

Privilegios y prerrogativas procesales y fiscales de los entes públicos en el proceso contencioso administrativo

Rafael BADELL MADRID*

REDAV, N° 25, 2022, PP.51-106

Resumen: El presente estudio se refiere a los privilegios y prerrogativas que consagra el ordenamiento jurídico venezolano en beneficio de la República, los estados, los municipios y demás entes públicos cuando es llevada a juicio en la jurisdicción contencioso administrativa. En primer lugar, hacemos mención a la evolución del derecho administrativo y los cambios que en la actualidad propugnan el abandono de estos privilegios y prerrogativas y como esos privilegios se enfrentan a principios constitucionales como el de igualdad y el de tutela judicial efectiva. Luego, nos referimos y desarrollamos la legislación que establece esas prerrogativas y privilegios fiscales antes del proceso judicial, durante el proceso y después, en la ejecución de la decisión y los criterios jurisprudenciales y la posición de la doctrina.

Palabras clave: Contencioso administrativo – Igualdad – Prerrogativas – Tutela judicial efectiva.

Abstract: *The present study refers to the privileges and prerogatives provided by the Venezuelan legal system for the benefit of the Republic, States, municipalities and other public entities in the administrative litigation procedure. Firstly, we highlight the evolution of the administrative law and the changes that currently encourage the abandonment of these privileges and prerogatives and how these privileges are opposed to certain constitutional principles, such as that of equality and the right to effective and timely judicial review. Then, we made a reference and development upon the legislation that provides these prerogatives and fiscal privileges before the initiation of the judicial procedure, during its process and afterwards during the execution of the decision thereof, as well as upon jurisprudential criteria and doctrine upon the matter.*

Keywords: *Administrative litigation – Equality – Prerogatives – Effective judicial protection.*

Recibido

09-03-2023

Aceptado

27-04-2023

Introducción

Me alegra mucho que la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano –dirigida por las manos expertas del Dr. JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ acompañado en el Consejo de Redacción por un grupo de

* Doctor en Derecho (UCAB). Profesor titular (UCAB). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Miembro Correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

expertos profesores en derecho administrativo– haya decidido dedicar esta edición a rendir homenaje al profesor HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE, fallecido el 02-05-2022, quien cultivó con pasión y entrega el derecho administrativo como abogado en ejercicio, árbitro, como brillante, reconocido y muy querido profesor de derecho administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello, y como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Además, HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE fue autor de una extensa y valiosa obra jurídica; escribió sobre el acto administrativo, contratos administrativos, responsabilidad del Estado, contencioso administrativo y otros temas fundamentales del derecho administrativo¹.

Henrique Iribarren Monteverde fue un hombre comprometido con la excelencia. Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en 1982, fue el número uno de su promoción. Realizó estudios de postgrado en derecho administrativo en Francia en la Universidad de París II, donde obtuvo con mención honorífica el Diploma Superior de la Universidad y el Diploma de Estudios Profundos Especialización en Ciencias Administrativas. Fue alumno de ROLAND DRAGO, CLAUDE GOYARD y JEAN LUIS DE CORAIL y, siempre, durante sus cuarenta años de ejercicio profesional fue discípulo dilecto del maestro LUIS HENRIQUE FARIAS MATA.

Fue Abogado jefe y luego Director de Asesoría del Estado de la Procuraduría General de la República, donde tuvo una brillantísima y muy destacada actuación en la defensa de los intereses de la República.

Fue miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, donde ocupó el sillón N° 18 en sustitución del académico JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA². Su discurso de incorporación fue un brillante estudio sobre “El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas en el Derecho Público Venezolano”³.

¹ Para mayor información sobre el Profesor Henrique Iribarren Monteverde véase Boletín de la Academia de Ciencias Política y Sociales, N° 169, en Homenaje al Henrique Iribarren Monteverde, ACIENPOL, Caracas, 2022, <https://bit.ly/3MrOpq>

² Para un estudio completo del sillón N° 18 de la Academia véase Henrique Iribarren Monteverde, “Historia del Sillón No. 18”, en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 163, marzo 2021. 85° Aniversario (1936-2021), ACIENPOL, Caracas, 2021, pp. 395-411, <https://bit.ly/3W7PTLh> El sillón N° 18 ha estado ocupado por siete académicos: Raúl Crespo Vivas, Enrique Urdaneta Maya, José Antonio Tagliaferro, Francisco Vetancourt Aristiguieta, José Loreto Arismendi (Hijo), José Luis Aguilar Gorronдона y Henrique Iribarren Monteverde.

³ Discurso de incorporación del Prof. Henrique Iribarren Monteverde a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 07-05-2013. En Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 152, ACIENPOL, Caracas, 2013, pp. 461-483, <https://bit.ly/3pLxebP>

Agradezco entonces a la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano por haberme invitado a sumarme a este homenaje a HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE y, para ello, voy a referirme a la posición de supremacía que tiene la Administración frente a los particulares de forma cada vez más abultada y desproporcionada cuando comparece en juicio llena y protegida de prerrogativas y privilegios y de cómo esa odiosa circunstancia se enfrenta y viola los principios constitucionales de igualdad y de tutela judicial efectiva, sobre todo teniendo en cuenta que el concepto de derecho administrativo ha evolucionado a través de un proceso hasta llegar a ser hoy algo muy distinto y lejano a lo que era en su origen.

Este tema ha despertado mi interés y atención desde hace treinta y cinco años cuando en 1988 escribí un artículo titulado el “*Agotamiento de la vía administrativa, en el caso de las decisiones emanadas de la Comisión creada por el Decreto 61*” que fue publicado en la Revista de la Procuraduría General de la República, N° 3 de ese año, en el cual me referí a la inconveniencia de establecer recursos administrativos previos de forma obligatoria o como requisito obligatorio para acceder al contencioso administrativo y, luego, en mi condición de profesor de derecho procesal administrativo y en mi experiencia profesional como abogado litigante en la jurisdicción administrativa.

En primer lugar, reitero la idea que he expresado en otra ocasión respecto a que el derecho administrativo, en su presentación moderna y ajustada al Estado constitucional y de derecho, debe ser entendido como garantía del ejercicio del poder desde la libertad y para la libertad y ha de ser la herramienta fundamental para frenar la arbitrariedad en beneficio de la dignidad humana y proteger los valores supremos del hombre, dentro de los cuales destaca la libertad “*como categoría de primer orden en la vida civilizada*”⁴.

Para asegurar la materialización de este derecho administrativo de la libertad que pretende eliminar la ilegalidad en el ejercicio del poder público y evitar el ejercicio ilimitado del poder y de esta forma asegurar el pleno disfrute y ejercicio de las libertades y derechos de los ciudadanos, se precisa de un régimen de justicia administrativa –tutela judicial efectiva– que garantice no sólo el derecho de acceso a la justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, sino que supone también que la Administración, en respeto del derecho constitucional a la igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución de Venezuela de

⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando “Libertad, Estado y Derecho Administrativo. El papel del Derecho administrativo en la modernidad democrática”, en *Revista de Derecho Público* N° 117, EJV, Caracas, 2009, p. 46.

1999, actúe en juicio frente a los particulares como cualquier otra parte, sometida a derecho y en equivalencia de condiciones.

De forma que no puede haber tutela judicial efectiva si no se cumple el principio de igualdad de las partes en el proceso, aun cuando ella sea una persona jurídica de derecho público o un ente de índole privada creado mediante la descentralización funcional del Estado. No hay tutela judicial efectiva en un proceso judicial en el que se reconozcan beneficios o privilegios procesales y fiscales a una de las partes y cargas y obligaciones a la otra.

Dos principios fundamentales deben armonizarse y tenerse en cuenta; de una parte, el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 21 de la Constitución y de la otra el referido a la tutela judicial establecido en el artículo 26 *eiusdem*.

En efecto, el artículo 21 de la Constitución dispone sobre el derecho a la igualdad ante la ley lo siguiente:

Todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquéllas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.

Asimismo, el artículo 26 de la Constitución consagra el derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

De manera que la tutela judicial efectiva no es sólo el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que también forman parte de

ese derecho constitucional un sistema efectivo de protección cautelar a las pretensiones del particular, así como el respeto de las garantías que aseguren el derecho al debido proceso, la obtención de una sentencia eficaz y la posibilidad efectiva de ejecutar lo decidido.

Téngase en cuenta, además, que la exposición de motivos de la Constitución señala que el derecho a la justicia tiene fundamento “*en los derechos de igualdad y a la tutela judicial efectiva*” y exhorta al legislador, con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, a “*eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio*”.

Lo que hemos señalado hasta ahora contrasta con el origen del sistema de justicia administrativa en Francia, fundamentado en la interpretación particular del principio de división de poderes, motivada por circunstancias históricas y contingentes que derivó en lo que llamó GONZÁLEZ PÉREZ la “*monstruosa construcción revolucionaria*” que predicaba la “*independencia de la administración frente a los Tribunales*”⁵ y la creación de un sistema de justicia administrativa encomendada a la propia Administración, en el cual los litigios contra la Administración escapaban del conocimiento de los tribunales –bajo el principio esencial según el cual “*juzgar a la administración sigue siendo administrar*”–, y se establecía que era el Rey, y luego los ministros, quienes conocían de tales causas para no incurrir en denegación de justicia.

Para imponer esa peculiar interpretación del principio de separación de poderes, y llevar adelante el sistema de autocontrol o exención judicial, se dictó la Ley de “Separación” (Ley 16-24, de agosto de 1790) por medio de la cual se estableció que “*Las funciones judiciales están y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos por razón de sus funciones*”⁶.

En esa primera fase de la justicia administrativa –fundamentada en el autocontrol de la administración– se fueron formando las inmunidades, prerrogativa y privilegios de la administración. Una de las

⁵ Véase: Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992.

⁶ Posteriormente, la Ley de 16 de Fructidor del año III (3 de septiembre de 1795) dispuso: “*Se prohíbe terminantemente a los Tribunales, conozcan de los actos de Administración, cualquiera que sea su especie*”. Existió claramente un recelo ante los jueces por su vinculación con el Antiguo Régimen.

inmunitades iniciales “*fue la exigencia formal de que determinadas materias que le son propias han de quedar inmunes al control y fiscalización los jueces*”⁷. Esas zonas exentas de control o inmunes a la fiscalización judicial eran los actos discrecionales, los actos políticos y los reglamentos. Un afortunado desarrollo posterior del derecho administrativo nos lleva a la consideración actual –que ya es dogma– de que no hay actos, o actuaciones de la administración inmunes de control.

También se elaboró la idea de que era necesario agotar previamente todas las vías administrativas iniciales o recursivas, puesto que la lógica era la de que sólo podía conocerse o revisarse un acto o decisión previa; de allí que se concibió como una prerrogativa de los entes públicos, el obligatorio tránsito de los particulares por los procedimientos en sede administrativa antes de poder acudir a la vía jurisdiccional a través de las acciones judiciales a incoarse en contra de los entes y órganos públicos.

Para justificar estos privilegios o prerrogativas de la Administración pública en el ámbito procesal se indica que a la Administración le corresponde la tutela del interés general y que además gestiona el patrimonio y los bienes públicos de un Estado. La lógica detrás de esta idea fue en un principio la de que no podían aplicársele a la Administración pública las mismas condiciones que en juicio se aplicaban a una persona en el ámbito del derecho privado –ya fuese una persona física o una moral– por considerarse que el interés general es superior o de mayor relevancia en cuanto a la jerarquía de derechos que los intereses individualmente considerados.

Se predicaba la idea de que tras los fines de interés general se despliegan una serie de actividades catalogadas como “servicio público” que no podían ser objeto de interrupción en razón de algún tipo de medida propia de la función judicial y de los procesos jurisdiccionales, como lo sería el embargo sobre bienes.

Se resaltaba además que, en virtud del principio de legalidad, o más concretamente de legalidad presupuestaria que le atañe a la Administración pública, ningún gasto podía realizarse sin que estuviese previsto en la partida presupuestaria de ley, lo que hacía inviable la ejecución de sentencias de carácter pecuniario en la misma forma en que se podía acordar sobre el patrimonio de cualquier otra persona.

Así pues, desde el momento en que los entes y órganos de la administración pública fueron sometidos al control judicial de sus actos, omisiones y de su responsabilidad contractual y extracontractual en general, en muchas jurisdicciones pertenecientes al sistema de derecho

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3^o ed., Editorial Civitas, Madrid, 1983.

continental –influenciadas por esas primeras ideas que fundamentaron el contencioso administrativo en sus inicios en Francia– el legislador fue otorgando una suerte de estatus privilegiado o de supremacía frente a los particulares en el ámbito jurisdiccional que se tradujo en un tratamiento desigual y de limitaciones a los particulares en su derecho a la tutela judicial efectiva.

Bajo la influencia comentada el legislador venezolano, también ocurrió en otros países, ha impuesto una serie de limitaciones al derecho a la acción que aún están vigentes tales como, la obligatoriedad de seguir un procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, las notificaciones obligatorias a los órganos de asesoría judicial del Estado (Procuraduría General de la República), así como las prerrogativas procesales referidas a los aspectos probatorios y la ejecución de sentencias en los procedimientos jurisdiccionales.

Hay también privilegios procesales a favor de la Administración pública, pero desde un punto de vista fiscal, tales como, la inaplicación de medidas ejecutivas o preventivas sobre bienes (embargo, prohibiciones de enajenar o gravar, secuestro, entre otros), imposibilidad de constituir caución e improcedencia de condenatoria en costas y de compensación contra los entes demandados.

Pero la moderna concepción del derecho administrativo enderezado a controlar la arbitrariedad en beneficio del régimen de derechos, garantías y valores supremos del hombre cambió el paradigma y produjo un giro dirigido a la consolidación de una tutela judicial efectiva; una jurisdicción plena, no sólo revisora de la legalidad o de carácter objetivo, lo que impactó las ideas originales de primacía e inmunidades y privilegios de la administración.

El interés público que antes servía para justificar las potestades exorbitantes de la administración pública –ejecutividad, ejecutoriedad, *ius variandi*, potestad sancionadora, etc.– y los privilegios y prerrogativas procesales y fiscales, hoy aparece vinculado a la promoción de los derechos fundamentales de las personas, frente, precisamente, al inmenso poder del Estado. El interés público ahora se enfoca fundamentalmente en asegurar el pleno y efectivo disfrute y goce de los derechos y libertades de los administrados.

La doctrina defiende hoy una posición contraria a esos privilegios y prerrogativas concedidos por la ley a la Administración, entendiendo que desnaturalizan y limitan ese derecho a una tutela judicial efectiva. Con palabras muy elocuentes el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA, al hacer referencia a la aplicación del principio de inembargabilidad de los bienes públicos o *privilegium fisci*, señala que este privilegio “es un asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio” pues “El dinero administrativo

*es perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no perturba ningún servicio esencial, sino que da al dinero público precisamente el destino específico que la Ley (concretada mediante la sentencia ejecutoria) le asigna*⁸.

SANTAMARÍA PASTOR afirma que:

[...] las amplísimas potestades de que la Administración está dotada no poseen un refrendo explícito en nuestro texto constitucional. Su vigencia deriva de simples normas legales. [...] Muchas de ellas son potestades en cierta forma inherentes y naturales a la condición de Poder Público que la Administración ostenta; otras, en cambio constituyen puros arrastres de épocas pretéritas, de autoritarismo teórico, incompatibles con la Constitución vigente y aun con el propio concepto general del Estado de Derecho, pero cuya eliminación del sistema no se ha producido, de hecho, todavía [...] la estructura del proceso contencioso está concebida [...] como un conjunto de técnicas destinadas a hacer fracasar con facilidad suma los recursos entablados por los particulares: globalmente su contradicción con los artículos 24.1 y 106.1 de la Constitución española –relativos a la tutela judicial efectiva frente a la Administración– es manifiesta, y dice muy poco de la calificación de Estado de Derecho que campea en el pórtico del texto fundamental⁹.

En Venezuela algunas leyes, en contra de lo dispuesto en la Constitución, sitúan a la República y otros entes públicos en una posición de privilegio frente a los particulares, fundamentadas erróneamente en el interés público que aquellos están llamados a tutelar y que debe prevalecer sin menoscabo del interés individual.

El establecimiento de estos privilegios a favor de la República tiene como antecedente en Venezuela la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, sancionada en 1934 bajo la vigencia de la Constitución de 1931 y reformada en 1937 durante la vigencia de la Constitución de 1936, la cual consagraba los privilegios relacionados con la imposibilidad de practicar medidas judiciales coactivas sobre bienes de la República y la exención absoluta de condenatoria en costas contra la nación.

Esta tendencia fue posteriormente recibida por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965¹⁰ y ratificada por la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional de 1974¹¹. Si bien esta última Ley

⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Los postulados constitucionales de la Ejecución de las Sentencias Contencioso Administrativas” en *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*. Vol. 2, Editorial Complutense, Madrid, 1992, pp. 1048-1049.

⁹ Cfr. Aut. Cit. Fundamentos de Derecho Administrativo, Madrid, 1988, pp. 210, 220-221; ORTIZ ÁLVAREZ, Luis y PRADO MONCADA, Rafael, “Ocaso o fortalecimiento del agotamiento de la vía administrativa como requisito previo para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa” en *Revista de Derecho Administrativo N° 11*, Editorial Sherwood. Caracas, 2001, p. 274.

¹⁰ Gaceta Oficial N° 27.921 del 22-12-1965. Artículos 30 al 50.

¹¹ Gaceta Oficial N° 1.660 Extraordinario del 21-06-1974. Artículos 3 y 6 al 16.

fue parcialmente derogada por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹², esa derogatoria no comprendía las disposiciones que estaban referidas a los privilegios de la República, las cuales aún permanecían vigentes; posteriormente fue dictada la Ley Derogatoria Parcial de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional¹³ que sólo dejaba vigente una serie de artículos "*Hasta tanto se dicten los instrumentos normativos que rijan la materia*"¹⁴.

De manera que, en contra de lo dispuesto en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia han ratificado las inmunidades y privilegios en perjuicio del derecho de los particulares a una protección judicial efectiva. En la actualidad los privilegios y prerrogativas procesales de la República, institutos autónomos, Estados y municipios, se hallan consagrados principalmente en el Decreto con Valor, Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (DLOPGR)¹⁵, y reiteradas o extendidas por medio de otras leyes, como son: el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP)¹⁶, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA)¹⁷, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público¹⁸, y la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM)¹⁹, en lo que concierne a los municipios.

Llama la atención que tratándose de leyes dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 que propugna y defiende la desaparición de los privilegios consagrados a favor de la Administración en obsequio del derecho de los particulares a la tutela judicial efectiva, éstas no acogiesen con plenitud la exhortación hecha por el constituyente en la exposición de motivos al punto de que no sólo consagran toda un conjunto de privilegios procesales a favor del Estado,

¹² Gaceta Oficial N° 37.029 del 05-09-2000.

¹³ Gaceta Oficial N° 39.238 del 10-08-2009.

¹⁴ Quedando vigentes los artículos 17, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 47, 48, 52 y 69, y en forma parcial el artículo 106, sólo en cuanto a la custodia de los bienes que constituyen la Hacienda Pública Nacional.

¹⁵ Publicado en Gaceta Oficial N° 6.220 Extraordinario del 15-03-2016, que reimprimió "por fallas en sus originales" al Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República publicado en la Gaceta Oficial N° 6.210 del 30-12-2015, el cual modificó el Decreto de la Procuraduría General de la República del año 2008 (publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.892 del 31-07-2008), que a su vez había reformado parcialmente la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República dictada en el 2001 (publicada en Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinario del 13-11-2001), cuyas disposiciones recogían en forma casi idéntica los privilegios que a favor del Estado preveía la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional de 1974.

¹⁶ Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario del 17-11-2014.

¹⁷ Gaceta Oficial N° 39.451 del 22-06-2010.

¹⁸ Gaceta Oficial N° 39.140 del 17-03-2009.

¹⁹ Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28-12-2010.

como por ejemplo el del acceso a los expedientes que se encuentren en tribunales y otros órganos nacionales, estatales y municipales (registros y notarías, entre otros) relacionados con las actuaciones adelantadas por los funcionarios públicos de la Procuraduría General de la República, aún en horario inhábil²⁰, sino que además, en total desconocimiento del texto constitucional, imponen con carácter obligatorio el agotamiento previo del antejuicio administrativo como requisito de necesario cumplimiento para la admisibilidad de la acción (artículo 68 y siguientes DLOPGR).

Téngase en cuenta también la LOJCA que establece en el artículo 35, como causal de inadmisibilidad de la demanda, el incumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, los estados, o contra los órganos o entes del poder público a los cuales la ley les atribuye tal prerrogativa. La LOJCA también dispone que en caso de resultar condenada en juicio la República o algún estado se seguirá el procedimiento de las normas establecidas en el DLOPGR, y no el procedimiento contemplado en la misma para la ejecución voluntaria y ejecución de la sentencia.

De acuerdo con el artículo 77 del DLOPGR, los privilegios y prerrogativas procesales de la República establecidos en las leyes, son irrenunciables y deben ser aplicados por las autoridades judiciales en todos los procesos ordinarios y especiales en los que participe la República.

Otras disposiciones legales, por el contrario, dictadas –estas sí– en sujeción con lo dispuesto por la Constitución, han establecido el carácter opcional del agotamiento de la vía administrativa. Ese es el caso del numeral 9 del artículo 7 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del año 2001 que establecía como un derecho de los particulares “*ejercer a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la ley*”.

I. Privilegios y prerrogativas procesales de la República

Nos vamos a referir, en primer lugar, a las prerrogativas y privilegios procesales que aún, en contra de la Constitución, consagra la legislación

²⁰ Artículo 6 del DLOPGR: “*Los funcionarios públicos o funcionarias públicas de la Procuraduría General de la República y quienes actúen en su nombre, tienen acceso a los expedientes que se encuentren en los tribunales, registros, notarías y demás órganos nacionales, estatales y municipales vinculados con las actuaciones que los mismos adelanten, aún en horario no hábil*”.

en Venezuela para la República, los estados y demás entes públicos a los que la ley igualmente se los otorga.

Para facilitar el desarrollo del tema señalo que hay prerrogativas y privilegios procesales para la República y otros entes públicos antes del proceso judicial, durante el proceso judicial y después del proceso, en la fase de ejecución.

De modo que, en primer lugar, voy a formular consideraciones al llamado "antejuicio administrativo" privilegio o prerrogativa exigida en forma previa al inicio del proceso judicial. Luego, comentaremos las prerrogativas y privilegios relacionados o exigidos por la ley en la iniciación del proceso como es el requerimiento de notificaciones obligatorias, Seguidamente analizaremos las prerrogativas en la fase de sustanciación del proceso, como son las regulaciones sobre de medidas cautelares, la improcedencia de la confesión ficta y que versan principalmente sobre el tema probatorio.

Después estudiaremos las prerrogativas procesales que se establecen para las fases de decisión y ejecución de sentencia en el proceso contencioso administrativo, es decir, las disposiciones relativas a consultas y notificaciones obligatorias, así como los informes obligatorios sobre la ejecución de sentencias a cargo del tribunal competente y las denominadas prerrogativas o privilegios fiscales de los entes públicos que establecen la imposibilidad de practicar medidas judiciales coactivas sobre bienes de la República y la exención absoluta de condenatoria en costas contra esta; así como también la imposibilidad de exigir a la República que constituya caución para la procedencia de alguna actuación judicial y la inadmisibilidad de compensación contra esta.

Finalmente, procederemos con el estudio de los privilegios y prerrogativas procesales y fiscales de los municipios, que cuentan con un régimen especial dispuesto en la ley orgánica que los rige.

1. Antes de la iniciación del proceso: El antejuicio administrativo

A. Consideraciones generales

Teniendo como fundamento la idea heredada del derecho administrativo francés, producto de la revolución francesa, respecto de la necesidad de tener una decisión previa para que la administración pueda ser sometida a juicio, en muchos países se ha establecido un procedimiento administrativo obligatorio previo a las reclamaciones judiciales.

En Venezuela, el Título IV de la DLOPGR, en el Capítulo I referido al procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República, en los artículos 68 al 74 regula el antejuicio administrativo. De forma que

antes de instaurar cualquier demanda contra la República debe iniciarse un procedimiento administrativo previo para exponer concretamente las pretensiones del caso. El artículo 68 de esa ley dispone que:

Quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República deben manifestarlo previamente por escrito al órgano al cual corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones en el caso. De la presentación de este escrito debe dar recibo el interesado y su recepción debe constar en el mismo.

Y el artículo 74 *eiusdem* prevé este requisito como presupuesto de admisibilidad en las demandas intentadas contra la República, al establecer que “*los funcionarios judiciales deben declarar inadmisibles las acciones o tercerías que se intenten contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo...*”.

El procedimiento administrativo tiene una naturaleza especial:

[...] ordenado a obtener de la Administración Pública el reconocimiento pacífico de un derecho o una situación de modo unilateral [...] es, pues, la doctrina del “acto previo” aplicado a la órbita privada que es donde nació tal doctrina, y el antejuicio administrativo tiende a conseguir ese acto concreto –expreso o ficto– contra el que accionar²¹.

El procedimiento previo es una prerrogativa para la República y una carga para el administrado; para este, pues de no agotar la vía de conciliación previa le estará vedado el acceso a la jurisdicción contenciosa; para aquella, pues adelanta elementos pertinentes para premeditar la mejor defensa de sus intereses, eliminándose de esta forma el factor sorpresa en cuanto a la pretensión del administrado.

Este procedimiento previo a las demandas contra la República, tiene la naturaleza de un procedimiento administrativo al cual le son aplicables las disposiciones contenidas, en cuanto sea pertinente, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)²². Este procedimiento previo a las demandas contra la República carecería de sentido si la ley, al someter a los particulares a este trámite, prohibiera al Ejecutivo acceder a la reclamación formulada en el caso que la creyera justa. De allí que ha sido criterio reiterado de la Procuraduría General de la República que el cumplimiento del antejuicio administrativo se impone y es de inexorable cumplimiento; pero en tal caso, la obligación del procedimiento previo conlleva la facultad de la administración de acceder a la reclamación planteada²³.

²¹ ARAUJO-JUÁREZ, José, *Principios generales del derecho administrativo formal*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1993. p. 359.

²² Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

²³ Doctrina de la Procuraduría General de la República. Año 1966, pp. 249-252.

En Venezuela, el origen del antejuicio administrativo está en el antiguo procedimiento que permitía la reclamación de acreencias contra el fisco nacional, establecido primero, en la Ley Orgánica de Hacienda Nacional del 04-06-1918²⁴ y, luego, en sus sucesivas reformas de los años 1926, 1928, 1934, 1934, 1938, 1947, 1948, 1956, 1960 y 1961.

Esta Ley sigue vigente en la actualidad, pero muchas de sus disposiciones han sido derogadas –en forma tácita o expresa– por otras leyes especiales²⁵, incluido lo relativo a ese procedimiento particular de reclamos contra el fisco, que fue tácitamente derogado por las disposiciones de las posteriores leyes de la Procuraduría General de la República que regulan el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República.

La Ley de la Procuraduría de la Nación y del Ministerio Público del 19-04-1955 fue la primera en establecer este procedimiento administrativo a las reclamaciones patrimoniales dirigidas contra la República. Esa ley estableció en el artículo 65 la prohibición a los jueces y funcionarios judiciales, de dar curso a las demandas intentadas contra la Nación, el fisco o algunos de los órganos o entidades que en ese momento le correspondiera a la entonces Procuraduría de la Nación su defensa, cuando no se hubiese acreditado el cumplimiento del referido procedimiento previo.

Esas regulaciones se han repetido en las sucesivas reformas de la Ley de la Procuraduría, estas son: Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (1965)²⁶; Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (2001)²⁷; la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (2008)²⁸; y el vigente Decreto con Valor, Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (2016).

En una de las reformas de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la de fecha 13-11-2001, se eliminó la referencia del deber de cumplir el procedimiento establecido en el artículo 63 la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, cuando se tratase de la reclamación de acreencias previstas en presupuestos fenecidos. Es decir, que ya no era necesario agotar el procedimiento del reclamo contra acreencias cuyos pagos no estaban autorizados en el presupuesto, que venía

²⁴ Ley Orgánica de Hacienda Nacional del 04-06-1918.

²⁵ La última de sus derogaciones expresas constó precisamente en la Ley Derogatoria de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, la cual estableció que una serie de artículos de ese texto legal seguirían manteniendo su vigencia hasta tanto se dicen los instrumentos normativos que regulen esas materias.

²⁶ Gaceta Oficial N° 27.921 del 22-12-1965.

²⁷ Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinario del 13-11-2001.

²⁸ Gaceta Oficial N° 5.892 Extraordinario del 31-07-2008.

establecido en esa disposición para el caso de los reclamos que se presentasen contra presupuestos que no estuviesen ya vigentes para la fecha de iniciación del antejuicio administrativo; agotamiento éste que era necesario conforme a lo que estipulaba el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965²⁹.

De otra parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del año 2008, introdujo en el artículo 38 un cambio significativo en la regulación del procedimiento previo a las demandas contra la República cuando estableció el carácter vinculante de la opinión emitida por la Procuraduría General de la República, en el caso de que esta considerara improcedente la pretensión. En efecto la norma estableció que:

Al día hábil siguiente de concluida la sustanciación del expediente administrativo, el órgano respectivo debe remitirlo a la Procuraduría General de la República, debidamente foliado, en original o en copia certificada, a objeto de que ésta, en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, formule y remita al órgano o ente respectivo, su opinión jurídica respecto a la procedencia o no de la reclamación. En el caso de improcedencia, a los fines del resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República, la opinión de la Procuraduría General de la República tendrá carácter vinculante para el órgano respectivo. No se requiere la opinión de la Procuraduría General de la República, cuando se trate de reclamaciones cuyo monto sea igual o inferior a quinientas Unidades Tributarias (500 U. T.) y hayan sido declaradas procedentes por la máxima autoridad del órgano respectivo.

B. De la inconstitucionalidad del antejuicio administrativo

El antejuicio administrativo ha despertado intensa discusión en la doctrina venezolana, pues a pesar que la exposición de motivos la Constitución exhortó al legislador su eliminación o, en todo caso, su establecimiento optativo, el DLOPGR lo sigue previendo como requisito esencial para la admisión de toda acción ejercida contra el Estado (artículo 35, numeral 3 de la LOJCA)³⁰.

²⁹ Artículo 30 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (1965): *"Quienes pretendan instaurar judicialmente alguna acción en contra de la República deberán dirigirse, previamente y por escrito, al Ministerio el cual corresponda el asunto para exponer correctamente sus pretensiones en el caso. De la presentación de este escrito se dará recibo al interesado a menos que su remisión haya sido hecha por conducto de un Juez o de un Notario. De la recepción del escrito se dejará constancia en nota estampada al pie. // Cuando la acción tenga por objeto la reclamación de acreencias previstas en presupuestos fenecidos se seguirá exclusivamente el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. El procedimiento a que se refiere este Capítulo no menoscaba la atribución que tiene la Contraloría General de la República de conformidad con la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional".*

³⁰ Gaceta Oficial N° 39.451 del 22-06-2010.

Este procedimiento administrativo previo es una prerrogativa procesal a favor de la República y una carga procesal para el particular, que la República puede oponer como causal de inadmisibilidad y que aún si no lo hiciera, los funcionarios judiciales deberán decidirlo así de oficio.

Pero es al mismo tiempo un privilegio también, desde el punto de vista de los intereses patrimoniales de la República, en virtud de que le proporciona una vía para conocer previamente y por anticipado del reclamo que eventualmente pudiera llegar a la sede jurisdiccional a fin de una más ventajosa defensa, como también la posibilidad –si así lo dispusiere– de conciliar con el reclamante en vía administrativa, procurando también una menor afectación al patrimonio público, todo lo cual denota el contexto de desigualdad entre esta y los particulares en este caso.

Un tema muy debatido por la doctrina ha sido la discusión respecto a la constitucionalidad del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, teniendo en cuenta la exhortación que hace la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 para que el legislador elimine la obligación de agotar la vía administrativa antes de acceder al contencioso administrativo. La Exposición de Motivos de la Constitución –a la que ya hemos hecho referencia– indica:

De igual manera y con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, la Ley Orgánica deberá eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio.

Esta exhortación contenida en la Exposición de Motivos de la Constitución llevó a que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 24-05-2000 (caso Raúl Rodríguez Ruiz), decidiera la desaplicación de este presupuesto procesal, además del referido al agotamiento de la vía administrativa en materia de recursos contencioso-administrativos.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo formuló consideraciones acerca del agotamiento obligatorio de la vía administrativa, fundamentándose precisamente en la exhortación contenida en la exposición de motivos de la Constitución y también en varios de sus artículos (19, 26, 51 y 257), indicando expresamente sobre ello que:

De modo que, en el momento en que la propia Constitución establece el derecho de accionar (derecho de acceso a los órganos de administración de justicia), entendido como una garantía “universal” e “incondicional” y como tal es un “valor de aplicación” inmediata en los casos particulares. Toda limitación legal o doctrinal al ejercicio de este Derecho entonces debe reputarse que existe una interpretación antinómica en virtud de la cual debe

prevalecer el mandato constitucional y en razón del principio de supremacía constitucional y así debe ser entendido.

Luego la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo hizo referencia expresa al asunto del agotamiento de la vía administrativa y su exigibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, rechazando categóricamente que esto pueda realmente representar una condición de acceso a la jurisdicción, de la siguiente manera: *“no se trata, el agotamiento de la vía administrativa y la reclamación previa, de un requisito de la ‘acción’ y mucho menos de la demanda”*.

En tal sentido, el referido Tribunal, señalando que el derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental que debe ser respetado y garantizado por los órganos del poder público (artículo 19, Constitución) y al cual debe dársele una tutela judicial efectiva (artículo 26, Constitución), la acción o demanda no exige más requisito que el de ser persona humana, por lo que la necesidad de garantizar una efectiva y expedita justicia conduce a la eliminación del carácter obligatorio del agotamiento previo de la vía administrativa y la reclamación previa a las demandas patrimoniales contra el Estado aplicándose de manera preferente las normas constitucionales.

Conforme este criterio, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo calificó en su momento esta formalidad como *“no esencial”* en los términos establecidos en el artículo 257 de la Constitución y estableció su carácter opcional para el administrado, quien, en todo caso, podría acudir directamente a la vía judicial, reafirmando al final de sus motivaciones que el agotamiento previo de la vía administrativa *“no es una obligación (y nunca lo ha sido con respecto del ejercicio de la acción) para conocer el fondo del asunto planteado y resolver el mérito de la pretensión deducida en el proceso”*.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo estableció ese mismo criterio sobre la no exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa, mediante sentencia publicada el 24-05-2000 con el N° 2000-499 (caso Ramón Díaz contra el municipio Sucre del estado Miranda).

El caso objeto de la sentencia fue también el de una apelación, pero de una sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, el cual declaró con lugar una querrela funcionarial.

En ese caso, el apelante (el Municipio Sucre) alegó –entre otros– que el querellante no había agotado la vía administrativa correspondiente, representada concretamente por la denominada gestión conciliatoria que consagraba el artículo 15 de la Ley de Carrera Administrativa, en concordancia con el 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia

vigentes para ese momento. Ante dicho planteamiento, la Corte Primera en forma muy similar a como lo hizo en la otra sentencia recién comentada estimó *“procedente realizar una interpretación del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en forma concordada, integral y progresista con el preámbulo y los artículos 2, 3, 25, 257 y 259 de la misma”*.

Fundamentándose en ese análisis, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo finalmente desestimó el comentado alegato, desapplicando mediante control difuso y frente al caso en concreto, lo establecido en los artículos 15 de la Ley de Carrera Administrativa, numeral 2° del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y los artículos 92 y 94 de la LOPA, al considerar que:

[...] en atención a los anteriores razonamientos y a la interpretación concordada y progresiva del preámbulo y de los artículos 2, 3, 25, 26, 257 y 259 de la Constitución vigente, considera esta Corte que el agotamiento de la vía administrativa y la realización de la gestión conciliatoria, no deberían constituir formalidades esenciales, ya que el objetivo del recurso contencioso administrativo es retar la legalidad del acto actual, que causa gravamen al particular, restableciéndole prontamente los derechos que le fueron vulnerados, sin que el administrado tenga que ser sometido a la espera y a la expectativa de que la Administración en ejercicio de su potestad de autotutela corrija su errónea actividad.

De esa manera, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se fundamentó igualmente en las disposiciones de la Constitución, especialmente dirigidas a hacer prevalecer los derechos de los particulares relacionados con el acceso a la justicia, frente a las limitaciones que a esos mismos derechos impone el tener que agotar obligatoriamente vías administrativas previas de cualquier índole.

Lo anterior –agregó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su decisión– sin tener que abandonar o desechar por completo la posibilidad de que los particulares puedan acudir a la sede administrativa, que por supuesto mantendría un carácter optativo frente a aquellos, indicando en ese sentido que:

[...] no obstante considerar esta Corte que el agotamiento de la vía administrativa y de la gestión conciliatoria no es necesario para acudir a la vía contencioso administrativa, ello no es óbice para que el particular que se considere afectado en virtud de un acto administrativo, decida agotar previamente la vía administrativa o realizar la gestión conciliatoria antes de acudir a la jurisdicción contenciosa en materia funcionarial, pues el derecho del particular a accionar en la sede de su preferencia debe ser respetado, así como también debe respetarse la potestad de autotutela que detenta la Administración y en ejercicio de la cual ésta puede revisar y corregir por sí misma sus actuaciones administrativas.

Esta posición fue posteriormente, muy lamentablemente, revocada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia por medio de la sentencia del 27-03-2001, caso: Fundación Hogar Escuela José G. Hernández y abandonada también por la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a través de la sentencia del 26-04-2001, caso: Antonio Alves vs Municipio Baruta, y de allí en adelante ha reiterado que:

[...] en jurisprudencia reiterada respecto al tema, esta Sala ha establecido que el uso de la vía administrativa no responde al cumplimiento de una simple formalidad, sino que es necesaria para garantizar a los administrados la posibilidad de resolver el conflicto en sede administrativa, antes de acudir a la vía jurisdiccional, a través de la figura de la conciliación y con el fin de garantizar de una manera efectiva la tutela de los intereses del Estado y la participación ciudadana en la resolución de sus conflictos.

De tal forma, que la omisión del requisito del antejuicio administrativo se traduce en una prohibición de la Ley de admitir la demanda, mientras no se haya dado cumplimiento a tan importante requisito. Toda vez que la pretensión procesal si tiene la correspondiente protección jurídica y por tanto ahí no existe en verdad ausencia de acción ni prohibición de su ejercicio, la cuestión procesal consiste como ya se dijo, en exigir el agotamiento previo de la reclamación administrativa, la cual puede evitar el uso de la vía jurisdiccional³¹.

Asimismo, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha ratificado que:

[...] el antejuicio administrativo constituye un requerimiento previo para instaurar demandas contra la República, ello con la finalidad de lograr que sus pretensiones sean estudiadas y resueltas en la misma vía administrativa, sin que sea necesario acudir a los órganos jurisdiccionales. Resulta claro para esta Sala, que el agotamiento de la vía administrativa previa debe ser un procedimiento fácil y expedito, que le permita al interesado poner en conocimiento de la Administración el contenido de su pretensión³².

Visto el precedente de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, y en virtud de la debilidad de la independencia del Poder Judicial, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo revocó su anterior criterio y estableció que la exigencia de dicho requisito –agotamiento de la vía administrativa– se erige como un medio que permite a los particulares, en protección de sus derechos e intereses, solicitar ante la administración la revisión de sus actos para lograr así su eliminación y la de los perjuicios que éstos comportan.

El nuevo criterio consideró que todo medio que permita a los particulares reaccionar frente a la administración en protección de sus derechos e intereses –como lo es la vía administrativa– constituye un medio

³¹ Sentencia del 16-10-2002. Caso: Etres Marketing C.A.

³² Sentencia del 23-07-2003. Caso: Elebol.

que garantiza la efectividad del Estado de Derecho y que no transgrede el derecho a la tutela judicial efectiva. Indicó que la consagración a nivel legal del agotamiento de la vía administrativa y del antejuicio administrativo, como requisito previo para acudir a la vía judicial, constituye un límite al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, producto de la ponderación efectuada por el legislador entre los beneficios que puede tener la vía administrativa para el interés general y el derecho de los particulares de acceder a los órganos de justicia para hacer valer sus derechos e intereses.

Además, señaló que legislar sobre los derechos y garantías constitucionales es una potestad privativa del Poder Legislativo, a tenor de lo previsto en los artículos 156, numeral 32, y 187, numeral 1, de la Constitución y por ello es evidente que el establecimiento de condiciones –como la vía administrativa– es también una facultad legítima producto del ejercicio exclusivo de dicha potestad. Así, el hecho de que se establezcan mediante ley límites y condiciones al ejercicio de determinados derechos individuales en beneficio de intereses superiores en modo alguno atenta contra el Estado de Derecho y así lo reconoce la Constitución (i.e. artículos 44, 47, 50, 52, 53, 68, 112 y 115).

Esta afirmación –señaló la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo– es consecuente con la naturaleza del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual no tiene carácter ilimitado.

Sostener lo contrario –advierte la sentencia– llevaría a la incierta conclusión de que el legislador, en ejercicio de su potestad legislativa, no podría imponer límites a este derecho, lo cual derivaría en la invalidez de todos los requisitos de admisibilidad de las demandas previstas en las leyes procesales.

De ninguna manera compartimos la tesis jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 15-10-2002 y tampoco la de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que la siguió, respecto a que la finalidad del antejuicio administrativo es la de una garantía para los particulares en la posibilidad de resolver el conflicto en sede administrativa.

No estamos de acuerdo con esta jurisprudencia regresiva que ha dicho, indebidamente, que este mandato no es de cumplimiento directo por parte de la rama judicial, sino que su regulación quedó a disposición del legislador; y adicionalmente que este último podía constitucionalmente establecer limitaciones a la tutela judicial efectiva en ese sentido, validando por tanto el establecimiento legal de la figura.

La doctrina es también contraria a esa tesis jurisprudencial. El profesor JORGE KIRIAKIDIS afirma que:

Lo que debe ocurrir y lo ajustado al acceso a la justicia es que el acceso a los órganos judiciales de administración de justicia para enfrentar a la administración no se vea supeditado, en modo alguno, al agotamiento de instancias administrativas previas (y más aún cuando tales instancias son absolutamente inconsecuentes)³³.

Dice el profesor KIRIAKIDIS que el antejuicio administrativo constituye, la mayoría de las veces, la práctica de una mera formalidad, y las decisiones tomadas en el marco de dichos procedimientos carecen de relevancia alguna³⁴.

C. Antejuicio administrativo en demandas contra la República

La DLOPGR prevé en el Título IV, Capítulo I, en los artículos 68 al 74, un procedimiento administrativo previo en el caso de acciones contra la República y la LOJCA, establece en su artículo 35, numeral 3, que la demanda se declarará inadmisibile cuando haya *"Incumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, los estados, o contra los órganos o entes del Poder Público a los cuales la ley les atribuye tal prerrogativa"*.

De forma que antes de instaurar cualquier demanda contra la República debe iniciarse un procedimiento administrativo previo para exponer concretamente las pretensiones del caso. Ese procedimiento administrativo tiene una doble finalidad: (i) de una parte, evitar el juicio contra el Estado, pues en esa fase administrativa éste puede allanarse total o parcialmente a las pretensiones del administrado; y (ii) de otro lado, sirve también para que el Estado esté enterado con anticipación de la eventual demanda y pueda así adelantar sus defensas.

El antejuicio administrativo es exigible cuando se proponga una demanda contra la República, indistintamente de la causa en que se fundamente. Puede tratarse de acciones reivindicatorias, intentadas por quien afirma su derecho de propiedad sobre bienes que se encuentran en propiedad de la administración; o de acciones derivadas de contratos celebrados por la administración con particulares o empresas privadas, tales como los contratos de compraventa o arrendamiento de inmuebles; contratos de obras o de prestación de servicios y toda la gama de reclamaciones que de ella pueden surgir por variaciones de costos, reclamación de actualización de precio por mora en el pago, reconocimiento de la obligación de la República de pagar cuando no hay relación contractual en el caso de la obra extras construidas y que no estaba prevista en el contrato originalmente suscrito.

³³ KIRIAKIDIS, Jorge, *Debido proceso y contencioso administrativo en Venezuela*, CI-DEP y FUNEDA, Caracas, 2019, p. 78.

³⁴ Id., p. 77.

También procede cuando se intenten acciones derivadas de las concesiones mineras, concesiones de servicios públicos o concesiones de obras públicas, los contratos de suministros, los contratos de empréstito públicos de demás contratos administrativos. Igualmente, pueden surgir acciones de ciertos hechos financieros, tales como la acción dirigida a obtener el reintegro de impuesto indebidamente pagados o pagados en exceso, las acciones encaminadas a obtener el reconocimiento de acreencias no prescritas a cargo de presupuesto fenecidos y las que provengan de los arreglos o transacciones celebradas con respecto a deudas atrasadas, entre el fisco y los contribuyentes³⁵.

D. Antejudio administrativo en demandas contra entes públicos diferentes a la República

Tradicionalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia, había considerado, y creemos que así debe ser, que el requisito del antejudio administrativo es una prerrogativa aplicable de manera exclusiva a la República por cuanto las diferentes leyes de la Procuraduría General de la República siempre han establecido que quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República, deberán manifestarlo al órgano correspondiente. De manera que es claro que la ley no incluye los casos de demandas intentadas contra Institutos Autónomos y empresas del Estado.

El Tribunal Supremo de Justicia había establecido que el antejudio administrativo, como principio general, no se aplicaba a los institutos autónomos, salvo cuando una previsión legal expresa reconociera tal prerrogativa a un instituto autónomo en concreto³⁶.

Sin embargo, posteriormente el Tribunal Supremo de Justicia modificó su criterio y estableció que a los institutos autónomos les resultaba aplicable el antejudio administrativo, como prerrogativa establecida de manera general en la derogada LOAP³⁷. Así, el máximo Tribunal señaló que:

[...] la jurisprudencia reiterada de esta Sala había considerado que siendo los institutos autónomos un ente público con patrimonio propio y personalidad jurídica distinta a la de la República, no le era aplicable la prerrogativa del procedimiento previo a las demandas contra la República contenida en la derogada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. (ver, entre otras, sentencia N° 1.648 de fecha 13 de julio de 2000 y sentencia N° 1.246 del 26 de junio de 2001).

³⁵ LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo. Edición: XIV*, actualización por: Rodrigo Eloy Lares Bassa, UCV, Caracas, 2013, p. 53.

³⁶ Vid. Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 14-03-1991. Este criterio fue mantenido por la Sala Político-Administrativa en reiteradas ocasiones: ver sentencias del 13-07-2000 y del 26-06-2001.

³⁷ Gaceta Oficial N° 37.305 del 07-10-2001.

Sin embargo, la entrada en vigencia de nuevas leyes obligan a esta Sala a realizar otra interpretación sobre el tema. [...]

[E]n fecha 17 de octubre de 2001 entró en vigencia la Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.305, de la misma fecha, la cual establece: "Artículo 97: Los institutos autónomos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios".

De la norma antes transcrita, se evidencia con meridiana claridad que la ley en forma expresa otorgó a los institutos autónomos los privilegios y prerrogativas acordados a la República, sin hacer ninguna distinción entre privilegios fiscales y procesales³⁸.

De esta manera la Sala Político-Administrativa modificó su criterio (ratificado mediante sentencias de fechas 01-06-2004 N° 525 y del 15-02-2012 Caso: INIA) conforme al cual el antejuicio administrativo previsto en la LOPGR se aplicaba de manera exclusiva a las demandas contra la República, salvo en aquellos casos en que una disposición legal establecía de manera expresa su aplicación a las demandas contra los institutos autónomos. Ahora, por tanto, la sustanciación del antejuicio administrativo será un requisito previo de admisibilidad de las demandas contra los institutos autónomos.

Así mismo, de conformidad a través de las decisiones N° 2.229 y 281 dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fechas 29-07-2005 y 26-02-2007, respectivamente, se interpretó indebidamente que la sustanciación como requisito previo de admisibilidad del antejuicio administrativo, era extensibles a las empresas del Estado.

En efecto, en la decisión N° 281 la Sala Constitucional señaló –erróneamente y en violación al principio de la reserva legal– que, en el caso específico de Petróleos de Venezuela, S.A. (en lo sucesivo "PDVSA"), resultaban aplicables los privilegios y prerrogativas procesales de la República, tal como se expone: "*PDVSA Petróleo, S.A., es una empresa del estado beneficiaria de las prerrogativas procesales que la Ley le confiere tanto a la República Bolivariana de Venezuela como a una serie de entes de derecho público similares*"³⁹.

Por su parte, la Sala Político Administrativa, en aplicación del criterio jurisprudencial señalado, ha declarado la inadmisibilidad de las demandas interpuestas contra PDVSA por no haber agotado el requisito procesal previo del antejuicio administrativo, de conformidad con lo

³⁸ Sentencia de la Sala Político Administrativa del 14-10-2003. Caso Fonder vs. Inversora Finanvalor, C.A.

³⁹ Sentencia del 06-02-2007, caso: PDVSA PETRÓLEO, S.A..

dispuesto en el artículo 35 numeral 3 de la LOJCA. En ese sentido, ha establecido lo siguiente:

En tal sentido y atendiendo el criterio vinculante sentado por la Sala Constitucional en la sentencia Nro. 281 de fecha 26 de febrero de 2007, caso: Robert Prado, Onely Suárez y otros contra las empresas SECOGOCA y PDVSA Petróleos, S.A., esta Sala Político-Administrativa ha sostenido de manera pacífica y reiterada y recientemente en sentencia Nro. 00237 de fecha 21 de marzo de 2012, caso: Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) contra la sociedad mercantil Bitúmenes Orinoco, C.A., el criterio según el cual a PDVSA y a sus empresas filiales les son extensibles los privilegios procesales de la República.

(...) el antejuicio administrativo constituye un privilegio procesal previo a las acciones contra la República, el cual —por aplicación del criterio jurisprudencial expuesto—, es extensible a PDVSA y a sus empresas filiales, entre las cuales se encuentra la sociedad mercantil PDVSA PETRÓLEO, S.A; resulta forzoso concluir que en el presente caso debe cumplirse con el agotamiento de tal procedimiento. Ahora bien, como quiera que de la revisión de las actas que conforman el expediente, se constata que los demandantes no acreditaron el cumplimiento de tal formalidad, resulta forzoso para este Juzgado declarar la inadmisibilidad de la presente acción, con arreglo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, así se decide⁴⁰.

De conformidad con las decisiones transcritas se evidencia que, los privilegios y prerrogativas previstos por el legislador para la República fueron interpretados, insistimos en violación a la reserva legal, extensivamente por la jurisprudencia y aplicados indebidamente a las empresas del Estado, dentro de las cuales se encuentra PDVSA.

La Sala Constitucional realizó una actuación contraria a derecho por cuanto interpretó de manera extensiva disposiciones que imponen cargas o limitaciones para los particulares, siendo que en esos casos lo que procede es, por el contrario, la interpretación restrictiva.

El inconstitucional criterio de la Sala Constitucional ha venido siendo reiterado. Veamos la sentencia N° 735 del 25-10-2017, en la que estableció que:

[...] resulta un hecho de carácter público, notorio y comunicacional que actualmente el Estado venezolano posee participación en un sinnúmero de empresas, tanto en carácter mayoritario como minoritario, es por ello que, conforme a la potestad conferida a esta Sala Constitucional en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se establece con carácter vinculante que las prerrogativas y privilegios procesales en los procesos donde funja como parte el Estado, deben ser extensibles a todas aquellas empresas donde el Estado venezolano, a nivel municipal, estatal y nacional, posea participación, es decir, se le aplicará a los procesos donde

⁴⁰ Sentencia dictada por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativo el 31-01-2013, caso: María Hurtado de León y otros vs. PDVSA.

sea parte todas las prerrogativas legales a que haya lugar, e igualmente dichas prerrogativas y privilegios son extensibles a los municipios y estados, como entidades político territoriales locales. Y así se establece.

Ahora bien, siendo el caso que el ordenamiento jurídico vigente no contiene norma alguna que disponga privilegios y prerrogativas procesales para las empresas del Estado, no debe exigirse el antejuicio administrativo como requisito fundamental para la admisibilidad de las demandas interpuestas contra el referido ente administrativo, en virtud de no ser aplicables al caso las disposiciones contenidas en los artículos 68 y siguientes del DLOPGR. No obstante, debido al criterio reiterado del más alto Tribunal, la sustanciación del procedimiento administrativo previo será un requisito obligatorio de admisibilidad de las demandas contra las empresas del Estado.

Afortunadamente, el inconstitucional criterio de la Sala Constitucional no se ha extendido a las Fundaciones del Estado, a quienes no se les han dado esos privilegios o prerrogativas procesales que la ley de la procuraduría reserva sólo para la República. Así, se desprende de la sentencia N° 480 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 18-07-2019 (Constructora el Milenio, C.A. vs. Fundación Fondo Nacional de Transporte Urbano, C.A.), en la que se dejó establecido que, a las fundaciones, la LOAP no les reconocía expresamente las mismas prerrogativas consagradas a la República y a los institutos autónomos, lo cual lógicamente incluiría el antejuicio administrativo.

Este criterio lo sustentó la Sala Político-Administrativa con base a la jurisprudencia de la misma Sala Constitucional, de la siguiente forma:

En efecto, si bien la mencionada Ley Orgánica de Administración Pública consagró la aplicación de los privilegios procesales a entes distintos a la República, como es el caso de los Institutos Autónomos, la mencionada normativa no hizo extensivo dicho privilegio a las Fundaciones del Estado.

Sobre ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que las prerrogativas procesales que confiere la Ley a la República, son de interpretación restrictiva. Igualmente, en el caso concreto de las Fundaciones del Estado, en sentencia Nro. 903 dictada el 12 de agosto de 2001 estableció que los privilegios y prerrogativas de los que goza la República no son extensivos a éstas. Dicho criterio se mantuvo de manera pacífica por parte de la referida Sala y al respecto cabe citar los fallos Nros. 2254, 903 y 1331 de fechas 13 de noviembre de 2001, 12 de agosto y 17 de diciembre de 2010, respectivamente.

Por tanto, se desestima el alegato formulado por la parte demandada respecto a que gozaba de los privilegios y prerrogativas otorgados por ley a la República. Así se declara.

De otra parte, por lo que se refiere a las demandas que sean ejercidas en contra los estados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36⁴¹ de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, se extiende a esas entidades político territoriales los mismos privilegios y prerrogativas de la República. En consecuencia, los particulares están obligados a cumplir con el antejuicio administrativo, cuando demanden a los estados la reparación de daños u otras acciones de contenido patrimonial.

En relación a las demandas contra los municipios, la LOPPM no reconoce las prerrogativas de la República a esa clase de entes político territoriales, por lo que, en principio, no sería el agotamiento del antejuicio administrativo. Sin embargo, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en diversas decisiones ha extendido, de nuevo de forma inconstitucional, esta prerrogativa procesal a esos entes territoriales. Véase al respecto la decisión del 10-03-2010, sobre las demandas intentadas contra un ente municipal, donde ratificó el siguiente criterio:

[...] esta Sala estima oportuno citar el criterio establecido en la sentencia N° 01026 del 9 de julio de 2009 (caso: Multiservicios Disroca I, C.A contra el Municipio Puerto Cabello del Estado Carabobo y el Instituto Autónomo Municipal Para La Protección Ambiental), en la cual se dejó sentado lo siguiente:

"... Ahora bien, debe indicarse que tanto la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.240 del 8 de junio de 2005, como su última reforma, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.163 del 22 de abril de 2009, no contienen mención alguna acerca de la aplicabilidad de la prerrogativa del antejuicio administrativo a los Institutos Autónomos Municipales.

Sin embargo, la Sala señaló en la sentencia N° 01995 del 6 de diciembre de 2007 (caso: Praxair Venezuela, S.C.A contra el Distrito Metropolitano de Caracas), lo siguiente:

(...Omissis...)

De la interpretación del criterio antes expuesto, se observa que aun y cuando la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no reguló la obligatoriedad del agotamiento del antejuicio administrativo como requisito de admisibilidad de las acciones incoadas contra los órganos y entes municipales, tal prerrogativa procesal debe aplicarse a los mismos, en virtud del interés público involucrado en el ejercicio de sus funciones..."

De la jurisprudencia parcialmente transcrita supra, se colige que esta Sala sostiene el criterio según el cual, si bien la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no contiene expresamente disposición alguna que establezca que los Municipios y sus órganos descentralizados gozan de la prerrogativa procesal estatuida en el artículo 84 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica

⁴¹ "Artículo 36: Los estados tendrán, los mismos privilegios y prerrogativas fiscales y procesales de que goza la República".

de la Procuraduría General de la República, sin embargo, en virtud de la magnitud de la responsabilidad legal que dichos entes políticos territoriales poseen en un procedimiento, considera que, al igual que la República, se amerita que los Municipios gocen en juicio de ciertas condiciones especiales, en resguardo de los intereses superiores que rigen su actuación pública, entre ellos, el agotamiento del procedimiento previo a las demandas contra la República (caso: Giovanni Listo & Asociados, C.A., vs. Resolución N° 278 del 17 de julio de 2009, emanada de la Alcaldía del Municipio Girardot Del Estado Aragua. Resaltado de este Juzgado).

En este caso la jurisprudencia, como ocurrió también con los casos de empresas del Estado, ha extendido indebidamente esta prerrogativa a otras entidades públicas, en violación de la reserva legal.

E. **Ámbito de aplicación del antejuicio administrativo**

Es muy importante precisar el ámbito de aplicación del antejuicio administrativo. Es decir, responder a la pregunta: ¿En qué caso debe cumplirse con este procedimiento?

No todo tipo de conflicto intersubjetivo o procedimiento jurisdiccional en el que sea parte la República le será exigible el cumplimiento o agotamiento de este procedimiento previo. Veamos entonces cuáles serían los casos en los que procedencia.

a. **Consideración general**

El antejuicio administrativo tiene un alcance o ámbito de aplicación determinado y muy concreto y es precisamente el regulado por el artículo 68 del DLOPGR, que cuando establece el procedimiento previo se refiere a quienes pretendan instaurar una “*demanda*” de contenido patrimonial contra la República y luego hasta el artículo 74 del DLOPGR, se regula el procedimiento administrativo previo a las “*demandas*” contra la República.

De modo que el antejuicio administrativo, según las disposiciones que lo regulan, está concebido no sólo como una prerrogativa procesal otorgada a favor de la República, sino que es también un prerequisite procesal que la ley ordena a los funcionarios judiciales con competencia para conocer de las demandas patrimoniales, velar por su cumplimiento, so pena declararla inadmisibile.

El procedimiento previo a las acciones contra la República procede en toda circunstancia en la que se pretenda demandar a la República, pero no en el caso en el cual la República actué como demandante y el demandado en la oportunidad legal de contestación reconviene en la demanda.

En ese supuesto la República no podría alegar como excepción de inadmisibilidad de la nueva acción, el incumplimiento de la etapa

conciliadora o procedimiento administrativo previo. Igual cosa ocurre cuando se trate del juicio aparte intentado por el administrado a causa de una acción anterior promovida por la República contra el actor.

La reclamación administrativa no es exigible para aquellos casos en que la ley así expresamente lo establezca, es decir, en los que se exima expresamente al particular del deber o carga de agotamiento de esa vía.

b. No es procedente el antejuicio administrativo cuando se trate de demandas de nulidad de actos administrativos o por abstención de la administración

Las normas que establecen esta prerrogativa a favor de la República son obviamente de interpretación restrictiva. Por ello no es exigible este procedimiento especial y excepcional cuando se solicita la nulidad por ilegalidad de un acto administrativo o cuando se demanda la abstención de la administración en decidir. Ciertamente, *“para intentar el recurso contencioso-administrativo de anulación no es necesario agotar el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República”*⁴².

Este criterio fue ratificado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, al señalar en su decisión N° 957, del 09-05-2006, que *“una vez obtenida la decisión del recurso de reconsideración o haber operado el silencio administrativo, se podrá acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa sin tener que haber agotado la vía administrativa”*.

c. No es procedente el antejuicio administrativo en los conflictos sometidos a la jurisdicción arbitral

De nuevo, como son de interpretación restrictiva estas normas que establecen prerrogativas a favor de la República, sólo se aplican a las “demandas” ejercidas ante los órganos judiciales en el país y no son exigibles frente a procedimientos arbitrales, es decir, cuando se trata de la resolución de conflictos de cualquier naturaleza contra la República en los que se hubiere pactado la vía de arbitraje.

A los procedimientos arbitrales en contra de la República que se inicien y sustancien bien con motivo de una cláusula compromisoria contenida en un contrato administrativo o con fundamento a un convenio de protección internacional de inversiones, no se les aplica la obligación exigida en el DLOPGR de tramitar el antejuicio administrativo.

⁴² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político Administrativa del 04-11-1964.

Tenemos presente que uno de los elementos esenciales del arbitraje, en tanto método hetero-compositivo de resolución de litigios, es precisamente el principio de la autonomía de voluntad de las partes, según el cual estas acuerdan libremente someter su controversia a un árbitro, como tercero imparcial, "*para que este lo resuelva a través de un procedimiento que es materialmente jurisdiccional, pero que formalmente se encuentra fuera del ámbito de la jurisdicción estatal*"⁴³. Por ello la Ley de Arbitraje Comercial, establece que "*...el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria*" (artículo 5)⁴⁴.

De allí que cuando se acude voluntariamente a la vía del arbitraje, nacional o internacional, se renuncia a la jurisdicción judicial especialmente a la jurisdicción contencioso administrativa y a todas las normas que regulan esa jurisdicción, entre ellas, las referidas a las prerrogativas procesales. La naturaleza del arbitraje hace que estos procedimientos arbitrales estén exceptuados de los condicionamientos, obligaciones o deberes propios de la jurisdicción ordinaria (en sentido amplio incluyendo la competencia contencioso administrativa) y de sus funcionarios⁴⁵.

En muchos ordenamientos jurídicos se ha establecido de forma expresa la total independencia de la figura del arbitraje respecto de las prerrogativas y privilegios que el derecho interno generalmente le otorga a los Estados y sus administraciones públicas. En España, la Ley de Arbitraje de 2003⁴⁶ coincide con el criterio preponderante en la doctrina en esa materia, acerca de la condición o cualidad de los Estados en lo que a los procesos de arbitraje internacional se refiere, al establecer en su artículo 2.2 lo siguiente:

Quando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte

⁴³ GABUARDI, Carlos A. "La autonomía de la voluntad y los métodos heterocompositivos no jurisdiccionales" en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N° 1, AVA, Caracas, 2021, p. 285.

⁴⁴ Gaceta Oficial N° 36.430 del 07-04-1998.

⁴⁵ Un ejemplo de esta independencia y plena separación de la jurisdicción arbitral frente al sistema de justicia del Estado, fue señalado en su momento por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia N° 1121 del 20-06-2007 (caso: Distribuidora Punto Fuerte DPF, C.A.), la cual estableció que los árbitros no estaban sujetos a la prohibición del artículo 254 de la Constitución, de establecer aranceles, tasas ni exigir pago alguno por sus servicios. Sentencia citada por CRUZ SUÁREZ, Andrea y SIRA SANTANA, Gabriel, "El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia" en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N° 1, AVA, Caracas, 2021, p. 330.

⁴⁶ Ley 60/2003 Publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 309 del 26-12-2003. Reformada por última vez por la Ley 42/2015 del 05-10-2015 publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 239.

no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.

Lo dispuesto por la Ley de Arbitraje de España es producto de una lucha en contra de las prerrogativas de los Estados y sus agencias públicas –refiriéndose a las empresas públicas o estatales y otros entes del tipo descentralizado funcionalmente– en el ámbito del arbitraje internacional.

Un aspecto fundamental que resalta la doctrina –MERINO MERCHÁN– es que las partes que se hayan sometido válidamente a un arbitraje, lógicamente deben encontrarse bajo un régimen de igualdad ante el árbitro o tercero decisor, sobre lo cual afirma que:

[...] la intervención del Estado en estas lides se presta a la necesidad de adecuación a los esquemas propios del arbitraje y particularmente en la esfera internacional, en que el Estado y sus “emanaciones” se presentan –deben hacerlo– en un plano de igualdad, con los particulares⁴⁷.

Sobre el tema también de la igualdad, el mismo autor se refiere al arbitraje como una suerte de figura o institución igualadora entre los particulares y los Estados, indicando que la apariencia de los últimos de *potentior personae* “solo puede neutralizarse por medio del arbitraje”⁴⁸.

En los procedimientos arbitrales tanto locales como internacionales, un elemento que forma parte de su configuración y que generalmente es de libre disposición por las partes, es el derecho aplicable, el cual en

⁴⁷ MERINO MERCHAN, José Fernando, “La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional” en *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 1 N° 3, Editorial CEU Ediciones, Madrid, 2008, p. 733. Acerca de la presencia de los Estados en este tipo de arbitrajes y las motivaciones que los han llevado a de alguna manera renunciar –por medio de los convenios arbitrales– a la clásica inmunidad jurisdiccional consagrada en casi todos los ordenamientos jurídicos de distintos países, nos comenta el autor JOSÉ FERNANDO MERINO que “Las razones de ello habría que buscarlas en la propia evolución de las funciones del Estado en los campos comerciales y de cooperación técnica y económica; y también en la específica virtualidad de la técnica arbitral que conserva todavía gran parte de las ventajas que se le imputaron en un principio –confidencialidad, neutralidad, especialidad, ‘deslocalización’, etc.– y que presenta otras, especialmente a considerar cuando del enfrentamiento entre partes con distinto estatuto jurídico se trata” (Ibidem p. 729). De tal manera que con el desarrollo y complejidad de las administraciones públicas que demandan los tiempos actuales, éstas se han visto en la necesidad de acometer contrataciones de un muy marcado carácter comercial que podríamos decir tienden a despojar a las agencias o empresas públicas de esa imperante condición de autoridad; aunado al hecho de que si se trata de contrataciones en el ámbito internacional, a falta de un derecho común para la resolución de conflictos el arbitraje resalta muy útil, pero por su puesto, este por su propia esencia no puede admitir unas condiciones de desigualdad o de privilegios entre las partes, como sí sucede no pocas veces en el caso de los Estados frente a los particulares dentro de sus propias jurisdicciones.

⁴⁸ Ibidem, p. 726.

la mayoría de los casos es fijado previamente por las partes de forma expresa en los respectivos contratos.

Ahora bien, independientemente del derecho en particular que haya sido elegido por las partes, en el supuesto de un arbitraje:

[...] se persigue mantener el equilibrio del contrato entre las partes desactivándose las tradicionales prerrogativas del Estado; en definitiva, el objeto consiste en reducir cuando no eliminar las potestades vinculadas al *ius variandi* o de actuación exorbitante del Estado y de sus “emanaciones públicas” en los contratos en los que son parte, para establecer y garantizar la igualdad cuando esas entidades públicas actúan en relaciones comerciales internacionales con sometimiento al arbitraje⁴⁹.

De manera que las potestades exorbitantes del Estado son reducidas necesariamente en los arbitrajes internacionales con la finalidad de garantizar la igualdad entre las partes en el proceso arbitral. Así pues, entendemos que las prerrogativas procesales, entre ellas el antejuicio administrativo, consideradas como potestades del Estado que exceden a las de los particulares y que por ende vulneran el equilibrio, equivalencia o igualdad de las partes en el proceso, no son procedentes en los arbitrajes.

Con base a lo anterior, no podría alegar el Estado venezolano el cumplimiento del antejuicio administrativo en procedimiento arbitral internacional alguno, inclusive si el derecho aplicable escogido hubiese sido el venezolano, esto en virtud de ese principio tan esencial al arbitraje de garantizar la igualdad de las partes en sus procedimientos, más aún cuando una de las partes es una persona de carácter público o estatal.

Por tanto, siendo el arbitraje un mecanismo de resolución de conflictos que propugna en su forma más plena la autonomía de la voluntad de las partes que se comprometen previamente a renunciar a la jurisdicción ordinaria estatal (con todo lo que ello implica desde un punto de vista formal), así como el principio de la igualdad y la consecuente inaplicación de cualquier privilegio o prerrogativa de los cuales pueda gozar alguna de las partes en virtud de su respectivo ordenamiento jurídico interno, resulta lógico afirmar que el arbitraje se configura como una evidente excepción al requisito o prerrogativa procesal del antejuicio administrativo.

d. No es procedente el antejuicio administrativo cuando se trate de conflictos o demandas con ocasión de contratos de trabajo

Con base a las disposiciones del DLOPGR, en el caso de demandas o reclamos de contenido patrimonial que surjan con ocasión de una

⁴⁹ Ibidem, p. 755.

relación o contrato de trabajo de obreros o trabajadores de índole al servicio de la República, en principio resultaría exigible el cumplimiento o agotamiento del antejuicio administrativo, para que éstas puedan ser admitidas por los respectivos funcionarios judiciales. Lo anterior, se encuentra reconocido de forma general por la legislación adjetiva especial en la materia, al establecer que los órganos jurisdiccionales deben cumplir con los privilegios y prerrogativas que consagran las leyes a favor de la República.

Concretamente, en lo que se refiere a los contratos de trabajo celebrados con obreros al servicio del Estado el artículo 12 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁵⁰ establece que *“En aquellos procesos en los cuales se encuentren involucrados los derechos, bienes o intereses patrimoniales de la República, los funcionarios judiciales deben observar los privilegios y prerrogativas consagrados en leyes especiales”*.

No obstante lo anterior, mediante sentencia N° 989 de fecha 17-05-2007, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, estableció la no exigibilidad del antejuicio administrativo en el caso de las reclamaciones de trabajadores contra el Estado, bajo el argumento principal de que *“la aplicación de estas prerrogativas en el proceso laboral requiere su adecuación a la naturaleza excepcional y al carácter social y protector del Derecho Procesal del Trabajo”*.

En esa sentencia, la Sala de Casación Social ponderó entonces entre las razones de interés general que generalmente se señalan como justificativo de la prerrogativa del antejuicio administrativo y el acceso de los trabajadores a la justicia como expresión esencial del Derecho Procesal del Trabajo. A esos fines, estableció la Sala que la labor interpretativa debía guiarse en esos casos por:

[...] la forma más favorable al trabajador y procurando su progreso; por otro, correlativamente, las normas que tengan efectos limitantes de los mismos deben interpretarse en forma restringida. Sostener lo contrario es ir en contra de los principios establecidos, en otras palabras, es darle regresividad al derecho de los trabajadores de acceso a la justicia.

La Sala de Casación Social interpretó que para el caso de las reclamaciones de índole laboral, los trabajadores accionantes no están obligados a cumplir con la exigencia del agotamiento del procedimiento administrativo previo, haciendo la salvedad para el caso en específico, de que el resto de los privilegios y prerrogativas sí deberán observarse en el proceso.

Este ha sido hasta los momentos el criterio sostenido por la Sala de Casación Social, que fue reiterado mediante la sentencia N° 596 del 13-

⁵⁰ Gaceta Oficial N°. 37.504 del 13-08-2002.

06-2012, a través de la cual se ratificó el criterio de preponderancia de los derechos de los trabajadores y la interpretación restrictiva de las normas que tengan efectos limitantes sobre aquellos, haciendo referencia precisamente a las prerrogativas y privilegios fiscales y procesales de la República.

En cuanto a los comentarios de la doctrina sobre esta disposición en particular de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, RICARDO HENRÍQUEZ LA ROCHE⁵¹ al referirse al contenido y alcance de los privilegios y prerrogativas que en concreto deben observarse, no menciona expresamente al antejuicio administrativo, lo que sería cónsono con el criterio jurisprudencial recién citado. En cambio hace énfasis en que dicha disposición legal se introdujo en beneficio del erario público, debiendo aplicarse los privilegios y prerrogativas procesales:

[...] siempre que se encuentren involucrados los derechos, bienes o intereses patrimoniales de la República, es decir, cuando estén en peligro sus derechos, bienes o intereses patrimoniales, sea porque el erario público es propietario de acciones en la empresa mayoritariamente de capital privado, sea porque son de la República los bienes embargados preventiva o ejecutivamente, sea, en fin, porque la sentencia de cosa juzgada pudiera afectar los derechos de la República⁵².

De modo que para HENRÍQUEZ LA ROCHE, la norma comentada se refiere a los privilegios y prerrogativas en su relación con el patrimonio público y no menciona ninguna de las ventajas que generalmente se asocian al antejuicio administrativo, como lo sería el supuesto carácter conciliatorio, el que la administración conozca de la pretensión con antelación y el evitar que el conflicto llegue a tribunales.

De forma que tanto la jurisprudencia como la doctrina no consideran que sea obligatorio el cumplimiento del antejuicio administrativo en este supuesto en particular, no solamente por la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 12 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, sino también en virtud del criterio interpretativo más favorable al acceso a la justicia de los trabajadores.

F. Procedimiento del antejuicio administrativo

a. Iniciación

Sabemos que el procedimiento previo a las demandas contra la República es un procedimiento administrativo especial y como tal le son también aplicables los principios que informan a los procedimientos administrativos. En efecto, este procedimiento previo se desenvuelve a

⁵¹ HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, *Nuevo proceso laboral venezolano*, Ediciones Liber, Caracas, 2003, p. 87.

⁵² Ibidem, pp. 85-86.

través de una secuencia de actos con el fin de llegar a un acto estatal determinado por medio del cual se reconoce o no la reclamación.

Como todos los procedimientos administrativos el procedimiento previo a las demandas contra la República debe iniciarse a través de una solicitud escrita dirigida a la administración en la que se cumplan con los extremos previstos en el artículo 49 de la LOPA, estos son: **(i)** El organismo al cual está dirigido; **(ii)** La identificación del interesado, y en su caso, de la persona que actúe como su representante con expresión de los nombres y apellidos, domicilio, nacionalidad, estado civil, profesión y número de cédula de identidad o pasaporte; **(iii)** La dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes; **(iv)** Los hechos, razones y pedidos correspondientes, expresando con toda claridad la materia objeto de la solicitud; **(v)** Referencia a los anexos que lo acompañan, si tal es el caso; **(vi)** Cualesquiera otras circunstancias que exijan las normas legales o reglamentarias; **(vii)** La firma de los interesados.

Además, la Procuraduría General de la República ha señalado que, aunque no es necesario que el escrito de reclamación se ajuste en todos sus términos a las condiciones de forma exigidas a las demandas en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil (CPC):

[...] sin embargo como se aspira recibir una indemnización, lo menos que se puede exigir al interesado es que precise los términos de la reclamación, en sus aspectos cualitativos y cuantitativos. No basta entonces, a los fines del antejuicio administrativo, con reclamar abstractamente el pago de una indemnización; es menester que el interesado concrete su monto. Los distintos conceptos que le componen, las razones de hecho y de derecho que le sirvan de fundamento, y de ser posible, las pruebas preconstituidas que den verosimilitud a tales afirmaciones, porque de lo contrario, la Administración no estaría en condiciones de dar respuesta al interesado y no se alcanzan entonces los fines perseguidos por la ley al consagrar el antejuicio administrativo como condición previa para intentar las demandas contra la República⁵³.

Por ello es improcedente la reclamación que no cumple con los extremos del artículo 340 del CPC, al no establecer en forma clara cuál es el objeto de la pretensión; la relación existente entre los hechos y los fundamentos de derecho en que se basa esa pretensión; los instrumentos de los que se deriva de forma inmediata y el derecho deducido, las causas de los daños y perjuicios cuya indemnización se demanda.

No pretendemos que el escrito de reclamación se ajuste en todos sus términos a las formalidades exigidas a las demandas en el artículo 340 del CPC; sin embargo, como se aspira recibir una indemnización, tal y como lo indica la doctrina citada de la Procuraduría, como mínimo el solicitante debe precisar los términos de la reclamación, en sus aspectos

⁵³ Doctrina Procuraduría General de la República 1982, p. 35.

cuantitativos y cualitativos, presentando un escrito lo más ajustado que sea posible al de un libelo de demanda.

No basta entonces, a los fines del antejuicio administrativo, con reclamar abstractamente el pago de una indemnización; es necesario que el interesado concrete su monto. Los distintos conceptos que le componen, las razones de hecho y de derecho que le sirvan de fundamento, y de ser posible, las pruebas reconstituidas que den verosimilitud a tales afirmaciones, son elementos indispensables de la solicitud.

Es preciso que el antejuicio administrativo se adecúe en su totalidad a las pretensiones que en su momento expondría el solicitante ante el órgano judicial, y tal adecuación no debe ser sólo formal, en el sentido de referirse específicamente a los mismos supuestos, sino también material. Para que el antejuicio cumpla con las finalidades ya señaladas es indispensable que el mismo se ajuste en su totalidad a las pretensiones que expondría el solicitante. Si es rechazada una reclamación determinada por la República y posteriormente el particular recurre ante los tribunales competentes a demandar cantidades distintas a las planteadas cuando acudió a la instancia administrativa, estaríamos en presencia de un juicio innecesario ya que si la República por medio del órgano correspondiente conoce, desde un primer momento, las verdaderas pretensiones del administrado hubiera podido tomar una actitud distinta en el estudio del asunto.

Por otra parte, la segunda finalidad del antejuicio –cual es la de que la República alcance el conocimiento del problema en su real dimensión– tampoco se cumplirá, pues éste conocería datos y supuestos diferentes a los que posteriormente se plantearían en la vía judicial. Por lo anterior, es lógico sostener que cuando el particular descubre errores en sus cálculos o de cualquier manera quiere su solicitud original, no es suficiente con hacerlo saber en la demanda introducida por ante el tribunal competente, sino que debe corregir la solicitud administrativa realizada, por medio de una nueva petición ante los órganos del Ejecutivo, pues de lo contrario la República tendría derecho a considerar que no ha habido antejuicio administrativo.

En consecuencia, no pueden ser objeto de antejuicio administrativo las pretensiones de los particulares que a su vez no podrían ser materia de una demanda judicial, así como las solicitudes que no implican el cumplimiento de una obligación o el respeto de un derecho patrimonial por parte del Estado. Las mencionadas solicitudes deben ser oídas por la República en virtud del derecho de petición a que se contrae la Constitución en su artículo 51, y la LOPA en su artículo 2, pero no dan lugar al procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República, establecido en los artículos 68 y siguientes del DLOPGR.

Tampoco puede concebirse el antejuicio administrativo a efectos de exigir que se dicte un decreto de expropiación, ni en aquellos casos en que no se plantea una posible acción judicial. El antejuicio administrativo tiene entre sus finalidades la de precaver la interposición de demandas judiciales, pues permite a la administración responder a las pretensiones de los particulares cuando éstas sean fundadas. Ahora bien, como su propio nombre lo indica (procedimiento previo a las acciones judiciales), no puede concebirlo sino como anterior a una posible acción judicial; es decir, no se puede plantear, en la vía que se comenta, petición alguna que no pudiera deducirse judicialmente.

b. Sustanciación

La autoridad respectiva, dentro de los 20 días hábiles siguientes a la consignación del escrito procederá a formar el expediente, el cual debe contener, según el caso, los instrumentos donde conste la obligación, fecha en que se causó, certificación de la deuda, acta de conciliación suscrita entre el solicitante y el representante del órgano y la opinión jurídica respecto a la procedencia o improcedencia de la pretensión, así como cualquier otro documento que se considere indispensable (artículo 69 del DLOPGR).

Al día hábil siguiente de concluida la sustanciación, el órgano respectivo debe remitirlo a la Procuraduría General de la República con la finalidad de que ésta, en un plazo no mayor de 30 días hábiles, formule y remita al órgano respectivo, su opinión jurídica respecto a la procedencia o no de la reclamación. En el caso de improcedencia, a los fines del resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República, la opinión de la Procuraduría General de la República tendrá carácter vinculante para el órgano respectivo (artículo 70 del DLOPGR).

Asimismo, en el referido artículo 70 se establece que no se requerirá la opinión de la Procuraduría General de la República, cuando se trate de reclamaciones cuyo monto sea igual o inferior a 500 Unidades Tributarias y hayan sido declaradas procedentes por la máxima autoridad del órgano respectivo.

c. Decisión y notificación de la decisión

El órgano respectivo debe notificar al interesado su decisión, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la recepción del criterio sostenido por la Procuraduría General de la República (artículo 71 del DLOPGR). Las decisiones que sobre tal procedimiento dicten los órganos y entes públicos reclamados, deberán cumplir con los requisitos dispuestos por el artículo 18 de la LOPA.

d. Posición del interesado

Dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación, el interesado debe dar respuesta al órgano que corresponda, acerca de si acoge o no la decisión notificada. En caso de desacuerdo, queda facultado para acudir a la vía judicial (artículo 72 del DLOPGR).

e. Silencio administrativo

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 del DLOPGR el reclamante queda facultado para acudir a la vía judicial, cuando vencidos los lapsos previstos desde la fecha de la presentación del escrito, no hubiere sido notificado del resultado de su presentación. Lo precedente constituye una suerte de silencio administrativo negativo *“lo cual es una ventaja para el interesado, quien con la prueba de haber introducido la reclamación, puede una vez transcurridos los términos señalados intentar la vía contencioso administrativa”*⁵⁴.

Ello no quiere decir que transcurrido como sea tal lapso, la Procuraduría pierde competencia y no puede producir su opinión. En efecto, tal asunto hoy aclarado por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia –Ford Motors y Bedel– permite que el administrado, aun teniendo acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa por haberse vencido el plazo para la decisión de la Procuraduría, pueda optar por esperar a que en efecto se produzca el dictamen y una vez producido éste, si no está de acuerdo, podrá acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

G. Prescripción e incumplimiento

a. Prescripción para el inicio del antejuicio administrativo

La reclamación previa no está sujeta a término alguno para su interposición. No obstante, siempre existe el lapso de prescripción establecido en derecho común para incoar las acciones de la cual la conciliatoria es requisito previo. En nuestra opinión, la reclamación administrativa interrumpe la prescripción de la acción a incoar contra la República, pues tal actuación implica la exteriorización de la voluntad del recurrente en la defensa de sus derechos. Además, si el procedimiento constituye un trámite de obligatorio cumplimiento, no puede darse el caso de que mientras él ocurre pueda configurarse la prescripción, riesgo que estaría latente para aquellas acciones sometidas a término breves de prescripción. Una vez notificado el recurrente de la respuesta de la administración o cuando ella está en mora –esto es cuando hubieren transcurrido los lapsos de que dispone para responder a la solicitud for-

⁵⁴ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Procedimiento Administrativo*, EJV, Caracas, 1983, p. 73.

mulada- vuelve a correr nuevamente el término consagrado para que opere la prescripción.

b. Consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento del antejuicio administrativo

El antejuicio administrativo es un presupuesto procesal *stricto sensu* de un proceso futuro, es decir, que el mismo es un requisito de cumplimiento previo al nacimiento del proceso principal⁵⁵. El antejuicio administrativo es *“un paso previo cuya finalidad es obtener una decisión en vía administrativa que sirva, de alguna manera, para impedir la potencial instauración de una acción judicial, cuando no existan razones suficientes que la justifiquen”*⁵⁶.

El procedimiento administrativo previo o antejuicio consiste en *“un procedimiento que, atendiendo al valor semántico de la denominación, precede a un procedimiento jurisdiccional. El antejuicio actúa como condición de admisibilidad de la demanda o recurso que se ha de interponer ante el Juez”*⁵⁷.

El procedimiento administrativo previo constituye un requisito procesal y, como tal, su falta de cumplimiento dará lugar a la inadmisibilidad de la demanda. En efecto, el artículo 74 del DLOPGR estatuye: *“Los funcionarios judiciales deben declarar inadmisibles las acciones o tercerías que se intenten contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo a que se refiere este Capítulo”*.

Dado el carácter de orden público del cual está revestido el antejuicio, éste debe ser apreciado de oficio por el tribunal en el trámite de la admisión de la demanda, o en cualquier otro grado del proceso. Ciertamente, conforme a lo dispuesto en el CPC⁵⁸, los jueces están en la

⁵⁵ ARAUJO JUÁREZ, José, *Tratado de derecho administrativo formal*, Vadell hermanos Editores, Caracas, 2001, p. 484.

⁵⁶ FRAGA PITTALUGA, Luis, citado por SOTO HERNÁNDEZ, María Eugenia, “El proceso contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública venezolana” en *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo N° 15*, UCAB, Caracas, 2003, p. 49.

⁵⁷ RONDÓN DE SANSÓ, ob. cit., pp. 75-76.

⁵⁸ El artículo 232 del Código de Procedimiento Civil establece que: *“Si transcurriese el lapso fijado en el edicto para la comparecencia, sin verificarse ésta, el tribunal nombrará un defensor de los desconocidos, con quien se entenderá la citación, hasta que según la ley cese su encargo”*, y el 233 por su parte tipifica que: *“Cuando por disposición sea necesaria la notificación de las partes para la continuación del juicio, o para la realización de algún acto del proceso, la notificación puede verificarse por medio de la imprenta, con la publicación de un cartel en un diario de los de mayor circulación en la localidad, el cual indicará expresamente el Juez, dándose un término que no bajará de diez días. // También podrá verificarse por medio de boleta remitida por correo certificado con aviso de recibo, al domicilio*

obligación de evitar o corregir las faltas que puedan anular cualquier acto en el procedimiento; por ello, de no comprobarse en autos el procedimiento previo y en la consideración de que han dejado de llenarse alguno de los requisitos esenciales de su validez, deberá declararse la nulidad de las diligencias procesales que se hubieran celebrado.

En el presente supuesto, el procedimiento previo es esencial a la validez de los actos subsiguientes y es ello lo que justifica la posibilidad de anulación de todo lo actuado. Tal nulidad podrá decretarse sin que medie requerimiento de las partes, vale decir, el juez de oficio puede declararla, siendo que las normas quebrantadas son de evidente orden público.

En virtud de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia había sostenido que *“tal procedimiento no puede considerarse cumplido con vagas afirmaciones, sino mediante la prueba auténtica y documentada de los actos que la constituyen”*⁵⁹.

2. Prerrogativas en la iniciación del proceso

Nos vamos a referir ahora a los privilegios o prerrogativas en la fase de iniciación del proceso judicial. En primer lugar, la citación del Procurador General de la República para la contestación de la demanda. Luego, la obligación de todos los funcionarios judiciales de notificar la admisión de toda demanda que obre directa o indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República en aquellos juicios en los que ésta no sea parte; la improcedencia de la confesión ficta en los juicios en que la República es demandada; los privilegios en el otorgamiento de medidas cautelares; la posibilidad de efectuar las actuaciones procesales mediante escritos, diligencias u oficio; la obligación de remisión de información y documentación y los privilegios en cuanto al número de representantes en el proceso.

A. Citación del Procurador General de la República para la contestación de la demanda

El DLOPGR confiere una prerrogativa al Procurador General de la República en la fase de citación al establecer que la citación se entenderá consumada después de transcurrido un lapso de 15 días hábiles contados a partir de su constancia en autos, y sólo una vez vencido dicho lapso comenzará a transcurrir el plazo correspondiente para la contestación de la demanda (arts. 93 y 94).

constituido, por la parte que haya de ser notifica conforme al artículo 174 de este Código, o por medio de boleto librada por el Juez y dejada por el alguacil en el citado domicilio. De las actuaciones practicadas conforme a lo dispuesto en este artículo dejará expresa constancia en el expediente el Secretario del Tribunal”.

⁵⁹ Sentencia de la Corte Federal y de Casación del 11-02-1960.

La falta de citación o el error o fraude en la misma, habilita al Procurador General de la República para interponer recurso de invalidación contra las sentencias ejecutoriadas dentro del lapso de treinta días hábiles contados a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento de los hechos (art. 95 DLOPGR).

B. La obligación de todos los funcionarios judiciales de notificar la admisión de toda demanda que obre directa o indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República, en aquellos juicios en los que ésta no sea parte

El artículo 108 del DLOPGR establece la obligación de los funcionarios judiciales de notificar al Procurador General de la República de la admisión de toda demanda que obre directa o indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República⁶⁰.

Esta obligación de los funcionarios judiciales de notificar al Procurador General de la República es extensible igualmente a toda oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales de la República.

En estos casos el proceso se suspenderá por un lapso de 30 días continuos contados a partir de la constancia en autos de la notificación del Procurador. Sobre este particular, la jurisprudencia ha sostenido que debe tratarse de actuaciones que causen gravamen irreparable para los intereses patrimoniales de la República bien porque las mismas prejuzgan como definitivas o porque ponen fin al proceso; máxime aun si tales decisiones traen como consecuencia la declaratoria de un derecho patrimonial en titularidad de un tercero, en contra de los intereses de la República.

Igualmente debe tenerse presente que la inobservancia de este privilegio por parte de los funcionarios judiciales bien por ausencia total de notificación, o por practicarse esta en forma defectuosa, es causal de reposición del proceso en cualquier estado y grado de la causa, la cual podrá ser declarada de oficio por el Tribunal o a instancia del Procurador (art. 110 DLOPGR).

⁶⁰ Esta disposición es asimilable, en términos idénticos, al previsto en el encabezado del artículo 38 de la derogada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965, regulado posteriormente en el artículo 94 de la LOPGR del 2001, conforme al cual, practicada la notificación, el proceso se suspenderá por un lapso de 90 días. Se encontraba igualmente redactada dicha norma en el artículo 96 del Decreto Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 2008.

C. La improcedencia de la confesión ficta en los juicios en que la República es demandada

Otro excepcional privilegio que se otorga a la República es que, si por intermedio del Procurador General de la República o de los abogados que la representen, no comparece al acto de contestación de la demanda o de las cuestiones previas opuestas, las mismas se entienden contradichas en todas sus partes, sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario por los daños patrimoniales causados a la República (art. 80 del DLOPGR).

En este caso, la igualdad de las partes como principio inherente al proceso se ve alterada pues la administración se coloca en una situación de ventaja frente al particular, pues si éste no da contestación a la demanda –en caso de que fuere demandado por la República en vía ordinaria– se le tendrá por confeso a tenor de lo establecido en el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, si es la República la demandada la consecuencia jurídica prevista en dicha norma resulta inaplicable y la falta de contestación se presume, por imperativo del DLOPGR, como negativa absoluta de todos los argumentos, defensas y excepciones invocadas en su contra.

D. Privilegios en el otorgamiento de medidas cautelares

El DLOPGR en su artículo 103 reconoce a la Procuraduría General la posibilidad de solicitar medidas cautelares de embargo, prohibición de enajenar y gravar, secuestro, así como cualquier medida innominada, cuando ello sea necesario para la defensa de los derechos, bienes e intereses de la República.

En estos casos las medidas solicitadas por la República podrán ser concedidas por el juez, previa verificación de uno cualquiera de los requisitos exigidos para la procedencia de toda cautela; es decir, la presunción de buen derecho (i.e. *fumus boni iuris*) o el peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo (i.e. *periculum in mora*).

Igualmente debe el juez limitar las medidas preventivas a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio, a tal fin, si se comprueba que los bienes afectados exceden la cantidad por la cual se decretó la medida, el juez debe limitar los efectos de esta a los bienes suficientes, señalándolos con toda precisión (art. 106 DLOPGR).

Lo señalado en el párrafo anterior contrasta con lo que ocurre cuando la solicitud es hecha por un particular, pues en estos casos dichos requisitos deberán verificarse en forma concurrente para la procedencia de la medida (art. 104 DLOPGR).

Asimismo, si bien se le concede al particular la posibilidad de lograr la suspensión de la medida mediante la constitución de caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudiesen causarse a la República, la procedencia de dicha garantía estará sujeta a la aprobación de la Procuraduría General de la República.

E. Posibilidad de efectuar las actuaciones procesales mediante escritos, diligencias u oficios

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 79 del DLOPGR los representantes de la Procuraduría General de la República podrán proponer ante los tribunales todo tipo de actuaciones judiciales, incluidas demandas, recursos y cualesquiera otras sin limitación alguna, bajo la forma de diligencias u oficios directamente emitidos por ese órgano, sin que los órganos jurisdiccionales puedan exigirles u obligarles a observar las formalidades que sean atinentes a cada una, para su debida admisión, validez o incorporación al expediente de la causa, como lo serían las contempladas en general para los libelos de demandas en los artículos 340 del CPC, y 33 de la LOJCA en lo que respecta a las acciones del contencioso administrativo.

De modo que no puede establecerse el cumplimiento de ninguna formalidad en cuanto al contenido o formalidades de los escritos, bastando en todos los casos la presentación de diligencias u oficios.

F. Obligación de remisión de información y documentación

Los órganos y los entes de la administración pública deben remitir a la Procuraduría General de la República dentro del lapso que le sea indicado la información y documentación que esta le requiera para actuar en representación y defensa de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República, tal y como lo dispone el artículo 81 del DLOPGR.

G. Privilegios en cuanto al número de representantes

En los juicios en que sea parte o intervenga la República, no puede existir limitación alguna en cuanto al número de representantes constituidos por ante un mismo tribunal, según lo prevenido en el artículo 91 del DLOPGR. Este privilegio implica que cualquier limitación en cuanto al número de representantes de las partes en juicio, que pueda estar prevista en alguna ley adjetiva especial, no será procedente ni aplicable a los representantes de la República.

No ocurre lo mismo para el caso de los particulares, a quienes sí podrían imponerse esas limitaciones mediante ley, de conformidad con lo establecido por el artículo 136 del CPC, que regula a las personas que son

capaces de obrar en juicio por sí mismas o por medio de apoderados (representantes), “salvo las limitaciones establecidas en la ley”.

Conviene recordar que este privilegio se fundamentó originalmente en una limitación general que al respecto establecía el derogado Código de Procedimiento Civil de 1916 cuando señalaba lo siguiente: “Artículo 62. Para la defensa de un asunto cada parte no podrá constituir en un mismo Tribunal más de tres representantes”.

Con motivo de esa limitación –que ya no se encuentra vigente en el CPC– las leyes de la Procuraduría General de la República establecieron entonces el privilegio de que los representantes de la República no estuviesen limitados en cuanto a su número, ante un mismo tribunal. El privilegio en referencia sigue estando establecido –como ya vimos– en el vigente DLOPGR y aplicaría en el supuesto de que alguna ley adjetiva especial dispusiere de alguna limitación similar, sobre algún tipo de procedimiento jurisdiccional en concreto.

3. En la sustanciación del proceso: Prerrogativas en materia probatoria

En la sustanciación del proceso judicial hay prerrogativas a favor de la República fundamentalmente en el tema probatorio. Anteriormente, y por disposición expresa, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establecían limitaciones sobre la posibilidad de promoción y evacuación de ciertos medios probatorios⁶¹, sin embargo, dicha limitación fue desapplicada por la

⁶¹ En cuanto a la prueba de inspección ocular esta tenía un carácter subsidiario, pues sería admisible en tanto el hecho que se pretende demostrar no pudiera traerse de otro modo a los autos. Por ello, la parte promovente estaba obligada a demostrar en el escrito de promoción la imposibilidad de hacer uso de otro medio probatorio para hacer valer el hecho que se pretende probar con la inspección (art. 90 LOCSJ). Con respecto a la prueba de exhibición, su promoción estaba permitida, salvo que se trate de documentos que por su naturaleza fueren de carácter reservado, supuesto en el cual la prueba no podría ser admitida (art. 91 LOCSJ). Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004, preveía en su artículo 19 el régimen general aplicable a los medios probatorios que podían ser utilizados en los juicios sustanciados ante el Tribunal Supremo de Justicia. Así, esa disposición señalaba que: “En los procedimientos que se tramiten ante el Tribunal Supremo de Justicia sólo se admitirán como medios probatorios la experticia, la inspección judicial, incluyendo aquellos documentos que formen parte de los archivos de la Administración Pública, cuando haya constancia que la prueba que de ellos se pretende deducir no puede llevarse de otro modo a los autos, las posiciones juradas y los instrumentos públicos o privados”. De esta forma se establecían de manera taxativa los medios probatorios que podían ser usados en los procedimientos llevados ante el Tribunal Supremo de Justicia. Esa disposición limitaba, evidentemente el principio de libertad probatoria, pues restringía el uso de otras pruebas que se encuentran contenidas en el Código de Procedimiento Civil, tales como los testigos y los informes. También, supeditaba –al igual que lo hacía

Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia a partir de sentencia de fecha 06-10-2004 al conocer de la apelación de un auto del Juzgado de Sustanciación que negó la promoción de unas pruebas testimoniales con fundamento en esa norma (caso: Rosa Aura Chirinos Vs. Municipio José Laurencio Silva del Estado Falcón). La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ratificó:

[...] la libertad de los medios de pruebas y rechaza cualquier intención o tendencia restrictiva sobre la admisibilidad del medio probatorio que hayan seleccionado las partes para ejercer la mejor defensa de sus derechos e intereses, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que no resulten pertinentes para la demostración de sus pretensiones.

Asimismo, consideró que los medios de prueba admisibles en juicio, son los que determina el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y otras leyes de la República, además de aquellos no prohibidos por la ley y que las partes consideren conducentes para demostrar sus pretensiones, estableciendo una amplia libertad probatoria.

Por su parte, la LOJCA nada establece respecto a los medios de prueba admisibles en juicio, por lo cual se considera que existe una amplia libertad probatoria, con ocasión de la subsidiariedad de las normas del CPC (artículo 31 LOJCA) en materia probatoria respecto de las demandas contencioso administrativas, siendo la única limitante que en la alzada, el artículo 91 de la referida Ley dispone que, respecto a los medios de prueba admisibles, única y exclusivamente puedan promoverse las pruebas documentales que deberán acompañar a los escritos de fundamentación y contestación de la apelación.

Entonces, debe señalarse que en cuanto a los juicios en que sea parte la República, como son las demandas contra el Estado, las referidas disposiciones serán igualmente aplicables y sólo de forma supletoria, serán aplicables las normas previstas para el procedimiento ordinario.

Tengamos presente, sin embargo, que de acuerdo al artículo 90 del DLOPGR ni las autoridades ni los representantes de la República están obligados a absolver posiciones juradas, ni a prestar juramento decisivo, pero deben contestar por escrito las preguntas que, en igual forma, les hicieren el juez o la contraparte sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo.

4. En la decisión

Hay prerrogativas también en la fase de decisión. En primer lugar, se establece la consulta obligatoria de todas las sentencias definitivas

la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia— el uso de las pruebas allí contempladas a una serie de condicionamientos.

que sean contrarias a la pretensión, excepción o defensa de la República y, en segundo lugar, la obligación de todos los funcionarios judiciales de notificar al Procurador General de la República de toda sentencia definitiva o interlocutoria producida en los juicios en que la República sea parte.

A. La consulta obligatoria de todas aquellas sentencias definitivas que sean contrarias a la pretensión, excepción o defensa de la República

La consulta obligatoria de todas las sentencias definitivas que sean contrarias a la pretensión, excepción o defensa de la República se encuentra establecida en el artículo 84 del DLOPGR, lo que implica que aún en aquellos casos en los que la República, por intermedio del Procurador General de la República se abstenga de interponer la apelación que les concede la Ley, el fallo no adquiere la condición de sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada, hasta tanto el Tribunal Superior no decida la consulta.

Sin embargo, esta prerrogativa debe ser interpretada en el sentido de que todas aquellas decisiones que nieguen la pretensión de la República tendrán consulta obligatoria, lo cual no aplica en el supuesto de que la pretensión de estos entes haya sido satisfecha, pues ningún sentido tendría la consulta de una sentencia que favorece los intereses del Estado cuando la parte en contra de la cual operó la sentencia no realizó los trámites necesarios para la apelación.

Así lo ha reconocido además la Sala Político-Administrativa en decisión de fecha 18-10-2000 (caso: Desarrollo Conjunto Residencial Don Virgilio), al señalar que *"es pacífica y reiterada la jurisprudencia que sostiene que, en casos como el de marras, sólo procede la consulta de Ley en los supuestos en que se ocasione un daño o perjuicio bien sea a la República, Estados o Municipios"*.

B. La obligación de todos los funcionarios judiciales de notificar al Procurador General de la República de toda sentencia definitiva o interlocutoria producida en los juicios en que la República sea parte

Las notificaciones tienen por objeto transmitir a las partes o a terceros dentro del proceso algo que deben conocer para llevar adelante su defensa en el proceso de que se trata. El derecho constitucional a la tutela judicial únicamente quedará garantizado en la medida en que se arbitren todos los medios posibles, con arreglo a las técnicas más modernas, para que llegue al destinatario el conocimiento de todo aquello

que debe conocer para una defensa efectiva⁶². Precisamente por su enorme importancia en orden a la tutela jurisdiccional efectiva, su régimen jurídico se encuentra regulado en las normas adjetivas.

En efecto, el CPC establece en su capítulo IV (De las citaciones y notificaciones) del Título IV, lo atinente a la regulación general de las citaciones y notificaciones en juicio, aunque lo relativo a las notificaciones es regulado igualmente -en cuanto a su procedencia o exigencia para la validez del procedimiento y actuaciones judiciales- a lo largo del texto de la norma. Así, por ejemplo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 251 del CPC, aquellas sentencias que hayan sido dictadas fuera del lapso, deberán ser notificadas a las partes, sin lo cual no correrán por supuesto los plazos para la interposición de recursos; de modo que sobre aquellas sentencias dictadas dentro del plazo correspondiente, no será obligatorio el que las partes deban ser notificadas por el tribunal.

Lo contrario sucede en el caso de la República, debido a que conforme al privilegio establecido en el artículo 98 del DLOPGR, los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador General de la República de toda sentencia interlocutoria o definitiva que sea dictada en juicio en el que sea parte la República.

La notificación comentada resulta obligatoria con independencia de que la sentencia haya sido dictada o no fuera del plazo. De ahí que esto represente otro privilegio procesal para la República. Adicionalmente, el mismo artículo 98 impone expresamente que la notificación debe estar acompañada de copias certificadas de las decisiones o de todo lo conducente para formar criterio sobre el asunto y ejercer las acciones pertinentes según el caso.

El cumplimiento de este privilegio previsto a favor de la República, tal como lo ha señalado la Sala Político-Administrativa, resulta de obligatorio cumplimiento por parte de todas las autoridades judiciales, desde que el mismo se erige según el criterio de la Sala, como un mecanismo de protección de intereses cuyo titular es, en definitiva, la ciudadanía (Sentencia de la Sala del 02-05-2000, caso: C.A. Goodyear de Venezuela).

En estos casos, el Procurador General de la República se entenderá notificado después de transcurrido un lapso de ocho días hábiles contados a partir de la constancia en autos de la práctica de la notificación y sólo una vez transcurrido dicho lapso se abren los términos para la interposición de los recursos a que haya lugar. Este plazo para que surta

⁶² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Editorial Temis, Bogotá, 1985, pp. 302-305.

efectos la notificación, redundando en el régimen privilegiado relativo a las notificaciones obligatorias, del que goza la República.

La falta de notificación en estos supuestos será causal para que el juez de oficio reponga la causa en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio de que dicha reposición pueda ser solicitada por el Procurador.

5. Privilegios y prerrogativas en la ejecución de la sentencia

Dentro los privilegios y prerrogativas procesales que están consagradas a favor de la República están aquellas que son exigibles en la fase de ejecución de las sentencias. En primer lugar, cuando la República sea condenada en juicio el tribunal encargado de ejecutar la sentencia deberá notificar al Procurador General de la República. De otra parte, cuando haya sido condenada la República, debe cumplirse de forma obligatoria un procedimiento especial de ejecución de sentencias.

A. Notificación sobre ejecución de sentencia

El artículo 99 DLOPGR establece que cuando la República sea condenada en juicio, el tribunal encargado de ejecutar la sentencia debe notificar al Procurador General de la República quien a su vez solicitará al órgano respectivo que, dentro del lapso de 60 días siguientes, informe al tribunal sobre la forma y oportunidad de la ejecución.

B. Limitaciones a la ejecución de sentencias y procedimiento de ejecución

La ejecución de las sentencia cuando ha sido condenada la República no se tramita de la forma como lo prevé el Código de Procedimiento Civil para todos los casos, en su lugar debe cumplirse un procedimiento especial. Para justificar este procedimiento especial y más favorable se han invocado dos principios contemplados por el ordenamiento jurídico, estos son: el principio de legalidad presupuestaria y el principio de inembargabilidad de los bienes públicos:

El principio de la legalidad presupuestaria (art. 314 constitucional) conforme al cual, la administración no podrá hacer gasto o erogación alguna que no esté prevista en la Ley de Presupuesto. En todo caso, sólo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para aquellos gastos que fuesen necesarios y que no estuviesen previstos. Así, aquellos compromisos que tengan fundamento en una sentencia judicial se pagarán con cargo a la partida de presupuesto que para tales fines se disponga en cada ejercicio.

El principio de la inembargabilidad de los bienes públicos (art. 87 del DLOPGR) con fundamento en el cual, los bienes, rentas, derechos o acciones de la República no pueden ser objeto de embargos ejecutivos,

sino que, en estos casos, los jueces que conozcan de la ejecución de sentencias contra la República, deben suspender la causa y notificar al Procurador General de la República, para que fije, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo demandado.

El DLOPGR prevé en sus artículos 99 y 100 el procedimiento para la ejecución de sentencias dictadas contra la República, de la siguiente forma:

El tribunal encargado de ejecutar deberá notificar al Procurador General de la República sobre la sentencia quien, a su vez, solicitará al órgano respectivo que dentro del lapso de 60 días siguientes, informe al tribunal sobre la forma y oportunidad de ejecución, como ya dijimos.

Recibida la propuesta del órgano o ente público correspondiente, la parte interesada previa notificación podrá aceptarla o rechazarla y, en este último caso, el tribunal fijará otra oportunidad para la presentación de una nueva propuesta. Si esta no es aprobada por el interesado, o si el órgano o ente respectivo no presenta propuesta alguna, el tribunal deberá determinar la forma en que se ejecutará lo juzgado según el siguiente procedimiento: **(i)** Si se trata de cantidades de dinero, el tribunal a petición de parte ordenará que el monto a pagar se incluya en la partida de los próximos dos ejercicios presupuestarios, debiendo remitir al Procurador copia certificada de la decisión; **(ii)** Si se trata de entrega de bienes, el Tribunal debe poner en posesión de los mismos a quien corresponda. Si el inmueble está afectado al uso público el tribunal deberá acordar la fijación de su precio mediante avalúo.

Ahora bien, este procedimiento previsto en los artículos 99 y 100 del DLOPGR es aplicable exclusivamente a la República. De forma que no se extiende a los institutos autónomos, empresas del Estado y demás entes de la administración, a quienes debería aplicárseles el régimen común sobre la materia.

II. Privilegios y prerrogativas fiscales de la República

Dentro de los privilegios y prerrogativas fiscales de la República figuran en primer lugar la imposibilidad de exigir a la República que constituya caución para la procedencia de alguna actuación judicial; la inembargabilidad de los bienes de la República; la improcedencia de la condenatoria en costas contra la República y la prohibición de la compensación contra la República.

1. Prohibición de exigir a la República que constituya caución para la procedencia de alguna actuación judicial

De acuerdo a lo previsto en el artículo 83 del DLOPGR la República no está obligada a prestar caución para ninguna actuación judicial. Para un sector de la doctrina el establecimiento de prerrogativas de esta índole se justifica en el argumento de que se presume de las actuaciones de la República que estas son siempre conforme a derecho y los fines que persigue son rectos, máxime cuando se entiende que ésta actúa siempre de buena fe en su condición de garante del interés público⁶³.

No estamos de acuerdo con esa posición pues nuestra experiencia nos ha demostrado todo lo contrario. La República, con frecuencia, tiende a incumplir o retardar los pagos a los que se encuentre obligada por decisiones judiciales.

2. La inembargabilidad de los bienes de la República

Una tradicional prerrogativa fiscal es la de que los bienes, derechos, rentas o acciones del patrimonio del Estado no podrán ser objeto de embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales, o de cualquier otra medida ejecutiva o preventiva; en nuestro caso establecida en el artículo 87 del DLOPGR.

Recordemos que GARCÍA DE ENTERRÍA al hacer referencia al principio de inembargabilidad de los bienes públicos o *privilegium fisci* señala que “es un asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio”. En ese sentido, expresa que “*El dinero administrativo es perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no perturba ningún servicio esencial, sino que da al dinero público precisamente el destino específico que la Ley (concretada mediante la sentencia ejecutoria) le asigna*”.

Como lo expresa GONZÁLEZ PÉREZ:

[...] la prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuera cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva –que suelen reconocer todas las Constituciones– comprende no sólo la facultad para exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada, sino que lo en ella resuelto sea llevado a efecto, con, sin o contra la voluntad del obligado. Los Tribunales han de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁶⁴.

El privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos de la administración pública ha venido a ser calificado como “*una esfera*”

⁶³ RODRÍGUEZ ARJONA, Mariana, “Comentarios preliminares sobre algunas prerrogativas procesales de la Administración Pública” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 106*, UCV, Caracas, 1998, pp. 322 y ss.

⁶⁴ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de derecho procesal administrativo*, Civitas. Madrid, 1992, p. 391.

*inmune a la introducción de los órganos jurisdiccionales para dar cumplimiento a la sentencia de condena*⁶⁵.

Pero, ya lo hemos dicho antes y siempre es bueno reiterarlo, no es suficiente que el particular pueda hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes, ni que se produzca una decisión de fondo sobre el asunto planteado; es indispensable además que se cumpla con lo decidido por el tribunal para que efectivamente se materialice el derecho a la tutela judicial. Es necesario que se dé cumplimiento a lo ordenado en el fallo, esto es, que se ejecute a los fines de materializar la satisfacción de la pretensión deducida.

El principio de la inembargabilidad de los bienes públicos está actualmente consagrado en el artículo 87 del DLOPGR con fundamento en el cual, los bienes, rentas, derechos o acciones de la República no pueden ser objeto de embargos ejecutivos, sino que, en estos casos, los jueces que conozcan de la ejecución de sentencias contra la República, deben suspender la causa y notificar al Procurador General de la República, para que fije, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo demandado.

Este privilegio fiscal fue flexibilizado o atenuado por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Justicia a la que ya hicimos referencia cuando comentamos las prerrogativas procesales de la República en la fase de ejecución de sentencias, mediante la cual se llegó a aplicar en forma analógica el procedimiento dispuesto por el artículo 104 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, que –reiteramos– permitía acudir al procedimiento de ejecución contemplado en el CPC, que a su vez contemplaba la posibilidad de dictar medidas ejecutivas.

Pero con la entrada en vigencia de la Ley de la Procuraduría de 2001, se estableció un procedimiento especial de ejecución de sentencias, que no contempla expresamente la posibilidad de poder acudir a esas disposiciones del CPC relativas a la ejecución de sentencias de condena sobre cantidades líquidas de dinero como sí lo estipulaba el artículo 104 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, y que se mantiene en el vigente DLOPGR de 2016. Por tanto, este privilegio ya no se encuentra flexibilizado por el procedimiento de ejecución de sentencias que le corresponde a la República, consagrado en el DLOPGR.

⁶⁵ CARRERAS LLANSANA, Jorge, "El embargo de bienes", Ed. Bosch, Barcelona, 1957, Cit. en ESCUDERO HERRERA, María C., *Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso-administrativo, y sus soluciones*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005, p. 159.

A. La embargabilidad de los bienes de institutos autónomos, empresas del Estado y otros

Si bien no existe la imposibilidad de decretar medidas procesales de embargo, secuestro, ejecución interdictal y, en general, alguna medida de ejecución preventiva y definitiva sobre bienes de institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que este tenga participación; de otras entidades públicas o de particulares que estén afectados al uso público, a un servicio de interés público, a una actividad de utilidad pública nacional o a un servicio privado de interés público; el artículo 111 del DLOPGR establece que antes de su ejecución, el juez debe notificar al Procurador General de la República, acompañando con copias certificadas de todo lo conducente para formar criterio del asunto, a fin de que la entidad pública o privada que corresponda adopte las previsiones necesarias para que no se interrumpa la actividad o servicio a la que se esté afectando el fin.

En estos casos, el proceso se suspende por un lapso de 45 días continuos, contados a partir de la consignación en el expediente de la constancia de la notificación al Procurador General de la República, quien debe contestar dichas notificaciones durante este lapso, manifestando la ratificación de la suspensión o su renuncia a lo que quede del lapso, en cuyo caso se tendrá igualmente por notificado.

Adoptadas las previsiones del caso el órgano o ente correspondiente debe comunicar al Procurador General de la República, quien a su vez debe informar al juez de la causa.

El artículo 112 del DLOPGR establece que si transcurrido el lapso señalado en el artículo 111, sin que el Procurador General de la República haya informado al tribunal de la causa sobre las previsiones adoptadas por el órgano o ente correspondiente, el juez puede proceder a la ejecución de la medida.

3. La improcedencia de la condenatoria en costas contra la República

Aun cuando se declaren confirmadas las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se declaren sin lugar, se dejen perder o se desista de ellos, la República no podrá ser condenada en costas, tal como lo establecen los artículos 88 del DLOPGR y 287 del Código de Procedimiento Civil.

Este privilegio que aplica a todo tipo de juicios, sean ordinarios, especiales o contenciosos administrativos, encuentra, sin embargo, una excepción en materia contencioso tributaria reflejada en el Código Orgánico Tributario que establece que cuando la Administración Tributaria resulte totalmente vencida por sentencia definitivamente firme será

condenada a pagar las costas equivalentes a un monto que no excederá del 10 % de la cuantía del recurso que dio lugar al juicio. Sin embargo, si el tribunal considera que la administración tributaria perdedora tuvo motivos racionales para litigar podrá eximirla del pago de las costas generadas.

Consideramos que la línea impuesta por el Código Orgánico Tributario debió ser la asumida por el nuevo DLOPGR pues es obvio que la prerrogativa que impide condenar en costas a la República contraría el derecho de todo particular a la igualdad procesal y a obtener una tutela judicial efectiva, pues resulta injusto que el particular que fue llevado a juicio por la República, o que se vio obligado a demandar la nulidad de un acto administrativo inconstitucional o ilegal, y que luego resulta ganador en juicio, deba asumir, por la temeridad o desidia de la República, los gastos que el proceso le generó. Tal ha sido la interpretación asumida, por ejemplo, en el derecho español donde ésta prerrogativa fue abandonada al establecerse en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998 de 13 de julio) la posibilidad de condenar en costas a la administración en términos idénticos a cualquier particular⁶⁶.

Sin embargo, cabe destacar que en Venezuela, se ha admitido jurisprudencialmente la condenatoria en costas a los entes públicos que resulten perdedores en juicio. De esta forma, por medio de sentencia del 02-10-2002, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, señaló expresamente que de una correcta interpretación del artículo 33 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se desprende que en los procesos de amparo constitucional contra particulares, se condenará en costas a la parte que resulte totalmente perdedora, sin importar que ésta sea un ente público o un particular, al señalar lo siguiente:

[...] a pesar de que no existe previsión expresa sobre las costas contra los entes públicos en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, considera esta Sala que las mismas sí proceden y que el juez tiene la facultad de condenar al vencido en el proceso de amparo constitucional -sea el particular o el ente público- y exonerar de costas a quien haya intentado la acción por motivos racionales para litigar, pues, partiendo de una interpretación del artículo 33 de la referida Ley Orgánica en forma progresiva y armónica con lo dispuesto en el artículo 21 eiusdem y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -así como con las tendencias modernas del derecho comparado-, debe entenderse que los entes públicos responden ante los particulares y, en consecuencia, éstos frente a

⁶⁶ Por el contrario, en Venezuela, los juicios que hay recaído sentencia definitiva a favor de la República, el Procurador General de la República, o quien actúe en su nombre, debe estimar el valor de las respectivas actuaciones de conformidad con lo establecido en la Ley de Abogados, a los efectos de la respectiva condenatoria en costas.

aquellos, en acatamiento tanto del imperativo constitucional que atenúa o elimina los privilegios procesales que la Administración y otras autoridades públicas suelen invocar en su favor -dado que atentan contra la igualdad procesal y que se instituyen como un obstáculo que impide a los particulares el ejercicio efectivo de su derecho a la justicia-, como de la regla contenida en la Disposición Derogatoria Única del referido Texto Fundamental.

4. La inadmisibilidad de la compensación contra la República

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 del DLOPGR, en ningún caso es admisible la compensación contra la República, cualquiera que sea el origen o la naturaleza jurídica de los créditos que se pretendan compensar, salvo lo dispuesto en el Código Orgánico Tributario, respecto de la posibilidad de compensación de los créditos por concepto de tributos, intereses, multas y costas procesales, con las deudas tributarias por los mismos conceptos (art. 49).

III. Privilegios y prerrogativas de los municipios

Como hemos señalado, los estados gozan de las mismas prerrogativas y privilegios procesales conferidos a la República por cuanto la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público les extendió dichas prerrogativas establecidas en las demás leyes de la República. Ahora bien, en el caso de los municipios, la LOPPM reconoció expresamente una serie de prerrogativas y privilegios procesales propios de dichas organizaciones político territoriales, los cuales también son de orden público o de obligatorio cumplimiento y exigencia por parte de los funcionarios judiciales.

1. Antes de la iniciación del proceso

Hemos ya señalado que una prerrogativa que se otorga a la República ante de la iniciación del proceso es la necesidad de cumplir con el antejuicio administrativo consagrado en el DLOPGR, como condición para que las demandas contra la República puedan ser admitidas por los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, ni la LOPPM ni ninguna otra norma de rango legal concede esa prerrogativa a los municipios.

Ya hemos mencionado que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 220 del 10-03-2010, consideró procedente extender la prerrogativa del antejuicio administrativo a los municipios, determinando que *“se amerita que los Municipios gocen en juicio de ciertas condiciones especiales, en resguardo de los intereses superiores que rigen su actuación pública, entre ellos, el agotamiento del procedimiento previo a las demandas contra la República”*.

Al igual que ha ocurrido con las empresas públicas, la prerrogativa del antejuicio administrativo ha sido inconstitucionalmente extendida a los municipios por vía jurisprudencial. Reiteramos aquí nuestro rechazo a esto por violar la reserva legal y los principios de igualdad y de tutela judicial efectiva.

2. En la iniciación del proceso

El capítulo IV del Título V de la LOPPM establece las disposiciones que rigen a la actuación del municipio en juicio, en varias de sus fases. Las disposiciones normativas contenidas en ese capítulo consagran prerrogativas procesales para los municipios que deberán ser tomadas en cuenta al momento de iniciar el proceso.

A. Citación obligatoria del Síndico Procurador Municipal y contestación de la demanda

El artículo 153 de la LOPPM establece la obligatoriedad de que el Síndico Procurador Municipal, la autoridad correspondiente o el alcalde, sea citado por los funcionarios judiciales, con ocasión de demandas de toda naturaleza en contra el municipio, o de cualquier solicitud que obre contra los intereses patrimoniales del municipio o la correspondiente entidad municipal.

Para que se considere como válidamente practicada, la citación deberá ser acompañada con copias certificadas de la demanda y de todos sus anexos, lo cual deberá constar en el respectivo expediente. La falta de la citación ante los órganos o entidades municipales correspondientes, o el incumplimiento de las formalidades requeridas para ello, constituirá causal de anulación y en consecuencia se deberá reponer la causa.

Una vez que se haya comprobado que la citación fue válidamente práctica, el Síndico Procurador Municipal gozará de un plazo de 45 días continuos para dar contestación a la demanda, según lo consagrado en el mismo artículo 153 de la LOPPM.

B. La improcedencia de la confesión ficta en los juicios en que los municipios son demandados

Conforme al artículo 154 de la LOPPM, cuando la autoridad municipal debidamente citada no hubiese comparecido para contestar la demanda o las cuestiones previas que le hayan sido opuestas, estas se las tendrá de todas formas como contradichas en todas sus partes. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda corresponder al funcionario encargado de la representación de los intereses del municipio.

3. En la decisión

La LOPPM consagra una prerrogativa procesal a los municipios respecto de la fase de decisión del juicio, específicamente en el último aparte del artículo 153 dispone el deber u obligación de los funcionarios judiciales de notificar al Síndico Procurador Municipal de toda sentencia definitiva e incluso de las sentencias interlocutorias que puedan ser dictadas a lo largo de otras fases del proceso.

4. En la ejecución

Al igual que sucede con la República, los municipios gozan también de prerrogativas en la fase de ejecución de las sentencias condenatorias que hayan sido dictadas en su contra. Así, la LOPPM establece la prerrogativa del deber de informar a la autoridad ejecutiva del municipio, cuando este haya sido condenando en juicio. Por otra parte, se consagra también un procedimiento especial de ejecución de sentencias para los municipios.

A. Notificación sobre ejecución de sentencias

El artículo 158 de LOPPM establece que cuando la parte interesada haya solicitado al tribunal la ejecución de una sentencia definitivamente firme en la que hubiese resultado condenado el municipio, este deberá ordenar dicha ejecución para lo cual está obligado a notificar al alcalde o autoridad ejecutiva del municipio, quien deberá dar cumplimiento voluntario a la sentencia dentro de los 10 días siguientes a la notificación correspondiente.

Dentro de ese lapso, al municipio se le permite proponer una forma de cumplir con la sentencia. En caso de rechazo de la propuesta, las partes pueden incluso acordar la suspensión del lapso por el tiempo que se convenga, a fin de que puedan realizar actos de composición voluntaria.

B. Procedimiento de ejecución de sentencias

Los artículos 158 y 159 de la LOPPM, establecen el procedimiento aplicable para la ejecución de sentencias condenatorias en el caso de los municipios, el cual replicó en casi todos sus aspectos más importantes el procedimiento que ya venía establecido en el artículo 104 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, especialmente en lo que se refiere a las cantidades de dinero. El procedimiento actual de la LOPPM, viene establecido en los siguientes términos:

Primero, el tribunal encargado de la ejecución otorgará un plazo de 10 siguientes de su notificación, al alcalde o la autoridad ejecutiva de la entidad municipal de que se trate, para que se dé el cumplimiento voluntario a la sentencia.

Segundo, dentro de ese lapso, el municipio o entidad municipal podrá proponer al tribunal una forma de cumplir con la sentencia, pudiendo ser aceptado o rechazado por la parte interesada. Las partes podrán suspender el plazo en cuestión o realizar actos de composición voluntaria.

Tercero, vencido el plazo para la ejecución voluntaria, se procede a la forzosa en la que el tribunal determina la forma y oportunidad de dar cumplimiento a la sentencia, según los siguientes procedimientos reseñados en forma resumida:

a. Cuando la condena sea sobre una cantidad líquida de dinero, el tribunal ordenará al municipio o entidad municipal para que incluya el monto a pagar en el presupuesto del año próximo y siguientes, a menos que ya exista provisión de fondos en el presupuesto vigente. Cuando no se diere el cumplimiento de pago con cargo a la partida prevista, el tribunal a petición de parte ejecutará la sentencia conforme al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de sentencias de condena sobre cantidades líquidas de dinero.

b. Cuando en la sentencia se hubiere ordenado la entrega de algún bien el tribunal llevará a efecto la entrega. Si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a un servicio público o a una actividad de utilidad pública, el tribunal, a petición de parte, acordará que el precio sea fijado mediante peritos en la forma establecida por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. Fijado el precio, se procederá como si se tratase del pago de cantidades de dinero.

c. Cuando la condena se trate de una obligación de hacer, el tribunal fijará a petición de parte un lapso de 30 días consecutivos para que el municipio o la entidad municipal cumpla la obligación. Si la obligación no es cumplida, el tribunal a petición de parte procederá él mismo a ejecutarla, trasladándose a la oficina municipal correspondiente para ello. Si aun así no se cumpliera con la obligación, entonces el tribunal sustituirá al municipio o ente municipal y hará que la obligación de hacer sea cumplida. En los casos en que por su naturaleza la obligación no pueda ser ejecutada por el tribunal, entonces de esta se estimará su valor y se ejecutará como si fuere una cantidad de dinero.

d. Cuando la sentencia ordene a una obligación de no hacer, el tribunal a petición de parte ordenará el resarcimiento del daño que se derive del incumplimiento de la obligación de no hacer.

Notamos en la norma que si la orden de ejecución no fuere cumplida por la administración o la partida de presupuesto correspondiente no fuere ejecutada, el tribunal a instancia de parte ejecutará la sentencia con base al procedimiento ordinario previsto en el Código de

Procedimiento Civil, esto es, el embargo y posterior remate de los bienes de la administración salvo que se trate de bienes del dominio público, previo cumplimiento de las formalidades a las que alude la LOPPM en el numeral primero de su artículo 159.

Como se puede observar, este procedimiento resulta más concreto y posibilita más vías de ejecución al hacer referencia directa a los procedimientos del CPC, a diferencia del procedimiento especial de ejecución de sentencias que establece el DLOPGR para la República.

5. Privilegios fiscales de los municipios

La LOPPM establece igualmente privilegios fiscales a favor de los municipios en el marco de los juicios que estos llegasen a enfrentar y que también guardan similitud con los otorgados a la República, e incluyen, principalmente, la prohibición de la imposición de medidas preventivas y ejecutivas, como lo sería la inembargabilidad de bienes y derechos (salvo los casos previstos en la ley) y la regulación privilegiada en cuanto al tema de condenatoria en costas que en el caso de los municipios sí es procedente, pero en los términos más favorables que la norma establece para esos entes.

A. Inembargabilidad de bienes y derechos

El artículo 156 de la LOPPM prohíbe expresamente que los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes al municipio o a una entidad municipal estén sujetos a medidas preventivas, ni tampoco a medidas ejecutivas, salvo en los casos previstos en esa misma ley (procedimiento de ejecución de sentencias).

B. Condenatoria en costas

En lo que respecta al tema de condenatoria en costas, a diferencia de lo que sucede con la prerrogativa aplicable en este caso para la República, los municipios pueden ser condenados en costas, con la condición de que estos hayan resultado totalmente vencidos en juicio por sentencia definitivamente firme, según lo dispuesto por el artículo 157 de la LOPPM.

Adicionalmente, establece el mismo artículo que el monto de la condenatorias no podrá exceder del 10 % del valor de la demanda. Así mismo, se permite que el juez pueda eximir de costas al municipio o a las entidades municipales *“cuando éstas hayan tenido motivos racionales para litigar”*. ■