan (2009). The impact of state ownership on performance differences in privately-owned versus state-owned banks: An international comparison. *Journal of Financial Intermediation*. Vol. 19, N°1.

Modeste, Victor (1866). Le billet des banques d'émission et la fausse monnaie. *Le Journal des Économistes*. N° 3. París: Chez Guillaumin.

Pérez-Bustamante. *Depósitos bancarios y crisis financieras*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos.

Rouanet, Louis (2015). Coercitive banking. Comment fut assassinée la liberté bancaire. *Laissons Faire, revue des économistes français*. N° 17. París: Institut Coppet.

Scheuttinger, Robert L.; Butler, Eamonn F. (1978). *Forty Centuries of Wage and Price Controls: How Not to Fight Inflation*. Washington, D.C.: The Heritage Foundation.

Silva, Carlos R. (1987). La autonomía de acción de los bancos centrales y el caso venezolano. *Boletín de la Academia Nacional de Ciencias Económicas*. N° 6. Caracas: Academia Nacional de Ciencias Económicas.

Uslar Pietri, Arturo (1986). ¿En que medida se ha cumplido el vaticinio de Uslar Pietri ( ahora, 1936) sobre el parasitismo rentista en la Venezuela petrolera? *Boletín de la Academia Nacional de Ciencias Económicas*. N° 3. Caracas: Academia Nacional de Ciencias Económicas.

von Mises, Ludwig (1953). *The Theory of Money and Credit*. New Heaven: Yale University Press.

von Mises, Ludwig (1998). *Human Action. A Treatise on Economics*. Auburn: Ludwig von Mises Institute.

Whit, Lawrence H. (1989). *Competition and Currency: Essays on Free Banking and Money*. New York: New York University.

Zambrano Sequín, Luis. *Nota con relación a las reformas a la ley del Banco Central de Venezuela*. Extraído el 20 de abril de 2015 de: <https://ucab.academia.edu/LuisZambranoSequin>.

## 2. Otras referencias

Banco Mundial (2014). PIB per capita. Extraído el 19 de marzo de 2016 de: <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD>.

División de Estadísticas de la ONU (2014). National Accounts Main Aggregates Database. Extraído el 19 de marzo de 2016 de: <http://unstats.un.org/unsd/snaama/selbasicFast.asp>.

Fondo Monetario Internacional (2015). World Economic Outlook Database. Extraído el 19 de marzo de 2016 de: <http://>

[www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2015/02/weodata/index.aspx](http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2015/02/weodata/index.aspx).

The Cato Institute-John Hopkins University. The Troubled Currencies Project. <http://www.cato.org/research/troubled-currencies-project>.

UCAB-UCV-USB (2015). Encuestas sobre Condiciones de Vida en Venezuela. Pobreza y Misiones. Extraído el 19 de marzo de 2016 de: [http://www.rectorado.usb.ve/vida/sites/default/files/2015\\_pobreza\\_misiones.pdf](http://www.rectorado.usb.ve/vida/sites/default/files/2015_pobreza_misiones.pdf).

UCAB-UCV-USB (2015). Encuestas sobre Condiciones de Vida en Venezuela. Vivienda y servicios. Extraído el 19 de marzo de 2016 de: [http://www.rectorado.usb.ve/vida/sites/default/files/2015\\_vivienda\\_servicios.pdf](http://www.rectorado.usb.ve/vida/sites/default/files/2015_vivienda_servicios.pdf).

PRÓLOGO A LA DOCTRINA  
CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA  
DEL ESTADO SOCIAL  
Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO  
(LIBRO HOMENAJE  
AL PROFESOR ALLAN R. BREWER-CARÍAS)

**Eduardo Jorge Prats**

*Profesor de Derecho Constitucional Pontificia Universidad Católica Madre  
y Maestra, y Presidente del Instituto Dominicano de Derecho Constitucional*

**Olivo Rodríguez Huerta**

*Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Iberoamericana (UNIBE),  
de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de la Republica Dominicana  
y Presidente de la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo*

**Resumen:** *El texto es el prólogo que prepararon los profesores dominicanos al libro homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías.*

**Palabras clave:** *Prólogo, libro homenaje, profesor Allan R. Brewer-Carías.*

**Summary:** *The text is the prologue that Dominican teachers prepared the book tribute to Professor Allan R. Brewer-Carías.*

**Key words:** *Key words: Prologue, book tribute, professor Allan R. Brewer-Carías.*

Recibido: 15 de febrero de 2016    Aceptado: 20 de febrero de 2016



La obra que el lector tiene en sus manos es fruto de la colaboración de los juristas dominicanos e iberoamericanos que, en su calidad de colegas y amigos de Allan R. Brewer-Carías, han apoyado la iniciativa del Instituto Dominicano de Derecho Constitucional (IDDEC) y de la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo (ADDA), de rendir un más que merecido homenaje al ilustre e iuspublicista venezolano con un libro, que recoge ensayos en las dos grandes ramas del Derecho a las cuales Brewer-Carías se ha dedicado fundamentalmente -el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo-, pero no las únicas como revelan sus esenciales aportes doctrinarios en Historia del Derecho y Derecho Comparado.

Brewer-Carías no necesita presentación ni en la comunidad jurídica iberoamericana ni en la europea. Se puede afirmar que, en gran medida, todos los iuspublicistas iberoamericanos estamos montados en los hombros de este gran gigante del Derecho, a quien se le deben una serie de construcciones doctrinarias que, desde su primer artículo en 1960, han devenido fundamentales para el desarrollo de la dogmática y la jurisprudencia del Derecho Público de la región.

Sin embargo, propicia es la ocasión para resaltar el impacto de Brewer-Carías no tanto en la doctrina y la jurisprudencia iberoamericana sino en el ordenamiento jurídico dominicano, lo cual justifica aún más este tardío pero indispensable Libro Amicorum, iniciativa de sus amigos dominicanos y al cual se han unido colegas de toda la región americana y de España.

A modo solo de rápido y sumario inventario, que ojala motive un necesario y más sistemático y profundo desarrollo doctrinario posterior de lo que es la huella de Brewer-Carías en el Derecho dominicano, señalamos que su influencia ha sido más que notoria en nuestro ordenamiento jurídico en lo que respecta a: (i) la conceptualización por parte del Tribunal Constitucional de lo que es el objeto de la acción directa en inconstitucionalidad y de las relaciones entre la jurisdicción

constitucional especializada y la jurisdicción contencioso administrativa; (ii) la definición de la justicia constitucional como la potestad de todo juez o tribunal de aplicar la Constitución en los casos que se someten a su jurisdicción, tal como aparece consignado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, ley que, por demás, recibe la influencia del venezolano en la concepción y reglamentación de los diferentes procesos constitucionales; y (iii) finalmente, la estructura y contenido de la Ley No. 107-13 sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración Pública y los actos y procedimientos administrativos, en especial, en su parte principiología de su Título Primero, la cual es tributaria de esa magnífica y seminal monografía de Derecho Administrativo comparado del maestro venezolano, intitulada “Principios del procedimiento administrativo en América Latina”.

Por lo anterior, el estudio de la obra de Brewer-Carías es indispensable para todo estudioso del Derecho dominicano, principalmente porque nuestro homenajeado sigue de cerca los desarrollos legales, jurisprudenciales y doctrinales de nuestro país, como lo evidencia su muy citado e influyente artículo “Bases constitucionales del Derecho Administrativo en la Republica Dominicana”. Brewer-Carías es, pues, un jurista del Derecho dominicano. Es más, a partir de su influencia en nuestro ordenamiento jurídico y de sus aportes doctrinarios sobre desarrollos dominicanos, puede afirmarse que Brewer-Carías ha sido para los iuspublicistas dominicanos lo que Eduardo García de Enterría para los administrativistas españoles y lo que German Bidart Campos para los constitucionalistas argentinos, pero todo en una sola persona, en un solo jurista, que reúne en sí solo los dos grandes saberes en los cuales se divide la gran disciplina del Derecho Público y que hoy algunos intuyen podrían reunirse en un caudal común, tal como fue antes de consolidarse los dos hemisferios del Derecho Público, cual summa divisio de las disciplinas iuspublicistas.

Más allá de la ostensible influencia de Brewer-Carías en nuestro Derecho, creemos que el principal legado del iuspublicista es el hecho de que, a su alrededor, se haya podido consolidar un círculo tan amplio, variado y sólido de generaciones distintas de iuspublicistas reunidos en torno a y en dialogo con su doctrina y que, además, estas generaciones hayan podido trabar un fluido y fuerte entramado de relaciones humanas y académicas. En el maestro venezolano, en el jurista de nuestra América, valoramos la amistad sincera; la fortaleza patricia frente a las amenazas y los atropellos de los gobiernos autoritarios que muchas veces en la historia americana han azotado la región; el orgullo de la independencia y honestidad del académico crítico y comprometido; la ética de la convicción que debe servir de norte tanto a la profesión jurídica como a la de la enseñanza y la de la dogmática; la pasión por la cultura y el arte de nuestro continente, que hace que Brewer-Carías sea, por ejemplo, uno de los especialistas en el desarrollo urbano de la América colonial; y, finalmente, lo que no es menos importante la creencia firme de que el jurista tiene el compromiso de construir e interpretar un Derecho que sirva como límite a un poder público que no por democrático puede ser menos autoritario e injusto y que, en el verdadero Estado Social y Democrático de Derecho al cual aspiramos todos en América, debe estar siempre al servicio de la persona y de la garantía efectiva de sus derechos fundamentales.

Este Liber Amicorum quiere ser un testimonio de sincera gratitud de sus colegas, discípulos y amigos dominicanos, al cual se unen amigos entrañables del homenajeado de toda la región y España, por lo mucho que le debemos, por lo mucho que hemos aprendido de sus obras y enseñanzas, por haber sido siempre un ejemplo para las viejas y nuevas generaciones, por haber sido guía en nuestras grandes reformas constitucionales, institucionales y legales, y por resaltar en todo momento la importancia de construir un Derecho de la persona y sus derechos para el Estado democrático y la responsabilidad que todos tenemos en esa construcción, sea como juristas, sea como

ciudadanos. Creemos que todos podemos al unísono proclamar: ¡Querido Allan, querido amigo, jurista y maestro! ¡Gracias!

Esta obra no hubiera sido posible sin el apoyo de quienes han contribuido con sus ensayos, a la Librería Jurídica Internacional, en especial, a su propietario, Ángel Potentini, mecenas de la bibliografía jurídica dominicana y entusiasta promotor de las iniciativas bibliográficas y académicas del IDDEC y de la ADDA y al Lic. Roberto Medina Reyes, quien ha fungido como coordinador editorial de este Liber Amicorum.

# LA EXPROPIACIÓN DE “AGROISLEÑA C.A.”, UN NUEVO BALANCE NEGATIVO

**Samantha Sánchez Miralles**

*Exprofesora de Derecho Administrativo y Derecho Mercantil  
en la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
de la Universidad Central de Venezuela*

*Resumen: La colaboración consiste en unas breves anotaciones sobre la expropiación de la empresa Agroisleña por parte del Gobierno Nacional, los vicios en que se incurrieron en el procedimiento expropiatorio y su transformación en la empresa de propiedad social Agropatria.*

*Palabras clave: Venezuela, expropiación, adquisición forzosa, sanción, indemnización.*

*Summary: This paper entails some brief notes about the expropriation of the company Agroisleña by the national government, the vices that occurred during the expropriation procedure and its transformation into the company of social property Agropatria.*

*Key words: Venezuela, expropriation, compulsory acquisition, penalties, compensation.*

Recibido: 16 de febrero de 2016    Aceptado: 24 de marzo de 2016



## SUMARIO

### Introducción

- I. Objeto de la expropiación
- II. Base legal y otras regulaciones
- III. Finalidad de la expropiación
- IV. Justa indemnización
- V. Después de Agroisleña: Agropatria
- Conclusiones

## INTRODUCCIÓN

Agroisleña era una empresa de productos y servicios de capital español que, al momento de ser expropiada, tenía más de cincuenta y dos (52) años operando en Venezuela, específicamente en el área de la agricultura.

Su misión era difundir y hacer accesible en forma continua las mejores herramientas, tecnologías, insumos, procedimientos y técnicas para el agricultor venezolano. Asimismo, Agroisleña daba créditos en insumos a más de dieciocho mil (18.000) productores en todo el país quienes, a su vez, producían gran diversidad de rubros alimentarios.

Al momento de su expropiación, Agroisleña llevaba a cabo un programa con más tres mil (3.000) productores agrícolas que, en ese momento, cosechaban más de ochocientas mil (800.000) toneladas de rubros alimentarios, tales como maíz, arroz y sorgo, entre otros.

Todo ello cambió el 4 de octubre de 2010 cuando el Presidente de la República dictó el Decreto N° 7.700, mediante el cual se procedió a la adquisición forzosa de los bienes muebles, inmuebles y bienhechurías presuntamente propiedad del Grupo Agroisleña C.A. Sucesora de Enrique Fraga Afonso<sup>1</sup>.

---

1 Gaceta Oficial N° 39.523 del 04-10-2010.

En este trabajo analizaremos brevemente el aspecto sustantivo de esta expropiación.

## I. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

El Decreto Presidencial N° 7.700, arriba indicado, ordenó la adquisición forzosa de todos los bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles y bienhechurías propiedad del Grupo Agroisleña C.A. Sucesora Enrique Fraga Afonso. Específicamente, el decreto hizo referencia a sus:

- A. Bienes inmuebles: *“Los bienes inmuebles presuntamente propiedad del Grupo AGROISLEÑA C.A. SUCESORA DE ENRIQUE FRAGA AFONSO, y de sus empresas asociadas PROYEFA, C.A., INSECTICIDA INTERNACIONAL, C.A., VENEZOLANA DE RIEGO, C.A., SEMILLAS HÍBRIDAS DE VENEZUELA C.A., sus filiales, sucursales, agencias y puestos de recepción, acondicionamiento, almacenaje, distribución, comercialización industrialización, así como de los que fungen como Centros de Distribución, Almacenes y Puestos de Compra de productos e insumos agrícolas, que sirven a los fines de acopio, transformación o distribución, los productos o subproductos aprovechados o producidos por el Grupo AGROISLEÑA C.A. SUCESORA DE ENRIQUE FRAGA AFONSO, y cualquier otro que se identifique”.*
- B. Bienes muebles: *“Las maquinarias, equipos industriales y de oficina, implementos de trabajo y otros materiales que se encuentren en los inmuebles del Grupo AGROISLEÑA C.A. SUCESORA DE ENRIQUE FRAGA AFONSO, mencionados en el numeral 1 del artículo 1° del presente Decreto”.*
- C. Bienhechurías: *“Las bienhechurías presuntamente propiedad del Grupo A AGROISLEÑA C.A. SUCESORA DE ENRIQUE FRAGA AFONSO, y de sus empresas asociadas PROYEFA, C.A., INSECTICIDA INTERNACIONAL,*

C.A., VENEZOLANA DE RIEGO, C.A., SEMILLAS HÍBRIDAS DE VENEZUELA C.A., sus filiales, sucursales, agencias y puestos de recepción, acondicionamiento, almacenaje, distribución, comercialización industrialización, así como de las que funcionan como Centros de Distribución, Almacenes y Puestos de Compra de productos e insumos agrícolas, que sirven a los fines de acopio, transformación o distribución de cereales, los productos o subproductos aprovechados o producidos por el referido Grupo, incluidas aquellas que se encuentran ubicadas en los inmuebles y muebles de compra, o acopio, distribución o almacenamiento”.

- D. Bienes tangibles e intangibles: “Podrán además constituir objeto de adquisición forzosa, de conformidad con lo dispuesto en el presente Decreto, las acciones, cuotas de participación, derechos, marcas comerciales, licencias y demás bienes tangibles o intangibles necesarios para que, con ocasión de la ejecución de la obra mencionada en el artículo anterior, se transfieran al Estado venezolano íntegramente la propiedad y operación de los bienes y sociedades que sirven al funcionamiento del Grupo AGROISLEÑA C.A. SUCESORA DE ENRIQUE FRAGA AFONSO, y de sus empresas asociadas, sus filiales, sucursales y agencias.” Y “Cualesquiera otros inmuebles o muebles afectos al funcionamiento del Grupo AGROISLEÑA C.A. SUCESORA DE ENRIQUE FRAGA AFONSO y de sus empresas asociadas PROYEFA, C.A., INSECTICIDA INTERNACIONAL, C.A., VENEZOLANA DE RIEGO, C.A., SEMILLAS HÍBRIDAS DE VENEZUELA C.A., sus filiales, sucursales, agencias así como las maquinarias, equipos industriales y de oficina, implementos de trabajo y otros materiales que se encuentren o no en los inmuebles del referido Grupo, que sean necesarios para ejecutar el cometido de la Obra “INJERTACIÓN (SIC) SOCIALISTA DEL ESTADO EN LA CADENA DE DISTRIBUCIÓN DE INSUMOS PARA LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA”.

Al respecto, destacamos varios puntos:

Primeramente, el decreto utiliza la expresión “presuntamente”, para referirse a los bienes propiedad del Grupo Agroisleña. Ese término puede interpretarse como que, *ab initio*, ya se estaba cuestionando el derecho mismo de propiedad la expropiada, y esto ya nos alerta sobre la naturaleza de la actuación estatal.

Por otra parte, el objeto de esta expropiación son TODOS los BIENES del Grupo AGROISLEÑA C.A. SUCESORA DE ENRIQUE FRAGA AFONSO, y de sus empresas asociadas, sus filiales, sucursales y agencias.

Ahora bien, si recordamos, la expropiación debe recaer sólo sobre bienes singularizados, es decir, bienes individualizados, específicos y que además sean los “indispensables” para la ejecución de la actividad, obra o servicio declarados de utilidad pública o interés social.

En este sentido, en el caso que nos ocupa, estos bienes deberían haber sido entonces los realmente necesarios para la realización de la obra: “INJERTACIÓN SOCIALISTA DEL ESTADO EN LA CADENA DE DISTRIBUCIÓN DE INSUMOS PARA LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA”.

Aunado a lo anterior, como la obra en sí es tan amplia y, por ende, tan ambigua, la limitación de los bienes indispensables para su consecución tampoco es obvia, lo que contribuyó, en nuestro criterio, a generar claros vicios en este proceso expropiatorio.

En cualquier caso recalcamos que, expropiaciones genéricas como ésta, son flagrantemente violatorias del principio de razonabilidad y excepcionalidad que reviste la figura de la expropiación.

## II. BASE LEGAL Y OTRAS REGULACIONES

El Decreto Presidencial N° 7.700 se basó en el artículo 236 de la Constitución, en concordancia con el artículo 115 de la misma y el artículo 3 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, en concordancia con lo previsto en el artículo 5° de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

Por otra parte, además del decreto expropiatorio, posteriormente se dictaron las siguientes regulaciones:

- A. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se designa a los ciudadanos que en ella se señalan como miembros de la Junta Administradora Ad-Hoc para ejercer la administración, posesión y uso de los bienes muebles, inmuebles y bienhechurías, pertenecientes al Grupo Agroisleña C.A. Sucesora de Enrique Fraga Afonso, de sus empresas asociadas Proyefa C.A., Insecticidas Internacionales C.A., Venezolana de Riego C.A. y Semillas Híbridas de Venezuela C.A., sus filiales, sucursales, agencias y puestos de recepción, acondicionamiento, almacenaje, distribución, comercialización, industrialización, acciones, cuotas de participación, derechos, marcas comerciales, licencias y demás bienes tangibles o intangibles, así como cualquier otro bien que constituya o sirva al funcionamiento del referido Grupo<sup>2</sup>.
- B. Decreto N° 7.718, mediante el cual se designa como Presidenta, Vicepresidenta, Primer Vocal, Segundo Vocal y Tercer Vocal de la Junta Directiva del Grupo Agroisleña C.A., Sucesora de Enrique Fraga Afonso, y de sus

---

2 Gaceta Oficial N° 39.526 del 07-10-2010.

empresas asociadas y sus filiales, que en él se indican, a los ciudadanos que en él se especifican<sup>3</sup>.

- C. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se designa a los ciudadanos que en ella se mencionan, como miembros de la Junta Administradora Ad-Hoc para ejercer la administración, posesión y uso de los bienes muebles, inmuebles y bienhechurías, pertenecientes al Grupo Agroisleña C.A., Sucesora de Enrique Fraga Alfonso, y sus demás empresas asociadas y filiales<sup>4</sup>.
- D. Decreto N° 9.063, mediante el cual se designa a los ciudadanos que en él se indican como Miembros de la Junta Directiva para ejercer la administración, posesión y uso de los bienes muebles, inmuebles y demás bienhechurías pertenecientes al Grupo AGROISLEÑA C.A., Sucesora de Enrique Fraga Afonso<sup>5</sup>.
- E. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se designa a los ciudadanos que en ella se indican, como Miembros de la Junta Administradora Ad-Hoc para ejercer la administración, posesión y uso de los bienes muebles, inmuebles y bienhechurías, pertenecientes al Grupo Agroisleña C.A., Sucesora de Enrique Fraga Afonso<sup>6</sup>.
- F. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se designa como Miembros de la Junta Administradora Ad-Hoc para ejercer la Administración, posesión y uso de los bienes muebles, inmuebles y bienhechurías, pertenecientes

---

3 Gaceta Oficial N° 39.529 del 13-10-2010.

4 Gaceta Oficial N° 39.852 del 27-01-2012.

5 Gaceta Oficial N° 39.954 del 28-06-2012.

6 Gaceta Oficial N° 40.523 del 21-10-2014.

al Grupo Agroisleña C.A. Sucesora de Enrique Fraga Afonso, y de las Empresas que en ella se mencionan<sup>7</sup>.

G. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se designa al Presidente de la Junta Administradora Ad-Hoc del Grupo Agroisleña C.A. Sucesora de Enrique Fraga Afonso, y de sus empresas asociadas que en ella se mencionan<sup>8</sup>.

### III. FINALIDAD DE LA EXPROPIACIÓN

La finalidad de la expropiación se refiere a la utilidad pública o al interés social que el Estado alega para justificar el acto expropiatorio. Por lo que nos debemos referir entonces a los considerandos del Decreto, que copiamos de seguida:

Que la producción de alimentos es de interés nacional y que es deber del Estado garantizar la soberanía y seguridad agroalimentaria de la Nación, para lo cual establecerá las acciones y mecanismos indispensables que permitan adoptar las medidas que fueren necesarias para obtener insumos agrícolas utilizados en la producción de alimentos,

(...)

Que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, declara de utilidad pública e interés social las actividades que aseguren la disponibilidad y acceso oportuno y permanente de alimentos a la población venezolana, así como de los bienes necesarios con los cuales se desarrollan tales actividades sin necesidad de obtener autorización por parte de la Asamblea

---

7 Gaceta Oficial N° 40.710 del 27-07-2015.

8 Gaceta Oficial N° 40.864 del 08-03-2016.

Nacional, para lo cual los órganos y entes competentes establecerán las medidas y acciones necesarias que permitan controlar o evitar las conductas erráticas en la cadena de distribución e intercambio en el mercado nacional,

(...)

Que los rubros agroalimentarios estratégicos son importantes y vitales para las necesidades alimentarias del país por su gran valor nutricional, los cuales satisfacen los requerimientos de energía y nutrientes para la población venezolana y como alimentos balanceados para animales (ABA),

(...)

Que el Grupo AGROISLEÑA C.A. SUCESORA DE ENRIQUE FRAGA AFONSO, se ha constituido en un oligopolio en el mercado de insumos agrícolas y ejerce posición de dominio y competencia desleal en la producción, recepción, acondicionamiento, almacenaje, distribución y comercialización de la producción agrícola, desplazando a las pequeñas y medianas empresas de todos estos escenarios,

(...)

Que la especulación como práctica capitalista en la venta de fertilizantes, por parte del Grupo AGROISLEÑA C.A. SUCESORA DE ENRIQUE FRAGA AFONSO y a pesar que el Estado Venezolano invierte ingentes sumas de dinero en el subsidio, éstos terminan con un precio de hasta 250% por encima del valor sugerido, causando incrementos en los costos de producción que se trasladan al consumidor final encareciendo el valor de los alimentos,

(...)

Que el proceso especulativo comienza en la preparación de mezclas a partir de las materias primas suministradas por PEQUIVEN con los precios sugeridos de regulación y concluye con la compra, por parte del Grupo AGROISLEÑA C.A. SUCESORA DE ENRIQUE FRAGA AFONSO, de las cosechas a los productores en condiciones desfavorables para los mismos, ya que son sometidos a onerosas y dudosas primas por servicios y costos financieros a través de mecanismos poco transparentes propios del sistema capitalista, con un gran componente de plusvalía.

Vistos estos considerandos, podríamos decir entonces que lo que se pretendió mediante la expropiación de AGROISLEÑA, en teoría, era garantizar la soberanía y la seguridad alimentaria.

Recordemos que la declaratoria de utilidad pública debe tener una forma y un contenido específicos. Es decir, la formulación de la declaración debe recaer, no sobre el bien expropiado (en este caso la lista de bienes inmuebles, mueble, bienhechurías y otros bienes tangibles e intangibles arriba señalados), sino sobre la obra o actividad para la cual es requerido dicho bien, de manera que lo que se declara de utilidad pública es esa obra o actividad, y no el bien específico requerido para la ejecución o desarrollo de las mismas.

Ahora bien, la expropiación se decretó, y en efecto luego se produjo, sobre actividades de producción y distribución de insumos agrícolas y no sobre una determinada obra o terreno para la construcción de una infraestructura para el interés de la colectividad.

Por otra parte, hemos reseñado que el Decreto señaló como obra la "INJERTACIÓN SOCIALISTA DEL ESTADO EN LA CADENA DE DISTRIBUCIÓN DE INSUMOS PARA LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA", y no podemos dejar de preguntarnos si esto es realmente una obra.

En los considerandos también vemos que se alega que la expropiada mantiene un oligopolio en el mercado de insumos agrícolas y ejerce posición de dominio y competencia desleal en la producción, recepción, acondicionamiento, almacenaje, distribución y comercialización de la producción agrícola, desplazando a las pequeñas y medianas empresas de todos estos escenarios. De este modo, se utiliza la figura excepcional de la expropiación, como sanción para esos supuestos delitos y faltas que están regulados en la legislación económica relativa a la libre competencia.

Por lo tanto, aquí debemos entonces referirnos a la expropiación como sanción; la cual no está permitida por la Constitución, ni por la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social<sup>9</sup> y, por lo tanto, esta expropiación podría ser calificada de inconstitucional. Todo esto sin contar con que, las conductas arriba señaladas, ya tienen sus propias sanciones, entre las cuales NO está la expropiación.

#### IV. JUSTA INDEMNIZACIÓN

Recordemos aquí que sólo el pago de la indemnización produce la traslación de la propiedad. Sin embargo, la realidad es que con la ocupación de los bienes de la empresa nos enfrentamos a una privación clara del derecho de propiedad, sin la correspondiente indemnización<sup>10</sup>.

En este punto, solamente contamos con referencias de prensa<sup>11</sup> que nos indican que no se ha producido el pago de la justa indemnización que se adeuda en este caso.

---

9 Aunque hemos visto que sí estaba contemplada en la Ley para la Defensa en el Acceso a los Bienes y Servicios.

10 Véase la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social.

11 *El Impulso* (2016, 01 de febrero). "Agroisleña no ha recibido pago por expropiación". Disponible en <http://www.elimpulso.com/noticias/economia/agroisleña-no-ha-recibido-pago-por-expropiacion>. La nota recoge un comunicado

Esto puede interpretarse de varias formas: (i) que estamos en presencia de otra figura distinta a la expropiación<sup>12</sup>, o (ii) que por ser una sanción no se procederá a pagar la indemnización, o (iii) que simplemente el pago está atrasado pero se producirá, a pesar que la Constitución y la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social indican que el pago debe ser oportuno y ya en este momento ha pasado su oportunidad<sup>13</sup>.

## V. DESPUÉS DE AGROISLEÑA: AGROPATRIA

Luego de la expropiación de Agroisleña, se produjo la creación de Agropatria, S.A., y se dictaron otros actos, que de seguidas reseñamos:

A. Decreto N° 8.826, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa del Estado, bajo la forma de Sociedad Anónima que se denominará Empresa de Propiedad Social AGROPATRIA, S.A., pudiendo utilizar a todos los efectos la denominación de AGROPATRIA, la cual funcionará como empresa matriz<sup>14</sup>.

B. Acta constitutiva y estatuto sociales de AGROPATRIA<sup>15</sup>.

---

de los directivos de Agroisleña en la que hacían saber a la opinión pública que "[h]asta la presente fecha, los accionistas de las empresas del Grupo Agroisleña esperan el pago de la justa compensación económica por la expropiación, de acuerdo con lo establecido en las leyes venezolanas y el Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones existente entre España y Venezuela". Más recientemente, como se verá más adelante, los directivos reafirmaron que todavía no ha tenido lugar la indemnización.

12 Véase las diferencias entre expropiación, confiscación y comiso en Samantha Sánchez Miralles: *Casos de estudio sobre la expropiación en Venezuela*. Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016.

13 Ídem.

14 Gaceta Oficial N° 39.877 del 06-03-2012.

15 Gaceta Oficial N° 39.932 del 29-05-2012.

- C. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se designa el Presidente Encargado de AGROPATRIA <sup>16</sup>.
- D. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se autoriza al Banco de Venezuela S.A. Banco Universal, a otorgar a AGROPATRIA, créditos que en su conjunto excedan el porcentaje establecido en el único aparte del Artículo 15 de la Ley de Créditos para el Sector Agrícola <sup>17</sup>.
- E. Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, para el Comercio y para la Alimentación, mediante la cual se designa al ciudadano Yván Gil Pinto, como Presidente, Encargado, de AGROPATRIA, y a la vez como Presidente de su Junta Directiva <sup>18</sup>.
- F. Acta N° 1 Asamblea General Extraordinaria de AGROPATRIA <sup>19</sup>.
- G. Acta N° 2 Asamblea General de Junta Directiva de AGROPATRIA <sup>20</sup>.
- H. Acta N° 3 Asamblea General Extraordinaria de AGROPATRIA <sup>21</sup>.
- I. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se autoriza al Banco Bicentenario, Banco Universal, C.A., a otorgar a AGROPATRIA, créditos que en su conjunto excedan

---

16 Gaceta Oficial N° 39.947 del 19-06-2012.

17 Gaceta Oficial N° 40.135 del 25-03-2013.

18 Gaceta Oficial N° 40.135 del 25-03-2013.

19 Gaceta Oficial N° 40.292 del 12-11-2013.

20 Gaceta Oficial N° 40.359 del 19-02-2014.

21 Gaceta Oficial N° 40.376 del 20-03-2014.

del porcentaje establecido en el artículo 15 de la Ley de Crédito para el Sector Agrícola, hasta por el veintisiete coma sesenta por ciento (27,60%) de los recursos destinados por dicha Institución bancaria al financiamiento del Sector Agrícola para el año 2014<sup>22</sup>.

- J. Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, para el Comercio y para la Alimentación, mediante la cual se designa al ciudadano José Luis Berroterán Núñez, como Presidente de AGROPATRIA, en condición de Encargado, y a la vez Presidente de la Junta Directiva<sup>23</sup>.
- K. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se autoriza al Banco Agrícola de Venezuela, C.A., a otorgar a AGROPATRIA, crédito que en su conjunto excedan del porcentaje establecido en la Ley de Crédito para el Sector Agrícola, por el porcentaje que en ella se especifica<sup>24</sup>.
- L. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se designa a los ciudadanos que en ellas se indican como Coordinadores Regionales de AGROPATRIA en los estados que en ellas se especifican<sup>25</sup>.
- M. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se designa al ciudadano Joan Manuel Parra Ramírez, como Gerente General Encargado, de AGROPATRIA<sup>26</sup>.

---

22 Gaceta Oficial N° 40.444 del 01-07-2014.

23 Gaceta Oficial N° 40.501 del 19-09-2014.

24 Gaceta Oficial N° 40.547 del 24-11-2014 (reimpreso en N° 40.565 del 18-12-2014).

25 Gaceta Oficial N° 40.646 del 23-04-2015.

26 Gaceta Oficial N° 40.651 del 30-04-2015.

- N. Decreto N° 1.817, mediante el cual se nombra al ciudadano Yván Eduardo Gil Pinto, como Presidente de la Empresa de AGROPATRIA<sup>27</sup>.
- O. Providencia de AGROPATRIA, mediante la cual se crea, con carácter permanente, la Comisión de Contrataciones Públicas de esta Empresa, integrada por las ciudadanas y ciudadanos que en ella se señalan<sup>28</sup>.
- P. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se designa a la ciudadana Yanet Teresa Sousa Durán, como Gerente General de AGROPATRIA, en condición de Encargada<sup>29</sup>.
- Q. Providencia de AGROPATRIA, mediante la cual se designa al ciudadano José Gregorio Parada Cárdenas, como Auditor Interno de esta empresa, en calidad de Interino<sup>30</sup>.
- R. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se autoriza al Banco Agrícola de Venezuela, C.A., Banco Universal, C.A., para otorgar a AGROPATRIA, créditos hasta por la cantidad que en ella se indica, de los recursos destinados por dicha institución bancaria al financiamiento del sector agrícola para el año 2015<sup>31</sup>.
- S. Providencia de AGROPATRIA, mediante las cuales se designa a la ciudadana y al ciudadano que en ellas se indican como Coordinadores de las oficinas que en ellas se señalan, de esta empresa<sup>32</sup>.

---

27 Gaceta Oficial N° 40.678 del 09-06-2015.

28 Gaceta Oficial N° 40.688 del 23-06-2015.

29 Gaceta Oficial N° 40.695 del 03-07-2015.

30 Gaceta Oficial N° 40.725 del 17-08-2015.

31 Gaceta Oficial N° 40.770 del 20-10-2015.

32 Gaceta Oficial N° 40.770 del 20-10-2015.

- T. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se designa al ciudadano Pedro José Orellana Gómez como Coordinador Regional del estado Cojedes de AGROPATRIA, en condición de Encargado<sup>33</sup>.
- U. Resolución Conjunta de los Ministerios del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, para Industria y Comercio y para la Alimentación, mediante la cual se designa al ciudadano Pedro José Khalil Pereira, como Presidente de la Junta Directiva de AGROPATRIA<sup>34</sup>.
- V. Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se designa a la ciudadana María Matilde Sosa Ruiz como Gerente General de AGROPATRIA<sup>35</sup>.
- W. Actas N° 4 y 5 Asamblea General Extraordinaria de AGROPATRIA<sup>36</sup>.
- X. Providencia de AGROPATRIA, mediante la cual se crea, con carácter permanente, la Comisión de Contrataciones Públicas, integrada por las ciudadanas y ciudadanos que en ella se mencionan<sup>37</sup>.
- Y. Providencia de AGROPATRIA, mediante la cual se crea la Comisión de Contrataciones Públicas Permanente de esta empresa, integrada por las ciudadanas y ciudadanos que en ella se indican<sup>38</sup>.

---

33 Gaceta Oficial N° 40.787 del 12-11-2015.

34 Gaceta Oficial N° 40.864 del 08-03-2016.

35 Gaceta Oficial N° 40.891 del 27-04-2016.

36 Gaceta Oficial N° 40.934 del 29-06-2016.

37 Gaceta Oficial N° 40.943 del 13-07-2016.

38 Gaceta Oficial N° 40.954 del 28-07-2016.

Z. Decreto N° 2.403, mediante el cual se nombra al ciudadano Humberto Luis Laurens Vera, como Presidente de AGROPATRIA<sup>39</sup>.

Ahora bien, ¿qué ha significado todo esto en la práctica? Veamos la situación general después de la expropiación, con particular foco en la eficiencia económica.

1. Los trabajadores de Agroisleña, desde el primer momento en el que fue anunciada la expropiación, protestaron ante la medida, y manifestaron su preocupación y solidaridad con la empresa<sup>40</sup>. Posteriormente, han reclamado al Estado el pago de sus prestaciones sociales<sup>41</sup>.
2. La población en general, según un estudio de DATANALISIS, manifestó su rechazo a la expropiación de Agroisleña<sup>42</sup>.
3. Ha habido una serie de denuncias sobre irregularidades en Agropatria, como por ejemplo, que en la empresa se estaba gestando un supuesto mercado paralelo al sostener la emisión de facturas llenadas a mano a presuntos trabajadores del campo quienes, según aseguraron

---

39 Gaceta Oficial N° 40.957 del 02-08-2016.

40 *El Universal* (2010, 04 de octubre). "Trabajadores de Agroisleña protestan contra expropiación". Disponible en [http://www.eluniversal.com/2010/10/04/eco\\_ava\\_trabajadores-de-agro\\_04A4559691](http://www.eluniversal.com/2010/10/04/eco_ava_trabajadores-de-agro_04A4559691)

41 *El Universal* (2011, 11 de abril). "Ex trabajadores de Agroisleña reclaman sus prestaciones". Disponible en <http://www.eluniversal.com/economia/110411/ex-trabajadores-de-agroislenabrreclaman-sus-prestaciones>

42 *Noticias 24* (2010, 07 de diciembre). "Datanalisis: Más del 70% de la población continúa rechazando las expropiaciones". Disponible en <http://www.noticias24.com/actualidad/noticia/184313/datanalisis-mas-del-70-de-la-poblacion-continua-rechazando-las-expropiaciones/>

los denunciantes, estaban exportando los productos a Colombia con sobreprecio<sup>43</sup>.

4. Ha habido un declive en el sector agrícola y un deterioro en el funcionamiento de la empresa en líneas generales<sup>44</sup>. En un estudio realizado por CEDICE, denominado “De Agroisleña a Agropatria”<sup>45</sup>, encontramos datos relevantes para este punto de nuestro análisis.
5. Al día de hoy (octubre 2016), las ciento ocho (108) tiendas de Agropatria muestran un desabastecimiento extremo.
6. El año 2014 se considera “un año gris para la producción agrícola venezolana”. Así tituló su informe FEDEAGRO<sup>46</sup>, dónde detalló el desempeño del sector ese año, indicando que de doce (12) rubros vegetales que se cultivan en Venezuela, ocho (8) decrecieron y sólo cuatro (4) crecieron con respecto al año anterior<sup>47</sup>.
7. Los agricultores de papa confrontaron falta de suministro de semillas lo cual provocó una subida de precios en tres (3) meses de setecientos por ciento (700%). Este

---

43 *El Universal* (2011, 16 de febrero). “Denuncian irregularidades con la facturación en Agroisleña”. Disponible en [http://www.eluniversal.com/2011/02/16/eco\\_ava\\_denuncian-irregulari\\_16A5170055](http://www.eluniversal.com/2011/02/16/eco_ava_denuncian-irregulari_16A5170055)

44 *El Universal* (2012, 26 de febrero). “Con la creación de Agropatria se perdió el apoyo al productor”. Disponible en <http://www.eluniversal.com/economia/120226/con-la-creacion-de-agropatria-se-perdio-el-apoyo-al-productor>

45 Disponible en [http://paisdepropietarios.org/home/wp-content/uploads/2015/11/PDP\\_Agropatria\\_final.pdf](http://paisdepropietarios.org/home/wp-content/uploads/2015/11/PDP_Agropatria_final.pdf)

46 Véase en general [www.fedeagro.org](http://www.fedeagro.org)

47 El informe indica que “[e]n 2014 hubo fallas o atrasos en el abastecimiento de semillas (hortalizas, sorgo, papa), agroquímicos (fungicidas, insecticidas, herbicidas, etc.) maquinarias, equipos, vehículos de carga repuestos, mangueras para riego, sustrato para plántulas, cauchos para tractores y para vehículos de carga, baterías, lubricantes y combustibles. Estos factores impidieron cumplir los planes de siembra y terminaron reduciendo la superficie cultivada”.

dato es particularmente interesante, porque, sólo para citar un ejemplo, en el momento de la expropiación se señaló que al pasar Agroisleña al “pueblo” se avanzaría en la seguridad alimentaria y en la disminución de los costos de producción, porque se eliminarían las cadenas de “intermediarios especulativos”<sup>48</sup>. Los hechos demuestran que no ha sido así; al contrario, ha habido más desabastecimiento y un claro incremento en los costos y precios.

8. Las importaciones en el área agrícola han crecido.
9. Agropatria sólo atiende a las empresas vinculadas con el gobierno.
10. La nómina de la empresa ha sufrido un incremento desproporcionado. Por ejemplo, en sedes donde había nueve (9) trabajadores, ahora hay más de treinta (30) y además los empleados no tienen la capacitación necesaria para el desempeño de sus funciones. Los últimos datos revelan que la empresa tenía aproximadamente mil setecientos (1700) trabajadores y al ser expropiada pasó a tener siete mil (7000) trabajadores, aumentando la nómina en más del 70%. Por otra parte, los programas de capacitación y formación de los trabajadores cesaron, al igual que el suministro objetivo y oportuno de servicios a los productores, independientemente de su posición política.
11. El consumo de maíz de la industria, por ejemplo, estaba alrededor de un millón cuatrocientas cincuenta mil (1.450.000) toneladas métricas, que era abastecido localmente en un 100%. Esta necesidad sigue siendo igual,

---

48 *El Universal* (2010, 5 de octubre). “Oficializada medida de expropiación de Agroisleña”. Disponible en [http://www.eluniversal.com/2010/10/05/eco\\_ava\\_oficializada-medida\\_05A4564133](http://www.eluniversal.com/2010/10/05/eco_ava_oficializada-medida_05A4564133)

pero ahora hay un componente importado porque la cuota que aportaba Agropatria descendió.

12. En el 2015, en materia de agroquímicos, elementos indispensables para comenzar cualquier cultivo, Agropatria sólo despachó el quince por ciento (15%) del requerimiento nacional, cuando antes despachaba hasta un setenta y cinco por ciento (75%)<sup>49</sup>.

13. En el foro donde se presentó este estudio de CEDICE, a principios del año 2016, se concluyó que la recuperación de Agroisleña, requeriría un plazo entre tres (3) y cinco (5) años y una inversión aproximada a los tres mil quinientos millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 3.500.000.000)<sup>50</sup>.

Todo esto presenta un panorama lejano a la eficiencia y opuesto a la consecución de utilidad pública que en teoría es la base de toda expropiación.

La expropiación no persigue, al menos en teoría, la desmejora de la situación. La expropiación ha sido pensada y concebida originalmente para permitir el paso de bienes privados a la propiedad del Estado, por causa de utilidad pública<sup>51</sup>, para lograr un bien mayor, para conseguir un fin común, a través del uso de esa propiedad que dejará de ser privada para la consecución de ese objetivo; no se trata de expropiar simplemente para acumular propiedad estatal o destruir lo expropiado.

49 *El Universal* (2012, 4 de octubre). “La toma de Agroisleña frenó financiamientos y asistencia”. Disponible en <http://www.eluniversal.com/economia/121004/la-toma-de-agroislana-freno-financiamientos-y-asistencia>

50 *El Impulso* (2016, 27 de enero). “Recuperar Agroisleña costaría 3.500 millones de dólares”. Disponible en <http://www.elimpulso.com/noticias/economia/recuperar-agroislana-costaria-3-500-millones-de-dolares>

51 Véase Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. La Ley. Buenos Aires. p. 239.

En otro orden de ideas, debemos señalar que los dueños de Agroisleña demandaron la nulidad contra el Decreto expropiatorio. En fecha 03-05-2011, el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa declaró su incompetencia a favor de la Sala Constitucional<sup>52</sup>. Luego, el 18-11-2011, la Sala Constitucional no aceptó la declinatoria de competencia e indicó que correspondía conocer a la Sala Político Administrativa<sup>53</sup>. Finalmente, el 14-03-2012, el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa admitió la demanda de nulidad y ordenó las notificaciones de ley<sup>54</sup>.

A la fecha no ha habido ninguna otra actuación relevante a nivel nacional en el caso, pero en el mes de agosto se dio a conocer que Agroisleña había demandado al Gobierno Nacional ante el Centro internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones *“para que devuelva la empresa, expropiada en 2010, o les otorgen [sic] el dinero necesario en compensación por la nacionalización”*<sup>55</sup>.

## CONCLUSIONES

1. En la expropiación de Agroisleña no ha habido declaratoria de utilidad pública e interés social mediante la ley, sino que todo se ha hecho a través de un Decreto del Ejecutivo Nacional, vulnerando la garantía expropiatoria.

---

52 Fallo N° 273 del 03-05-2011. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/jspa/mayo/273-3511-2011-2011-0368.html>

53 Fallo N° 1749 del 18-11-2011. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1749-181111-2011-11-0676.html>

54 Fallo N° 110 del 14-03-2012. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/jspa/marzo/110-14312-2012-2012-0063.html>

55 *El Nacional* (2016, 30 de agosto). “Agroisleña denuncia a Venezuela ante el Banco Mundial por expropiación de 2010”. Disponible en [http://www.el-nacional.com/politica/Agroislana-Venezuela-Banco-Mundial-expropiacion\\_0\\_912508793.html](http://www.el-nacional.com/politica/Agroislana-Venezuela-Banco-Mundial-expropiacion_0_912508793.html)

2. La inclusión de TODOS los BIENES de Agroisleña, como objeto de la expropiación, no se compadece con la finalidad pública y de nuevo vulnera las garantías que rodean a la figura de la expropiación.
3. Pareciera que estamos frente una expropiación sancionatoria ya que sus considerandos señalan como causas para justificar la medida que la empresa *"se ha constituido en un oligopolio en el mercado de insumos agrícolas y ejerce posición de dominio y competencia desleal en la producción, recepción, acondicionamiento, almacenaje, distribución y comercialización de la producción agrícola, desplazando a las pequeñas y medianas empresas de todos estos escenarios"*. Ya hemos comentado que la expropiación como sanción no está permitida por la Constitución, ni por la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social, y por lo tanto esta expropiación podría ser calificada de inconstitucional, sin descontar que las conductas arriba señaladas tienen sus propias sanciones, entre las cuales no está la expropiación.
4. No se ha pagado la justa indemnización a los propietarios de Agroisleña, otra violación de las garantías constitucionales de la expropiación.
5. Desde el punto de vista económico, los resultados de la nueva empresa, creada a partir de Agroisleña, Agropatria, dejan mucho que desear, en cuanto a eficiencia y a alcanzar los logros indicados en los considerandos del Decreto expropiatorio. Los datos del estudio de CEDICE aquí reseñado, hablan por sí solos.
6. La expropiación de Agroisleña, sin duda, ha aumentado la concentración del poder económico del Estado, en medio de un cuadro en el cual el sector público ha demostrado una enorme incompetencia para mejorar el funcionamiento de las empresas que expropia, embarga

o, simplemente, confisca<sup>56</sup>. Al Estado le corresponde crear y fomentar el ambiente propicio para que se dé la competencia y se eleve la producción y la productividad. El Estado, en vez de cumplir con esta obligación, se ha dedicado a cercar cada vez más la iniciativa particular, esto no es eficiente económicamente hablando porque en lugar de usar esos recursos financieros en pagar a los particulares, debería invertirlos en la resolución de otros problemas y en la ejecución de sus funciones públicas y no jugar al empresario.

7. Todo esto confirma, de manera contundente, el abuso de la facultad expropiatoria por parte del Estado en los últimos tiempos.

---

56 Es interesante destacar aquí que el Estado ha recurrido a figuras innominadas y muy cuestionables, por decir lo menos, para hacerse del control de empresas privadas, sin usar la figura de la expropiación, que como hemos visto es una institución regulada y que conlleva una serie de garantías para el expropiado. Por ejemplo, citamos aquí sentencia del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo civil, mercantil y del tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, de fecha 23-08-2013, donde en la decisión de una medida de amparo sobre el derecho a la vivienda, se decreta una intervención temporal de la empresa, y se designa como "Veedor" al Gobernador del Estado Aragua y se le otorgan amplísimas facultades para la administración y disposición de la empresa.

# ¿QUÉ SON LAS SENTENCIAS DE GOBIERNO? LA NUEVA GEOGRAFÍA DE ACTOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

**Emilio J. Urbina Mendoza**

*Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto  
Profesor de postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello*

*Resumen: La presente investigación revisa con detenimiento, desde la hermenéutica, la trasgresión inaceptada e inaceptable por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en las funciones gubernamentales empleando para ello mecanismos clásicos de la jurisdicción constitucional. Esta intromisión ha generado la creación de verdaderos actos de gobierno revestidos con el ropaje y formalidades propias de la sentencia. A través de la iurisdictio, nos introduce 2016 bajo la más peligrosa forma de gobierno: el gobierno de los jueces.*

*Palabras clave: Sala Constitucional, Actos de Gobierno, Sentencias, Jurisdicción constitucional.*

*Summary: This research reviewed carefully, since hermeneutics, unaccepted and unacceptable transgression by the Constitutional Chamber of the Supreme Court in governmental functions using for this classic mechanisms of constitutional jurisdiction. This intrusion has led to the creation of real acts of government clad in the garb of the judgment and proper formalities. Through iurisdictio, 2016 we introduced under the most dangerous form of government: the government of judges.*

*Key words: Constitutional Chamber, Government acts, Statements, constitutional jurisdiction.*

Recibido: 4 de febrero de 2016    Aceptado: 2 de marzo de 2016



## SUMARIO

### I. ¿Se gobierna a través de la jurisprudencia constitucional en Venezuela?

#### I. ¿SE GOBIERNA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA?

La llegada del siglo XXI debía representar para Venezuela una regalía de civismo, virtudes y madurez en sus instituciones jurídicas. Tras un ensayo democrático<sup>1</sup> durante el último tramo del siglo XX, el país debía enrumbarse hacia estadios propios del “neoconstitucionalismo”<sup>2</sup>, según el cual, la Constitución más allá de un texto tradicional se debe caracterizar por su denso contenido sustantivo y su omnipresencia en todas las esferas normativas. Como anota PRIETO SANCHÍS es la *Constitución de los derechos fundamentales donde no hay espacios exentos para su materialización*<sup>3</sup>. Pero lo más importante de las nuevas tendencias, en este mundo con sus reduccionismos<sup>4</sup> y tentaciones totalitarias del nuevo cuño, es la salvaguarda activa de un Poder Judicial cada vez más tecnificado y comprometido con los valores democráticos.

Esta debía ser nuestra realidad. Sin embargo, hemos terminado por desconstitucionalizarnos, desjuridificarnos, des-

---

1 Sobre el particular, véase Brewer-Carías, Allan R, “Instituciones del Estado Democrático de Derecho. Constitución de 1961”. En: *Tratado de Derecho Constitucional*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, Tomo IV, 1180 pp.

2 Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá, Ediciones de la Universidad Externado de Colombia, 2009, 79 y ss.

3 Cfr. Prieto-Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, En: Carbonell Manuel (ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid, Trotta, 2007.

4 Sobre el permanente problema de los modelos reduccionistas en derechos fundamentales, véase Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*. Madrid, Ediciones de la Universidad Carlos III, 1996, pp. 50 y ss.

judicializarnos y desdemocratizarnos en la precisa y compleja denuncia formulada por el profesor Allan Brewer-Carías<sup>5</sup>. Salvando las realidades históricas, los últimos 15 años han representado para el venezolano promedio una tensión evidente entre sus libertades y la forma en que el gobierno emplea todos los medios del Estado para intervenirlas porque desea volverlas “revolucionarias” sin ningún respeto a la pluralidad. Millones de páginas se han escrito sobre las carencias “patrias” en las últimas dos décadas, más creemos que podemos vernos en las siguientes líneas:

“(…) Se trata del duelo entre dos contrincantes muy desiguales: un Estado tremendamente poderoso, fuerte y despiadado, y un individuo particular pequeño, anónimo y desconocido. Este duelo no se desarrolla en el campo de lo que comúnmente se considera la política; el particular no es en modo alguno un político, ni mucho menos un conspirador o un «enemigo público». Está en todo momento claramente a la defensiva. No pretende más que salvaguardar aquello que, mal que bien, considera su propia personalidad, su propia vida y su honor personal. Todo ello es atacado sin cesar por el Estado en el que vive y con el que trata, a través de medios en extremo brutales, si bien algo torpes.

Dicho Estado exige a este particular, bajo terribles amenazas, que renuncie a sus amigos, que abandone a sus novias, que deje a un lado sus convicciones y acepte otras preestablecidas, que salude de forma distinta a la que está acostumbrado, que coma y beba de forma distinta a la que le gusta, que dedique su tiempo libre a ocupaciones que detesta, que ponga su persona a disposición de aventuras que rechaza, que niegue su pasado y su propio yo y, en especial, que, al hacer todo ello, muestre continuamente

---

5 Véase Brewer-Carías, Allan R., *Estado Totalitario y desprecio a la ley*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 534 pp.

**un entusiasmo y agradecimiento máximos (...)**(Negrillas y subrayado nuestro)<sup>6</sup>

Desafortunadamente, cada memorial de agravios relatado por Haffner de lo vivido en la Alemania nazi, se va ampliando en toda la geografía nacional cuando nuestra criolla Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se justifica con argumentaciones contradictorias, propias del *todo vale postmoderno*<sup>7</sup> cuya principal característica es la desconexión entre las ideas y concepciones sistematizadas por un pragmatismo capaz de transmutar hasta el concepto mismo del lenguaje jurídico<sup>8</sup>. Se ha

6 Haffner, Sebastian. *Historia de un alemán. Memorias 1914-1933*. (Traducción de Belén Santana). Barcelona, Ediciones Destino, 2009, pp. 11-12.

7 Martínez-Carrasco Pignatelli, Concepción. *Postmodernidad y Derecho Público*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 181.

8 El lenguaje jurídico es un lenguaje tradicional opuesto al lenguaje científico donde constantemente se introducen términos y expresiones nuevas. La Sala Constitucional ha dejado a un lado esta realidad, para introducir una evidente contaminación de la terminología jurídica venezolana. Para más detalles, véase Rodríguez-Aguilera, Cesáreo. *El lenguaje jurídico*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1969, p. 14. En este orden de ideas, el 26 de enero de 2006, el entonces magistrado de la Sala Constitucional, Eduardo Cabrera Romero, fue enfático en su discurso de apertura del año judicial venezolano 2006, al catalogar la justicia nacional como un instrumento para que "(...) el pueblo ávido de un cambio social de justicia lo solicitó y fue complacido con la implementación de una legislación acorde con su clamor, en el cual el Estado garantizará el estado de derecho, la equidad y un excelente desarrollo social (...)" (Cursivas nuestras). Posteriormente, durante la apertura del año judicial venezolano 2007 (26/01/2007), el orador de orden en esa oportunidad fue el entonces Presidente del TSJ, Magistrado Omar Mora Díaz. En su discurso logró colar la subordinación del Poder Judicial venezolano a los designios del entonces Presidente de la República, al aceptar un llamado que hiciera el propio Hugo Chávez Frías a todos los órganos del Estado, acerca del ejemplo revolucionario. En la apertura del año judicial venezolano de 2008 (28/01/2008), la entonces Magistrada Luisa Estela Morales señaló la importancia del rumbo judicial que garantice "(...) como un ideal de igualdad y de paz, que los excluidos de la justicia logren encontrarse con sus jueces (...)". Acto seguido, el orador de orden, Magistrado Francisco Carrasquero, fue enfático en la legitimidad que tienen los jueces –sobre todo los que ejercen competencia constitucional– "(...) Especialmente la Sala Constitucional como máxima intérprete de la Constitución Bolivariana. Hoy como nunca la sociedad venezolana tiene un *ampuloso acceso a la justicia*

comprobado con la perplejidad de toda la comunidad jurídico-académica nacional, desviaciones tales como yuxtaponer autores con posiciones claramente definidas y antagónicas, pero, que en los despachos de Dos Pilitas terminan siendo parte de una adventicia “hermandad” doctrinal, agravada por un reeditado *ius respondendi edicendi a la bolivariana*<sup>9</sup>. Y lo más perifrásis en su clímax, el TSJ es devoto al lacerante “adanismo” de haber descubierto la “novedosa, fresca, genuina y necesaria” justicia constitucional revolucionaria<sup>10</sup>. Cualquier disidencia o

---

*humana e igualitaria* para dilucidar los conflictos jurídicos sociales en función de las *necesidades del pueblo (...)* (Cursivas nuestras). Los discursos citados pueden ser recuperados en la web-site del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, específicamente en el link que archiva las “Notas de Prensa” [<http://www.tsj.gov.ve>]

- 9 El *ius respondendi edicendi* era la facultad otorgada por el Emperador en Roma para agradecer a los juristas cercanos al Estado, donde, sus dictámenes doctrinales tenían el mismo peso y valor que la “leges”. En la sentencia n° 9, del 1/03/2016 (Caso: Gabriela Flores Ynserny y otros y la interpretación de los artículos 136, 222, 223 y 265 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Magistrado-Ponente: Arcadio Delgado Rosales, la Sala Constitucional, imprime una fuerza a las opiniones doctrinales de los autores citados en el fallo, llegando a ensamblar una suerte de amalgama de teorías y citas textuales de libros tan extensas, que prácticamente pareciera el dispositivo judicial una suerte de capítulo adicional de las obras invocadas. De igual forma, ha operado la misma técnica de profusas citas doctrinales ensambladas de una forma que para un extranjero sin formación, sería una suerte de collage de técnica decisonal compleja que empequeñecería hasta el más avezado de los magistrados universalmente conocidos. Esto ha sido repetido en las sentencias dictadas a lo largo del año 2016, en específico, la n° 259 (Nulidad de la reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela), n° 264 (Nulidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional), n° 269 (Nulidad del Reglamento de Interior y de Debates de la Asamblea Nacional), la n° 614 (Nulidad del Acuerdo de Creación de la Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia) y la más incongruente, la n° 808 (Nulidad de Ley de Reforma Parcial del Decreto N.º 2165 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación de Oro).
- 10 La Sentencia n° 1683 de fecha 4.11.2008 (Caso: Nulidad Parcial de la Ley Orgánica de la Defensoría Pública Nacional), representa la más acabada expresión del “adanismo jurídico”, al afirmar sin mayor pudor que desde que se constituyó la Sala Constitucional del TSJ, la justicia constitucional ha logrado avances tan significativos, que hasta el troncal principio de separación de

la más mínima crítica, inmediatamente se cubre con el velo de la censura y la interdicción profesional, olvidándose los Magistrados que la crítica de toda decisión judicial –como afirmaba Loreto– es elevado deber ciudadano<sup>11</sup>.

Así –*von zeit zu zeit*– es como la Sala Constitucional cercena nuestra historia judicial con el antes y después para transformarla en prisionera de grupos o ideas-fuerza que nos llevan hacia el camino de la servidumbre histórica. No en vano se dice que nuestro máximo tribunal ha secuestrado la voluntad popular, ha resuelto amparos constitucionales contra autoridades extranjeras, ha administrado los tributos y su forma de regulación<sup>12</sup>, ha legislado en forma positiva, e inclusive, modificado reglas de la naturaleza en forma contra natura como fue el caso de la continuación de un período constitucional presidencial, estando su titular ausente para su juramentación<sup>13</sup>. Ha instaurado así lo que Brewer-Carías llama la “Dictadura Judicial”, instrumento de la más absoluta perversión del estado de Derecho<sup>14</sup>. Si todo esto se ha ejecutado durante su estreno en 2000, será en 2016 cuando se borre todo límite, incursio-

---

poderes es una expresión “conservadora”, propia de una anacrónica justicia constitucional. Para más detalles, véase las críticas de Brewer-Carías, Allan R., “La Sala Constitucional del Tribunal Supremo reformando leyes como jurisdicción constitucional, autoproclamándose, sin límites, como legislador positivo”. En: *Revista de Derecho Público*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011, n° 128 (octubre/diciembre), pp. 197-204.

- 11 “(...) Murmurar de los jueces, es un crimen; criticar sus decisiones en público con justas e ilustradas razones, es elevada función ciudadana (...)” Véase Loreto, Luis. Crítica de las decisiones judiciales. En: *Ensayos jurídicos*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1987, p. 403.
- 12 Véase Brewer-Carías, Allan R. “El Juez constitucional en Venezuela como legislador positivo de oficio en materia tributaria”. En: *Revista de Derecho Público*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, n° 109 (enero/marzo), pp. 193-209.
- 13 Sala Constitucional, sentencia n° 02 del 09.01.2013 (*Caso: Recurso de Interpretación incoado por Marelys D’Arpino*).
- 14 Véase Brewer-Carías, Allan R. *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016 (segunda edición), 488 pp.

nando de forma arrogante en las labores propias de gobierno. Es decir, ha invadido las competencias constitucionales atribuidas exclusivamente al Presidente de la República y a la Asamblea Nacional, para asumir funciones políticas, como es gobernar. Ha trasmutado algunas de sus sentencias en actos de gobierno, aunque conceptualmente no se verifique así en la doctrina constitucional nacional más autorizada.

No puede dudarse que la Sala Constitucional ha dictado órdenes políticas en algunos de sus fallos, con el único propósito de sostener un modelo político e ideología partidista de los actuales gobernantes<sup>15</sup>. De esta manera, siendo la Asam-

---

15 No es descabellado afirmar que el Tribunal Supremo de Justicia, a partir de 2016, una vez instalada la Asamblea Nacional para el período constitucional 2016-2021, haya comenzado a invadir las funciones propias del gobierno, como es tomar decisiones guiadas por las conveniencias políticas, sin condicionamiento legal alguno. El actual Presidente de la Asamblea Nacional, el Diputado Henry Ramos Allup (AD), en su proverbial lenguaje ha sostenido que "(...) El TSJ en sus diferentes salas, a estricta conveniencia del Poder Ejecutivo, se ha convertido en el bufete del Gobierno. El Gobierno no necesita Procurador General de la República (...)" Véase "La Sentencia n° 9 del TSJ no existe". En: Diario El Universal, edición del 03.03.2016 [Consulta: [http://www.eluniversal.com/noticias/politica/henry-ramos-sentencia-numero-del-ts-j-existe\\_191848](http://www.eluniversal.com/noticias/politica/henry-ramos-sentencia-numero-del-ts-j-existe_191848)]. También, véase otras declaraciones del Diputado Henry Ramos Allup "(...) No puede ser posible que un organismo viciado de nulidad absoluta como es la Sala Constitucional del TSJ trate de tener vigencia por encima de la voluntad popular expresada en las últimas elecciones y, todavía menos aún, que pretenda tutelar a un organismo, que precisamente tiene la facultad constitucional de designar el TSJ (...)" Véase: "Presidente de la AN Henry Ramos demanda en la Fiscalía al TSJ". En: Diario El Universal, edición del 23.08.2016 [Consulta: [http://www.eluniversal.com/noticias/politica/presidente-henry-ramos-demanda-fiscalia-ts-j\\_433038](http://www.eluniversal.com/noticias/politica/presidente-henry-ramos-demanda-fiscalia-ts-j_433038)]. En su columna "El gobierno de los jueces", publicada en el Diario El Nacional (16.02.2016), el autor Douglas Estanga, resume gráficamente su idea sobre cómo el TSJ es instrumento de gobierno y también gobierna "(...) Por lo pronto, parafraseando al jurista francés Edouard Lambert, el de Maduro ha pasado a ser «el Gobierno de los Jueces». Gobierno y decreto buenos para burlar la Ley de Presupuesto; disponer de más recursos sin necesidad de solicitud de créditos adicionales; zafarse de la Ley de Contrataciones Públicas (antigua Ley de Licitaciones); hacer importaciones sin controles en puertos y aeropuertos; crear más impuestos y multas; «bypassear» al BCV y al Cencorex para disponer de los dólares de una manera más laxa; expropiar empresas (verbi gratia, Polar); nacionalizar la banca o instituir otras medidas finan-

blea Nacional víctima de una justicia política –en el decir de Otto Kirchheimer<sup>16</sup>–, cobra sentido hablar de las *sentencias de gobierno*, como forma para naturalizar la más temida de las desviaciones tiránicas estudiadas y denunciadas desde el Talmud hebreo<sup>17</sup> hasta Montesquieu: el “Gobierno de los Jueces”<sup>18</sup>.

Ahora, más allá de cuestionarnos la politización evidente del Poder Judicial venezolano –que sería un mal menor presente en casi todas judicaturas<sup>19</sup> comparado con el Gobierno de Jueces– lo que debemos abordar es cómo y el por qué se permite que la jurisdicción constitucional sea el territorio donde la Sala Constitucional co-gobierna con el Gobierno Nacional, valga la redundancia, en el término estricto de la palabra. Es decir, se emplea la “iurisdicchio” para etimológicamente “(...) *Mandar con autoridad o regir algo* (...)”<sup>20</sup> y no precisamente materias propias de una Litis en el sentido procesal del vocablo. Entonces, ¿cómo la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes (Montesquieu

---

*cieras limitativas del dinero de cada quien; militarizar industrias y comercios; y, en fin, instituir el gobierno del cheque en blanco. Así lo decidió el TSJ. Bienvenidos al Gobierno de los Jueces (...)* [Consulta: [http://www.el-nacional.com/douglas\\_estanga/gobierno-jueces\\_0\\_794920665.html](http://www.el-nacional.com/douglas_estanga/gobierno-jueces_0_794920665.html)]

16 Véase Otto Kirchheimer. *Political Justice*. New York, Princenton University Press, 1961.

17 “(...) *Desgraciada la generación cuyos jueces merecen ser juzgados* (...)” (TALMUD).

18 Sobre el concepto y su evolución, véase la monografía clásica de Lambert, Edouard. *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*. Madrid, Editorial Tecnos, 2009. La obra original es de 1932. También López Daza, Germán Alfonso. “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un Gobierno de los Jueces?”. En: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México D.F., Instituto Investigaciones Jurídicas UNAM, n° 24 (enero/junio) 2011, pp. 169-193.

19 Zagrebelsky, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid, Trotta, 2008, pp. 37-41.

20 Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, Real Academia Española, 2001 (Vigésima segunda edición), tomo I, p. 1141.

dixit)<sup>21</sup>, terminan por no sólo torcer esas leyes sino gobernar, es decir, mandar políticamente sobre una nación?

Si partimos que en Venezuela la Sala Constitucional comparte el gobierno con el Presidente de la República y la Nomenclatura del partido gobernante, entonces, buena parte de sus sentencias, ¿podrían considerarse actos de gobierno? La pregunta resulta capital. En otras latitudes se ha buscado respuestas sin agotar la materia para la temática conexas, como en su día, por citarlo el Ex-magistrado del Tribunal Constitucional Gregorio Peces-Barba, argumentara por su peculiar equilibrio en sus tesis:

“(…) A ese fenómeno [gobierno de los jueces] que ha consolidado el poder de los jueces hay que añadir otros más actuales, como la tendencia del legislador a delegar en los jueces decisiones complejas que comprometen a los representantes políticos y que prefieren no resolver. También la ampliación de los procedimientos judiciales y de los ámbitos de decisión judicial en materias tradicionalmente atribuidas a la Administración, en lo que los americanos llaman la expansión del *due process of law*, y la jurisdicción universal, en los casos de genocidios, delitos contra el Derecho de Gentes o contra la Humanidad, han incrementado aún más el poder de los jueces (…)

(…) Los análisis sobre el crecimiento del poder, sobre su tendencia a abusar hasta que encuentra límites, sobre la arrogancia y sobre el despotismo que puede resultar de la falta de control, ahora, en este umbral del tercer milenio, **se han trasladado al Poder Judicial**, y aparecen ya en la realidad fenómenos concretos de ese abuso y de esa corrupción. También ese sentimiento de poder que siente el colectivo de los jueces y las demás instituciones y la sociedad entera potencia el corporativismo y el espíritu de cuerpo. **Hemos pasado**

---

21 Montesquieu. *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid, Editorial Tecnos, 1995, p. 111.

**de la nada al todo, y la nueva situación exige reflexiones sobre la limitación de ese poder desbordado y sin control**  
(...)

(...) El imperdonable exceso del Tribunal Constitucional, opinando en su sentencia sobre el tema y prefiriendo ese sistema, frente al que declararon constitucional, es otro signo de ese abuso de posición dominante de unos jueces que carecen de control y de vigilancia y que por eso deberían extremar su rigor. Los jueces ordinarios se apoyan en esa opinión incompetente de los jueces constitucionales y unos y otros confirman nuestra preocupación y nuestro diagnóstico. En el horizonte se atisba un poder excesivo por la rebelión de los vigilantes. En los orígenes del mundo moderno, en el primer Estado estamental, el despotismo se inició de manera similar (...)”<sup>22</sup> (Negrillas y subrayado nuestro)

Del texto resaltamos dos notas características que arrojan pistas en la construcción de nuestra argumentación sobre la existencia de las sentencias de gobierno como categoría sui generis de actos de gobierno en Venezuela. Esas notas resaltantes son:

- 1º La delegación por pigricia, conveniencia o comodidad del legislador. El Ejecutivo Nacional, y porque no decirlo, toda la clase política del Gran Polo Patriótico con el dolo característico ha entregado a la Sala Constitucional del TSJ, materias “políticas” propias de aquellos órganos y estamentos sociales. Pudiera ser una arista paradójica de la sociedad del pensamiento cínico<sup>23</sup> donde por “comodidad” delegan responsabilidades y potestades

---

22 Peces-Barba Martínez, Gregorio. “Poder de los jueces y gobierno de los jueces”. En: Diario El País, Madrid, edición del 1º de mayo de 2000 [Consulta: [http://elpais.com/diario/2000/05/01/opinion/957132006\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2000/05/01/opinion/957132006_850215.html)]

23 Sloterdijk, Peter. *Crítica de la razón cínica*. (Introducción de Fernando Savater). Madrid, Editorial Taurus, 1989, Vol. I, p. 32.

que pueden ser perturbadoras al Poder Judicial<sup>24</sup>. En relación a la comodidad del legislador, vale la pena resaltar el comportamiento del grupo parlamentario mayoritario (PSUV) de la Asamblea Nacional durante los períodos constitucionales 2006-2011 y 2011-2016, donde se delegaba, sin la escrupulosa selección, las facultades normativas para que el Ejecutivo dictara Decretos-Leyes<sup>25</sup> o bien, mediante el empleo ofensivo de la acción de omisión legislativa para designar por sentencia a los Rectores del Consejo Nacional Electoral<sup>26</sup>. Es innegable que al incursionar en ámbitos competenciales propios

---

24 Véase Nieto García, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp. 153-154.

25 Cinco han sido las denominadas Leyes que autorizan al Presidente de la República para dictar Decretos con fuerza de ley en la materia que se delegan durante los últimos quince años (1999-2014). Bajo el imperio de la Constitución de 1961, se publicó en Gaceta Oficial n° 36.687 del 26 de abril de 1999. Ya en vigencia de la Constitución Bolivariana de 1999, se publicaron cuatro leyes habilitantes, tres para el fallecido Presidente Hugo Chávez Frías (1999-2013) y una para el Presidente Nicolás Maduro Moros, estas fueron publicadas en las siguientes Gaceta Oficiales: 1.- N° 37.076 del 13 de noviembre de 2000. 2.- N° 38.617 del 1 de febrero de 2007. 3.- N° 6.009 del 17 de diciembre de 2010, y 4.- N° 6.112 del 19 de noviembre de 2013. Para más detalles véase Arias Castillo, Tomás A. "Las cuatro delegaciones legislativas hechas al Presidente de la República". En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 130, 2012 (abril-junio), pp. 393-399.

26 Véase Sala Constitucional, sentencia n° 1865 de fecha 26.12.2014 (*Caso: Diosdado Cabello Rondón*), donde el accionante en su condición de Presidente de la Asamblea Nacional para ese momento, solicitó sea designado los Rectores del Consejo Nacional Electoral en virtud de una omisión legislativa de la propia Asamblea que presidía. Es un vivo ejemplo sobre cómo se delegan materias al Poder Judicial, sin importar si la supuesta controversia sea en sí un conflicto que deba resolverse jurisdiccionalmente. Este fraude violatorio de la Constitución, comenzó en 2003 con la sentencia n° 2341 de fecha 25.08.2003 (*Caso: Hermann Escarrá y Luis Govea*), ratificando su empleo en la sentencia n° 01 de fecha 20.01.2005 solicitada por el propio Consejo Nacional Electoral. Para más detalles, véase Brewer-Carías, Allan R. "El golpe de Estado dado en diciembre de 2014, con la inconstitucional designación de las altas autoridades del Poder Público". En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, n° 140 (octubre/diciembre), pp. 495-518.

de la Asamblea Nacional, se asumen también parte de las funciones propias de la actividad política.

2º Esta delegación ha envilecido al Poder Judicial patrio, al creerse en el imaginario judicial una supremacía sobre el resto de los órganos del Poder Público, lamentablemente transformado en *ethos* corporativo a través del mecanismo del precedente jurisprudencial<sup>27</sup> y que se sabe difícilmente ser controlado, resaltando la vieja interrogante *Quis Custodiet Ipsos Custodes*<sup>28</sup>.

Cuando la Sala Constitucional se arroga estas potestades para gobernar y complacer las directrices del alto gobierno nacional, empleando sentencias, sin prestar las más mínima atención a los fundamentos consolidados del constitucionalismo y la hermenéutica moderna donde sus poderes jurisdiccionales sólo deben circunscribirse a la interpretación de normas y principios de la Constitución; queda al descubierto su debilidad institucional tras la aparente voracidad activista y propagandística. Creerse ser el más fuerte cumpliendo los caprichos y designios de quien ejerce el gobierno imprime una forma sutil de esclavitud que lamentablemente la terminamos pagando todos los ciudadanos al ver con sospecha cualquier actuación en y los tribunales<sup>29</sup>.

---

27 Sobre el concepto y alcances del precedente judicial constitucional en Venezuela, Véase Escovar León, Ramón. *El precedente y la interpretación constitucional*. Caracas, Editorial Sherwood, 2005, pp. 17-18. En relación a su mutación e interaplicación en los sistemas tributarios del civil law, véase Trapet, Marie-Dominique. "L'hypothèse de l'américanisation de l'institution judiciaire". En: *Archives de Philosophie du Droit*. París, Dalloz, n° 47, 2003, pp. 117-135.

28 Véase Brewer-Carías, Allan R. "Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la Interpretación Constitucional a la Inconstitucionalidad de la Interpretación". En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2006, n° 105 (enero/marzo), pp. 7-27.

29 Véase Cánovas González, Antonio; Graterol Stefanelli, Giuseppe; Herrera Orellana, Luis Alfonso y Rodríguez Ortega, Rosa Elvira. *El TSJ al servicio de la Revolución*. Caracas, Editorial Galipán, 2014.

Expuesto así un sumario de lo que se abordará en las próximas páginas, nos circunscribiremos a revisar el problema sobre las *sentencias de gobierno*. No pretendemos abordarla desde la crítica al activismo del TSJ o la creación judicial que acaparó la atención de las investigaciones iusfilosóficas durante la década pasada<sup>30</sup>. Tampoco lo estudiaremos como vicio de usurpación de funciones, éste último, pieza indispensable del consolidado discurso del contencioso-constitucional. Ambos ejes temáticos han sido abordados con la rigidez metodológica exigida para las ciencias jurídicas por la doctrina nacional y a cuyos estudios me remito. Mucho menos, y quizá por la complejidad disciplinar, deseamos crear una nueva categoría procesal de sentencias porque sería un retroceso su inclusión en la clasificación del acto jurisdiccional por excelencia. Además, aunque suene contradictorio, la propia Sala Constitucional en uno de sus pocos fallos ajustados a Derecho, fue enfática al sostener que:

*“(...) la función jurisdiccional es una actividad reglada, que debe adecuarse a ciertos parámetros interpretativos establecidos de manera previa y formal por el Legislador, donde la aplicación indefectible por el Juzgador de ciertas consecuencias jurídicas se impone, ante determinados presupuestos de hecho. Esta actividad reglada previene fórmulas de actuación para la magistratura en virtud de la cual si bien el Juez dispone de la posibilidad de emitir juicios de opinión que obedezcan a su particular manera de comprender las situaciones sometidas a su conocimiento y posee un amplio margen interpretativo, debe, sin embargo, ceñirse en su actividad decisoria a los postulados legales que regulan tal actividad (...)”*<sup>31</sup> (Cursivas nuestras)

---

30 Sobre el tema, véase Canivet, Guy. “Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale”. En: *Archives de Philosophie du Droit*. París, Dalloz, 2006, n° 50, pp. 7-32.

31 Sala Constitucional, sentencia n° 2.036 de fecha 19.08.2002 (Caso: Plaza Suite I, C.A.).

Por ello, siendo fiel a este sendero hermenéutico que lamentamos su abandono por la propia Sala Constitucional en 2016, no queremos que se cristalice la doctrina de la sentencia de gobierno, sino, que dentro poco tiempo sea un mal recuerdo de una etapa oscura en el peregrinar republicano. Ahora, sí queremos que estas advertencias sean gráficas para las nuevas generaciones y eviten ellos incurrir en lo que hoy es una vergüenza judicial. Las sentencias de gobierno son una clara y evidente deformación de los poderes jurisdiccionales que por disposición política, han omitido que su ejercicio tiene límites sancionables como bien lo recuerda el profesor Román Duque Corredor<sup>32</sup>.

Dilucidado el asunto metodológico sobre cómo abordaremos la temática desarrollada, es necesario exponer nuestra óptica. Trabajaremos el problema partiendo de los límites epistemológicos de la Sala Constitucional como órgano del Poder Público con sus restricciones funcionales, es decir, hasta dónde puede éste tribunal decantarse por una decisión interpretativa que se volverá sentencia sin que la misma implique inmiscuirse en la función de gobierno o el escándalo político-ideológico. Es un tópico evidentemente hermenéutico, producto quizá del abandono del discurso estructural hegemónico que giraba en torno a la teoría de la ley, para ahora mover el péndulo del *koiné* jurídico hacia la hermenéutica<sup>33</sup>. En fin, buscamos que el TSJ retorne a su misión única y exclusiva: Hacer valer la Constitución en su esencia democrática.

32 Véase Duque Corredor, Román J. *Los poderes del juez y el control de la actividad judicial*. Caracas, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, pp. 6-44.

33 Vattimo, Gianni. "La hermenéutica como Koiné". En: *Revista de Occidente*. Madrid, Fundación Ortega y Gasset, 1988, n° 80 (enero), pp. 101-103.

## 1. La interpretación jurídica como herramienta para crear actos de gobierno disfrazados de sentencias

El problema de la interpretación jurídica como mecanismo de gobierno jurisprudencial no puede considerarse única patología de la Sala Constitucional del TSJ venezolano. Ya la discordia salió a relucir a finales de 2000 con motivo a una sentencia que pudiéramos calificar de “escandalosa” por el evidente empleo de conceptos político-ideológicos para seleccionar la decisión interpretativa finalmente asumida como ejecutoria. Hacemos referencia al célebre caso *George W. Bush et al, petitioners Vs. Albert Gore Jr. et al. On writ of certiorari to the Florida Supreme Court* (10/12/2000)<sup>34</sup> de la Suprema Corte de los Estados Unidos donde los jueces terminaron por sustituirse en los electores imponiendo como ganador del 43º Presidente de los EEUU al candidato del partido republicano. Con este fallo, el mítico sayo del más elevado y ejemplar garante constitucional en el mundo libre<sup>35</sup>, terminó por desnudar una realidad que en nada se diferencia con la actividad judicial de la Venezuela mal llamada revolucionaria.

Desde entonces, en varios países se ha vivido una suerte de neojudicatura donde inclusive, como ha ocurrido en el caso venezolano, la cabeza del poder judicial haya acari-

---

34 Supreme Court of the United States of America. Sentencia consultada en: Cornell University. Legal Information Institute: Supreme Court Collection [En línea] En: <<http://www.sup.law.cornell.edu/supct>> [Consulta: 09 de septiembre de 2001]. Nos permitimos citar –in extenso– la motivación polémica de la sentencia, donde la motivación para decidir a favor de la paralización del recuento se circunscribió al concepto de “mayoridad política del elector”, es decir, que el elector no puede alegar equivocación porque si la duda le asaltase sobre cómo votar, éste tiene a su disposición el “instructivo” sobre cómo usar las máquinas de votación. Esto en sí es una clara referencia al concepto liberal y preeminencia del individuo propio de la filosofía que sustenta al partido republicano en los Estados Unidos.

35 Sutherland Bates, Ernest. *The Story of the Supreme Court*. New York, Charter Books Editors, 1963, p. 5.

ciado y defendido la idea de erradicar la separación de poderes por entender que esta teoría *debilita la acción misma del Estado*<sup>36</sup>. También, manifestación apologética del populismo judicial, está en la nueva terminología jurisdiccional vinculada a conceptos como “justicia funcional y popular”<sup>37</sup> o “antiformalismo jurídico”, acuñados en medio de un proceso de ideologización donde la “anomalía” termina siendo el referente, y los valores jurídicos inmutables y universales (Vgr. Principio de la legalidad, seguridad jurídica, etc.) son intrusiones o reliquias colonizadoras, o lo que es igual: ¡El mundo al revés!

Paralelamente, y quizá siendo lo más paradójico para justificar el anterior estatus quo judicial, se ha tomado la iniciativa por enfatizar en la hermenéutica jurídica no tanto como efecto de la quiebra del discurso estructuralista para el abordaje de las instituciones y realidades –incluyendo las propias del Derecho– sino como el poder jurisdiccional para justificar cualquier dispositiva en una sentencia que presume ser válida a los ojos del régimen dictatorial. Así, la hermenéutica termina transformándose como el instru-

36 Véase el discurso de la ex-magistrada y ex-presidenta del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Luisa Estela Morales Lamuño, con motivo a la inauguración del I Congreso Internacional 10º aniversario de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (08/12/2009). En su intervención textualmente señaló “(...) *el Alto Juzgado del país se enaltece con la presencia del Primer Mandatario Nacional. Por primera vez un Jefe de Estado venezolano asiste a esta sede para exponer su mensaje en el marco de un acto de esta naturaleza, pero importante es señalar que le invitamos, Presidente, a traspasar esa barrera que deriva de una odiosa separación o división de poderes, creada para impedir que el encuentro constante para discernir sobre los temas que por ser de interés para el Estado nos son comunes, en esta oportunidad la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, su primera década y su vigencia (...)*”. Disponible en: [http://historico.tsj.gob.ve/informacion/notidem/notidem\\_detalle.asp?codigo=1034](http://historico.tsj.gob.ve/informacion/notidem/notidem_detalle.asp?codigo=1034)

37 Sobre la peculiaridad de la justicia funcional y popular, véase Urbina Mendoza, Emilio J. “La influencia de la voluntad popular sobre la interpretación constitucional judicial en Venezuela: ¿Abuso de los conceptos jurídicos indeterminados?”. En: *Estudios de Deusto*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2010, Vol. 58/2 (julio-diciembre), pp. 363-375.

mento donde la ley o cualquier orden normativo son meros obstáculos para la misión activista judicial, donde, según las advertencias de Otto Bachof, “(...) *no es posible una separación clara entre las cuestiones políticas y jurídicas, a que en las decisiones sobre actos políticos triunfa necesariamente la vinculación política del que juzga y avasalla al Derecho* (...)”<sup>38</sup>.

Es por ello que afirmemos que no es cándido este comportamiento del TSJ, más allá del análisis de la hermenéutica jurídica como la prototípica función constitucional, o bien, en el concepto más tuciorista de la ética judicial. Con la interpretación se logra acallar toda voz disidente del actual modelo político, donde, la Asamblea Nacional electa democráticamente en diciembre de 2015, es el objetivo a derribar. Por más que el órgano legislativo nacional intente establecer un diálogo con la jurisdicción, como bien expone el profesor Casal Hernández<sup>39</sup>, ésta última termina golpeándola con una contundencia tal hasta llegar al absurdo de anular todas las decisiones que tome hacia el futuro (cfr. sentencia n° 808 de fecha 02.09.2016), olvidando el TSJ que las nulidades sólo operan sobre actos que efectivamente se hayan materializado y sean contrarios a Derecho.

Con estas herramientas discursivas, la Sala Constitucional va imponiendo una concepción del estado de Derecho donde la jurisprudencia también sirve para gobernar. Siendo así la lamentable realidad, de nada nos servirá cristalizar el juez “incorruptible”, inclusive, si el modelo político revolucionario logra de una vez por todas que todos los magistrados de dicha Sala sean éticamente correctos y no sucumban a la

---

38 Bachof, Otto. *Jueces y Constitución* (Trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Madrid, Edit. Civitas, 1987, p.61.

39 Véase Casal Hernández, Jesús María. “Respuestas del legislador ante la interpretación judicial de la Constitución”. En: AAVV. *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación. 1915-2015*. Caracas, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015, Tomo I, pp. 469-490.

tentación monetarista. Vamos a pensar que nos encontramos en ese jauja prometido por una “abstracción pintoresca del comandante eterno”, donde los jueces sean herméticos a las dádivas y se comporten como el más virtuoso de los venezolanos. Cabría también hacernos la misma pregunta que hace más de una década formuló Eduardo García de Enterría<sup>40</sup> ¿por qué todavía –y quizá agravada– las soluciones a una cuestión de aplicación del Derecho admita una interpretación política –o al menos, normalmente–? Si éste magistrado tuerce la juridicidad con la geometría asfixiante de ciertas teorías hermenéutica más centradas en la conservación del modelo político que en la realización del Derecho, esa honestidad será una manifestación hipócrita de las perversiones humanas más lacerantes<sup>41</sup>. En pocas palabras, tendríamos al juez probo, pero, sería el *más ilegítimo gobernante de toda nuestra historia y el peor mixtificador de los conceptos y palabras*<sup>42</sup>.

## 2. Actos de gobierno y su configuración en Venezuela

La Sala Constitucional ha incursionado en sus sentencias contra la Asamblea Nacional ejerciendo impropriamente funciones de gobierno, o también denominadas políticas, como explicaremos más adelante. Este comportamiento ya venía siendo preparado, primero, allanando un camino discursivo

40 García de Enterría, Eduardo. “Derecho, política y subjetivismo”. En: *Diario ABC de Madrid*, edición del 27 de febrero de 2001. Disponible en: <http://www.abc.es/fijas/opinion> [Consulta: 27 de febrero de 2001]

41 Vale la pena rescatar la advertencia que formula el Antiguo Testamento, específicamente en el *Segundo libro de Crónicas*, Capítulo 19, versículo 7: “¡Que permanezca sobre ustedes el temor del Señor! Tengan mucho cuidado con lo que hacen, porque el Señor, nuestro Dios, no tolera la injusticia, ni la acepción de personas, ni el soborno” “(...) *Et praecipiens iudicibus: Videte, ait, quid faciatis. Non enim homini exercetis iudicium sed Domino, qui vobiscum est, quando iudicaveritis* (...)”

42 *Deuteronomio*, Capítulo 16, versículo 19 “(...) No tergiversarás el derecho; no harás acepción de personas ni te dejarás sobornar. Porque el soborno ciega los ojos de los sabios y pervierte las palabras de los justos (...)” “(...) *Non declinabis iudicium. Non accipies personam nec munera, quia munera excaecant oculos sapientum et mutant causas iustorum* (...)”

muy maleable en relación a cómo entender conceptos básicos como hermenéutica e interpretación, para después, irrumpir de forma abierta sobre actividades políticas. Desde la sentencia n° 1.309 de fecha 19.07.2001<sup>43</sup>, la Sala comienza a mostrarnos sus inclinaciones sobre cómo:

“(…) El carácter tópico o retórico de la nueva teoría de la interpretación permite constatar, sin dificultades, que el problema de los límites de los derechos fundamentales y del posible conflicto entre éstos (libertad contractual / protección al consumidor, libertad de expresión / protección al honor, *pacta sunt servanda* / *rebus sic stantibus*, libertad de expresión / derecho de réplica, *favor libertatis* / *favor Constitutione*, por ejemplo), requiere la identificación del criterio con que deba resolverse el problema según el proyecto axiológico de la Constitución, aparte el reconocimiento de la diferencia entre la teoría normativa de la interpretación y sus variantes ideológicas (J. Wróblewski, *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 57 y ss).

Como la interpretación está **condicionada material e ideológicamente**, una teoría descriptiva de ella es algo muy distinto de las ideologías interpretativas. Para aproximarnos a un tratamiento lo más objetivamente posible del asunto, es necesario hacer una teoría normativa de la interpretación jurídica y de sus métodos. Ello significa que una tal teoría normativa ofrece **opciones hermenéuticas que la decisión política maneja para decidir**.

Aunque haya una tipología consistente de esas opciones, la dimensión política (la opción por la mejor teoría política inmanente al sistema como dice Dworkin) del escogimiento es un compromiso pragmático y axiológico. Los intereses y

---

43 Caso: *Recurso de Interpretación Constitucional accionado por Hermann Escarrá Malavé*. Expediente 01-1362.

los valores forjan la decisión dentro de su marco de posibilidades técnicas y es necesario hacer valer buenas razones para justificarla. En el juego hermenéutico, por supuesto, **la ideología es importante, pese a que la oportunidad de poder juzgar y el juego de fuerzas que opera tras el conflicto, restringe el impacto del elemento ideológico.** Por eso, hablar de interpretación estática (segura y predictiva) o dinámica (variable y progresiva) tendientes, respectivamente, a la seguridad y a la justicia, no forma parte de la teoría normativa de la interpretación sino de una **teoría ideológica de la función judicial.**

Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con **la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*).** En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual la formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ella, como dice Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (*Reine Rechtslehre*,

Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (art. 23), desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)” (Negritillas y subrayado nuestro).

Este primer adelanto que si bien no pasó tan desapercibido, debió generar todo tipo de alarmas en la comunidad jurídica de su tiempo. Se cruzó una frontera que anteriormente, ni la extinta Corte Suprema de Justicia ni siquiera la Corte Federal y de Casación guzmancista, gomera o perezjimenista se habían atrevido siquiera mencionar que con la ideología y la política se construían decisiones judiciales. La Sala Constitucional nacida en 1999, impuso, cual zafia novedad interpretativa, un modelo hermenéutico que favorecería no sólo la intromisión política, sino también, que la jurisdicción mangoneara en los asuntos del Gobierno donde ni siquiera estaba planteado cuestionamiento alguno de su constitucionalidad. En este punto queremos expresar que los actos políticos del Estado si bien es cierto no están exentos de control jurisdiccional, la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia<sup>44</sup> había trazado una nítida línea argumental sobre qué es en sí lo que se controla que no es más si el acto mismo fue dictado bajo los estándares y dispositivos previstos en la Constitución. Los méritos políticos no son controlables por cuanto los jueces están obligados a decidir conforme a Derecho, no conforme a estándares políticos.

Esta indulgencia hermenéutica se agravaría todavía más en la medida que todo el país caía bajo el discurso hegemónico del chavismo, así como, nuevos magistrados sucedían los des-

---

44 Corte Suprema de Justicia/Sala Plena. Sentencia del 11.03.1993 (*Caso: Nulidad de los Decretos Presidenciales dictando estados de excepción*). Consultada en Revista de Derecho Público, n° 53/54, 1993, pág. 155.

pachos sin comprobar sus credenciales para ejercer tan altísimas responsabilidades. De manera que, lo que sería un tímido pero firme inicio de la “nueva teoría de la interpretación”, incrementaría sus decibeles tras la sentencia n° 301 de fecha 27.02.2007<sup>45</sup>, la cual, fue objetada de forma categórica y sin reservas políticas de ningún tipo por la Asamblea Nacional de ese entonces (2006-2011)<sup>46</sup>, curiosamente, controlada sin oposición alguna por el mismo oficialismo. Posteriormente serían las sentencias n° 1.889 del 17.10.2007<sup>47</sup>, la n° 1.368 del 13.08.2008<sup>48</sup> y la n° 1.049 del 23.07.2009<sup>49</sup>, las que prepararían el camino para que el actual TSJ gobierne con sus sentencias enfiladas hacia la erosión del poder constitucional de la Asamblea Nacional actual y tome decisiones difíciles que sólo le corresponden al Presidente de la República. Todos estos fallos fueron relajando las fronteras funcionales del Poder Público, haciéndonos creer que luego de 1999, se introducía una novedosa colaboración orgánica entre los órganos del Estado<sup>50</sup>.

Con una década completa de antecedentes de relajación paulatina de los confines epistemológicos del discurso jurisprudencial, una vez consumada la victoria electoral de la oposición (MUD) en diciembre de 2015 asumiendo la mayoría

---

45 Caso: *Adriana Vigilancia García y Otros, Nulidad de la reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta*. Expediente 01-2862.

46 Asamblea Nacional. *Acuerdo mediante el cual esta Asamblea rechaza de la manera más categórica, el numeral 2, del dispositivo de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 01-2862 de fecha 27 de febrero de 2007*. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 38.651 de fecha 23.03.2007.

47 Caso: *Ramón Alfredo Aguiar y otros, Nulidad de la Ley Orgánica del Trabajo*. Expediente 03-3114.

48 Caso: *Héctor Zerpa Arcas, Nulidad del decreto presidencial n° 2.387 del 29.12.1983*. Expediente 01-2503.

49 Caso: *Rafael Badell Madrid y otros, Nulidad de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*. Expediente 04-2233.

50 Véase Brewer-Carías, Allan R. “Sobre la mutación del principio de la separación de poderes en la jurisprudencia constitucional”. En: *Revista de Derecho Público*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, n° 132 (octubre/diciembre), pp. 201-213.

de la horquilla de curules en la Asamblea Nacional (mayoría calificada); los mecanismos de conservación del poder político previsiblemente se activaron. Por eso, las sentencias de 2016 no deben considerarse una sorpresa, máxime, cuando la propia Asamblea Nacional ha logrado investigar sobre las dudosas credenciales de casi todos los magistrados que fueron designados de forma inconstitucional en diciembre de 2015, por la anterior plenaria (2011-2016). Hoy, es indudable que cogobierna la Sala Constitucional junto al Presidente Nicolás Maduro Moros. Ha dictado *actos de gobierno disfrazados de fallos judiciales*, combinando los elementos propios de ambos actos estatales, los cuales, pueden ser una mortal concordancia para el régimen republicano y democrático instaurado en la Constitución de 1999.

Los actos de gobierno han estado presentes en Venezuela no sólo en la discusión doctrinal, sino en la propia jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia. Por fortuna, como bien lo señaló en su oportunidad el profesor Alfonso Paradisi, “(...) *el acto de gobierno no ha sido definido expresamente, ni por la Constitución, ni por ninguna ley (...)*”<sup>51</sup>. Esta ausencia permitiría introducirlos de forma *sui generis*, a pesar de su mocedad como actos donde el principio de la legalidad sufría restricciones según lo expresaba el profesor Eloy Lares Martínez<sup>52</sup>. Así, la teoría del acto de gobierno que en Europa ha servido para explicar y fundamentar ciertas actuaciones estatales marginales exentas de control judicial, terminó amoldándose a características que sólo están presentes en Venezuela, y que a pesar de la negativa del maestro LARES por supuesta inutilidad de la noción<sup>53</sup>; sí ha resultado imprescindible para justamente

---

51 Alfonso Paradisi, Juan Domingo. “Los actos de gobierno”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992, n° 52 (octubre/diciembre), pág. 9.

52 Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Caracas, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 174-175.

53 Lares Martínez, Eloy. Ob. Cit, pág. 179.

controlar la constitucionalidad de los actos donde el móvil no está sujeto a las hipótesis legales, sino, a los principios de la Constitución.

Por acto de gobierno, se entiende como el acto estatal que, por ser dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución por el Presidente de la República, en ejercicio de funciones políticas, sólo puede ser controlado jurisprudencialmente por razones de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>54</sup>. Según la definición propuesta por el profesor Brewer-Carías –empleando preponderantemente el criterio formal– inclusive, citada textualmente por la propia Sala Constitucional en alguna oportunidad haciéndola como suya<sup>55</sup>, tres notas caracterizan a esta tipología de actos estatales:

- \* Es dictado en *ejecución directa e inmediata de la Constitución*, por lo tanto, su jerarquía normativa está al mismo nivel que la Ley. En este aspecto Brewer advierte que el legislador no tiene competencia para regular los actos de gobierno, salvo, los estados de excepción<sup>56</sup> porque así lo dispone expresamente el artículo 338 de la Constitución.
- \* Sólo puede dictarlo el *Presidente de la República* en uso de sus atribuciones conferidas expresamente por la Constitución.

---

54 Véase Brewer-Carías, Allan R. “El principio de la formación del derecho por grados en la distinción entre el acto de gobierno y el acto administrativo, y el principio de universalidad del control judicial de los actos estatales”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, n° 131 (julio/septiembre), pp. 11-16.

55 Sentencia n° 880 de fecha 01.08.2000 (Caso: *Domingo Palacios Acosta*), Expediente: 00-1532.

56 Brewer-Carías, Allan R. ...*El principio de la formación del derecho por grados...* p. 16.

- \* Sus méritos se encuentran fundamentados en la *función política atribuida al ejercicio del gobierno*, en el sentido estricto de la palabra. La función política o de gobierno forma parte de las cinco funciones que conforman el modelo divisorio horizontal del Poder Público venezolano según el texto constitucional de 1999 (normativa, política, jurisdiccionales, contraloras y administrativas)<sup>57</sup>. Se caracteriza por el móvil característico de su materialización, que se circunscribe a la noción histórica conocida como “razones de Estado”<sup>58</sup> ajenas al control parlamentario o legal ordinario, quedando sólo la sumisión de los mismos a la Constitución y sus principios rectores.

A simple vista luce inconcebible que una sentencia de la Sala Constitucional se equipare a un acto de gobierno, por múltiples aspectos categóricos, a pesar, de su propio fallo donde suspende cautelarmente algunos artículos del Código de Ética del Juez Venezolano, autoexcluyéndose de la aplicación de sus preceptos como si los magistrados no fueran jueces<sup>59</sup>. Aunque a veces pareciera no aceptarlo el TSJ, sus sentencias son dispositivos judiciales caracterizados por:

- \* Las sentencias son dictadas únicamente por los tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional. A pesar de la colaboración orgánica de los poderes, sólo

---

57 Véase Brewer-Carías, Allan R. “Los actos de gobierno y los actos preeminentemente discrecionales”. En: AAVV (Hernández-Mendible, Víctor R. Dir.) *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 134-139.

58 Véase Brewer-Carías, Allan R. ...*Los actos de gobierno y los actos preeminentemente discrecionales...* pp. 161-164.

59 Sala Constitucional, sentencia n° 516 de fecha 07.05.2013 (Caso: *Nancy Castro de Várvaro, Nulidad del Código de Ética del Juez y Jueza Venezolana*). Expediente 09-1038. La Sala ratificó la suspensión cautelar en su sentencia n° 6 del 04.02.2016 dada la reforma del citado Código en diciembre de 2015. Existe también aclaratoria a la sentencia n° 6, en la sentencia n° 235 del 29.03.2016 solicitada por el Presidente del Tribunal Disciplinario Judicial.

los tribunales dictan sentencia según los requisitos del Código de Procedimiento Civil<sup>60</sup>.

- \* Las sentencias se fundamentan en las premisas mayores del silogismo judicial clásico, es decir, se encuentran subordinadas a las disposiciones legales (legalidad formal), siendo nula toda sentencia que sea fundamentada fuera del bloque de legalidad<sup>61</sup>.
- \* Las sentencias sólo pueden dictarse al existir una controversia bien sea de naturaleza patrimonial, personal, o inclusive, de ausencia de certeza (sentencias mero-declarativas)<sup>62</sup>. Lo fundamental para justificar la función jurisdiccional sería entonces la existencia permanente de un interés procesal. Inclusive, en las actuaciones de oficio, lo que motoriza al juez para actuar

---

60 Artículo 243.

61 Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil Venezolano. En este sentido, la propia Sala Constitucional en sus primeras etapas establecería (sentencia n° 625 del 09.05.2001, Caso: CANTV) *“(...) la función jurisdiccional implica un proceso de cognición realizado por los jueces, que persigue la aplicación del Derecho, en su sentido más amplio, a determinadas situaciones o relaciones fácticas que le son sometidas para su comprensión. Entendida así tal función, es necesario precisar que en la ejecución de su misión, los tribunales gozan de independencia, no sólo con respecto a los demás órganos del Poder Público, sino que además los jueces son autónomos e independientes cuando conocen y deciden un caso concreto, siendo soberanos en sus decisiones y en la apreciación de los hechos en que se fundamentan. De tal afirmación se desprende que, la inferencia desarrollada por el juez en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas -quaestio iuris- a los hechos comprobados -quaestio facti-, elementos a los cuales se encuentra vinculado, lo mantienen al margen de cualquier intromisión exterior, y en tal sentido, el ordenamiento jurídico le permite establecer con absoluta independencia las soluciones jurídicas que encuentre más adecuada para resolver el conflicto planteado, a través de una libre actividad intelectual que desarrolla en la realización del derecho, dentro de los límites impuestos por ese mismo conjunto normativo (...)”*.

62 Artículo 16 y 243 del Código de Procedimiento Civil Venezolano. Véase Sala Constitucional, sentencia n° 904 de fecha 14.05.2007 (Caso: La Quinta Urbina Bienes Raíces, S.A. Vs. Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales Renovables). Expediente n° 06-1624.

inquisitoriamente es la existencia de un interés procesal público que debe ser tutelado.

- \* Las decisiones judiciales, una vez agotado los recursos ordinarios y extraordinarios para su revisión, gozan de la garantía de la *cosa juzgada*, es decir, que las materias decididas según lo alegado y probado en autos, no puede volver a ser reexaminada jurisdiccionalmente. Esto es lo que lleva por nombre *seguridad jurídica*.

Si nos atenemos a las características formales del acto judicial por excelencia, donde, no escapa a dicha categoría la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por ser en esencia un órgano judicial; no tiene sentido acuñar neologismos como el propuesto (sentencias de gobierno). Hacerlo en este contexto sería no sólo baladí, sino un ejercicio de la quinta esencia de la maldad en estos tiempos donde todos estamos obligados a buscar soluciones que nos saquen de la crisis nacional en que nos encontramos. Además, está más que consolidado el concepto de sentencia, inclusive, antes que la escuela procesal alemana del siglo XIX tecnificara al derecho procesal.

### **3. La función jurisdiccional y la incompatibilidad epistemológica con el ámbito de acción de lo “gubernamental”**

Pero, muy a pesar de la claridad doctrinal expresada en las líneas anteriores, y sabiendo que nosotros los abogados pensamos y trabajamos con “realidades” de este mundo con instrumentos racionales que “no son de este mundo”<sup>63</sup>, pudiéramos plantearnos una interrogante: ¿qué ocurre si la Sala Constitucional en uso de sus poderes jurisdiccionales amplísimos no resuelve un conflicto de intereses sino que a través de algunas de sus sentencias “crea el conflicto”, es decir, “construye

---

63 Ángel Yagüez, Ricardo de. “El mundo del jurista: hechos, conceptos y soluciones”. En: *Estudios de Deusto*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2008, Vol. 56/2 (julio-diciembre), p. 243.

desde la nada una *Litis* hipotética” abusando de la actuación de oficio?. Para agravar este escenario, la Sala no sólo concibe un interés procesal inexistente, sino que también materializa de oficio una acción de interpretación constitucional o la clásica nulidad (control concentrado de la constitucionalidad) para generar litigios contra una Asamblea Nacional que legítimamente dicta sus actos como cuerpo político. Inclusive, como reflexivamente lo ha sostenido el profesor José Ignacio Hernández, emplea ese poder omnímodo para *cambiar la Constitución mediante interpretaciones*<sup>64</sup> olvidándose por completo que su misión es exclusivamente ser el guardián de la Constitución.

Estas sentencias cuando son originadas por un móvil netamente político, para contribuir al gobierno, ayudándolo para que desarrolle actos propios de la función gubernamental; son las que identificamos como “sentencias de gobierno”. Su fundamento nunca subyace de un problema de constitucionalidad, sino que originan un conflicto procesal inexistente para así tomar decisiones que sólo están reservadas al Presidente de la República y en menor medida a la Asamblea Nacional en el *ejercicio de funciones políticas*, entendidas éstas últimas como aquellas que no se encuentran condicionadas legalmente, y que como dice Brewer, *exceden de la administración normal de los asuntos del Estado*<sup>65</sup>.

La doctrina<sup>66</sup> identifica estos actos de gobierno dictados exclusivamente por el *Presidente de la República*: indultos, relaciones exteriores, decisiones como Jefe de las Fuerzas Armadas, estados de excepción, restricción de garantías y disolución de

64 Hernández, José Ignacio. “Éstas son las nuevas 7 limitaciones que impuso el TSJ a la AN”. En: *Prodavinci*, Caracas, edición del 23.04.2016 [Consulta: <http://prodavinci.com/blogs/estas-son-las-7-nuevas-limitaciones-que-impuso-el-tsj-a-la-an-por-jose-ignacio-hernandez2/>]

65 Brewer-Carías, Allan R. ...*El principio de la formación del derecho por grados...* p. 29.

66 Brewer-Carías, Allan R. ...*El principio de la formación del derecho por grados...* p. 27.

la Asamblea Nacional en el caso que se produzcan tres votos de censura contra el Vicepresidente. También, la *Asamblea Nacional*, así no dicte actos de gobierno, comparte la función política cuando pondera el mérito para discutir y sancionar la legislación, dictar amnistías y ejercer el control político al gobierno<sup>67</sup>. Como puede apreciarse, todas estas materias son fáciles para diferenciarlas de la actividad administrativa rutinaria de la administración pública, porque su ejercicio no requiere el apego a ningún texto de jerarquía legal, sino, a la propia Constitución y sus principios.

Sin embargo, sabiendo de antemano que estos actos de naturaleza política no se encuentran exentos del control judicial, la Sala Constitucional del TSJ ha entrado no sólo a anular decisiones legal y legítimamente adoptadas por la Asamblea Nacional, sino que ha incluso sugerido fórmulas sustitutivas de las mismas al Ejecutivo Nacional, es decir, imponiendo su criterio para que el Régimen termine ejecutando cómo debe ser dictado el acto de gobierno, específicamente, en aquellos casos donde por imperativo constitucional debe consultarse previamente su constitucionalidad<sup>68</sup> como los decretos de

---

67 Brewer-Carías, Allan R. *...El principio de la formación del derecho por grados...* p. 18..

68 Artículo 339 de la Constitución de 1999. Véase Sala Constitucional, sentencia n° 02 de fecha 08.01.2016 (Caso: *Decreto Presidencial n° 2.071, sobre declaratoria del estado de excepción*). Sentencia n° 07 de fecha 11.02.2016 (Caso: *Hernán Toro y otros solicitando la interpretación constitucional del artículo 339*). De esta sentencia es necesario destacar cómo la Sala Constitucional derogó la potestad de la Asamblea Nacional para controlar los decretos contentivos de estados de excepción: “(...) Al respecto, la tendencia predominante del constitucionalismo patrio y del sistema fundamentalmente presidencialista que ha imperado en el mismo, ha optado, históricamente desde el siglo XIX, en asignar esta especial potestad que incide en los derechos fundamentales, al Presidente o Presidenta de la República, quien es Jefe de Estado y Jefe del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno (artículo 226 Constitucional), y sólo en algunas Constituciones se ha dado intervención, generalmente limitada y referida al control político, al Poder Legislativo Nacional en esta materia, tal como ocurre en las Constituciones de 1961 y de 1999, entre otras tantas. (...) Sin embargo, la aprobación o desaprobación del decreto de estado de excepción, por parte de la Asamblea Nacional, lo

estados de excepción. Con estas sentencias, es innegable que el TSJ co-gobierna con el Presidente de la República, tal y como lo demostraremos con el propio texto de los fallos en los casos específicos que la doctrina aborda sobre dónde puede dictarse un acto de gobierno.

---

afecta desde la perspectiva del control político y, por ende, lo condiciona políticamente, pero no desde la perspectiva jurídico-constitucional, pues, de lo contrario, no tendría sentido que el constituyente, en correspondencia con los principios de supremacía constitucional y del Estado Constitucional (no del otrora Estado Legislativo de Derecho), hubiere exigido, además de aquel control, el examen constitucional del mismo, por parte de esta Sala, como máxima protectora de la Constitucionalidad (vid. artículos 335 y 339 del Texto Fundamental); de allí que aquel control, sobre la base de los principios y normas mencionados, además de la autonomía del Poder Público, no invalida la tutela definitoria de la constitucionalidad. En efecto, la anulación, en el ámbito de los artículos 339 Constitucional y 38 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, es un examen de la legitimidad, validez y vigencia jurídico-constitucional, lo que no le corresponde efectuar al Poder Legislativo Nacional, el cual, por disposición del referido artículo 339, podrá revocar políticamente, antes del término señalado y al cesar las causas que lo motivaron, la prórroga del estado de excepción (potestad que ante todo se le asigna al Ejecutivo Nacional). Tal regulación histórica no solo se compagina con la forma de gobierno cardinalmente adoptada en la tradición constitucional patria (Presidencialista), sino con la necesidad de colocar al frente de tales situaciones excepcionales (*catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas; circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación o conflictos internos o externos, que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas, o de sus instituciones*), en este contexto, al máximo representante del Poder Ejecutivo Nacional y titular de la Jefatura del Estado, reduciendo los riesgos derivados de la demora de cuerpos colegiados deliberantes y especialmente nutridos como la máxima representación del Poder Legislativo Nacional: Asamblea Nacional; razón que explica el control posterior en este ámbito, tanto el político, cuya omisión hoy día no implica responsabilidad disciplinaria en lo que corresponde a la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, como el Constitucional, que sí es imperativo e insoslayable por mandato legal, al aparejar, además, responsabilidad para los magistrados y magistradas de esta Sala, si ella no se pronunciare dentro del lapso de ley, todo ello en razón de la preeminencia de los principios de supremacía constitucional, jurisdicción constitucional y carácter vinculante e ineludibilidad del control jurídico-constitucional (ver arts. 7, 334 y 335 Constitucional, y 32 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (...))” (Cursivas originales de la sentencia).

### *A. Las relaciones exteriores*

Son competencia exclusiva del Presidente de la República como Jefe del Estado venezolano según lo establece el artículo 236.4 del texto constitucional. Sin embargo, esta facultad no es inmune al control político que la Asamblea Nacional puede y debe ejecutar cuando se desvía las rectas relaciones con la comunidad internacional para premiar afiliaciones ideológicas o intereses bilaterales con naciones preferentes<sup>69</sup>. Ya teníamos un precedente insólito donde la Sala decidiera con lugar una acción de amparo contra el Estado de Aruba para proteger al ciudadano Hugo Carvajal<sup>70</sup>, quien fuera detenido por averiguaciones en territorio holandés caribeño donde ejercía funciones consulares. El fallo alega argumentos que perfectamente calzan con las denominadas Notas de Protesta que sólo pudiera haberlo efectuado el Presidente de la República como Jefe del Estado venezolano a través de la Cancillería, no el Tribunal Supremo de Justicia que no posee cualidad para la actuación internacional. Pero, a pesar de la hilaridad y condenas sostenidas en la sentencia, la Sala esgrimió:

“(…) En el presente caso constituye un hecho público, notorio y comunicacional que la detención del Cónsul General de Venezuela se produjo a su llegada a Aruba, por parte de las autoridades de ese país, coartando el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo y contrariando abiertamente el mandato del artículo 40 de la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares (contenido en la Sección II, referida a las *«facilidades, privilegios e inmunidades relativos a los funcionarios consulares de carrera y a los demás miembros de la oficina*

---

69 Artículo 187, numerales 3, 9 y 18 de la Constitución de 1999.

70 Sala Constitucional, sentencia n° 937 de fecha 25.07.2014 (Caso: *Hugo Carvajal*). Expediente 14-770. Para más detalles véase Brewer-Carías, Allan R. “Una nueva creación de la Sala Constitucional: el amparo contra Estados extranjeros y el fuero privilegiado de su competencia a favor de los Altos Funcionarios Públicos”. En: *Revista de Derecho Público*, 2014, n° 139 (julio/septiembre), pp. 162-173.

*consular»*), según el cual los Estados deberán **“tratar a los funcionarios consulares con la debida deferencia y adoptará todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad”** (resaltado de este fallo).

Como puede observarse, las autoridades de Aruba están obligadas a garantizar todas las facilidades, privilegios e inmunidades que ostenta el Cónsul General de esta República en ese país, circunstancia que no ocurrió en esta oportunidad, por cuanto la principal autoridad consular de Venezuela en ese país, ciudadano Hugo Carvajal, se encuentra privado de su libertad, no sólo en flagrante violación a la referida Convención, a otras fuentes del derecho internacional, a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a los derechos humanos del mismo, sino también a la soberanía de la República Bolivariana de Venezuela, pues el hecho lesivo recae sobre un legítimo representante de la misma ante esa Nación.

De allí que esta Sala debe condenar del modo más enérgico la restricción de la libertad de la cual ha sido víctima el funcionario del servicio exterior de más alto rango que cumple funciones en Aruba. Ello amerita tal moción de esta Sala, pues las agresiones a las que puedan ser sometidos los funcionarios consulares y diplomáticos de la República Bolivariana de Venezuela, suponen una afrenta al propio orden institucional patrio, en cuyo caso el Estado está en la obligación de ejercer sus competencias para la justa reivindicación de su soberanía, máxime cuando pueden estar vinculados elementos en materia de seguridad y defensa, cometido esencial del Estado en procura de la soberanía nacional, la cual ha sido el fundamento de decisiones como las contenidas en las sentencias nros. 1942/2003 y 1939/2008.

Apreciando las circunstancias presentadas en el presente caso, observa esta Sala que en el sistema de fuentes del

Derecho Internacional Público, no resultaría admisible que las supuestas ejecutorias amparadas en un presunto tratado o convenio bilateral suscrito por un Estado con otro en determinada materia, puedan ser de aplicación preferente frente a un convenio multilateral que reúne la voluntad de un auténtico concierto de naciones, como lo es la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. De allí que asumir lo contrario, brindando preferencia a un convenio, tratado o instrumento internacional bilateral antes que a uno multilateral, constituye una inobservancia al Derecho Internacional Público; máxime cuando debe aplicarse la reciprocidad en cuanto al tratamiento de los funcionarios del servicio exterior (...)"'. (Negrillas y cursivas originales de la sentencia. Subrayado nuestro)

La sentencia citada in extenso es en sí una Nota de Protesta de Venezuela al Reino de los Países Bajos, asumiendo la Sala una competencia que sólo puede ejercerla el Ministerio de Relaciones Exteriores (Cancillería). Pero, si este incidente fue escandaloso, mayor perplejidad genera la sentencia n° 478 del 14.06.2016<sup>71</sup>, donde la Sala no elevó protesta a ningún Estado de la Comunidad Internacional, sino que procedió a suspender cautelarmente –previa modificación de oficio de la acción de amparo a controversia constitucional– un Acuerdo de la Asamblea Nacional de fecha 10.05.2016 donde entre sus dispositivos establecía:

*"(...) Noveno: Instar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para los Derechos Humanos; al Secretario General y al Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA), así como a los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) para que en ejercicio de sus competencias emitan pro-*

---

71 Caso: Procuraduría General de la República Vs. Asamblea Nacional. Expediente 16-0524.

*nunciamiento y adopten las medidas que corresponda, tendientes a exigir a los Poderes Públicos garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en Venezuela, con particular vigilancia sobre la Presidenta del Consejo Nacional Electoral, para que esta garantice el ejercicio y goce efectivo de los derechos políticos de los venezolanos, entre ellos el derecho al referéndum revocatorio.*

*Décimo: Instar al Parlamento Latinoamericano y al Parlamento del Mercosur para que en ejercicio de sus atribuciones se pronuncien y adopten las medidas conducentes al ejercicio de la democracia representativa en Venezuela y a coadyuvar con la Asamblea Nacional en los esfuerzos para garantizar que se respeten los Venezolana y a coadyuvar con la Asamblea Nacional en los esfuerzos para garantizar que se respeten los derechos políticos de los venezolanos. Undécimo: Notificar del contenido del presente acuerdo a cada uno de los representantes de los Poderes Públicos Nacionales, a la Fuerza Armada Nacional, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para los Derechos Humanos; al Secretario General y al Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA), al Mercado Común del Sur (MERCOSUR), a la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), al Parlamento Latinoamericano, al Parlamento del Mercosur, al la Unión Interparlamentaria Mundial, al Nuncio Apostólico de su Santidad el Papa Francisco, a la Conferencia Episcopal Venezolana, a los representantes de los embajadores pertenecientes al cuerpo diplomático debidamente acreditados en el país, a las academias nacionales, a los rectores de las universidades, a los gobernadores y alcaldes, a las organizaciones sindicales, a la Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción de Venezuela.(...)” (Cursivas originales de la sentencia)*

El acuerdo sólo instaba a los órganos internacionales de Derechos Humanos para que se pronunciaran sobre el comportamiento del Estado venezolano al conculcar derechos fundamentales. Pues bien, la Sala en franca incoherencia con la realidad, determinó que sólo el Presidente de la República puede

*instar a los órganos multilaterales de Derechos Humanos para que puedan cumplir los cometidos de su creación. Consideró que instar a dichos organismos es una actividad propia de las relaciones internacionales, y no una facultad procesal*<sup>72</sup> *para enfrentar a los Estados que han suscrito los tratados y que sistemáticamente violan los derechos humanos. Es más, el tenor de advertencia de la sentencia fue mucho más allá de la mera interpretación, dejando entrever la posibilidad de accionar penalmente contra la directiva de la Asamblea Nacional:*

“(…) Ahora bien, visto que en la presente acción de controversia constitucional, luego de la ponderación preliminar de las denuncias formuladas en el mismo, así como de la revisión de los referidos actos emanados del parlamento, se observan indicios de los cuales pudiera desprenderse que el órgano legislativo ha asumido atribuciones que constitucionalmente son propias del Poder Ejecutivo, por lo que esta Sala, en ejercicio pleno de sus amplios poderes cautelares, y con el propósito de asegurar que los actos que hasta ahora han sido emanados desde la Asamblea Nacional y sus actos futuros no impliquen probables usurpaciones de funciones atribuidas al Ejecutivo Nacional, dicta medida cautelar, en ejercicio de su prudente arbitrio, razón por la que se suspenden los efectos de los actos parlamentarios de fechas 10 y 31 de mayo de 2016, respectivamente, en los que se establecieron los siguientes acuerdos:

#### «ACUERDO EXHORTANDO AL CUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN, Y SOBRE LA RESPONSABILIDAD

---

72 Sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, véase Blanco-Urbe Briceño, Alberto. “La denuncia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Retiro de la Convención Americana de Derechos Humanos a la Luz de la Ética y del Derecho”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, n° 129 (enero/marzo), pp. 7-26. También, Morales-Antoniazzi, Mariela. “¿La cláusula democrática del Mercosur en la encrucijada? Algunas reflexiones sobre el ingreso de Venezuela”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011, n° 128 (octubre/diciembre), pp. 7-38.

DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL, DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL PARA LA PRESERVACIÓN DE LA PAZ Y ANTE EL CAMBIO DEMOCRÁTICO EN VENEZUELA».

«ACUERDO QUE RESPALDA EL INTERÉS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ACERCA DE G-7, OEA, UNASUR, MERCOSUR Y VATICANO EN LA CRISIS VENEZOLANA»”.

De igual forma, se ordena a la Asamblea Nacional, a su Presidente, a su Junta Directiva y a sus miembros en general, **abstenerse de pretender dirigir las relaciones exteriores de la República y, en general, desplegar actuaciones que no estén abarcadas por las competencias que les corresponden conforme al ordenamiento jurídico vigente, y que, por el contrario, constituyen competencias exclusivas y excluyentes de otras ramas del Poder Público;** so pena de incurrir en las responsabilidades constitucionales a que haya lugar, todo ello con especial sujeción a las disposiciones previstas en los artículos 137 y 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según los cuales «La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen», y «Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos». Así se decide. (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

La Sala en esta sentencia, sin la prudencia que aconseja la actividad judicial cuando revisa actos de naturaleza política sin hacer política<sup>73</sup>, privilegia un presidencialismo exacerbado

73 Sobre este difícil quehacer de los tribunales constitucionales controlando actos políticos, vale la pena rescatar la opinión del magistrado Gustavo Zagrebelski ...*Principios y Votos*.. p. 40 al introducirnos en el juego de palabras sobre el Tribunal Constitucional “en” política “(...) Tribunal Constitucional no implicado y, al mismo tiempo, implicado políticamente. Lo que sería una contradicción si la política fuese una realidad única, no lo es considerando su doble

donde todo el Estado gira en torno a la figura del Presidente de la República como afirma Brewer<sup>74</sup>. Pero, lo grave no estaría en el arrebató de la Sala por el presidencialismo, porque al fin y al cabo ha sido el sistema de gobierno que histórica y hegemonicamente se ha autoimpuesto la República. Lo censurable es la forma como coadyuva con el Ejecutivo Nacional, borrándole todos los límites o zonas sensibles que debía procurar no violar en este caso, ya que, repetimos, el simple hecho que la AN decidiera instar organismos internacionales no puede considerarse que esté ejerciendo funciones de representación o dirección de las relaciones exteriores de Venezuela. Con mayor peso adquiere entonces la expresión a título de sorna y lamento empleada por el Diputado Ramos Allup al afirmar que la Sala Constitucional es el “vergonzante bufete del gobierno”<sup>75</sup>.

### *B. Los estados de excepción*

Constituye uno de los más reservados y delicados espacios dentro del Derecho constitucional, donde la acción de gobierno se hace más efectiva y gravita casi todo su peso. Históricamente los estados de excepción han sido fuentes permanentes de polémicas con muy larga y fructífera data<sup>76</sup>. Los estados de

---

*naturaleza. El Tribunal Constitucional está dentro de la política, incluso es uno de sus factores decisivos, si por política se entiende la actividad dirigida a la convivencia. El Tribunal es apolítico si por política se entiende la competición entre las partes por la asunción y la gestión del poder (...).”*

74 Brewer-Carías, Allan R. *...La dictadura judicial y la perversión del estado de Derecho...* pág. 72.

75 “Ramos Allup y sentencia del TSJ sobre nacionalidades: viola expresamente la Constitución y no puede ser respetada”. En: *Diario El Nacional*. Caracas, edición del 26.05.2016 [Consulta: [http://www.el-nacional.com/politica/Ramos-Allup-TSJ-nacionalidades-Constitucion\\_0\\_854914762.html](http://www.el-nacional.com/politica/Ramos-Allup-TSJ-nacionalidades-Constitucion_0_854914762.html)]

76 En este sentido, véase Brewer-Carías, Allan R. “Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1989, n° 37 (enero/marzo), pp. 5-26. También, en cuanto a las más recientes reflexiones sobre el tema “La masacre de la Constitución y la aniquilación de las garantías de los derechos fundamentales”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, n° 143-144 (julio/diciembre), pp. 17-50.

excepción, sea cual sea su categoría<sup>77</sup>, están motivados por un *núcleo político duro*, es decir, su concreción es para la preservación de la integridad de la Nación, del Estado, sus instituciones y las mismas libertades ciudadanas que pueden verse en determinados momentos en peligro y que por vía administrativa ordinaria es imposible abordar. Son las denominadas “razones gubernativas”.

Sólo puede dictar este Decreto el Presidente de la República<sup>78</sup>, como Jefe del Estado, y únicamente el primer magistrado nacional tiene la competencia para calificar la situación no sólo bajo la subsunción de los hechos con las reglas jurídicas, sino más que todo, a su libre apreciación (calificación). Este decreto deberá luego ser consultado a la Asamblea Nacional para su *consideración y aprobación*, como textualmente expresa el artículo 339 constitucional. Si se revisa con cuidado los verbos empleados por el constituyente, es claro en atribuirle también a la Asamblea Nacional la capacidad de evaluar la situaciones fácticas evidentes y las subyacentes que dieron pie al Decreto presidencial. En pocas palabras, ambos, en estos casos co-gobiernan, pues “considerar”, implica ponderar la realidad, inclusive, empleando móviles irracionales más no desproporcionados ni contrarios a los principios y valores que nos caracterizan como sociedad (ethos). También, el texto constitucional obliga la intervención de la Sala Constitucional del TSJ, pero, únicamente para que se “(...) *pronuncie sobre su constitucionalidad* (...)”. Lingüísticamente estamos en presencia de una norma que ha sido confeccionada (enunciados normativos) con

---

77 Capítulo II, Título VIII de la Constitución. Artículos 337 al 339. La Constitución de 1999, a diferencia de la Constitución del 61, contempla tres categorías específicas de estados de excepción: 1. Estado de alarma para el caso de catástrofes o calamidades públicas (Art. 338, encabezado), 2. Estado de emergencia económica (338, primer párrafo) y 3. Estado de conmoción (338, segundo párrafo) para los casos de conflictos internos o externos y se vea comprometida la seguridad de la Nación, sus ciudadanos o las instituciones.

78 Artículo 337 de la Constitución de 1999.

claridad (estándares de racionalidad terminológica común)<sup>79</sup> cuya única vía para interpretarlo era cotejar la coherencia o contradicción del tenor gramatical de la norma con el texto del Decreto Presidencial y del Acuerdo de la AN. En estos casos, el único resultado que pudiera haber arrojado a la Sala Constitucional para que en su interpretación del artículo 339 llegara a conclusiones diferentes, era que en efecto se hubiese comprobado las equivocidades propias del lenguaje castellano<sup>80</sup>. Sin embargo, la Sala entró a buscar problemas semánticos donde no los hay, ya que, no encontramos en el texto constitucional bajo revisión ninguna de aquellas equivocidades, al contrario, basta con la sola comprensión gramatical<sup>81</sup> para desentrañar lo perseguido por el constituyente.

Dilucidado el problema hermenéutico que pudiera aparecer en el abordaje del artículo 339, el constituyente determinó que la revisión que sólo puede hacer el TSJ al decreto presidencial indica si el Decreto se encuentra apegado o no a la Constitución. Esto implica sólo la revisión del acto de gobierno en dos niveles: Primero, sobre el cumplimiento de las formalidades y demás aspectos del procedimiento constitucional para dictarlos, inclusive, si cumple con lo previsto en la Ley Orgá-

---

79 Véase Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y Método*. Salamanca, Ediciones Sígueme, 1993, Vol. I, p. 397. También, Aarnio, Julius. "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico". En: *Doxa*, Universidad de Alicante, 1990, n° 8, pp. 29-31.

80 En el castellano –lengua oficial venezolana según la Constitución– existen las siguientes equivocidades: 1. Sinonimias, 2. Antinomias, 3. Ambigüedades. 4. Paráfrasis. 5. Polisemias, y 6. La contaminación del lenguajes. Para más detalles, véase Casares, Julio. *Diccionario ideológico de la lengua española*. Barcelona, Editorial de Gustavo Pili, 1951, pp. 700-784. Caro, María y Cuervo, Rufino. *Gramática de la lengua latina*. Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1972, pp. 690-768.

81 Vega Benayas, Carlos de la. *Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Código Civil*. Madrid, Editorial Civitas, 1976, p. 125. También, Balaguer-Callejón, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid, Editorial Tecnos, 1997, pág. 94.

nica sobre Estados de Excepción<sup>82</sup>. Segundo, para analizar el alcance de la suspensión de las garantías constitucionales involucradas, a los fines de ponderar si el decreto va más allá y termina generando mayores daños que las causas que lo motivaron (utilidad, proporcionalidad, tempestividad, adecuación, estricta necesidad para solventar la situación presentada y de completa sujeción a los requisitos constitucionales). Bajo esta dirección debería moverse la Sala Constitucional en pleno ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Pero, a raíz de las declaratorias de estados de excepción dictados por el Presidente de la República en las entidades federales fronterizas durante 2015 (Táchira, Apure, Zulia, Bolívar y Amazonas) y prolongadas en 2016; la nueva Asamblea Nacional de forma legítima, dentro de su capacidad para “considerar” el mérito de esas prórrogas, decidió dentro de su facultad de ponderación, negar la extensión de la misma. En franca desproporción a sus potestades, la Sala Constitucional en su sentencia n° 615<sup>83</sup> entra a valorar a través de la tesis del “Hecho Comunicacional”, ciertos elementos informativos que a su juicio deberían sustentar el Decreto de estados de excepción. Amén de las incoherencias epistemológicas presente en el fallo, la Sala aborda los hechos y sustancia una suerte de expediente para fortalecer el Decreto Presidencial, subsanando probatoriamente las carencias en las motivaciones que debió

82 Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 37.261 de fecha 15.08.2001. Sobre el particular, véase Silva Aranguren, Antonio. “El Tribunal Supremo de Justicia y los decretos de estado de excepción de 2015: Ningún control y numerosos excesos”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, n° 143-144 (julio/diciembre), pp. 109-118.

83 De fecha 19.07.2016 (Caso: *Constitucionalidad del Decreto de Estado de Emergencia Económica n° 2.371 del 12.07.2016*). Es importante destacar que la Sala en su sentencia, transcribe noticias y otras reseñas de prensa escrita, radiotelevisada y electrónica sobre factores y otros indicadores técnicos que ameritan la supuesta prórroga de la declaratoria de emergencia económica. Estos elementos informativos sólo puede valorarlos en su contenido el Presidente de la República y posteriormente la Asamblea Nacional cuando analice la proporcionalidad de la medida.

explicar el Gobierno Nacional como única autoridad para tomar la decisión de suspender las garantías constitucionales en cuestión.

Como bien lo apunta el profesor José Ignacio Hernández<sup>84</sup>, la negativa por parte de la Asamblea Nacional no puede ser anulada por el TSJ en virtud que la apreciación del órgano legislativo es netamente político (conveniencia) y no sobre la constitucionalidad del Decreto. Ahora, sin importante su propias consideraciones, la Sala en la sentencia n° 615 del 19.07.2016, trae a colación argumentos esgrimidos por la Asamblea Nacional para otra situación diametralmente heterogénea a la emergencia económica<sup>85</sup>, haciéndola incluso valer para complementar el Decreto Presidencial negado por la AN. Eufemísticamente señaló la Sala:

---

84 Hernández, José Ignacio. "La Asamblea Nacional negó el decreto de emergencia. ¿Y ahora?". En: *Prodavinci*, Caracas, edición del 22.01.2016 [Consulta: <http://prodavinci.com/blogs/la-asamblea-nacional-nego-el-decreto-de-emergencia-y-ahora-por-jose-ignacio-hernandez-g/>]

85 Es el caso de la Ley Especial para atender la Crisis Nacional de Salud, donde por iniciativa propia, la Asamblea Nacional discutió un proyecto de ley, sancionándolo, a los efectos de obligar a todos los órganos del Poder Público a la adopción de un Plan Integral para la Atención Prioritaria a la Crisis Nacional de Salud. La Ley Especial fue anulada por la Sala Constitucional en su sentencia n° 460 de fecha 09.06.2016, alegando que la AN había violentado competencias que sólo podía ejercerlas el Presidente de la República decretando estados de excepción. Pero lo más bufo de todo esto es el llamado "cándido" que realiza el TSJ a la AN, señalando "(...) No obstante, ante la notoria situación excepcional por la cual atraviesa el país, la Sala estima oportuno reiterar que la Constitución establece los mecanismos para el cumplimiento del correlativo teleológico de los poderes públicos, para que entre ellos, bajo los principios fundamentales del derecho, actúen para sortear situaciones coyunturales, pero para ello se requiere entendimiento, diálogo, tolerancia y respeto. A ello exhorta esta Sala, por cuanto, ante una situación reconocida por todos los órganos de los poderes públicos, para que actúen de forma coordinada con miras a lograr el bien común de la población. Pero cuando ello sea en quebrantamiento de la Norma Suprema, esta Sala, como máximo y último interprete de nuestra Constitución, debe tomar las medidas necesarias para mantener su efectiva vigencia (...)" (Cursivas nuestras).

“(…) En este orden de ideas, el Poder Legislativo Nacional ha reconocido la existencia de una situación nacional extraordinaria, vinculada a la materia económica, lo cual exige la toma de medidas excepcionales y oportunas para regresar a la situación de normalidad social y, por ende, de normalidad conforme a los valores, principios y fines que proyecta la Constitución, tal como se desprende de la Ley Especial para Atender la Crisis Humanitaria en Salud, sancionada por la Asamblea Nacional en sesión del 3 de mayo de 2016 (la cual fue declarada inconstitucional por esta Sala en sentencia n.º 460 del 9 de junio de 2016) en la cual se pretendía calificar una crisis humanitaria de salud y se le exigía al Ejecutivo Nacional la formulación de un plan de atención prioritaria a la crisis humanitaria de salud, con sus respectivas medidas, así como adoptar las medidas inmediatas que se requieran con carácter de urgencia (…)”

Sin mayor cuidado, la Sala Constitucional en esta materia ha mezclado considerandos sobre lo que implica un decreto de emergencia económica con otras circunstancias que ponen en peligro la salud misma de la población, sobre todo, en aquella considerada sensible (adultos mayores, discapacitados y niños). Ejemplo palmario de la inutilidad e intromisión en las funciones de gobierno, vía jurisdiccional, tiene cabida en el siguiente pasaje de la Sentencia n.º 460 del 09.06.2016 que anuló la Ley sobre Crisis Humanitaria de Salud, que por la incongruencia y fuerte jerga ideológica que pudiéramos considerarla “anacrónica” para estos tiempos de globalización, pasamos a transcribir parcialmente. Señaló entonces:

“(…) La Sala no puede dejar de observar que, consecuente con el mandato constitucional, Venezuela ha desarrollado una política internacional que busca privilegiar las relaciones con los países «nuestroamericanos», liderando las políticas de unión e integración latinoamericana y caribeña, prueba de lo cual son la participación activa y protagónica de nuestro país en la fundación y consolidación de orga-

nizaciones e instrumentos internacionales, como la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR), la Alternativa Bolivariana para las Américas (ALBA-TPA), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y PETROCARIBE, entre otros, con lo cual se ha desarrollado una institucionalidad que busca promover un nuevo orden internacional basado en la multipolaridad a través del impulso de la cooperación Sur-Sur, para abordar con mayor eficacia las desigualdades sociales y los altos niveles de pobreza que afectan a los países de la región, consolidando y diversificando los intercambios internacionales con otras regiones y países, no como un archipiélago de naciones sino como un centro de poder político y económico para fortalecer la posición de nuestro país y de la región en la economía internacional y en la toma de decisiones mundiales, en búsqueda de un mundo cada vez más justo y más humano. (...)

(...) Producto de la orientación que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece para el funcionamiento del Estado en el concierto internacional de naciones, nuestro país ha actuado apegado a los principios de derecho internacional acuñados en la Carta Fundacional de la Organización de las Naciones Unidas y ha puesto especial énfasis en la necesaria democratización de las organizaciones internacionales, coordinando con los grupos regionales y multilaterales como el Grupo Latinoamericano y Caribeño (GRULAC), el Movimiento de los No Alineados (NAM) y el Grupo de los 77 más China, el apoyo a la revitalización de la Asamblea General de Naciones Unidas, a la modificación del régimen del Consejo de Seguridad, la Coherencia del Sistema de Naciones Unidas y al Examen Completo de las Operaciones de Paz, entre otros, para evitar que estas últimas se conviertan en mecanismos de intervención de los Estados en situaciones de conflictos, para superar las viejas estructuras heredadas del fin de la Segunda Guerra Mun-

dial, mejorar la eficiencia de todo el sistema internacional y avanzar hacia un mundo cada vez más integrado.

Uno de los aspectos importantes sobre los cuales nuestro país ha participado más activamente es el referido a que la cooperación internacional no esté sujeta a condiciones ni cargas para el país que la recibe, por cuanto, la cooperación Norte-Sur –que no negamos, al contrario es necesaria ampliar y rediseñar– puede entrañar enorme peligro para la seguridad, independencia y soberanía de las naciones, cuando depende de mecanismos estandarizados para la medición del comportamiento de los gobiernos o establecen dispositivos supranacionales de control, que intervienen indebidamente en la política social y económica del país, imponiendo modelos o recetas en función de los intereses políticos o económicos de las empresas o gobiernos de países, generalmente desarrollados.

Establecido lo anterior, resulta necesario indicar que, en lo que respecta a la cooperación internacional, nos enfrentamos a una realidad mutable y cambiante, en la cual debe existir un balance entre la visión internacional, fijada desde el ideario emancipador de toda la América del Libertador Simón Bolívar, y el pragmatismo propio, vinculada a la naturaleza de la misma, conforme a la cual, si bien deben responder a los elementos sustantivos antes señalados y al cumplimiento de las formalidades correspondientes, no pueden limitarse de forma tal que nieguen -o vacíen de contenido- el carácter particularmente discrecional que le atribuye el propio Texto Fundamental, a la atribución del Presidente de la República para dirigir las relaciones exteriores.

En este sentido, es de especial significación, el único aparte del artículo 6 de la Ley sancionada por la Asamblea Nacional objeto del presente control preventivo de constitucionalidad, por cuanto, establece la obligación del Ejecutivo

Nacional de aceptar la cooperación internacional, incluso cuando no haya mediado una solicitud previa, lo que implica una cesión de parte de la soberanía del Estado venezolano a los organizaciones internacionales y países cooperantes, que tendrían la potestad de decidir en qué va a consistir dicha cooperación y con qué calidad y condicionalidad es entregada la misma y el Ejecutivo Nacional estaría obligado a prestar las condiciones necesarias para recibirla de forma impuesta desde el exterior, sin haberla requerido.

La situación descrita podría implicar la recepción obligatoria de productos medicinales en etapa de investigación o pre comerciales o medicinas que han sido incluidas en la lista de sustancias susceptibles de afectar la salud y de prohibida administración en seres humanos o productos que pudieran fabricarse en nuestro territorio y que, por el hecho de su libre ingreso a nuestro país, afecten la economía nacional, sin que el Ejecutivo Nacional previamente haya evaluado si los mismos son necesarios para enfrentar la situación de abastecimiento que se quiere solventar.

Si a lo anterior se le adiciona que el artículo 11 de la Ley Especial para Atender la Crisis Nacional de Salud establece que cuando los insumos médicos sean recibidos por conducto de la Organización de Naciones Unidas no será necesaria su certificación a través del Instituto Nacional de Higiene Rafael Rangel, estamos frente a una situación de total cesión de una parte de nuestra soberanía a países y organizaciones internacionales, al cederles la función de garantizar que las medicinas y demás insumos médicos que ingresen al país sean de calidad, seguras y efectivas.

Esta circunstancia es uno de los problemas que ha enfrentado la cooperación internacional y que ha sido objeto de discusión en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, **como lo es dejar en manos de los cooperantes o donantes la decisión de la determinación de las nece-**

**sidades de los países receptores, que se ha prestado para que sean enviadas por esta vía productos que no son necesarios o que constituyen un riesgo para la organización, el país o la empresa transnacional detrás de ellos, bien sea por razones económicas o de salubridad, trasladando un problema en forma de cooperación internacional, tal como sucedió en Guatemala entre los años 1946 y 1948, cuando 1.300 personas, entre ellas mujeres y niños, fueron deliberadamente infectados con los virus de la Sífilis y la Gonorrea, en un experimento avalado por la Secretaría de Salud de los Estados Unidos, para estudiar los efectos de la penicilina, lo que conllevó a que el Presidente Barack Obama llamara al Presidente Álvaro Colom para pedir perdón** *«por hacer creer a la población que lo que parecía una vacuna para estudiar los efectos de la penicilina era en realidad una agresiva bacteria que primero destruye los tejidos blandos y los huesos, que después provoca insuficiencia cardíaca, y finalmente llena el cuerpo de horribles llagas amarillas»* (<http://www.aporre.org/actualidad/n180410.html>) (Cursivas originales de la Sala) (Negrillas y Subrayado nuestro).

El *obiter dictum* en este caso, consustanciado erróneamente con las declaratorias de estados de excepción por emergencia económica, no sólo indica una parcialidad política con valoraciones de naturaleza ideológica; sino que transforma a la Sala Constitucional en una suerte de **asesor jurisdiccional fiable** y leal en el campo ideológico. Desde el punto de vista de la técnica decisonal, habría que preguntarnos si puede un juez, controlando la constitucionalidad, adentrarse en anecdotarios de auditorios políticos, tales como si el Presidente Obama llamó o no al Presidente de Guatemala para pedirle perdón por hechos supuestamente inducidos por el Gobierno de los Estados Unidos a la población de esa nación centroamericana. ¿Es éticamente aceptable estos argumentos –más sacados del imaginario épico de la guerra fría que de la realidad médica– para anular una sentencia? ¿Por qué si estoy defendiendo la supuesta «soberanía nacional» frente a otros Estados, debe el TSJ valorar

benignamente otros organismos como el Grupo de los No Alineados, éste último, claramente a favor del extinto bloque prosoviético?

En conclusión, sólo el Ejecutivo Nacional a través de sus inclinaciones políticas decide establecer las alianzas bilaterales o con varios Estados más allá de las relaciones internacionales enmarcadas en la diplomacia. Y esto, es una función eminentemente política, por lo cual, el razonamiento del TSJ es más que impertinente y se vincula de forma inexorable al acto de gobierno.

### *C. Las amnistías*

Es una de las facultades políticas monopólicas de la AN. La amnistía como privilegio tradicional y excepcional del órgano legislativo nacional<sup>86</sup>, implica un perdón general de ciertas conductas que la legislación los considera punible. Este perdón no compromete per sé una derogación de los tipos penales que consagran las sanciones a quien incurra en estos delitos, sino, que por determinado tiempo y en determinados casos, deja de ser conducta antijurídica. Las motivaciones generales de las amnistías son en esencia de “tipo político”, como en efecto ocurrió con la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional sancionada el 29.03.2016, materialización de la oferta electoral realizada por los factores que integran la Mesa de la Unidad Democrática (MUD), y que una vez obtenida la mayoría del Parlamento Nacional, sancionaron el instrumento para procurar la liberación de presos políticos y reducir los elevados niveles de intolerancia y desencuentro nacional. En fin, la amnistía era para borrar toda punibilidad a la disidencia contra el Gobierno Bolivariano, y de esta manera sembrar las bases de un diálogo y paz nacional.

---

86 Brewer-Carías, Allan R. *...La dictadura judicial y la perversión del estado de Derecho...* p. 278.

La ley en cuestión fue objetada, como era de esperarse, por el Presidente de la República ante la Sala Constitucional. Previamente se generó un ambiente político de pugnacidad contra dicha ley, alegándose desde la vocería del partido gobernante (PSUV) que sería un instrumento para “(...) *liberar asesinos, narcotraficantes y delincuentes de lesa humanidad (...) una ley de amnesia criminal parecida a la que dictó Pinochet (...)*”<sup>87</sup>. Los epítetos empleados por los personeros más visibles del Gobierno contra el proyecto reflejaron la distorsión y oposición a la propuesta que hubiese permitido una válvula de escape al mismo régimen bolivariano. La Sala Constitucional, con una celeridad incommensurable, procedió a sentenciar en un lapso de dos semanas (*Sentencia n° 264 del 11.04.2016*), con un fallo tan extenso que termina perdiéndose el hilo argumental hacia temas inconexos como la hermenéutica y norma de interpretación prevista en el

---

87 En este sentido, el Diputado Diosdado Cabello en entrevista televisada señaló que el proyecto será para generar una “(...) *Es una ley de amnesia criminal, porque lo que propone es que nos olvidemos de todo*”, advirtió el parlamentario. Además, este instrumento legal legitima delitos como el terrorismo, la corrupción y el tráfico de drogas. “*Sabemos que es cada artículo se ha convertido en una mercancía (...)*”. Venezolana de Televisión. “Ley de Amnistía ampara golpe de Estado al gobierno de Nicolás Maduro”. Nota de prensa de *La Noticia*, edición del día 16.02.2016 [Consulta: <http://vtv.gob.ve/articulos/2016/02/16/diosdado-cabello-ley-de-amnistia-ampara-golpe-de-estado-al-gobierno-de-nicolas-maduro-3082.html>]. También véase “Diosdado Cabello: Su ley de amnistía es una cosa absurda”. En: *Tal Cual Digital*. Caracas, edición del 06.01.2016 [Consulta: <http://www.talcualdigital.com/Nota/122006/diosdado-cabello-su-ley-de-amnistia-es-una-cosa-absurda>]. El Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros, también emitiría juicios de valor contra el proyecto de Ley, más allá de sus facultades propias de consulta prevista en el artículo 214 de la Constitución de 1999. “(...) *Esto no lo sacan porque para mañana ya tienen los titulares: «Aprobada ley criminal». La están aprobando en la Asamblea hoy. Me metieron un fast track de un día para otro y me metieron una ley para proteger asesinos, criminales, narcotraficantes y terroristas. Es la verdad. Tengan la seguridad que esa ley por aquí no pasa, caballero. Lo sepa la derecha nacional e internacional. Leyes para amparar terroristas y criminales no pasarán. Por aquí no pasan. Hagan lo que hagan (...)*” “Maduro advirtió que no aceptará ley de amnistía”. En: *Diario El Nacional*, Caracas, edición del 29.03.2016 [Consulta: [http://www.el-nacional.com/politica/Maduro-advirtio-aceptara-ley-amnistia\\_0\\_820118226.html](http://www.el-nacional.com/politica/Maduro-advirtio-aceptara-ley-amnistia_0_820118226.html)]

artículo 4 del Código Civil Venezolano<sup>88</sup> que va dirigido hacia la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa. El fallo incurre en lo ya denunciado en páginas anteriores sobre la reedición de un toско *ius respondendi edicendi*, haciendo largas citas de autores –*inclusive en obra original titulada en alemán, inglés o italiano*<sup>89</sup> pero transcrita en castellano sin saber el origen de la tra-

---

88 Resulta sorprendente que la Sala Constitucional en la sentencia n° 264, bajo análisis, dedicara en su motiva un estudio al artículo 4 del Código Civil, pues, el legislador al confeccionar una norma no procede jamás a interpretar el ordenamiento jurídico salvo el caso donde la Constitución expresamente ordena este comportamiento.

89 Casi siempre cuando se maneja derecho comparado es necesario revisar obras de autores escritas en idiomas diferentes al castellano. Muchas veces se cita expresiones textuales en idioma alemán para enriquecer las argumentaciones y sostener o debilitar los puntos de vista de la contraparte. Sin embargo, en la sentencia se transcribe textualmente párrafos en castellano para luego colocar el autor y la obra en su lengua original. Para corroborar lo afirmado, revisemos los siguientes párrafos del fallo. “(...) No obstante, la afirmación de que es posible una ley de amnistía dentro del marco constitucional, ejercida dentro de una competencia constitucionalmente atribuida a la Asamblea Nacional, no significa, sin más, la atribución de una facultad ilimitada al legislador sobre este punto (Pérez Del Valle, C., «Amnistía, Constitución y justicia material», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, num. 61, 2001, p. 194); por el contrario, la amnistía debe estar sujeta a ciertas limitaciones propias del orden jurídico constitucional en un Estado de Derecho de modo que su significación se oriente racionalmente al valor de Justicia (Geerds, F. *Gnade, Recht und Kriminalpolitik*. JCB, Mohr, Tübingen, 1960, p. 24) (...)” Nótese que no sabemos si la frase escrita en castellano de verdad se corresponde con la obra en alemán. Por cortesía, debió indicarse si la traducción era de la Sala o de alguna versión castellana autorizada. De igual forma ocurre con otro párrafo “(...) En este sentido, si bien la Asamblea Nacional tiene atribuida la competencia de decretar amnistías, y sin perjuicio de que no se han definido a nivel constitucional o legal mayores límites expresos al alcance de esta institución, esto no significa que el parlamento pueda vulnerar los principios que inspiran la Constitución contenidos en los artículos 2 y 3, y que se constituyen en mandatos obligatorios, efectivizados a través del ejercicio de los derechos fundamentales, y del cumplimiento de las funciones de las autoridades estatales (Mortati, C. “*Costituzione dello stato*”. En *Enciclopedia del Diritto*, volumen XI, Roma, 1962, p. 147). (...)” No sabemos si a ciencia cierta esta cita extensa se corresponda con el profesor Mortati en la obra original o si es una traducción no autorizada del mismo. Esta falta de cuidado pone en peligro la capacidad de coercibilidad del

*ducción*— que a pesar de su amplia y comprobada reputación dentro del derecho público, no puede un tribunal llegar a sostener sus razonamientos sólo con la doctrina por los inconvenientes peligros que acarrearía para el sistema judicial<sup>90</sup>. Por otra parte, además de este exceso, nos presenta una hermandad doctrinal donde se conjuga —casi en forma mágica y sin contradicciones— teorías diametralmente opuestas como es el caso de la cita sorprendente y armónica entre tradicionalistas (G. Ripert) y quienes todavía defienden la hoy olvidada tesis del uso alternativo del Derecho (De Souza)<sup>91</sup>.

Pero más allá de estas consideraciones metodológicas, debemos enfocarnos sobre la forma en que a través de la sentencia n° 264, la Sala incurre en actividades propias de un acto de gobierno. De entrada el razonamiento del fallo pareciera respetar la línea delicada que implica controlar constitucio-

---

fallo, puesto que, al cuestionar las fuentes doctrinales citadas, ciertamente la sentencia adolecerá de veracidad.

90 El peligro del “autosequestro doctrinal” para un sistema jurídico radica en que termina este sistema por estancarse y sin claras líneas argumentales propias. Por pigracia, los abogados y demás tribunales, seguirían el ejemplo hasta el punto de retornar a los tiempos de la famosa ley de citas promulgada por Justiniano. Como expresa Zagrebleski ...*Principios y votos...* pp. 98-109, los jueces están para “juzgar”. No están ligados a la última novedad doctrinal y su razón de ser es la de militar en la estabilidad, sutileza, ponderación y equilibrio entre todos los factores principales de la vida social y política.

91 Para mayor ilustración sobre las concepciones históricas de la hermenéutica jurídica, véase Linfante Vidal, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. También, la clásica obra de Betti, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971. Sorprende también cómo la Sala Constitucional conjuga autores con propuestas antagónicas como Habermas y Häberle en relación al contenido o vaciamiento de la legislación, incluida claro está, la amnistía. Habermas contribuyó en su tesis de procedimentalización progresiva del Derecho, mientras que P. Häberle, va en sentido contrario sobre otorgarle amplios contenidos valóricos a dichos procedimientos. Para más detalles sobre esta disputa, véase García de Enterría, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid, Editorial Civitas, 1999.

nalmente un acto político entre la intromisión con el mismo, sea para avalarlo, modificarlo o suprimirlo como es el caso de marras. Señala el TSJ:

“(…) En este sentido, aunque se sostiene que el control que realiza esta Sala no se basa en el cuestionamiento de los criterios de oportunidad y conveniencia, se reitera la idea de que no existen actos de los órganos que ejercen el Poder Público fuera del control jurisdiccional, y la actividad legislativa no es la excepción, ya que la misma no puede desarrollarse al margen del derecho.

Ciertamente, el órgano legislativo es indudablemente libre, en los extensos límites de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para optar entre todas las posibles alternativas por la vía que considere en cada caso más conveniente, así como de escoger las razones que mejor puedan justificar su elección; no obstante, tal desenvolvimiento debe producirse igualmente en el marco de las razones que concreta y racionalmente permita la norma que le sirva de fundamento jurídico (v. gr. la Constitución) (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

El razonamiento es preciso y no entendemos cómo la Sala en vez de fortalecerlo, termina por desvirtuarlo al introducir condicionamientos éticos donde no debía hacerlo, pues, el proyecto de Ley de Amnistía era claro, dirigido sólo a quienes se encuentren privados de libertad por delitos considerados políticos. En ningún momento la AN quiso concebir un instrumento de tal magnitud ni para liberar homicidas, ni narco-trafficantes, ni mucho menos para genocidas. Pero, a pesar de ello, se mezclaron dos aspectos que era impertinente formularlo. Introdujo por contrabando argumental el concepto que en doctrina se llama el “derecho de la víctima”, dando pie al siguiente razonamiento en la sentencia bajo comentario:

“(…) En este sentido, el análisis de la amnistía conlleva también a asumir una postura ética determinada en relación con los victimarios y perjudicados (víctimas) de los hechos punibles objeto de la misma, en la que sin lugar a dudas la opción moral por la reivindicación de las víctimas es la que se pone de parte del más débil en búsqueda del equilibrio social que se pretende reestablecer.

En consecuencia, de acuerdo con Hamber, B. («Repairing the Irreparable dealing with the double binds of making reparations for crimes for the past». En: *Ethnity and Health*, p. 218.) la aceptación de la existencia de víctimas por la comisión de hechos punibles, no es más que el reconocimiento de la violación de la condición humana (por parte de terceros con intervención del Estado por acción u omisión) y la imposición vertical que hace un Estado a la sociedad de perdonar hechos punibles genera dilemas éticos atinentes a la conciencia colectiva y la identidad nacional:

*«la abstención por parte del Estado de proteger a las víctimas genera desconfianza en las instituciones y en la sociedad y resentimiento y las expectativas legítimas de justicia frustradas pueden convertirse en deseos de venganza privada que se alimentan de estas falencias. En esa medida para Martha Minow la justiciabilidad de los hechos dañosos constituye el justo equilibrio entre la venganza y el perdón, que necesita encontrar la sociedad y especialmente las víctimas para seguir adelante con sus vidas dejando atrás un pasado marcado por las atrocidades»* (CHAPARRO, N. ob. cit. Colombia, pp. 49-50).

**La prohibición de desconocer a las víctimas directamente vinculadas con la determinación de los autores, no se justifica en una mera actividad de tipo abstracta-racional vinculada con los principios universales –que ubica el ejercicio de la actividad legislativa, jurisdiccional y administrativa en un limbo ahistórico–, por el contrario la**

**memoria de las experiencias vitales** –*urg.* Los testigos de las atrocidades, personas mutiladas, quemadas o discapacidades de diverso grado, generadas por los hechos delictivos que afectan a su entorno familiar y social– **que sólo pueden incorporarse al mundo jurídico a través de un filtro epistemológico que las categoriza en los supuestos de la norma jurídica; que si bien permite racionalizar el concepto de dignidad humana vulnerada que es garantizada mediante la correspondiente sanción; funge en realidad como el único puente real de la sociedad para evitar que se vuelvan a cometer tales atrocidades, la negación de la memoria histórica y de la debida sanción de los crímenes ajenos a los límites de las amnistías, es propia de los regímenes absolutistas que pretender borrar la historia, lo cual se resume en el cuestionamiento atribuido a ADOLF HITLER: «¿Quién se acuerda todavía hoy de los armenios?»** (cfr. Margalit, Avishai. *Ética del recuerdo*. Herder, Barcelona, 2002, p. 67), **que podría reformularse hoy, en los siguientes términos: ¿Quién se acuerda todavía hoy de las víctimas?, y cuya respuesta no puede ser otra que el Estado, sus instituciones y particularmente esta Sala Constitucional (...)**” (Negrillas y cursivas originales de la sentencia)

No entendemos por qué se trae a colación este razonamiento cuando, repetimos, la Ley de Amnistía no amparaba a aquellos que se encuentran procesados o ya condenados por delitos de homicidio o cualquier otro tipo conexo a los denominados delitos de lesa humanidad. Fuera del mal gusto en que incurre la Sala al citar un supuesto pensamiento de Adolf Hitler, los tipos considerados políticos según la anulatoria, se reducen a los contemplados por el mismo Gobierno que condenó a esas personas debido a móviles políticos. Al respecto señaló la Sala:

“(…) De manera tal que, la determinación de un delito político, en sentido estricto, viene dada principalmente por la

consideración objetiva que respecto de éstos hace la **normativa penal al clasificarlos dentro de aquellos que atentan contra el Estado y sus instituciones**; mientras que, en sentido amplio, se suele incorporar un matiz subjetivo que atiende a la motivación altruista, extraindividual y de interés común del agente que lo comete; no obstante, en ningún extremo este análisis subjetivo, ha llegado a prescindir de la valoración objetiva y de las motivaciones del agente, para considerar como delito político a cualquier hecho punible común por el hecho de que haya sido cometido por una persona que de manera habitual o parcial se dedica a la realización de actividades políticas o partidistas (...)

(...) Por ello, la Sala no puede permitir otorgar la constitucionalidad de una Ley que propenda a la anomia de la sociedad venezolana, en franco desconocimiento de sus valores y los principios y garantías que informan el Texto Fundamental (...) (Negrillas y subrayado nuestro)

Como bien lo indicó en su momento el profesor José Ignacio Hernández<sup>92</sup>, la sentencia no controla la constitucionalidad de la ley de amnistía, sino que entra a valorar su “inconveniencia” lo que según propios razonamientos la Sala dice que no puede entrar a conocer: *el mérito y oportunidad de por qué se sancionó dicho texto legal*. Ahora bien, si la Sala entra a considerar temas como la *conveniencia* o *inconveniencia*, prácticamente nos introduce en los laberintos de la función de gobierno, ya que, según los elementos políticos presentes y su incidencia sobre la estabilidad del sistema vigente el gobernante toma decisiones para preservarlos con el único fin de acallar todo peligro al sistema. Unos párrafos, que consideramos oscuros en su redacción confirman esta aseveración de intromisión inexcusable:

---

92 Hernández, José Ignacio. “Sala Constitucional del TSJ: el nuevo superpoder vs. la Ley de Amnistía”. En: *Prodavinci*, Caracas, edición del 12.04.2016 [Consulta: <http://prodavinci.com/blogs/la-sala-constitucional-es-el-nuevo-superpoder-a-proposito-de-la-ley-de-amnistia-por-jose-ignacio-hernandez-g/>]

“(…) Así, la Sala tiene presentes hechos como la Masacre de Turén (1952); El Porteñazo (1952); Masacre de Cantaura (1982); Masacre de Tazón (1984); Masacre de Yumare (1986); Masacre del Amparo (1988) y El Caracazo (1989) entre otros, que como parte de la experiencia histórica compelen a no permitir una lectura del ordenamiento constitucional que genere, en palabras del Libertador, citado *supra*, una «*subversión de principios y de cosas, el orden social se resintió extremadamente conmovido, y desde luego corrió el Estado a pasos agigantados a una disolución universal, que bien pronto se vio realizada. De aquí nació la impunidad de los delitos de Estado cometidos descaradamente por los descontentos, y particularmente por nuestros natos e implacables enemigos, los españoles europeos, que maliciosamente se habían quedado en nuestro país para tenerlo incesantemente inquieto y promover cuantas conjuraciones les permitían formar nuestros jueces perdonándolos siempre, aun cuando sus atentados eran tan enormes que se dirigían contra la salud pública (...) ¡Clemencia criminal que contribuyó más que nada a derribar la máquina que todavía no habíamos enteramente concluido!*» (Bolívar, S. ob. cit. p. 28).

Conforme a los anteriores asertos, la interpretación o el conocimiento de una ley de amnistía en los actuales momentos no puede entenderse extendida a la consolidación de leyes de autoamnistía o de impunidad, en el marco de la comisión de delitos comunes, bajo el manto de una pretendida protección manipulativa de salvaguarda de los derechos humanos; ya que históricamente su extensión se ha restringido a los delitos políticos como señaló Jiménez De Asúa, citado por Requejo, J. L. (“Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”. *Revista Historia Constitucional*, n. 2, 2001), durante el debate constituyente español, cuando señaló que la amnistía queda determinada «*para los asuntos políticos de interés general*» (...)” (Cursivas de originales de la sentencia).

Éticamente lo que se plasma en el fallo es maniqueísmo político puro, ya que, no puede ni remotamente compararse lo perseguido en el anulado proyecto de ley de amnistía y los terribles sucesos narrados por la sentencia sobre otros acontecimientos históricos que ciertamente representaron excesos imperdonables por las fuerzas de seguridad del Estado, algunos inclusive, condenados por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Por otra parte, subyace de los razonamientos jurisprudenciales que la ley de amnistía de 2016 tenía también como norte generar una incomprensible “ley de autoamnistía”, que no entendemos cómo pudiera elaborarla una Asamblea Nacional controlada desde 2016 por la oposición frente a un gobierno político e ideológicamente opuesto al frente del Poder Ejecutivo desde 1999. En ningún momento se contempló que la amnistía de 2016 amparara delitos políticos cometidos anteriores al año 1999.

#### 4. Recapitulando: ¿existen las sentencias de gobierno?

Haciendo una recapitulación, hemos observado entonces que si bien el concepto de acto de gobierno está muy bien definido en Venezuela por la doctrina y la jurisprudencia, excluyendo claramente a los órganos jurisdiccionales porque en teoría no están habilitados constitucionalmente para ejercer funciones de gobierno; sí podemos encontrar una base para la creación, a los efectos de su sola presencia como vicio y perversión del sistema, las denominadas “**Sentencias de Gobierno**”.

En vista a las características, patologías y conceptos estudiados en los párrafos anteriores, partiendo que no somos dados a la creación de neologismos por el afán de figuración –aunque siempre exista la tentación de la lógica jurídica conveniente<sup>93</sup>– si pudiéramos construir lo que en la filosofía del derecho se denominan “*definiciones transitorias*”. Las sentencias

---

93 Véase Sánchez de la Torre, Ángel. *Crisis y recreación del Derecho*. Madrid, Instituto de España, 2001, pp. 9-60.

de gobierno, si bien no son una categoría que pertenezcan al derecho constitucional o procesal, implican graves consecuencias como las ya narradas, donde, el Poder Judicial asume funciones propias del gobierno para ayudarlo o protegerlo.

De esta manera entendemos por sentencia de gobierno:

*“Acto político revestido bajo la formalidad de una sentencia anómala con autoridad de cosa juzgada de la Sala Constitucional del TSJ, sin que medie una Litis o cuestionamiento sobre la constitucionalidad de un acto de otro órgano del Poder Público, cuyo objeto es coadyuvar, completar, sistematizar, esclarecer o fundamentar un acto de gobierno dictado por la Presidencia de la República”.*

Repasemos las características de esta categoría de sentencias pronunciadas en 2016 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

1º *Acto político revestido bajo la formalidad de una sentencia anómala con autoridad de cosa juzgada y solo dictado por la Sala Constitucional del TSJ.* Ciertamente si bien estamos en presencia de una sentencia formal, con sus prototípicos efectos de la cosa juzgada, el contenido del fallo sólo es equiparable a las materias que aborda el Presidente de la República o la Asamblea Nacional en sus correspondientes competencias para dictar los denominados actos de gobierno que ya estudiamos en las líneas precedentes. El contenido de lo decidido no se identifica con el clásico *Thema decidendum* característico y esencial de toda controversia judicial. Al contrario, se abordan muchas decisiones que ni siquiera se asoman a la resolución de conflicto alguno, conocido en términos forenses como la “causa”<sup>94</sup>. Por otra parte, abusando y aceptando un falso dogma planteado por el Ex - Fiscal

---

94 Véase Ordóñez Solís, David. *Jueces, Derecho y Política. Los poderes del Juez en una Sociedad Democrática*. Pamplona, Editorial Elcano, 2004, pp. 77-82.

General de la República, Isaías Rodríguez, la Sala Constitucional concentra todo el poder<sup>95</sup>, para imprimirle a esta tipología de sentencias una fuerza más allá de los aspectos racionales de la cosa juzgada.

- 2º *Dictado sin que medie una Litis o cuestionamiento sobre la constitucionalidad de un acto de otro órgano del Poder Público.* En este aspecto, como lo sostuvimos, no hay que confundir actuación procesal de oficio, ni activismo judicial con voluntarismo judicial donde la Sala nos hace creer que existe un conflicto de constitucionalidad cuando lo único que subyace es la intención de gobernar vía sentencias. Ya pudimos observar que buena parte de las decisiones dictadas para anular o suspender las leyes y demás actos de la Asamblea Nacional fueron iniciados sin interés procesal alguno, es decir, sin que la propia AN hubiese concebido siquiera conflicto de palabras con la Presidencia de la República. Este es el más significativo elemento característico de las sentencias de gobierno, pues, la Sala Constitucional de la nada concibe Litis inexistentes que las reviste bajo problemas de constitucionalidad, bien sea a través del control concentrado, la controversia de poderes o la interpretación constitucional<sup>96</sup>. Es el empleo del poder hermenéutico

95 Véase Rodríguez, Isaías. "Sala Constitucional tiene poder absoluto sobre la AN". En: *Diario Últimas Noticias*, Caracas, edición del 04.08.2016 [Consulta: <http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/politica/isaias-rodriguez-afirma-la-sala-constitucional-poder-absoluto-la-an/>]

96 Existe un precedente a esta creación artificiosa de Litis para luego resolver problemas políticos dentro entre los órganos del Poder Público venezolano. Es el caso relativo al período de los magistrados del TSJ (Sentencia nº 1.701 de fecha 06.12.2012, Caso: *Carlos Oberto Vélez*), donde, por palabras de la propia sentencia: "(...) Mediante oficio signado con el alfanumérico TPE-12-0097, de 15 de noviembre de 2012, la Presidenta de la Sala Plena, Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, remitió a la Secretaría de esta Sala Constitucional comunicación dirigida por el Magistrado de la Sala de Casación Civil, **Carlos Alfredo Oberto Vélez**, a los demás integrantes de este Máximo Tribunal, en virtud «de la posible existencia de antinomia entre el contenido del artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

del juez para usar tautológicamente dicha hermenéutica para aplicarla en problemas hermenéuticos que sólo están dentro del fuero interno de la Sala Constitucional.

3º *Cuyo objeto es coadyuvar, completar, sistematizar, esclarecer o fundamentar un acto de gobierno dictado por la Presidencia de la República.* En efecto, las únicas consecuencias directas e indirectas de estas sentencias son las supra señaladas, lo que implica en el fondo una suerte de co-gobierno. Las sentencias consultadas e identificadas demuestran que en ningún momento se protege a grupos identificables de ciudadanos, ni siquiera valores democráticos en peligro, sino, que su único fin es salvaguardar los supuestos “derechos” que tiene el Estado (*rectius*: la Presidencia de la República) para tomar decisiones de corte político. En el fondo, las sentencias de gobierno completan o barren los obstáculos, límites y restricciones de tipo constitucional que pudiera tener el Ejecutivo Nacional ejerciendo sus funciones de gobierno. Como bien lo atinó el profesor Brewer-Carías su trabajo relativo al análisis de la sentencia n° 808 de fecha 02.09.2016<sup>97</sup>, el TSJ ha venido cercenando otros poderes para contribuir con Miraflores, inclusive, anulando actos futuros que ni

---

y lo preceptuado en el artículo 47 *eiusdem*», en relación con el planteamiento realizado por este último (...). (Negrillas y subrayado originales de la sentencia). Como se puede apreciar, la Sala Constitucional entendió que una mera comunicación efectuada por otro magistrado debía entenderse como una solicitud de interpretación constitucional. Increíblemente lo que era una mera carta con interrogantes, la entonces Presidenta del TSJ entendió que el magistrado estaba planteando un problema de constitucional que debía ser resuelto a través de la acción de interpretación.

- 97 Brewer-Carías, Allan R. *La amenaza final contra la Asamblea Nacional para el golpe de Estado judicial: La declaratoria de nulidad total de sus actos y el anuncio del enjuiciamiento de los diputados por desacato*. Nueva York, 5 de septiembre de 2016 [Consulta: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20AMENAZA%20FINAL%20CONTRA%20LA%20ASAMBLEA%20NACIONAL%20sept.%202016.pdf>]

siquiera la Asamblea Nacional tiene planificado dictarlos.

Cuando un Tribunal Supremo se constituye más allá de ser garante de la constitucionalidad de un país, y termina trasgrediendo las fronteras de su poder jurisdiccional para gobernar, que como dice López Daza, a veces pudiera ser posible en algunas situación de protección de algún derecho ciudadano donde no existan políticas públicas<sup>98</sup>; se resiente la Constitución misma al tensarse indebidamente la estructura democrática.

Los jueces no están llamados para resolver conflictos políticos que sólo le compete al liderazgo partidista o a cada sector de la sociedad según su grado de pertinencia. Hacerlo es incurrir en uno de los mayores temores del Constitucionalismo, tanto el histórico-moderno como el contemporáneo: *que nos terminen gobernando los jueces, el peor gobierno de todos los imaginados.*

---

98 López Daza, Germán Alfonso. Ob. Cit., p. 176.



## Índice

### Estudios

#### LA SUSPENSIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO ELÉCTRICO

|                                                                                                                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Jonás E. Aponte A.</i> .....                                                                                                                                                   | 13 |
| Prolegómeno .....                                                                                                                                                                 | 15 |
| I. Del Estado Social y del Servicio Público .....                                                                                                                                 | 17 |
| 1. Del Servicio Público y su Régimen Jurídico.....                                                                                                                                | 24 |
| 2. Servicio Público, noción que se patrocina<br>desde la realidad .....                                                                                                           | 33 |
| A. Los servicios públicos y la procura existencial.....                                                                                                                           | 34 |
| II. La suspensión del Servicio Público Eléctrico .....                                                                                                                            | 38 |
| 1. El Reclamo, como mecanismo para delatar<br>deficiencia en la prestación de bienes y servicios<br>no constituye una fórmula válida<br>en los procedimientos sancionatorios..... | 38 |
| 2. Suspensión de Servicios y la Proporcionalidad.....                                                                                                                             | 45 |
| 3. Suspensión por falta de pago .....                                                                                                                                             | 46 |
| Recapitulación .....                                                                                                                                                              | 54 |

#### NOTIFICACIONES EN MATERIA DE CONTROL FISCAL

|                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------|----|
| <i>José Angel Cornielles Hernández</i> .....                      | 57 |
| I. Generalidades sobre las notificaciones.....                    | 59 |
| II. Las notificaciones en materia de control fiscal.....          | 60 |
| 1. Forma de las notificaciones: procedimiento<br>y contenido..... | 61 |
| 2. Procedimiento para la práctica de las notificaciones.....      | 63 |
| A. La notificación en el domicilio o residencia .....             | 62 |
| B. Las notificaciones mediante la publicación<br>de cartel.....   | 64 |
| a. Los supuestos de notificaciones<br>impracticables .....        | 65 |
| b. El contenido del cartel de notificación .....                  | 71 |
| C. Sobre la notificación mediante un único cartel                 |    |

|                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| de notificación cuando se trate de varios<br>presuntos responsables .....           | 81 |
| 3. Notificaciones de las decisiones sobre<br>la responsabilidad administrativa..... | 83 |
| III. Conclusiones.....                                                              | 86 |

## CRÍTICAS A LA DOCTRINA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

|                                                                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Mauricio Subero Mujica</i> .....                                                                                                                                                  | 91  |
| I. Planteamiento y Conclusión de este Trabajo .....                                                                                                                                  | 93  |
| II. Breve referencia al origen<br>del contrato administrativo en Francia .....                                                                                                       | 94  |
| III. El contrato administrativo en Venezuela .....                                                                                                                                   | 99  |
| 1. El nacimiento del contrato administrativo<br>en Venezuela .....                                                                                                                   | 100 |
| 2. La evolución jurisprudencial y el supuesto<br>régimen jurídico aplicable a los contratos<br>administrativos .....                                                                 | 101 |
| 3. El desconocimiento del principio de legalidad<br>implícito en el supuesto régimen sustantivo<br>del contrato administrativo .....                                                 | 112 |
| 4. La amplitud de los criterios empleados<br>para la identificación de los contratos<br>administrativos permite una arbitraria extensión<br>de los poderes de la Administración..... | 116 |
| 5. Imprecisiones jurisprudenciales en<br>la determinación del vínculo entre el contrato<br>y el “servicio público” .....                                                             | 126 |
| 6. Las cláusulas exorbitantes .....                                                                                                                                                  | 131 |
| 7. ¿Qué es una cláusula exorbitante?.....                                                                                                                                            | 133 |
| IV. El impacto del Decreto -Ley de Contrataciones<br>Públicas sobre la noción de contratos administrativos .....                                                                     | 141 |

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEY  
DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN BOLIVIA  
SU EVOLUCIÓN Y DESARROLLO ACTUAL  
A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Alan E. Vargas Lima</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 145 |
| Nota Preliminar .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 147 |
| I. El Derecho de Petición: Su contenido, alcance<br>y requisitos para su protección de acuerdo<br>a la Ley Fundamental y la Jurisprudencia<br>Constitucional .....                                                                                                                                                                                                     | 149 |
| II. Desarrollo Jurisprudencial del derecho a la petición .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 153 |
| III. Los Principios Generales de la Actividad<br>Administrativa.....                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 164 |
| 1. Principio fundamental<br>(Principio de Interés Colectivo):<br>Según la Ley, el desempeño de la función pública<br>está destinado exclusivamente a servir los intereses<br>de la colectividad (y no así, de parcialidad<br>o partido político alguno). .....                                                                                                         | 166 |
| 2. Principio de autotutela:<br>La Administración Pública generalmente<br>dicta actos administrativos, que tienen efectos<br>sobre los ciudadanos y puede ejecutar según<br>corresponda, por sí misma sus propios actos,<br>sin perjuicio del control judicial posterior<br>(vía proceso contencioso-administrativo).....                                               | 167 |
| 3. Principio de sometimiento pleno<br>a la ley (Principio de Legalidad): La Administración<br>Pública debe regir sus actos con sometimiento<br>pleno a la ley, asegurando a los administrados<br>el debido proceso (ahora, en su triple dimensión<br>de: principio/derecho/garantía).....                                                                              | 168 |
| 4. Principio de verdad material (Principio de Certeza):<br>El principio de verdad material es uno<br>de los principios que sustenta la jurisdicción<br>ordinaria de acuerdo a lo previsto en el art. 180.I<br>de la CPE, en relación al art. 179.I constitucional,<br>al señalar que la función judicial es única.<br>En cumplimiento de dicho mandato constitucional, |     |

el principio de verdad material ha sido recogido por el legislador, rigiendo también para el procedimiento administrativo; así está establecido en el art. 4 inc. d) de la Ley N°2341: “Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil”, por su parte el art. 62 inc. m) del DS 27113 de 23 de julio de 2003, establece entre las facultades y deberes de la Autoridad Administrativa: “Investigar la verdad material, ordenando medidas de prueba” .....173

5. Principio de buena fe:  
En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe, lo cual se traduce en la confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, lo cual debe orientar todo el desarrollo del procedimiento administrativo hasta su culminación .....181
6. Principio de imparcialidad  
(Principios de Probidad y de No Discriminación):  
Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género discriminación o diferencia entre los administrados .....182
7. Principio de legalidad y presunción de legitimidad:  
Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley (conc. inciso c), se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario (conc. inciso i) .....185
8. Principio de jerarquía normativa:  
La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por la Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes. En otras palabras, éste principio se deriva del Principio de Legalidad,

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| y básicamente prescribe que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior.....                                                                                                                                                                                    | 186 |
| 9. Principio de control judicial:<br>El Órgano Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables (mediante el proceso contencioso administrativo). ....                                                                   | 192 |
| 10. Principio de eficacia: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas (resolver en plazo razonable) .....                                                                                                                                                            | 194 |
| 11 Principio de economía, simplicidad y celeridad:<br>Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad (a favor del administrado), evitando la realización de trámites burocráticos y largos, formalismos inútiles o diligencias innecesarias, superfluas u onerosas ..... | 195 |
| 12. Principio de informalismo:<br>La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas (ampliando lo favorable y restringiendo lo odioso) y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo.....                    | 197 |
| 13. Principio de publicidad (Principio de Transparencia): La actividad y actuación de la Administración es pública, salvo que ésta u otras leyes la limiten. ....                                                                                                                                                   | 202 |
| 14. Principio de impulso de oficio:<br>La Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público. ....                                                                                                                                          | 203 |
| 15. Principio de gratuidad:<br>Los particulares sólo estarán obligados a realizar prestaciones personales o patrimoniales a favor de la Administración Pública, cuando la Ley o norma jurídica expresamente lo establezca; y,.....                                                                                  | 205 |

|                                                                                                                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 16. Principio de proporcionalidad:<br>La Administración Pública actuará con<br>sometimiento a los fines establecidos en<br>la presente Ley y utilizará los medios adecuados<br>para su cumplimiento. .... | 206 |
| IV. El Acto Administrativo.....                                                                                                                                                                           | 206 |
| V. Validez de los Actos Administrativos –<br>Nulidad y Anulabilidad .....                                                                                                                                 | 210 |
| VI. Conclusión .....                                                                                                                                                                                      | 215 |

### **Actualidad**

#### **SOLUCIONES INSTITUCIONALES A LA CRISIS INFLACIONARIA**

|                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Luis Fraga Lo Curto</i> .....                                                               | 219 |
| Introducción.....                                                                              | 221 |
| I. Las instituciones del desastre .....                                                        | 227 |
| 1. El financiamiento de la irresponsabilidad .....                                             | 227 |
| A. El debilitamiento institucional del Banco<br>Central de Venezuela .....                     | 228 |
| B. Una política fiscal y monetaria al servicio<br>de la deuda pública .....                    | 232 |
| 2. El crecimiento descontrolado del Estado.....                                                | 236 |
| A. Los principios constitucionales de economía<br>mixta y Estado Social.....                   | 237 |
| B. El Aumento del tamaño y las funciones<br>sector público .....                               | 239 |
| II Un marco normativo para salir de la crisis.....                                             | 243 |
| 1. Control del gasto público.....                                                              | 244 |
| A. El desmantelamiento de la economía mixta .....                                              | 245 |
| B. La eliminación de la política expropiatoria<br>y el control del tamaño del Estado.....      | 246 |
| 2. Control del endeudamiento y del financiamiento<br>de la deuda .....                         | 248 |
| A. La privatización del mercado monetario<br>y la prohibición de la reserva fraccionaria ..... | 249 |

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| B. Implicaciones prácticas de la liberalización<br>monetaria..... | 256 |
| Conclusiones .....                                                | 259 |
| Bibliografía .....                                                | 260 |

## PRÓLOGO A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

(LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR

ALLAN R. BREWER-CARÍAS)

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| <i>Eduardo Jorge Prats ~ Olivo Rodríguez Huerta .....</i> | 265 |
|-----------------------------------------------------------|-----|

## LA EXPROPIACIÓN DE “AGROISLEÑA C.A.”, UN NUEVO BALANCE NEGATIVO

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| Samantha Sánchez Miralles .....           | 271 |
| Introducción.....                         | 273 |
| I. Objeto de la expropiación .....        | 274 |
| II. Base legal y otras regulaciones.....  | 277 |
| III. Finalidad de la expropiación .....   | 279 |
| IV. Justa indemnización.....              | 282 |
| V. Después de Agroisleña: Agropatria..... | 283 |
| Conclusiones .....                        | 292 |

## ¿QUÉ SON LAS SENTENCIAS DE GOBIERNO? LA NUEVA GEOGRAFÍA DE ACTOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| <i>Emilio J. Urbina Mendoza.....</i> | 295 |
|--------------------------------------|-----|

|                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. ¿Se gobierna a través de la jurisprudencia<br>constitucional en Venezuela? .....                              | 297 |
| 1. La interpretación jurídica como herramienta<br>para crear actos de gobierno disfrazados<br>de sentencias..... | 310 |
| 2. Actos de gobierno y su configuración en Venezuela .....                                                       | 313 |

|                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. La función jurisdiccional y la incompatibilidad epistemológica con el ámbito de acción de lo “gubernamental” ..... | 322 |
| A. Las relaciones exteriores.....                                                                                     | 326 |
| B. Los estados de excepción .....                                                                                     | 332 |
| C. Las amnistías .....                                                                                                | 342 |
| 4. Recapitulando: ¿existen las sentencias de gobierno? .....                                                          | 351 |



Revista Electrónica de  
Derecho Administrativo Venezolano

**N° 9 mayo – agosto 2016**