

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

26

ENERO - JUNIO

2023

www.cidep.com.ve

REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

**Una publicación del
Centro para la Integración
y el Derecho Público (CIDEP)**

Número 26
Enero – Junio 2023
Segunda etapa

Caracas, 2024



Director	José Ignacio Hernández G.
Secretario de Redacción	Gabriel Sira Santana
Consejo de Redacción	José Rafael Belandria García María Alejandra Correa Claudia Nikken Flavia Pesci Feltri Antonio Silva Aranguren Jorge Luis Suárez Mejías Gustavo Urdaneta Troconis Daniela Urosa Maggi

La Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV) es una publicación académica abierta, arbitrada por pares (*peer review*) y semestral del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), editada en la ciudad de Caracas, Venezuela.

La REDAV recibe, evalúa y publica artículos referidos a **(i)** estudios teóricos y doctrinales sobre el Derecho Administrativo, **(ii)** la actualidad del Derecho Administrativo venezolano, y **(iii)** la interacción entre el Derecho Administrativo y el Derecho de la Integración.

El contenido de los trabajos publicados en la REDAV es de la exclusiva responsabilidad de sus autores –quienes conservan su derecho de autor sobre el texto– y no se corresponde necesariamente con los criterios de la Dirección, el Consejo de Redacción o el CIDEP.

Las normas y criterios editoriales de la REDAV pueden consultarse en este número y en el sitio web del CIDEP. Cualquier duda o comentario sobre la revista puede hacérsenos llegar a través del correo electrónico editorial@cidep.com.ve

La REDAV forma parte del Directorio de Latindex y de Ulpiano.

© **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**
Número 26. Enero – Junio 2023

Publicación semestral. Segunda etapa

URL DEL EJEMPLAR: <https://cidep.com.ve/ojs/index.php/redav/issue/view/redav-26>

FECHA DE PUBLICACIÓN: 12-01-2024

SITIO WEB: cidep.com.ve/redav (SEGUNDA ETAPA); redav.com.ve (PRIMERA ETAPA)

X: [@redav2012](https://twitter.com/redav2012)

ISSN: 2542-3169

Depósito legal: DC2021001708

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

Caracas, Venezuela

Correo electrónico: contacto@cidep.com.ve

Sitio web: www.cidep.com.ve www.cidep.online

X – Instagram – LinkedIn – Youtube: [@cidepVE](https://www.instagram.com/cidepVE)

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

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

El CIDEP desarrolla principalmente actividades de investigación y divulgación.

La Dirección General del CIDEP corresponde a Jorge Luis Suárez Mejías y la Dirección Ejecutiva a Antonio Silva Aranguren. La Subdirección recae en Samantha Sánchez Miralles.

Normas y criterios editoriales

1. El artículo podrá tener hasta un máximo de tres coautores.
2. El artículo debe enviarse a la dirección electrónica editorial@cidep.com.ve o a través de www.cidep.com.ve/redav
3. El artículo debe remitirse en formato .doc o .docx (Microsoft Word).
4. No se establece un número mínimo o máximo de páginas por artículo.
5. El tamaño de la hoja será carta y en sentido vertical, con márgenes superiores e inferiores de 2.5 cm y laterales de 3 cm. La alineación de texto será justificada.
6. La fuente del texto general será Arial, número 12, color negro, con interlineado de 1.5 puntos y sangría de 0.7 cm al inicio de cada párrafo. El espacio entre párrafos será de 6 puntos y no se dejarán líneas en blanco.
7. La fuente de los pies de página será Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. El espacio entre párrafos será simple y no se dejarán líneas en blanco.
8. En autor podrá hacer uso de la cursiva para destacar una palabra o frase breve en el texto, absteniéndose de usar negrillas o subrayados con esta finalidad.
9. El título del artículo debe ir al inicio del archivo, en mayúsculas sostenidas y negrillas. Seguido de ello se incluirá el nombre del autor en la línea siguiente, alineado a la derecha, con un pie de página que incluya una reseña curricular que no supere las cinco líneas y en donde deben precisarse sus grados académicos, institución de adscripción y correo electrónico.
10. Los artículos incluirán un resumen en español e inglés de hasta 150 palabras y de tres a cinco palabras claves en estos idiomas.
11. Los artículos se dividirán de acuerdo con la siguiente jerarquía, empleándose negrillas para los títulos y mayúsculas tipo oración. La introducción y la conclusión no se enumeran:
 - I.
 1.
 - A.
 - a.
 - a'.
12. Toda frase extraída de una obra de terceros habrá de ser debidamente citada de acuerdo con la extensión precisada en el punto 14 de estas normas. En caso de parafraseo, el llamado a pie de página se colocará al final de la idea comentada. El autor procurará en todo caso evitar las citas de citas y, en caso de hacer llamados generales a la doctrina, foro o análogos, deberá incluir un pie de página donde precise los autores y obras donde puedan profundizarse tales planteamientos.

13. Las citas bibliográficas habrán de incluirse como pie de páginas, sin que se incorpore un apartado de bibliografía en el artículo.
14. Para el orden de las citas a pie de página se sugiere el uso del Manual de estilo Chicago-Deusto*. En todo caso, el autor podrá optar por otros sistemas siempre que este se mantenga de forma uniforme a lo largo del artículo y permita conocer todos los elementos de valor para la consulta de la fuente (autor; título del libro o artículo; título de la obra colectiva o publicación periódica de ser el caso; editorial; ciudad; año; número de páginas; enlace; entre otros).
15. Si la cita supera las 40 palabras deberá incluirse como párrafo aparte y con margen izquierdo de 0.7 cm, letra Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. En caso de ser igual o inferior a las 40 palabras, la cita se insertará en el texto entre comillas.
16. Los autores que remitan artículos para la consideración del Consejo de Redacción de la REDAV declaran que la obra que presentan es original e inédita, y ellos son los titulares de los derechos patrimoniales y morales sobre la misma, por lo que la REDAV y el CIDEP quedan exonerados de cualquier responsabilidad en cuanto a la vulneración de derechos de terceros.
17. Los autores cuyos trabajos sean aprobados para su publicación en la REDAV ceden al CIDEP los derechos de explotación sobre sus artículos de forma gratuita, exclusiva, perpetua y sin limitación territorial. En virtud de la cesión efectuada, el CIDEP quedará facultado para la edición, reproducción, publicación, distribución, difusión, comunicación pública y comercialización de la obra, siempre que reconozca su autoría.
18. La REDAV no está en la obligación de publicar los artículos recibidos. En todo caso, la revista procurará notificar al autor de su interés o no en la obra a la brevedad posible.
19. Como parte del proceso arbitral y editorial, la REDAV podrá realizar comentarios, sugerencias y observaciones al autor basadas en criterios académicos y editoriales, a fin de que el autor realice los ajustes respectivos para la aprobación del texto.
20. El autor podrá solicitar gratuitamente a la REDAV que prescinda de la publicación del artículo que haya enviado siempre que el mismo no haya entrado en etapa de diagramación. De encontrarse en esta etapa o una posterior, y siempre que no se haya procedido a la publicación de la obra, el autor podrá solicitar la remoción de su trabajo previo pago de los gastos en los que se haya incurrido durante el proceso editorial.

* Disponible en <https://bit.ly/3BOGaxE>

Índice

LOS CONTROLES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA POSTPANDEMIA, Carlos E. Delpiazzo 9

Introducción	10
i. Marco fáctico.....	10
ii. Marco conceptual	11
iii. Marco jurídico	14
Conclusiones	19

EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR LA FUNCIÓN PÚBLICA. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Alan E. Vargas Lima..... 21

Introducción	22
i. El marco normativo vigente de la responsabilidad.....	23
ii. Los principios de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública: Eficacia y responsabilidad	24
iii. Principios relevantes de la Carta Iberoamericana de la Función Pública....	28
iv. El principio de responsabilidad por la función pública y su desarrollo jurisprudencial	30
v. La responsabilidad por el ejercicio de la función pública y su regulación normativa en el Estado Plurinacional de Bolivia.....	35
vi. La responsabilidad administrativa por la función pública y su marco normativo	37
vii. Las dimensiones del debido proceso en el derecho administrativo sancionador.....	52
viii. Naturaleza jurídica de la responsabilidad administrativa y la prescripción.....	61
Conclusiones	63

REFLEXIONES PARA SUPERAR A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA CONTRACTUAL COMO CATEGORÍA, Jean-Denis Rosales Gutiérrez..... 67

Introducción	67
i. Planteamiento para la falsación de la nomenclatura, o nominativitas administrativa.....	71
ii. Interrelación del acto y el contrato administrativo. Acerca de la teoría de los actos conexos y coligados dentro de las contrataciones públicas	78
iii. La función de la construcción en la formulación de nuevos conceptos.....	87
Conclusiones	93

LA EXCESIVA DISCRECIONALIDAD EN EL TRÁMITE DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS, Daniel Rosas Rivero.....97

Introducción	97
i. La discrecionalidad en la aplicación de la modalidad de selección de contratistas para un determinado contrato.....	99
ii. La discrecionalidad asignada al Presidente de la República para dictar medidas temporales que excluyan de las modalidades de selección de contratistas, determinados bienes, servicios y obras, que se consideren estratégicos.....	102
iii. La discrecionalidad en las invitaciones a presentar oferta	105
iv. La discrecionalidad en la administración y ejecución de los aportes en dinero provenientes del compromiso de responsabilidad social	110
Conclusiones	116

LOS PROCEDIMIENTOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y EL USUARIO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN TORNO A SU RECIENTE INFORMALIDAD, Fernando Javier Delgado Rivas..... 119

Introducción	119
i. Antecedentes legislativos	123
ii. Los procedimientos de protección al consumidor y al usuario en el marco de la Ley Orgánica de Precios Justos.....	136
Conclusiones	142

LAS PONENCIAS DE FARÍAS MATA EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA (1991-1995), Gabriel Sira Santana 145

Introducción	145
i. Competencia.....	146
ii. Potestad reglamentaria.....	147
iii. Discrecionalidad administrativa	148
iv. Acto administrativo	149
v. Vías de hecho.....	150
vi. Derechos y libertades individuales.....	151
vii. Suspensión de efectos del acto administrativo.....	155
viii. Contencioso-administrativo.....	157

Los controles de la actividad administrativa postpandemia

Carlos E. DELPIAZZO*

REDAV, N° 26, 2023, PP. 9-20

Resumen: Tomando en cuenta el objeto, esencia y bases del Derecho Administrativo, el artículo insiste en su permanencia como instrumento clave para la convivencia social, tanto en situaciones de normalidad como de anormalidad, durante la pandemia COVID-19 y en la postpandemia por venir. Ello resulta especialmente útil para el estudio del control de la Administración Pública ante las exigencias de la postpandemia.

Palabras clave: Actividad Administrativa – Control de la Administración Pública – COVID-19.

Abstract: *Considering the Administrative Law's object, essence, and foundations, this paper reinforces its permanence as an essential tool to support social interaction in ordinary or extraordinary circumstances during the COVID-19 pandemic or the post-pandemic. This is a helpful conclusion, particularly about the control over the Public Administration and the challenges faced in the post-pandemic.*

Keywords: *Administrative activity – Public Administration control – COVID-19.*

Recibido

06-11-2023

Aceptado

28-11-2023

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Director de la Especialización y Maestría en Derecho Administrativo y Gestión Pública en la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Catedrático de Derecho Administrativo en dicha Maestría y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Catedrático de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República. Ex Director de la Escuela de Posgrado de dicha Facultad. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Miembro del Comité Académico de la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) y de la Comisión Académica del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano liderado por la Universidad de La Coruña (España). Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Economía del Uruguay.

Introducción

Reflexionar sobre los controles de la actividad administrativa en la postpandemia supone indagar en el concepto y tipología del control en el futuro que vendrá una vez que el COVID 19, declarado pandemia por la Organización Mundial de la Salud a comienzos del año 2020, haya pasado o, al menos, haya disminuido en su incidencia en la vida social a lo largo y ancho del planeta que nos alberga.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, como ya he tenido oportunidad de señalarlo, frente a la *discusión teórica* entre quienes propugnan la mayor idoneidad del poder para resolver por vía de autoridad todas las cuestiones de la vida social (los totalitarismos) abogando por un Estado grande, intervencionista y pesado para la sociedad y quienes ponen el acento exagerado en las libertades especialmente económicas (los liberalismos), propiciando un Estado mínimo, la *realidad práctica* de crisis como la que nos toca vivir demuestra que los debates sobre el tamaño y el rol del Estado quedan reducidos a hojarasca que se lleva el viento¹.

Ello es así porque frente a los grandes retos como los que plantea la pandemia del COVID 19 queda claro que un Estado elefantiásico carece de capacidad de reacción y un Estado mínimo no dispone de los instrumentos necesarios para responder adecuadamente a la emergencia.

Lo que la realidad nos muestra hoy a nivel mundial es que todos miran al Estado y reclaman a las autoridades gubernamentales la determinación del rumbo y la solución del sinnúmero de problemas que plantea el desafío colectivo, no sólo en términos sanitarios sino también sociales y económicos.

Por lo tanto, esa realidad debe ser el punto de partida para indagar en la temática de los controles de la actividad administrativa en un mundo por venir –el de la postpandemia– cuando todavía estamos navegando en medio de un mar embravecido desde el cual la costa –que muchos identifican con la vacunación de los pueblos– todavía se ve desdibujada.

I. Marco fáctico

Desde la aparición en China y posterior dispersión explosiva por todos los continentes –lo que hace de la cuestión, también para el Derecho, un tema global– el mundo enfrenta una situación de crisis profunda

¹ Carlos E. DELPIAZZO, “¿Derecho Administrativo de la Emergencia?”, en Jaime VILACRESES VALLE (Director), “Derecho Administrativo para las Emergencias” (CEP. Quito, 2020), p. 51 y ss.; y “Las libertades en tiempos de COVID 19”, en fidacovid.wordpress.com

en los aspectos sanitarios con impactos muy importantes en la economía de los países, que han visto disminuir la actividad productiva y el empleo, mermar los ingresos de las personas, incrementar la pobreza y otras consecuencias económicas y sociales de consideración.

Según datos del Banco Mundial, en el año 2020 se registró una de las recesiones más importantes de la última centuria, con una retracción del Producto Interno Bruto (PIB) per cápita del orden del 10 %, que en América Latina y el Caribe aparece como más pronunciada que a nivel global, con retracciones de la actividad productiva en casi todos los países.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, se ha debido responder prácticamente desde todos los cometidos propios de la función administrativa que, en nuestro país, a diferencia de las tipologías que exhibe el Derecho comparado, se clasifican atendiendo a su régimen jurídico².

Así, siguiendo la enseñanza de SAYAGUÉS LASO, se ha distinguido entre cometidos esenciales, servicios públicos, servicios sociales, actuación estatal en el campo de la actividad privada, y aspectos administrativos de la regulación de ésta³. Y todos ellos han debido ponerse en juego: piénsese en la higiene pública como cometido esencial, los servicios sociales de seguridad social y asistencia a la salud, y las múltiples medidas de fomento y apoyo especialmente a las pequeñas y medianas empresas.

Ya iniciado el 2021, aun cuando ha empezado a vacunarse en casi todos los países del mundo, la pandemia no ha desaparecido ni en su faz sanitaria ni en sus proyecciones económicas y sociales. Siendo así, estamos todavía lejos de lo que podría considerarse postpandemia, entendiéndose por tal que el Coronavirus deje de ser un elemento decisivo en la vida de la gente.

II. Marco conceptual

1. El control

En orden a la caracterización del control, siguiendo la enseñanza de GIANNINI, cabe considerarlo como la "*comprobación de regularidad de*

² Carlos E. DELPIAZZO, "Derecho Administrativo Uruguayo" (Porrúa-UNAM, México, 2005), p. 320 y ss.

³ Enrique SAYAGUÉS LASO, "Tratado de Derecho Administrativo" (Montevideo, 1963), tomo I, p. 52 y ss. En igual sentido: Julio A. PRAT, "Derecho Administrativo" (Acali, Montevideo, 1977), tomo I, p. 93 y tomo VI, vol. 1; Felipe ROTONDO TORNARIA, "Manual de Derecho Administrativo" (Montevideo, 2017), 10° ed., p. 31 y ss.; y, con leves variantes, Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, "Apuntes sobre funciones y cometidos del Estado", en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1987), tomo III, N° 18, p. 345 y ss.

una función propia o ajena"⁴. De tal noción surgen con nitidez los dos componentes básicos que la configuran, a saber: **(i)** Una función (entendida ampliamente como comprensiva de toda tarea, trabajo o actividad); y **(ii)** Un conjunto de normas (también entendidas éstas en sentido amplio, o sea, cualquiera sea su naturaleza, jurídicas o no) según las cuales aquélla ha de desenvolverse.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, a partir de tal concepto, es posible constatar la existencia de una amplia gama de especies de control que, si bien participan de la finalidad común de comprobar la regularidad de la actividad controlada, poseen notas diferenciales que permiten su clasificación y agrupamiento en diversas categorías según diferentes criterios no excluyentes sino complementarios⁵.

Sobre el particular, en perspectiva comparada, es posible ensayar una presentación esquemática a partir de los siguientes criterios principales de clasificación: la naturaleza del órgano de control, la índole de los actos respectivos, la posición institucional del controlante, la oportunidad del control, su objeto y su alcance⁶.

En primer lugar, atendiendo a la naturaleza del órgano de control, cabe distinguir entre: **(i)** control parlamentario, que es el ejercido por los órganos legislativos; **(ii)** control administrativo, que es el confiado a los órganos administrativos; y **(iii)** control jurisdiccional, que es el atribuido a los órganos jurisdiccionales en su más amplio sentido.

En segundo lugar, de acuerdo a la índole del acto del control, corresponde diferenciar entre: **(i)** control legislativo, que es aquel que se manifiesta mediante el dictado de leyes; **(ii)** control administrativo, que es aquel que se expresa a través de actos administrativos; y **(iii)** control jurisdiccional, que es aquel que culmina con una sentencia.

En tercer lugar, según la posición institucional del órgano de control, puede distinguirse entre: **(i)** control interno, que es el confiado a dependencias pertenecientes a la misma Administración controlada; y **(ii)** control externo, que es el asignado a órganos ajenos a la Administración controlada.

En cuarto lugar, el aludido criterio de la ubicación orgánica ha permitido separar también entre: **(i)** controles verticales, que son aquellos derivados de una vinculación jerárquica; y **(ii)** controles horizontales, que son aquellos que vinculan órganos ubicados en igualdad de situación,

⁴ Massimo Severo GIANNINI, "Control, noción y problemas en el Derecho italiano", en Anuario de Derecho Administrativo (Santiago de Chile, 1976), tomo I, p. 424 y ss.

⁵ Carlos E. DELPIAZZO, "Desafíos actuales del control" (FCU, Montevideo, 2001), p. 11 y ss.

⁶ Carlos E. DELPIAZZO, "Los sistemas de control de la actividad administrativa en el Derecho comparado", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador), "El control de la actividad administrativa" (Temis, Bogotá, 2018), pp. 526 y 527.

pudiendo distinguirse entre ellos los intraorgánicos, los interorgánicos, y los extraorgánicos.

En quinto lugar, conforme a la oportunidad, cabe diferenciar entre: **(i)** control previo, que es el que se realiza durante el proceso de formación del acto o, al menos, antes de que produzca sus efectos; **(ii)** control concomitante, que es el que se verifica en forma simultánea; y **(iii)** control *a posteriori*, que es el que se efectúa con ulterioridad.

En sexto lugar, en función del objeto de control, es posible distinguir entre: **(i)** control de legitimidad, que es el que busca y persigue que los actos de la Administración controlada se ajusten a las normas jurídicas que regulan su actividad; y **(ii)** control de mérito, que es el que está destinado a apreciar la oportunidad y conveniencia de los actos emanados de la Administración controlada.

En séptimo lugar, según el alcance del control, el mismo puede versar: **(i)** sobre las personas, es decir, sobre la conducta de los funcionarios que desempeñan tareas en la Administración controlada; y **(ii)** sobre la gestión o actividad de dicha Administración, o sea, abarcando los actos y hechos que son el contenido mismo de la función administrativa.

En octavo lugar, atendiendo más ampliamente a quién controla en función de la materia o sustancia de control, cabe distinguir el control administrativo, el jurisdiccional (o cuasi jurisdiccional), el político, el cívico (o ciudadano), el penal, el disciplinario y el referido al manejo de los fondos públicos.

2. La postpandemia

Como ya adelanté, creo que todavía no llegamos a la postpandemia y quizás esta demore todavía.

No obstante, ello no impide reflexionar acerca de lo que también ha dado en llamarse “nueva normalidad”.

Acudiendo al Diccionario de la Lengua Española, “nuevo” es lo “*que se percibe o se experimenta por primera vez*” o que es “*distinto o diferente de lo que antes había*”. A su vez, el vocablo “normalidad” alude a la “*cualidad o condición de lo normal*”, es decir, “*de lo habitual u ordinario, de lo que, por su naturaleza, forma o magnitud, se ajusta a ciertas normas fijadas de antemano*”.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, lo normal es la constante mutación⁷ y, en mi opinión, el desafío es la inducción de la Parte general a partir de las particularidades que ofrece la Parte especial –que es el Derecho en acción– siempre en continuo movimiento.

⁷ Carlos E. DELPIAZZO, “Derecho Administrativo General” (Montevideo, 2020), vol. 1, 3° ed., p. 87.

Lamentablemente, desde el viejo Derecho Administrativo muchas veces ha ocurrido lo inverso, forzando el acontecer fáctico para encuadrarlo en una pretendida “concepción dogmática de la realidad”, considerando que lo que no encuadra en ella debe reputarse una patología o desviación del sistema⁸.

No puede ser así. Un moderno enfoque de la función dogmática del Derecho Administrativo, desde una visión sistémica, conduce a resolver y decidir argumentalmente y de modo coherente las concretas y singulares cuestiones jurídicas que se suscitan, interpretando y entendiendo la Parte especial desde la teoría general, cuyos conceptos y categorías deben, a su vez, someterse a constante revisión a resultados de la continua evolución que experimentan los distintos sectores del Derecho Administrativo⁹.

Bajo tal mirada, cabe concebir al Derecho Administrativo contemporáneo a partir de la recíproca interacción que, en su seno, se produce entre la Parte general y la Parte especial garantizando que los principios, técnicas y teorías generales sepan adaptarse a la imparable evolución sectorial.

Desde tal perspectiva, *conceptualmente*, la nueva normalidad o la postpandemia no han de ser un revulsivo para el Derecho Administrativo –como no lo está siendo la pandemia– porque admitirlo implicaría renegar de su dimensión permanente de servicialidad a la persona (a todos y a cada uno). Ello no significa desconocer las disfunciones que en muchos países se han verificado *en la práctica* cuando las Administraciones requeridas, por incapacidad de sus gestores, por falta de recursos o por otras circunstancias, no han respondido como es debido a la satisfacción de las necesidades de la gente en términos sanitarios, económicos y sociales.

III. Marco jurídico

1. Dimensión permanente de la servicialidad administrativa

A partir de las categorías expuestas, los diversos controles de la actividad administrativa no debieron descaecer durante la pandemia ni serán radicalmente diferentes en la postpandemia.

Es que, desde la señalada visión sistémica, no puede haber diferencias de esencia en función de las mutables circunstancias de la realidad,

⁸ Javier BARNES (Editor), “Innovación y reforma en el Derecho Administrativo” (Global Law Press, Sevilla, 2006), p. 30 y ss.

⁹ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, “La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema” (Marcial Pons, Madrid, 2003), p. 7 y ss.

a las que el ordenamiento jurídico, especialmente público, debe responder en perspectiva local, regional y global.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, la respuesta acerca de su suficiencia para responder al COVID-19 y la realidad que sobrevendrá una vez que el mismo haya podido ser neutralizado, viene dada por su propio ser, definido a partir de su objeto, esencia y bases que lo sustentan, tanto en la normalidad como en la emergencia, tanto antes como durante y después del Coronavirus.

En tal sentido, años atrás he definido al Derecho Administrativo según su *objeto* como la porción del Derecho Público que regula la organización de la Administración (aspecto estático) y la actividad administrativa (aspecto dinámico), tanto la concretada mediante actos jurídicos (aspecto teórico) como a través de operaciones materiales (aspecto práctico), que se realiza a través del ejercicio servicial de la función administrativa (aspecto teleológico)¹⁰.

Es que, en su *esencia*, el Derecho Administrativo se presenta como un intento permanente de hacer compatible los poderes jurídicos de la Administración en su ser y obrar (o sea, en tanto organización y actividad) con las garantías de la libertad del administrado (como centro del sistema), en función del fin trascendente de la obtención del bien común (servicio).

Consecuentemente, sus *bases*, íntimamente asociadas a las propias del Estado de Derecho, radican en la sujeción al principio de juridicidad¹¹ y la procura prioritaria del bien común¹² con foco en la centralidad de la persona¹³. Siendo así, no parece lógico ni correcto hablar de Derecho

¹⁰ Carlos E. DELPIAZZO, "Derecho Administrativo General" (Montevideo, 2020), vol. 1, 3° ed., p. 81.

¹¹ Carlos E. DELPIAZZO, "Afirmación y evolución del principio de juridicidad. Vigencia del pensamiento de Maurice Hauriou", en Andry MATILLA, Jaime Orlando SANTOFIMIO y Héctor SANTAELLA (Coordinadores), "Ensayos de Derecho Público en memoria de Maurice Hauriou" (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013), p. 197 y ss.

¹² Carlos E. DELPIAZZO, "Estado de Derecho y bien común", en Augusto DURÁN MARTÍNEZ (Coordinador), "El Derecho Administrativo al servicio de la casa común" (UCU-IJ, Montevideo, 2017), p. 333 y ss.; "Bien común, sociedad y Estado", en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2012), N° 21, p. 81 y ss.; y "Hacia la construcción de un Estado de Derecho al servicio del bien común", en Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE y José Luis VILLEGAS MORENO (Coordinadores), "Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo Juárez" (CERECO-CIDEP, Caracas, 2018).

¹³ Carlos E. DELPIAZZO, "Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho", en Rev. de Investigações Constitucionais (Curitiba, 2014), vol. 1, N° 3, p. 7 y ss.; "Dignidad humana y servicialidad administrativa", en Juan Carlos MORÓN URBINA y Jorge DANOS (Coordinadores), "Estudios de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano. Innovación y Reforma. Libro homenaje al Prof. Juan Carlos

Administrativo de la Emergencia porque, en virtud de su propia naturaleza servicial para el logro del bien común, el Derecho Administrativo debe responder tanto en los casos de normalidad como de anormalidad.

Además, cualquier situación de emergencia (climática, sanitaria o de otro tipo) no puede habilitar la actuación fuera de las reglas sustantivas y procesales del Derecho Administrativo por cuanto *“lo fáctico no puede prevalecer sobre lo jurídico pues es lo jurídico lo que permite la vida en sociedad”*¹⁴ y los derechos de la sociedad y de sus integrantes no pueden quedar sometidos al poder de los gobernantes investidos de una suerte de “bill” de indemnidad fundada en la necesidad¹⁵.

Por lo tanto, no es admisible un descaecimiento de los controles justificado por la pandemia porque ello implicaría, en palabras de HUTCHINSON, que la emergencia (que es, en sentido semántico, un hecho, un accidente que sobreviene) se extendiera indefinidamente, lo que supondría instalar una suerte de emergencia estable, contraria a la razonabilidad entre medios y fines¹⁶.

Pensando en la postpandemia o nueva normalidad, los controles de la actividad administrativa deberán ser suficientes y acordes al desenvolvimiento de la misma, probablemente incididos por el empleo cada vez mayor de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, así como por la globalización de los objetos de fiscalización.

2. Adecuación de cometidos estatales a la exigencia social

La mutabilidad de los instrumentos constituye un desafío permanente para hacer verdad la servicialidad debida a la población en cada Estado¹⁷ con proyecciones mundiales en virtud de la globalización¹⁸ que

Cassagne” (Gaceta Jurídica, Lima, 2018), tomo I, p. 101 y ss.; y “Dignidad humana y calidad del Estado de Derecho. Tras los pasos de Alberto Ramón Real y Mariano R. Brito”, en “Estudios de Derecho. Generación 1970” (FCU, Montevideo, 2018), p. 43 y ss.

¹⁴ Juan Carlos CASSAGNE, “Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo” (Reus, Madrid, 2016), pp. 282 y 283.

¹⁵ Néstor P. SAGÚES, “Derecho Constitucional y derecho de emergencia”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, tomo XXXV (1990), Segunda Época, N° 28, p. 36 y ss.

¹⁶ Tomás HUTCHINSON, “Emergencia, Constitución y después”, en María Eva MILJIKER (Coordinadora) – “El Derecho Administrativo de la Emergencia” (Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2002), tomo I, p. 179.

¹⁷ Carlos E. DELPIAZZO, “Bases de la organización administrativa”, en AAVV, “Retos de la organización administrativa. X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” (San Salvador, 2011), p. 833 y ss.

¹⁸ Carlos E. DELPIAZZO, “Hacia un Derecho Administrativo Global”, en Aulivi LINARES y A. SADDY (Coordinadores), “Estudios sobre Regulação e Crises dos Mercados Financeiros” (Lumen Juris, Río de Janeiro, 2011), p. 289 y ss.

la pandemia ha actualizado¹⁹. Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, partiendo de la base de que el mismo está edificado sobre las teorías de la organización y de la actividad, serán distintos los instrumentos aplicables para la adecuación de las estructuras y las tareas de la Administración y, por ende, de sus controles.

Desde el punto de vista institucional, con independencia de los diversos modelos de reforma adoptados por cada país, es posible constatar el empleo de mecanismos y medios, dosificados en distintos grados.

Respecto a los supuestos teóricos de la reforma administrativa, suele incluirse a los institutos de la privatización, la desestatización, la desburocratización, la desregulación y la descentralización como los más frecuentes²⁰. Para alcanzar uno o varios de dichos supuestos, las técnicas tradicionalmente más usadas son las supresiones, las concesiones, las desmonopolizaciones, las fusiones, las asociaciones y las transformaciones²¹.

Desde el punto de vista de la actividad, atendiendo a la diversidad de cometidos, es preciso tener presente las particularidades del régimen jurídico de cada uno²², de modo que se aplicarán técnicas tales como las propias del intervencionismo y, especialmente (frente a las situaciones de emergencia) de fomento y ayuda, potenciadas por el empleo de las nuevas tecnologías²³.

En primer lugar, volviendo sobre la tipología de quehaceres del Estado antes referida, por lo que refiere a los cometidos esenciales, puede decirse que son aquellos inherentes al Estado en su calidad de tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por el mismo, por lo que su régimen jurídico está pautado por la intensidad de las facultades de la Administración en relación al desenvolvimiento de los mismos.

En segundo lugar, en cuanto a los servicios públicos, se entiende por tales aquellos desarrollados por entidades estatales o por terceros mediante su mandato expreso (a través de una concesión), para satisfacer

¹⁹ Jaime RODRÍGUEZ ARANA, "El Derecho Administrativo en un mundo en pandemia", en *Estudios de Derecho Administrativo (La Ley Uruguay, Montevideo, 2020)*, N° 22, p. 101 y ss.

²⁰ Mariano R. BRITO y Carlos E. DELPIAZZO, "Derecho Administrativo de la Regulación Económica" (U.M., Montevideo, 1998), pp. 34 y ss., y 41 y ss.

²¹ Carlos E. DELPIAZZO, "Instrumentos usados para la reforma del Estado en Uruguay", en *Rev. de Derecho del Mercosur (La Ley, Buenos Aires, 1997)*, N° 2, p. 67 y ss.

²² Carlos E. DELPIAZZO, "Derecho Administrativo Especial" cit., vol. 1, pp. 262 y ss. y 585 y ss., y vol. 2, pp. 283 y ss. y 563 y ss.

²³ Juan F. MESTRE DELGADO, "Nuevas tecnologías y Administración pública", en *Documentación Administrativa (INAP, Madrid, 2003)*, N° 265-266, p. 117 y ss.; y Ricardo S. PIANA, "Gobierno electrónico, organización en red y gobernabilidad democrática", en *X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Santiago de Chile, 2004)*, p. 105 y ss.

necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos bajo un régimen de Derecho público, cuya determinación requiere de un acto legislativo, tanto desde el punto de vista material como formal por cuanto implica sustraer la actividad respectiva del campo de la actividad privada. Sus destinatarios se encuentran en la situación estatutaria de usuarios, por cuanto la utilización del servicio respectivo los ubica en un régimen pre-determinado.

En tercer lugar, los servicios sociales son aquellos desarrollados por entidades estatales o por particulares (a título de derecho propio) con fines eminentemente sociales, en un régimen que no es íntegramente de Derecho público, cuyos destinatarios se encuentran en calidad de beneficiarios.

En cuarto lugar, la actuación estatal en el campo de la actividad privada alude a las tareas concretas que, en el ejercicio de la función administrativa, la Administración asume directamente, mediante autorización legal, o indirectamente, mediante la nacionalización de empresas o la participación en entidades privadas, en libre competencia (salvo monopolio), bajo un régimen predominante de Derecho privado (sin excluir al Derecho público), fundamentalmente en lo que refiere a la faz organizativa, y cuyos destinatarios se encuentran en posición de clientes.

En quinto lugar, los aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada refieren a aquellas tareas concretas de estimulación, constatación, orientación y fiscalización que la Administración realiza complementando la mera formulación de normas reguladoras.

Ninguno de dichos cometidos estatales está exento de controles. En particular, en el Derecho uruguayo, la higiene pública es un cometido esencial inherente al Estado por cuanto la prevención de que se produzcan daños a la salud pública es un bien jurídico superior que participa de la noción de orden público, principalmente con relación al hombre pero también, en cuanto pueden afectar a éste, de los seres vivos del reino animal y vegetal. Como bien jurídico a tutelar, la salud pública no refiere a la integridad física de una persona o de muchas individualmente consideradas, sino a la de cualquiera o de todos, tratándose, por ende, de la preservación de los daños que afecten o puedan afectar a la sociedad, sin limitación de individuos, procurando la exención de fenómenos mórbidos cuya difusión o extensión a un número indeterminado de ellos puede alcanzar ribetes de desastre o infortunio colectivo²⁴.

Consecuentemente, los poderes jurídicos que conlleva el cometido de higiene pública son de importante intensidad, comprendiendo facultades tales como la detención de personas, su aislamiento, la

²⁴ Carlos E. DELPIAZZO, "Derecho Administrativo Especial" cit., vol. 1, p. 443 y ss.

vacunación contra su voluntad, el dictado de reglamentos y actos dispositivos, así como realizar acciones necesarias contando con el auxilio de la fuerza pública.

Por eso, frente a la pandemia del COVID-19, a vía de ejemplo, el Estado uruguayo respondió mediante el ejercicio de la competencia prevista por la normativa regulatoria del cometido esencial de higiene pública y acudiendo a los instrumentos de cobertura social a los más vulnerables, sin necesidad de acudir a poderes de excepción previstos en la Constitución y las leyes²⁵.

De este modo, las limitaciones imprescindibles a la libertad no sólo se establecieron con ajuste a Derecho sino apelando a la responsabilidad individual de los ciudadanos y a la solidaridad²⁶, que supone ponerse en el lugar del otro y, en su caso, hacernos cargo los unos de los otros.

En la medida que exista voluntad política y capacitación ciudadana, se pueden generar canales constantes de comunicación que conduzcan a una nueva gobernanza y a nuevas modalidades de control presididas por el principio de buena administración²⁷.

Conclusiones

A partir de las consideraciones precedentes, corresponde insistir en la permanencia del Derecho Administrativo como instrumento clave para la convivencia social, tanto en situaciones de normalidad como de anormalidad, tanto durante la pandemia actual como en la postpandemia por venir. No en vano se predica del Derecho Administrativo ser un Derecho dúctil y en constante mutación, tanto desde el punto de vista de su organización como de su funcionamiento y actividad²⁸. No puede ser de otra manera teniendo en cuenta su objeto, su esencia y sus bases.

Siendo así, no parece lógico hablar de un Derecho Administrativo de la emergencia y de un Derecho Administrativo de la normalidad o de un Derecho Administrativo de excepción (por la pandemia) y de un Derecho Administrativo de la nueva normalidad (para la postpandemia) sino, en todo caso, de instrumentos diversos a ser utilizados.

Esto, que debe ser así con carácter general, también lo es respecto a los controles de la actividad administrativa, los cuales deberán desarrollarse siempre (antes, durante y después de la pandemia) bajo el

²⁵ Cristina VÁZQUEZ, "El Derecho Administrativo de la emergencia en tiempos de COVID-19", en Rev. CADE de Doctrina & Jurisprudencia (Montevideo, 2020), tomo LVI, p. 5 y ss.

²⁶ Carlos E. DELPIAZZO, "¿Derecho Administrativo de la Emergencia?" cit., p. 55 y ss.

²⁷ Martín GALLI BASUALDO, "La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global" (Marcial Pons, Madrid, 2019), p. 67 y ss.

²⁸ Carlos E. DELPIAZZO, "Derecho Administrativo General" cit., vol. 1, p. 73.

principio de juridicidad de modo que, aunque sea necesario limitar libertades (individuales) en pro del bien común (general), ello acontezca desde la organización administrativa cumpliendo sus cometidos y con sometimiento pleno a la regla de Derecho. ■

El principio de responsabilidad por la función pública. Naturaleza jurídica de la responsabilidad administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

Alan E. VARGAS LIMA*

REDAV, N° 26, 2023, PP. 21-66

Resumen: El trabajo examina el marco normativo y jurisprudencial vigente en materia de responsabilidad administrativa; y ante la inexistencia de estudios específicos sobre esta temática en Bolivia, se describen los principios pertinentes de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, así como la responsabilidad laboral establecida en la Carta Iberoamericana de la Función Pública; para luego explicar su tratamiento en el ordenamiento jurídico boliviano, explorando a su vez algunas líneas jurisprudenciales sobre la responsabilidad en el ejercicio de la función pública.

Palabras clave: Administración Pública – Carta Iberoamericana – Debido Proceso.

Abstract: *This work aims to examine the current regulatory and jurisprudential framework regarding administrative liability; and given the lack of specific studies on this topic in Bolivia, the relevant principles of the Ibero-American Charter of the Rights and Duties of the Citizen in relation to Public Administration are described, as well as the labor responsibility established in the Ibero-American Charter of the Public Service; to then explain its treatment in the Bolivian legal system, exploring at the same time some jurisprudential lines on responsibility in the exercise of public function.*

Keywords: *Public Administration – Ibero-American Charter – Due Process.*

Recibido

05-10-2023

Aceptado

03-11-2023

* Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional – Sección Nacional (Bolivia); del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica (LATIN IURIS – Bolivia); y de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales (ASDEFUN – Bolivia). Miembro Honorario del Consejo Académico de la Sociedad Filosofía y Estado Constitucional APEX IURIS (Perú); Director adjunto del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales CIIJUS (México) – Capítulo Bolivia; Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. Es autor del libro: Los Principios Generales de la Ley de Procedimiento Administrativo en Bolivia (Kípus, 2021).

Introducción

A inicios del mes de julio del año 2023, tuve la oportunidad de participar en el Curso virtual organizado por la Asociación Departamental de Derecho Administrativo de Chuquisaca “ADDACH”, gracias a la gentil invitación de su presidente, el Dr. CELÍN SAAVEDRA BEJARANO, quien me propuso exponer brevemente algunas nociones generales sobre la Responsabilidad por la Función Pública, concretamente, la “Responsabilidad Administrativa” de que habla la Ley de Administración y Control Gubernamentales (Ley SAFCO).

En aquella ocasión, quise contextualizar mi exposición, sobre la base de la información proporcionada por el Centro Nacional de Capacitación (CENCAP) dependiente de la Contraloría General del Estado (CGE), sin descuidar las reglas mínimas del debido proceso y sus alcances, cuyo amplio desarrollo se puede apreciar –de un tiempo a esta parte– en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), y que definitivamente son de indispensable consulta para comprender –desde una interpretación conforme a la Constitución– la naturaleza jurídica, y reglas de sustanciación de la responsabilidad por la función pública, en general, y de la responsabilidad administrativa en particular, dentro del ordenamiento jurídico boliviano.

En ese sentido, cabe considerar que en el Estado Constitucional de Derecho, el desempeño de toda función pública conlleva la consiguiente responsabilidad, que ciertamente es propia del sistema democrático-representativo de gobierno, en virtud de que siendo el pueblo titular de la soberanía, delega su ejercicio a los órganos del poder público (art. 7 de la CPE).

Entonces, la responsabilidad es una obligación inseparable del ejercicio de toda función pública y privada, y pueden distinguirse generalmente tres clases de responsabilidad: civil, penal y administrativa. La primera deriva del principio general de derecho, de que todo aquel que causa un daño a otro está obligado a repararlo. La responsabilidad penal, es consecuencia de la comisión de alguno de los delitos tipificados en el Código Penal, y se manifiesta en la aplicación de las sanciones previstas en el mismo Código y en leyes conexas. La responsabilidad administrativa, sobreviene por aquellas faltas cometidas en el desempeño de la función pública, según lo previsto en las leyes y reglamentos respectivos¹.

Sin embargo, y atentos al desarrollo incesante de esta rama del Derecho Público, cabe preguntarnos: ¿cuál es la naturaleza jurídica y los alcances de la responsabilidad por la función pública? ¿Cómo se logra

¹ DERMIZAKY, Pablo. La responsabilidad de los servidores públicos. *Revista Boliviana de Derecho* N° 13, 2012, pp. 10-21. En: <https://bit.ly/3t9aEsS>

determinar la existencia de responsabilidad administrativa? ¿Cuáles son los derechos fundamentales que se podrían ver afectados ante las decisiones administrativas ilegales y arbitrarias? ¿Cuáles han sido los lineamientos establecidos por la jurisprudencia constitucional? ¿Qué influencia tiene la jurisprudencia interamericana en esta materia? Son algunas cuestiones que a continuación intentaremos responder.

Debo admitir que el tema de la responsabilidad administrativa, es uno que siempre ha llamado mi atención, como objeto de mi estudio y análisis particular, tanto por la experiencia adquirida en la Administración Pública Municipal², como también por el importante tratamiento que ha tenido esta temática en la jurisprudencia del TCP, lo que me ha llevado a indagar algunas de las líneas jurisprudenciales más relevantes que se han elaborado hasta el presente; aunque sin embargo, también es evidente que no existen estudios específicos sobre este tema, que se hayan realizado en Bolivia –salvo las contadas publicaciones que he podido encontrar³–; por ello, ahora he visto pertinente y necesario repasar algunos aspectos poco difundidos en nuestro medio, acerca de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP), haciendo énfasis en los principios de eficacia y responsabilidad, para luego explicar su tratamiento en el ordenamiento jurídico boliviano, explorando a su vez algunas de las líneas jurisprudenciales sobre la responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con particular acercamiento a los alcances de la responsabilidad administrativa.

I. El marco normativo vigente de la responsabilidad

En ese propósito, debemos comenzar señalando que durante el ejercicio de la función pública, todo servidor público, debe orientar su actuación en los principios y valores constitucionales de celeridad, servicio a la sociedad y respeto a los derechos (art. 178.I de la CPE); y a su vez, debe observar los principios que rigen a la administración pública, a

² Algunos detalles acerca de mi experiencia en la gestión pública municipal, fueron detallados en el prólogo que escribí para el libro colectivo de: YUJRA COARITE, Adriano (Coord.). *Comentarios y Anotaciones a la Ley N° 482 de Gobiernos Autónomos Municipales. Un estudio desde la perspectiva del Derecho Constitucional y Autónomo*. Cochabamba: Grupo Editorial Kipus, 2022.

³ El tema de la responsabilidad por la función pública, es uno que generalmente se aborda en la exposición de los manuales de Derecho Administrativo; sin embargo, una obra especialmente referida al tema, acorde a las líneas jurisprudenciales más relevantes, y única en su género hasta el momento, corresponde a: PALENQUE DENCKER, Gabriel Moisés, y PALENQUE DENCKER, Daniela Del Carmen. *El proceso sumario interno contra el servidor público*. Cochabamba, 2019. En este ámbito, también destaca una obra específicamente referida al régimen disciplinario del Ministerio Público, escrita por: FRANCO ZAMORA, Paul. *Introducción al Derecho Disciplinario y Procesal Disciplinario del Ministerio Público*. Sucre: Duplikar Impresores, 2017.

nivel nacional, departamental y municipal, entre ellos, el principio de compromiso e interés social, de sometimiento a la ley, debido proceso, eficiencia, calidad, calidez, economía, simplicidad, celeridad y responsabilidad –arts. 232 de la CPE y 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA)–, dado que constituyen las directrices indispensables de su conducta idónea como servidores públicos de la sociedad.

Cabe anotar que algunos de estos principios, ahora se encuentran desarrollados para su mejor aplicabilidad, en el Decreto Supremo 4857 de 06-01-2023, que tiene por objeto establecer la estructura organizativa del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional, las atribuciones de la Presidenta o Presidente, Vicepresidenta o Vicepresidente y de las Ministras y Ministros, así como definir los principios y valores que deben conducir a las servidoras y servidores públicos, de conformidad a lo establecido en la Constitución Política del Estado. Esta norma reglamentaria, señala que entre los principios a ser aplicados por las servidoras y servidores públicos en la gestión pública, se encuentra el Principio de Responsabilidad, que básicamente significa: “Asumir las consecuencias de los actos y omisiones en el desempeño de las funciones públicas”.

No obstante, también es necesario destacar toda la serie de principios que se han insertado en la novedosa Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública, por su enorme importancia para la consecución de una buena administración, así como instrumento eficaz de modernización de los lineamientos del ejercicio de la función pública en los países iberoamericanos.

II. Los principios de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública: Eficacia y responsabilidad

El 10-10-2013, el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) aprobó la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (CIDYD-CAP)⁴, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y

⁴ Documento cuyo texto íntegro se encuentra disponible en: <https://bit.ly/3PlzZcg> Asimismo, un libro que compendia las Cartas Iberoamericanas del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), aprobados por los Gobiernos de los países miembros a través de su Consejo Directivo y de las Conferencias Iberoamericanas de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, y que forman un horizonte normativo para que tanto los Gobiernos como las administraciones públicas de Iberoamérica encuentren orientaciones sobre los principales temas a consolidar para superar óptimamente los desafíos de una sociedad del siglo XXI; ahora se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://bit.ly/3Phn9Md>

Reforma del Estado (Ciudad de Panamá, 27 y 28 de junio de 2013), y que fue adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Ciudad de Panamá, 18 y 19 de octubre de 2013)⁵.

Se trata de un documento elaborado por expertos administrativistas y funcionarios públicos de la región, que básicamente constituye el reflejo del compromiso que existe en el mundo en relación con la construcción de una Administración pública más humana, más justa y equitativa, es decir, más cercana a la ciudadanía a la cual se debe, atendiendo sus necesidades públicas⁶.

En este sentido, si bien la Carta Iberoamericana no se trata de una norma jurídica de obligatorio cumplimiento, sin embargo –como señala en la parte final de su preámbulo–, constituye un marco de referencia que posibilita establecer una catalogación de los derechos y deberes del ciudadano en su relación con la Administración Pública, los cuales pueden adecuarse a las particularidades de las legislaciones nacionales y la idiosincrasia de cada uno de los países de la región.

Asimismo, no se debe perder de vista que la Carta Iberoamericana tiene como finalidad esencial:

...el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. (De esta manera) los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana.

A continuación, y por su importancia, se realiza una breve exposición de los principios que deben entenderse –como dispone el punto 2 de la

⁵ Los jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos se reunieron en la ciudad de Panamá, en el marco de la XXIII Cumbre Iberoamericana, celebrada los días 18 y 19 de octubre de 2013. El lema de la reunión fue *"El papel político, económico, social y cultural de la Comunidad Iberoamericana en el nuevo contexto mundial"*. A esta reunión asistieron los líderes y representantes de los 22 países miembros: Andorra, Argentina, Bolivia (por medio del entonces Viceministro Juan Carlos Alurralde), Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁶ Algunas de las referencias de análisis sobre la Carta Iberoamericana en este trabajo, están basadas en los aportes del autor del borrador de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración, quien explica los fundamentos de este relevante documento sobre la reforma administrativa en Iberoamérica, con especial referencia a la concepción del derecho fundamental a la buena administración y sus derechos componentes. Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública. *AFDUC* 18, 2014, pp. 17-30, en: <https://bit.ly/3NbLEJO>

Carta Iberoamericana (CIDYDCAP)– en *“el marco del respeto de los postulados del buen funcionamiento de las instituciones públicas y de la observación estricta del Ordenamiento Jurídico”*, contexto en el que debe afirmarse que:

...la Administración Pública sirve con objetividad al interés general y actúa con pleno sometimiento a las leyes y al Derecho, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, de acuerdo con los principios expuestos en los siguientes preceptos, que constituyen la base del derecho fundamental a la buena Administración Pública en cuanto este está orientado a la promoción de la dignidad humana.

El principio de servicio objetivo a los ciudadanos se proyecta, según lo dispuesto en el punto 2:

...a todas las actuaciones administrativas y de sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública, sean expresas, tácitas, presuntas, materiales –incluyendo la inactividad u omisión– y se concreta en el profundo respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que habrá de promover y facilitar permanentemente. La Administración Pública y sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública deben estar a disposición de los ciudadanos para atender los asuntos de interés general de manera adecuada, objetiva, equitativa y en plazo razonable.

En el apartado 3 se define el principio promocional de los poderes públicos, que:

...se dirige a la creación de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos iberoamericanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando la participación ciudadana a fin de que los ciudadanos contribuyan activamente a definir el interés general en un marco de potenciación de la dignidad humana.

Este principio, como sabemos, es la expresión administrativa de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho.

En el punto 4 se hace referencia al principio de racionalidad, que *“se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas, especialmente en el marco del ejercicio de las potestades discrecionales”*. Este principio es uno de los más importantes para la existencia de una Administración comprometida realmente con la democracia y el Estado de Derecho pues en buena medida se puede afirmar que el compromiso con los derechos humanos de una Administración Pública se mide por la calidad y rigor de las motivaciones de sus decisiones.

En el apartado 5 se trata del principio de igualdad de trato, en cuya virtud *“todos los ciudadanos serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato, prohibiéndose expresamente toda forma de discriminación cualquiera que sea su*

naturaleza". Este principio debe facilitarse especialmente a las personas con capacidades especiales o diferentes; y en consecuencia: "*Las Administraciones Públicas deberán realizar los ajustes tecnológicos y físicos necesarios para asegurar que este principio llegue efectivamente a los ciudadanos con especiales dificultades, especialmente a las personas con capacidades especiales o capacidades diferentes*".

En el apartado 6 se hace referencia al principio de eficacia, en cuya virtud "*las actuaciones administrativas deberán realizarse, de acuerdo con el personal asignado, en el marco de los objetivos establecidos para cada ente público, que siempre estarán (orientadas) a la mayor y mejor satisfacción de las necesidades y legítimas expectativas del ciudadano*". Entonces, la Administración Pública debe guiarse en atención a objetivos en los cuales los ciudadanos deben tener presencia, en el marco de las actividades que habrá de concretar el Gobierno elegido democráticamente; porque sin objetivos institucionales (misión, visión, etc.) es difícil que la Administración Pública sirva con objetividad los intereses generales.

La eficacia –según la Carta Iberoamericana– también está dirigida a eliminar y remover las dificultades que impiden que las actuaciones administrativas cumplan los fines previstos. Así, en el mismo punto 6, la Carta dispone expresamente que:

...las Autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, procurarán remover de oficio los obstáculos puramente formales y evitarán las dilaciones y los retardos, buscando la compatibilidad con la equidad y el servicio objetivo al interés general. En esta materia será de aplicación, de acuerdo con los diferentes ordenamientos jurídicos, el régimen de responsabilidad del personal al servicio de la Administración Pública.

Entonces, el fin último de la Administración en el ámbito público, es la satisfacción del interés general, y en la medida en que se logre identificar al funcionario responsable de cada procedimiento, será más sencillo derivar la responsabilidad en que pudiera incurrir como consecuencia de dilaciones y retardos indebidos, cuando no haya justificación alguna.

Asimismo, en virtud del principio de responsabilidad, según el punto 9, "*la Administración Pública responderá de las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente*". Como es lógico, la Carta Iberoamericana no entra en la cuestión de si las lesiones deben ser consecuencia del funcionamiento anormal o irregular de los servicios públicos, optando por la regla general de la responsabilidad por

actuaciones administrativas que lesionen los bienes o derechos de los ciudadanos⁷.

III. Principios relevantes de la Carta Iberoamericana de la Función Pública

Es importante considerar que para la consecución de un mejor Estado –instrumento indispensable para el desarrollo de los países–, la profesionalización de la función pública es una condición necesaria. Por ello, la Carta Iberoamericana de la Función Pública⁸, entiende por tal, la garantía de posesión por los servidores públicos, de una serie de atributos como el mérito, la capacidad, la vocación de servicio, la eficacia en el desempeño de su función, la responsabilidad, la honestidad y la adhesión a los principios y valores de la democracia.

A los fines de la mencionada Carta, la expresión “función pública”, se entenderá equivalente a la de “servicio civil”, utilizada con preferencia en algunos países del área iberoamericana. Todas las alusiones y referencias a la primera se consideran por tanto indistintamente aplicables al otro término, por lo cual se entenderán excluidos de la Carta los cargos de naturaleza política.

Por otra parte, la calidad de los diferentes sistemas nacionales de función pública o servicio civil en la comunidad iberoamericana, es diversa y heterogénea. El logro de una función pública profesional y eficaz es, para cualquier sociedad democrática, un propósito permanente que encuentra en todo caso, múltiples áreas de mejora de los arreglos institucionales existentes. Ahora bien, no deben desconocerse las evidentes diferencias que los distintos puntos de partida implican en cuanto al contenido, amplitud e intensidad de las reformas necesarias en cada caso.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta posible y conveniente poner de manifiesto un conjunto de bases comunes, sobre las cuales debiera articularse el diseño y funcionamiento de los diferentes sistemas nacionales de función pública en los países iberoamericanos. Su importancia radica en que la definición de estas bases y su adopción por los gobiernos

⁷ Estos principios de la Carta Iberoamericana, fueron detallados en el trabajo de: Vargas Lima, A. E. (2022). El derecho a la buena administración pública en relación con el principio de informalismo de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo en Bolivia. *Revista Eurolatinoamericana De Derecho Administrativo*, 9 (1), 99–122. <https://doi.org/10.14409/redoeda.v9i1.11609>

⁸ Aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, realizada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, el 26 y 27 de junio de 2003. Adoptada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, el 14 y 15 de noviembre del mismo año (Resolución N° 11 de la “Declaración de Santa Cruz de la Sierra”). Documento cuyo texto íntegro se encuentra en: <http://bit.ly/3PwKVWL>

contribuirá, por una parte, a enfocar de manera compartida los esfuerzos por mejorar los sistemas nacionales, y permitirá, por otra, la construcción de un lenguaje común sobre la función pública iberoamericana, facilitando los intercambios de todo tipo y robusteciendo en este campo los nexos existentes entre nuestros países.

Tales son los objetivos de esta Carta Iberoamericana de la Función Pública que constituye, para los países que la adoptan, un referente común en materia de función pública. El texto define un marco de referencia genérico, no vinculante, que deberá adaptarse en cada caso, a la idiosincrasia, historia, cultura, tradición jurídica y entorno institucional propios de cada país. Su desarrollo admite concreciones normativas y políticas diferentes, acordes con dicha heterogeneidad.

En efecto, cabe tener presente que la función pública, es uno de los elementos centrales de articulación de los sistemas político-administrativos; por ello, la modernización de las políticas públicas de gestión del empleo y los recursos humanos constituye un eje de las reformas de la gestión pública emprendidas durante las últimas décadas por un número significativo de gobiernos en diferentes partes del mundo. En ese sentido, esta Carta se posiciona como un instrumento al servicio de estrategias de reforma, que incorporan los criterios inspiradores de tales esfuerzos de modernización, y promueve la adopción de los mismos por los sistemas de función pública de los países de la comunidad iberoamericana.

Cabe resaltar en particular, que algunos de los criterios que inspiran los enunciados de la Carta, son los siguientes:

- a) La preeminencia de las personas para el buen funcionamiento de los servicios públicos, y la necesidad de políticas que garanticen y desarrollen el máximo valor del capital humano disponible por los gobiernos y organizaciones del sector público.
- b) La profesionalidad de los recursos humanos al servicio de las administraciones públicas, como garantía de la mayor calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos.
- c) La estabilidad del empleo público y su protección frente a la destitución arbitraria, sin perjuicio de la duración, indefinida o temporal, de la duración que se establezca.
- d) La flexibilidad en la organización y gestión del empleo público, necesaria para adaptarse, con la mayor agilidad posible, a las transformaciones del entorno y a las necesidades cambiantes de la sociedad.
- e) La responsabilidad de los empleados públicos por el trabajo desarrollado y los resultados del mismo, así como su respeto e implicación en el desarrollo de las políticas públicas definidas por los gobiernos.
- f) La observancia, por parte de todo el personal comprendido en su ámbito de aplicación, de los principios éticos del servicio público, la honradez, la

transparencia, la escrupulosidad en el manejo de los recursos públicos y los principios y valores constitucionales.

En lo referente a la responsabilidad laboral, la Carta establece que los procedimientos disciplinarios, deben permitir corregir con eficacia, agilidad y ejemplaridad, las conductas inadecuadas de los empleados públicos. En ese sentido, el régimen disciplinario se basará en la tipificación de las infracciones, la graduación proporcional de las sanciones, la imparcialidad de los órganos que instruyen y resuelven los procedimientos, el carácter contradictorio de éstos, y la congruencia entre hechos probados y resoluciones. En consecuencia, los afectados por un procedimiento disciplinario deberán contar con todas las garantías propias del derecho (administrativo) sancionador.

IV. El principio de responsabilidad por la función pública y su desarrollo jurisprudencial

1. La responsabilidad según la jurisprudencia ordinaria

El referido principio establecido por la Carta Iberoamericana, guarda estrecha relación y concordancia con el principio de responsabilidad por la función pública⁹, que se encuentra vigente en nuestro país, dado que en la legislación boliviana –y de acuerdo al entendimiento establecido mediante Auto Supremo 118/2008 del 15 de mayo–, la responsabilidad funcionaria puede ser personalísima, pero también es solidaria cuando se identifica que varios funcionarios públicos o incluso, junto a éstos, otras personas naturales o jurídicas particulares, hubiesen ocasionado daño al Estado; tanto mediante acciones como, por omisiones en el cumplimiento de sus deberes propios o los contratos o pactos suscritos¹⁰.

La responsabilidad funcionaria, definitivamente no está reservada únicamente a la máxima autoridad de la entidad pública, sino por el contrario, alcanza a todos los servidores públicos sin distinción de jerarquía, pues estos, deben rendir cuentas, no solo de los objetivos a que se

⁹ Un estudio donde se define el concepto jurídico de responsabilidad en el ejercicio de la función pública, identificando los deberes y obligaciones del servidor público en el marco de la Constitución y las leyes, puede verse en el trabajo de: DERMI-ZAKY PEREDO, Pablo. La Responsabilidad de los Servidores Públicos. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 13, 2012, pp. 10-21, en <https://bit.ly/3t9aEsS>

¹⁰ Cabe señalar que de acuerdo al artículo 31 de la Ley N° 1178 de Administración y Control Gubernamentales (SAFCO), la responsabilidad es civil cuando la acción u omisión del servidor público o de las personas naturales o jurídicas privadas cause daño al Estado valorable en dinero, y en sus incisos b) y c) prevé la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas cuando se beneficiaren indebidamente con recursos públicos o fueren causantes de daño al patrimonio del Estado, y la responsabilidad solidaria de varias personas cuando resulten responsables del mismo acto o hecho que hubiere causado daño al Estado, respectivamente.

destinaron los recursos públicos que les fueron confiados, sino también de la forma y el resultado de su aplicación, conforme establece el art. 1 inc. c) de la Ley N° 1178 de 20-07-1990.

Es decir, la normativa vigente, reconoce el principio de la responsabilidad objetiva; o responsabilidad sin culpa, porque establece la responsabilidad de los actos de los funcionarios o personas particulares que causen daño al Estado, tomando en cuenta los resultados por la función pública, conforme establece el art. 28 inc. b) de la mencionada Ley SAFCO, cuando instituye que todo servidor público responderá de los resultados emergentes del desempeño de las funciones, deberes y atribuciones asignados a su cargo, presumiéndose la licitud de las operaciones y actividades realizadas, mientras no se demuestre lo contrario, es decir, se busca no solo el cumplimiento de las normas, sino específicamente que el resultado sea eficaz y eficiente obtenido por el debido cumplimiento de sus obligaciones, que incluso puede ser emergente de una omisión aunque no se encuentre instituida expresamente en la norma, al contrario de lo que ocurre con la responsabilidad ordinaria o general, que solo alcanza la omisión cuando se trata de una conducta expresamente ordenada por el sistema jurídico¹¹.

2. La responsabilidad según la jurisprudencia constitucional

Por su parte, y en relación al principio de responsabilidad del servidor público, el Tribunal Constitucional de Bolivia, a través de la Sentencia Constitucional 21/2007 de 10 de mayo¹², estableció el siguiente entendimiento:

¹¹ Cfr. Auto Supremo 118/2008 de 15-05-2008, emitido por la Sala Social y Administrativa Segunda del Tribunal Supremo de Justicia.

¹² En cumplimiento y aplicación de la SC 0021/2007, la Contraloría General del Estado ha establecido que se debe someter a *Procedimiento de Aclaración*, todos los informes de auditoría que establezcan indicios de responsabilidad penal y civil "significativa", conforme los artículos 39 y 40 del Reglamento para el Ejercicio de las Atribuciones de la Contraloría General de la República (CGR) aprobado mediante D.S. N° 23215; a cuyo efecto, emitió la Resolución N° CGR/069-A/2008 de 20 de marzo, a través de la cual aprueba el Instructivo I/CI-014 de "Aplicación de la Sentencia Constitucional N° 0021/07 del Tribunal Constitucional" (en su segunda versión), siendo de obligatorio cumplimiento para todas las Unidades de Auditoría Interna de las instituciones públicas sujetas a control gubernamental. Disponible en: <https://bit.ly/3x3zdJT> Años más tarde, en un caso concreto en que se denunció haberse omitido el cumplimiento de lo dispuesto en dicha Sentencia Constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional estableció que el ámbito de protección de la Acción de Cumplimiento, es garantizar la materialización de un deber omitido, encontrándose de manera expresa y específica en la norma constitucional o legal; "empero, la SC 0021/2007 de 10 de mayo, no puede ser exigida en su cumplimiento de manera indubitable; pues, tal Resolución, declaró la inconstitucionalidad en cuanto al contenido del art. 50 del DS 23215 de 22 de julio de 1992; y, dispuso la publicación de la misma en la Gaceta Oficial de Bolivia, así como la notificación al órgano que generó la norma impugnada, para su cumplimiento,

La responsabilidad por la función pública está relacionada con la administración de los recursos públicos del Estado. En este orden, se debe partir del principio de que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales, bajo cuya perspectiva las autoridades y los servidores públicos deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. En este propósito surge la necesidad de controlar la gestión de quienes ejercen funciones fiscales, vale decir, por parte de los servidores públicos que ejercen la gestión pública o los particulares cuando administran bienes o fondos públicos.

El fundamento constitucional se apoya en el art. 154 de la CPE al atribuir que: "La Contraloría General de la República tendrá el control fiscal sobre las operaciones de entidades autónomas, autárquicas y sociedades de economía mixta. La gestión anual será sometida a revisiones de auditoría especializada. (...). El Poder Legislativo mediante sus comisiones tendrá amplia facultad de fiscalización de dichas entidades (...). El desarrollo legal de dicho mandato constitucional se encuentra en la Ley de Administración y Control Gubernamentales, cuyo art. 3 prevé que los sistemas de administración y de control se aplicarán en todas las entidades del sector público, sin excepción, cuyo objetivo principal es lograr que todo servidor público, sin distinción de jerarquía, asuma plena responsabilidad por sus actos rindiendo cuenta no sólo de los objetivos a que se destinaron los recursos públicos que le fueron confiados sino también de la forma y resultado de su aplicación (art. 1 inc. c) de la LACG)" (se refiere a la Ley SAFCO).

Años más tarde, a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 276/2013, de 13 de marzo, pronunciada en ocasión de resolver la acción de inconstitucionalidad concreta interpuesta por Luis Carlos Torrico Díaz ante el Sumariante de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Bosques y Tierra (ABT) dentro del proceso administrativo seguido en su contra, se demandó la inconstitucionalidad de los arts. 15, 16, 18, 21.a) del Anexo al Decreto Supremo (DS) 23318-A de 03-11-1992, modificado por el art. 1 del DS 26237 de 29-06-2001, por ser presuntamente contrarios a los arts. 12.III, 14.IV, 122, 232, 233 y 410 de la Constitución Política del Estado (CPE)¹³; la Sala Plena del TCP hizo un breve análisis acerca

sin imponer un deber concreto a los demandados", por lo que, finalmente resolvió que no era posible conceder la tutela (Cfr. Auto Constitucional 0185/2016-RCA, de 24 de junio).

¹³ La referida Sentencia Constitucional Plurinacional, resolvió declarar: "1° La CONSTITUCIONALIDAD del art. 15 del Anexo al DS 23318-A, modificado por el art. 1 del DS 26237, en la parte que expresamente señala '...Lo son asimismo los ex servidores públicos a efecto de dejar constancia y registro de su responsabilidad'. 2° La CONSTITUCIONALIDAD del art. 16 del Anexo al DS 23318-A, modificado por el art. 1 del DS 26237, en la parte que expresamente señala: 'La responsabilidad administrativa prescribe a los dos años de cometida la contravención, tanto para servidores como para ex servidores públicos'. 3° La CONSTITUCIONALIDAD del art. 18 del Anexo al DS 23318-A, modificado por el art. 1 del DS 26237, en la parte que expresamente señala: 'Es el procedimiento administrativo que se incoa a denuncia, de oficio o en base a un dictamen dentro de una entidad a un servidor o ex servidor público a fin de determinar si es responsable de alguna contravención y de que la autoridad competente lo sancione cuando así corresponda'. 4° La CONSTITUCIONALIDAD del art. 21 inc. a) del Anexo al DS 23318-A, modificado por

de la teoría de la fractura del poder y su aplicación en el Estado Plurinacional de Bolivia, así como también hizo referencia a la génesis constitucional de la responsabilidad por el ejercicio de la función pública.

A. La teoría de la fractura del poder y su aplicación en el Estado Plurinacional de Bolivia

A la luz de estos valores plurales supremos y de la concepción de la Constitución Axiomática desarrollada en el acápite precedente, es pertinente señalar que la parte orgánica de la Norma Suprema, en la cual la Función Constituyente, plasma la estructura institucional del Estado Plurinacional de Bolivia, emergente del principio de separación de funciones, se encuentra irradiada por las citadas pautas axiomáticas descritas en el Fundamento Jurídico III.1 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional.

En efecto, la reforma constitucional de 2009, diseña un modelo de Estado, el cual, sustenta y legitima el ejercicio del poder, a través de la asunción de la teoría contemporánea de la “fractura del poder”, en virtud de la cual, la Norma Suprema en su parte orgánica –que en sus bases ontológicas responde a la parte dogmática de la Constitución–, distribuye competencias específicas para el ejercicio del poder entre los cuatro órganos diseñados, por tal razón, la Asamblea Legislativa Plurinacional, ejerce roles legislativos; el Órgano Ejecutivo, ejerce roles reglamentarios, de administración y ejecución; el Órgano Judicial ejerce roles jurisdiccionales propios de administración plural de justicia y el Órgano Electoral, ejerce atribuciones de índole electoral propias del sistema democrático representativo participativo y comunitario imperante.

Ahora bien, en el marco de la indicada división orgánica, corresponde desarrollar de manera particular la función tanto legislativa como ejecutiva y sus roles en cuanto a la potestad administrativa sancionatoria, para luego determinar los alcances y génesis constitucional de la responsabilidad por el ejercicio de la función pública en el Estado Plurinacional de Bolivia.

En este orden, debe establecerse que la potestad administrativa sancionatoria, en todo Estado Constitucional de Derecho, encuentra un límite objetivo: la garantía de reserva de ley, la cual, en el Estado Plurinacional de Bolivia, se encuentra específicamente disciplinada en el art. 109.II de la CPE; en ese contexto y merced a la indicada garantía constitucional, el Órgano Legislativo, debe establecer los límites, alcances y condiciones para el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria, en el marco de los roles propios de la función legislativa enmarcada a la teoría de la fractura de poder, descrita precedentemente; por su parte,

el art. 1 del DS 26237, en la parte que expresamente señala: ‘En conocimiento de la presunta falta o contravención del servidor público, disponer la iniciación del proceso o pronunciarse en contrario con la debida fundamentación’.

es necesario precisar también que el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria, es encomendado a la función administrativa, la cual se encuentra enmarcada a los límites y condiciones establecidas por el Órgano Legislativo a través de una ley formal.

En efecto, uno de los cauces propios de la función administrativa, se manifiesta en la llamada “potestad administrativa sancionatoria”, cuyo fundamento encuentra razón de ser en el “poder punitivo del Estado”, presupuesto que en el ámbito disciplinario, debe enmarcarse a los postulados propios de un Estado Constitucional de Derecho, en el cual, los procedimientos sancionatorios, sean coherentes y armoniosos con los derechos fundamentales.

En el orden de ideas expuesto, es imperante señalar que la potestad administrativa sancionatoria, a la luz de postulados propios de teoría de derecho administrativo, constituye una “potestad reglada”, a partir de la cual, encuentra razón de ser el principio de legalidad, el cual, en un Estado Constitucional de Derecho como es el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, expande su contenido dogmático para configurar el “principio de constitucionalidad”, en virtud del cual, todos los actos de la administración, incluidos por supuesto aquellos que emanen de la potestad administrativa sancionatoria, se someten no solamente a un bloque de legalidad imperante, sino a la Constitución, entendiendo que en esta nueva visión de Estado, la Constitución tiene un “valor normativo”, es decir constituye fuente directa de derecho, presupuesto a partir del cual, se concibe la aplicación directa de los derechos fundamentales y la eficacia del fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico, es decir la irradiación de contenidos constitucionales y en particular de lineamientos insertos en la parte dogmática de la Constitución en todos los actos de la vida social y por supuesto en aquellos emergentes de la función administrativa.

Por lo señalado, al ser evidente que el Estado Constitucional de Derecho, sustenta su estructura en el respeto a derechos y garantías fundamentales, es precisamente a la luz de éstos postulados que deben establecerse los principios de raigambre constitucional propios de la potestad administrativa sancionatoria, los cuales inequívocamente al tener génesis constitucional, harán posible la materialización del llamado “fenómeno de constitucionalización” de los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo sancionador y que serán plenamente aplicables al ámbito de la responsabilidad por el ejercicio de la función pública.

En ese orden, debe establecerse que el proceso administrativo sancionador, se encuentra configurado por principios esenciales que aseguren el respeto pleno a las reglas de un debido proceso, entre los cuales se encuentran verbigracia el principio de independencia, de imparcialidad, de competencia, de buena fe, el *non bis in ídem*, el principio de

legalidad, el de proscripción de aplicación del método analógico, entre otros.

En el marco de los principios antes indicados, merced a la garantía de reserva de ley, a partir de la cual se concibe el principio de legalidad, debe establecerse que el órgano ejecutivo no puede ejercer roles propios de la función legislativa, en resguardo del principio de separación de poderes, el cual constituye un presupuesto esencial para la vigencia plena de un Estado Constitucional de Derecho, como es el caso del Estado Plurinacional de Bolivia.

B. La responsabilidad por el ejercicio de la función pública. Su génesis constitucional

En un Estado Constitucional de Derecho, todo servidor público se encuentra sometido al principio de “responsabilidad funcionaria”, el cual, en la nueva ingeniería del Estado, constituye la piedra angular para el ejercicio de funciones en el marco de los principios de legitimidad y transparencia, entre otros. Así, la Constitución Política del Estado vigente (2009), en el art. 233, establece los alcances del “servidor público”, precisando en su tenor literal lo siguiente: “*Son servidoras y servidores públicos las personas que desempeñan funciones públicas...*”.

De acuerdo al contenido normativo señalado y en armonía con los principios de legalidad, legitimidad, imparcialidad, publicidad, compromiso e interés social, ética, transparencia, igualdad, competencia, eficiencia, calidad, calidez y honestidad entre otros, los cuales se configuran como directrices acordes con la concepción de una Constitución Axiomática que irradiará de contenido la función pública, se establece que todas aquellas personas que desempeñan una función pública, deben responder por sus actos, a cuyo efecto, en mérito a la garantía de reserva de ley, el legislador deberá disciplinar a través de ley expresa, las condiciones para la responsabilidad funcionaria y las sanciones a ser establecidas en caso de incumplimiento a los deberes funcionarios, presupuesto a partir del cual, la función administrativa, podrá ejercer la potestad administrativa sancionatoria para funcionarios públicos.

v. La responsabilidad por el ejercicio de la función pública y su regulación normativa en el Estado Plurinacional de Bolivia

En el marco del razonamiento expuesto en la citada SCP 276/2013 de 13 de marzo, resulta pertinente establecer que, en armonía con la garantía de reserva de ley, el art. 28 de la Ley SAFCO, en su tenor literal, señala que: “*Todo servidor público responderá de los resultados emergentes del desempeño de las funciones, deberes y atribuciones asignados a su cargo...*”. En este orden, también en el marco de la garantía de reserva de ley, los arts. 29, 30, 31 y 34 de la misma Ley, disciplinan los

cuatro tipos específicos de responsabilidad funcionaria: La responsabilidad administrativa, ejecutiva, civil y penal, las cuales tienen ámbitos de procesamiento autónomo y enmarcado al principio de legalidad, como fuente de legitimidad para su ejercicio¹⁴.

Asimismo, en el marco de la garantía de reserva de ley, el Estatuto del Funcionario Público, en una disciplina armónica con la génesis constitucional de la responsabilidad por el ejercicio de la función pública precisada precedentemente, en su art. 4 define al servidor público y textualmente, señala lo siguiente:

Servidor público es aquella persona individual, que independientemente de su jerarquía y calidad, presta servicios en relación de dependencia a una entidad sometida al ámbito de aplicación de la presente ley. El término servidor público, para efectos de esta ley, se refiere también a los dignatarios, funcionarios y empleados públicos u otras personas que presten servicios en relación de dependencia con entidades estatales, cualquiera sea la fuente de su remuneración.

Ahora bien, al Órgano Ejecutivo, de acuerdo al diseño constitucional imperante, se le ha encomendado también la llamada “potestad reglamentaria”, en mérito de la cual, materias en las cuales su disciplina esté enmarcada al principio de reserva de ley, una vez previstas a través de una ley taxativa, pueden ser reglamentadas y desarrolladas en esta instancia, en el marco de los límites normativos preestablecidos. En este contexto, para el tópico referente a la responsabilidad por la función pública, por mandato expreso del art. 45 de la Ley SAFCO, a través del DS

¹⁴ De todo lo expuesto hasta aquí, conviene aclarar ahora que, evidentemente, el principio de legalidad en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos (entendimiento reiterado por la SCP 0411/2017-S1, de 12 de mayo, entre otras). En consecuencia, el principio de legalidad es de obligatoria observancia en la actividad administrativa del Estado, y también es esencial en el ejercicio de la función pública. No obstante ello, los funcionarios públicos también deben sujetar sus actuaciones al principio de constitucionalidad, en virtud del cual, todos los actos de la administración pública, incluidos aquellos que emanan de la potestad administrativa sancionatoria, se someten no solamente al bloque de legalidad imperante, sino a la Constitución, que tiene un valor normativo (SCP 0137/2013); y, el principio de convencionalidad, en cuya observancia todas las autoridades públicas deben observar los mandatos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –ratificada por el Estado boliviano–, y la interpretación que de ella se realiza a través de la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuyos pronunciamientos (Sentencias y Opiniones Consultivas) forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad (SC 0110/2010-R), y en consecuencia, son de obligatoria observancia por las autoridades públicas y los particulares.

23318-A modificado por el DS 26237, se ha reglamentado las condiciones para la determinación de responsabilidad por la función pública.

En este marco –según entiende la SCP 0276/2013–, a la luz de la teoría de la fractura de poder y las funciones propias de los órganos del Estado, se tiene que la reglamentación al ejercicio de la responsabilidad por la función pública, para materias a las cuales se les establezca la garantía de reserva de ley, una vez disciplinadas por ley expresa, podrán ser reglamentadas en el marco de parámetros reglamentarios que no excedan el ámbito de la ley.

VI. La responsabilidad administrativa por la función pública y su marco normativo

Respecto al marco normativo de la responsabilidad administrativa por la función pública, el Tribunal Constitucional de Bolivia, a través de la Sentencia Constitucional 471/2007-R de 12 de junio, señaló que las normas contenidas en los Decretos Supremos (DS) 23318-A y 26237, establecen un procedimiento respecto a la responsabilidad administrativa emergente de la contravención del ordenamiento jurídico administrativo y de las normas que regulan la conducta del servidor público, por lo que en ese caso correspondía partir de su análisis (señalando que AASANA es una entidad pública descentralizada), por lo tanto, sometida a la Ley 1178 de Administración y Control Gubernamentales y sus Decretos Reglamentarios, respecto a la responsabilidad administrativa por la función pública.

Así el art. 2 del citado Reglamento de la Responsabilidad por la Función Pública, aprobado por DS 23318-A y modificado por el DS 26237, establece que las disposiciones de esa norma legal, se aplican exclusivamente al dictamen y a la determinación de la responsabilidad por la función pública de manera independiente y sin perjuicio de las normas legales que regulan las relaciones de orden laboral. Por su parte el art. 3.II dispone que los servidores públicos responderán en el ejercicio de sus funciones, inc. a) *“todos ante sus superiores jerárquicos hasta el máximo ejecutivo por conducto regular”* e inc. b) *“los máximos ejecutivos ante los titulares de las entidades que ejercen tuición, hasta la cabeza de sector, en secuencia jerárquica”*.

El art. 12.I inc. a) de la norma legal citada establece que la autoridad legal competente es *“La prevista en las normas específicas de la entidad o en su defecto, el servidor público designado por el máximo ejecutivo en la primera semana hábil del año”* y según el inc. b) *“El máximo ejecutivo de la entidad que ejerce tuición o el servidor público que corresponda para los casos señalados en el art. 67 del presente Reglamento”*.

El mencionado art. 67.I del Reglamento en análisis dispone que:

Las denuncias, informes de auditoría, dictámenes de responsabilidad administrativa y civil que involucren al máximo ejecutivo, los miembros de un directorio, los abogados o autoridades de una entidad, serán conocidos y resueltos en la fase del sumario por el asesor legal principal de la entidad que ejerce tuición, con las facultades previstas y dentro de los plazos señalados en los arts. 21 al 23 del presente Reglamento.

Así también el numeral II del citado art. 67, establece que: *"En el caso de posible responsabilidad administrativa, el asesor legal principal de la entidad que ejerce tuición actuará como sumariante..."* y el párrafo III dispone que: *"La máxima autoridad ejecutiva de la entidad que ejerce tuición resolverá el recurso jerárquico, en el plazo señalado en el art. 29 del presente Reglamento"*.

El art. 18 del DS 23318-A dispone que el proceso interno es el procedimiento administrativo que se incoa a denuncia, de oficio o en base a un dictamen dentro de una entidad a un servidor o exservidor público a fin de determinar si es responsable de alguna contravención y que la autoridad competente lo sancione cuando así corresponda.

A su vez el art. 21 inc. a) de la señalada norma legal establece que el sumariante es la autoridad legal competente para conocer de las presuntas faltas o contravenciones del servidor público y disponer la iniciación del proceso o pronunciarse en contrario con la debida fundamentación; por su parte, el inc. f) prescribe que en caso de establecer la responsabilidad administrativa, debe pronunciarse Resolución fundamentada incluyendo un análisis de las pruebas de cargo y descargo y la sanción de acuerdo a las previsiones del art. 29 de la Ley SAFCO, que dispone que la autoridad competente aplicará, según la gravedad de la falta, las sanciones de multa hasta un 20 % de la remuneración mensual; suspensión hasta una máximo de treinta días; o destitución.

Consiguientemente, en el marco jurídico analizado por la SC 471/2007-R, el derecho disciplinario, comprende el conjunto de normas substanciales y procesales en virtud de las cuales el Estado asegura que el servidor público desempeñe sus funciones con eficacia, economía, eficiencia, transparencia y licitud, con el propósito de lograr el buen funcionamiento de los diferentes sistemas de administración y control establecidos en el marco de la Ley SAFCO; normas que en su contenido deben respetar los principios informadores del orden constitucional, entre ellos el debido proceso¹⁵.

¹⁵ El debido proceso proclamado por las normas del art. 115.II de la CPE, ha tenido un desarrollo progresivo en la jurisdicción constitucional; así la SC 1491/2010-R de 6 de octubre, ha manifestado: *"Respecto al debido proceso consagrado como garantía constitucional en el art. 16 de la CPE abrg y art. 115.II de la CPE; este Tribunal en la SC 0981/2010-R de 17 de agosto, refiriéndose al debido proceso determinó que En el ámbito normativo, el debido proceso se manifiesta en una triple dimensión, pues por una parte, se encuentra reconocido como un derecho humano por*

instrumentos internacionales en la materia como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), que conforme al art. 410.II de la Constitución Política del Estado vigente (CPE) forman parte del bloque de constitucionalidad, y también se establece como un derecho en el art. 115.II; por otra, al mismo tiempo en el ámbito constitucional, se le reconoce como derecho fundamental y como garantía jurisdiccional: configuración jurídica contemplada ya por el art. 16 de la CPEabrg, que se ha mantenido y precisado en el art. 117.I de la CPE que dispone: 'Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en el debido proceso'. // En consonancia con los Tratados Internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in ídem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 0022/2006-R, entre otras); sin embargo, esta lista en el marco del principio de progresividad no es limitativa, sino más bien enunciativa, pues a ella se agregan otros elementos que hacen al debido proceso como garantía general y que derivan del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de este como medio para asegurar la realización del valor justicia, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, ha manifestado: 'En opinión de esta Corte, para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional'. Así configurado, es preciso recordar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino que es extensiva a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad (SSCC 0042/2004 y 1234/2000-R entre otras). // Resumiendo, podemos decir que el debido proceso ha sufrido una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos, es decir que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda de un procedimiento que supere las grietas que otra lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso. // Por otra parte, el debido proceso también es considerado como un principio, que emanó del principio de legalidad penal en su vertiente procesal,

A este efecto, debe recordarse que el debido proceso se encuentra previsto en el art. 115.II de la CPE, al disponer que el Estado *“garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”*, postulado que se complementa con el contenido del art. 117.I de la citada Norma Suprema que establece: *“Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso”*.

Conforme a dichas normas –y como lo entendió la jurisprudencia constitucional–, el principio, derecho y garantía del debido proceso, debe ser aplicado tanto al ámbito judicial como al administrativo, siendo entendido por la SC 160/2010-R de 17 de mayo –Fundamento Jurídico III.2–, entre otras, como:

...el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar; es decir, comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar esos derechos.

La SCP 978/2016-S2 de 7 de octubre, sobre el derecho a la defensa, refiere que el mismo se materializa como la facultad constitucionalmente reconocida a favor de toda persona, dentro del ámbito judicial o administrativo, a ser oída y hacer prevalecer sus razones en el proceso a través de sus propios argumentos, contraviniendo y objetando aquellos producidos por la parte contraria, solicitando la producción de pruebas y evaluaciones que considere pertinentes, así como el derecho a activar todos los recursos que la ley le otorga.

Conforme a ello, el art. 4 inc. c) de la LPA, señala que la Administración Pública se regirá por el principio de sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso. Es así que en el ámbito administrativo, a partir de los principios de legalidad, presunción de legitimidad, buena fe, proporcionalidad e informalismo, se concluye que para la validez de los actos administrativos, es fundamental que se cumplan con ciertas condiciones, que se consideran estándares o subreglas,

y que figura como un principio de administración de justicia en el art. 180 de la CPE. // Concluyendo este punto, se debe remarcar que, como se aprecia de las citas de los arts. 115.II y 117.I efectuadas anteriormente, la Constitución Política del Estado, en el marco de las tendencias actuales del Derecho Constitucional ha plasmado de manera expresa el reconocimiento del debido proceso; derecho-garantía respecto al que existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al contenido e implicaciones referidos por la jurisprudencia glosada, la que por ello guarda estrecha congruencia con la carta fundamental vigente y es plenamente aplicable, a pesar de haber sido desarrollada en el marco de la abrogada, resaltando que su carácter de derecho fundamental lo hace exigible ante cualquier procedimiento, sea público o privado” (Entendimiento reiterado en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0591/2012, de 20 de julio).

que tienen que ser cumplidas por la administración y se detallan a continuación:

- a) Toda la actividad administrativa está siempre limitada por la Constitución Política del Estado y las Leyes;
- b) Los actos, decisiones y resoluciones administrativas, para tener validez, deben ser dictadas por autoridad competente;
- c) En el caso de los gobiernos autónomos municipales, cada órgano tiene atribuciones específicas, sin que ninguno de ellos –Ejecutivo o Legislativo– pueda tener mayor jerarquía que otro o invadir las facultades de otro, pues de suceder esto, se suprime la garantía del debido proceso en sus elementos al juez natural y a la defensa;
- d) Las decisiones que asuma la administración, además de ser legales, deben ser proporcionales, es decir, que los medios utilizados deben ser adecuados y necesarios para lograr el cumplimiento de los fines de la norma y que deben ponderarse los aspectos favorables y desfavorables para los derechos del administrado, así como para los fines de la administración, especialmente en las resoluciones o decisiones que lo involucren; y,
- e) Las decisiones y resoluciones de la administración pública son impugnables a través de los recursos administrativos previstos en la ley, los cuales deben ser interpretados a partir del principio de informalismo, expresamente señalado en la Ley de Procedimiento Administrativo, así como el principio de favorabilidad, y dentro de éste, el principio pro actione (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0024/2018-S2, de 28 de febrero).

Sobre la base de lo expuesto, resulta también necesario analizar los alcances del debido proceso, en el ejercicio de la actividad sancionadora del Estado, de acuerdo a lo desarrollado por la jurisprudencia constitucional.

1. El ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria del Estado debe respetar la garantía del debido proceso. Su sustento, el modelo de Estado Constitucional de Derecho Plurinacional Comunitario e intercultural¹⁶

Conforme se desarrolló en la SCP 0112/2012 de 27 de abril, existen consecuencias del nuevo modelo de Estado Constitucional de Derecho, Plurinacional Comunitario e Intercultural asumido en la Constitución de 2009 en el razonamiento jurídico de los jueces a la hora de cumplir su labor decisoria cotidiana. Entendimiento que se hace extensivo también, de manera general, en el razonamiento jurídico de las servidoras y servidores públicos del Estado, del nivel central y de las entidades territoriales autónomas, cuando ejerzan potestades administrativas, entre ellas, la potestad sancionadora de la administración pública.

¹⁶ Este acápite y los siguientes, corresponden a los fundamentos jurídicos de la Sentencia Constitucional Plurinacional 140/2012, de 9 de mayo.

Una de las consecuencias, es que el razonamiento jurídico de las servidoras y servidores públicos del Estado, del nivel central y de las entidades territoriales autónomas, debe partir de la Constitución Política del Estado, de sus normas constitucionales-principios atendiendo las características del nuevo modelo de Estado que los sustentan.

La referida Sentencia Constitucional Plurinacional, refiere que:

Las normas constitucionales-principios en la Constitución boliviana, son la pluralidad de valores, principios, derechos fundamentales no sólo individuales (liberales y sociales) sino un amplio catálogo de derechos y garantías, principios y valores plurales y colectivos que la constitución representa como un pacto de postulados distintos y hasta veces contradictorios, pero que al final deben coexistir. En esta situación se requiere más ponderación que subsunción, que transforme las promesas constitucionales en realidades constitucionales.

Más adelante dicha Sentencia Constitucional Plurinacional precisó que las normas constitucionales principios:

...no son otra cosa que los valores, principios, derechos fundamentales y garantías constitucionales, es decir, la moral objetivada-positivada, meta-normas que informan, orientan al poder público y a la convivencia social, las relaciones entre el ciudadano y el Estado y entre particulares, que si bien se agotan en su positivización constitucional, empero encuentran una construcción judicial constante, siempre y cuando se salvaguarde la unidad del ordenamiento, es decir, su coherencia.

El mismo fallo, respecto al valor normativo, jerarquía y obligatoriedad de las normas constitucionales principios, puntualizó que:

...las normas constitucionales-principios, establecidos en el texto constitucional tienen validez normativa, prelación jerárquica y son obligatorias respecto a las normas constitucionales-reglas y con mayor con relación respecto a las normas legales-reglas (contenidas en las leyes en sentido general sustantivas o procesales) por el sólo hecho de estar inscritas en la Constitución, una Constitución ideada dentro del modelo de Estado Constitucional, con todo lo que ello implica.

A. El debido proceso en el ejercicio de la actividad sancionadora del Estado

El debido proceso está reconocido como derecho fundamental, garantía jurisdiccional y derecho humano en las normas contenidas en los arts. 115.II y 117.I de la CPE, art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

El art. 115.II de la CPE, reconoce que: *“El Estado garantiza el derecho al proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”*. A su vez, el art. 117.I de la CPE, consagra: *“Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción*

penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada”.

Por su parte el art. 8 de la CADH, señala:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), –que forma parte del bloque de constitucionalidad según la SC 0110/2010-R, de 10 de mayo–, interpretando el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ha entendido que el respeto y protección del debido proceso es también aplicable en el ámbito

de la potestad sancionadora de la administración pública. Así en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Sentencia de 02-02-2001, Fondo, Reparaciones y Costas) entendió que: *“cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”*, derecho que

...es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

El mismo órgano interamericano de protección derechos humanos, en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (Sentencia de 31-01-2001, Fondo, Reparaciones y Costas) a partir de la interpretación del art. 8 de la CADH, señaló:

El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.

De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la

obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.

La jurisprudencia constitucional, del mismo modo, interpretando el contenido del debido proceso, entendió que este se aplica a toda actividad sancionadora del Estado sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo. En ese sentido la SC 42/2004 de 22 de abril, pronunciada por el Tribunal Constitucional anterior señaló que:

...toda actividad sancionadora del Estado, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previo proceso, en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía del debido proceso, entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa, que implica a su vez, entre otros elementos, la notificación legal con el hecho que se le imputa al afectado, y con todas las actuaciones y resoluciones posteriores, la contradicción y presentación de pruebas tendientes a desvirtuar la acusación, la asistencia de un defensor, el derecho pro actione o a la impugnación; asimismo, el derecho a la defensa, se relaciona directamente con los derechos a la igualdad de las partes ante la ley y ante su juzgador, al juez natural y a la seguridad.

Y respecto al debido proceso disciplinario en la SC 22/2006 de 18 de abril, el mismo órgano jurisdiccional señaló: *“el derecho administrativo disciplinario, por afectar la esfera de autodeterminación de las personas mediante la imposición de sanciones personales, alberga los principios del Derecho Penal en cuanto al debido proceso”*.

El Tribunal Constitucional aplicó este entendimiento a infinidad de casos que fueron resueltos en su jurisdicción entendiendo que todos los principios y garantías propias del derecho penal, se aplican también extensivamente en el ámbito administrativo sancionador.

B. El recurso de revocatoria y el recurso jerárquico como medios de impugnación en la vía administrativa disciplinaria sancionadora (formas procesales) tienen la finalidad de asegurar la eficacia material del derecho a la doble instancia o de recurrir ante un tribunal superior y el derecho a la defensa en la fase impugnativa

Desde la concepción del Estado Constitucional de Derecho, la tramitación de los procesos judiciales o administrativos no debe constituirse en simples enunciados formales (justicia formal, como mera constatación de cumplimiento de las formas procesales), sino debe asegurar la plena eficacia material de los derechos fundamentales procesales y sustantivos (justicia material, debido proceso y sus derechos fundamentales constitutivos y sustantivos).

Al respecto, como ejemplo, corresponde recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior, cuando en la línea jurisprudencial construida a partir de la SC 1845/2004-R, de 30 de noviembre, entendió que la forma procesal de las notificaciones –en sentido genérico– en los procesos judiciales o administrativos, no está dirigida a cumplir una

formalidad en sí misma, sino que su valor está condicionado en la medida que asegure la eficacia material del derecho a la defensa. Por ello, dicha sentencia concluyó que cuando la notificación por defectuosa que sea en su forma (por ejemplo no se cumplan las formas procesales para la notificación personal, cedularia, edictal, etc.), pero cumplan con su finalidad (hacer conocer la comunicación en cuestión) y, por ende, aseguren la eficacia material del derecho a la defensa, esa notificación es válida.

De ahí que es posible concluir que el reconocimiento de los típicos medios de impugnación de los actos administrativos, reconocidos en el orden legal (Ley de Procedimiento Administrativo), a través de dos instancias: el recurso de revocatoria y el recurso jerárquico, son formas procesales de impugnación en sede administrativa, instituidas por el legislador, con base en las cuales debe procederse en la vía de impugnación, es decir, es el procedimiento del ordenamiento interno del Estado que prevé dos instancias, las que no están dirigidas a cumplir una formalidad procesal en sí misma, sino que tienen valor en la medida que aseguren la eficacia material de los siguientes derechos fundamentales y garantías constitucionales: derecho a la doble instancia o de recurrir ante un tribunal superior en el ámbito disciplinario sancionador y, su nexo con el derecho a la defensa en la fase impugnativa.

Es decir, en el caso, las formas del procedimiento administrativo sancionador en sus diferentes fases, guardarán correspondencia y coherencia con el derecho al debido proceso en la medida en que se aseguren su eficacia.

Dado el carácter sancionador del proceso disciplinario, este –en todas sus fases o instancias– tiene que sustanciarse y resolverse garantizando el debido proceso, que tiene como componente esencial el derecho a la defensa. En efecto si se analiza la fase de impugnación del proceso disciplinario en sede administrativa, es posible concluir que sólo puede predicarse la eficacia material del derecho a la defensa (art. 115.II de la CPE y 8.2 inc. f) de la CADH) cuando se otorga a las servidoras y servidores públicos la oportunidad de ejercer un otro derecho fundamental, este es: el derecho a la doble instancia o de recurrir ante un tribunal superior art. 8.2 inc. h) de la CADH y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

El art. 8.2 inc. h) de la CADH, señala:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Por su parte, el art. 14.5 del PIDCP, estipula: *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio*

y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

La Corte IDH en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Sentencia de 02-07-2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) precisando el alcance del “derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”, estableció, en lo que en el caso interesa, las siguientes afirmaciones:

1. El derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica.
2. El derecho de recurrir busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.
3. Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida.

Entonces –según lo establecido por la SCP 140/2012 de 9 de mayo¹⁷– en el caso de un proceso administrativo disciplinario sancionador, el

¹⁷ En esta importante Sentencia, se evidenció que dentro del proceso disciplinario seguido en contra del accionante, la autoridad jerárquicamente superior, pronunció tanto la Resolución de revocatoria, como la Resolución jerárquica; y de este hecho, por demás lesivo a derechos fundamentales y garantías constitucionales, se desprenden varios razonamientos: (i) Que en el proceso disciplinario sustanciado contra el ahora accionante, se suprimió la posibilidad de que la Resolución administrativa sancionatoria 007/21-04-2011, que resolvió aplicarle la sanción de descenso a un cargo inferior y designarlo a otra Unidad Educativa en calidad de profesor pueda ser revisada por un tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica (CIDH, caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (ii) Que el accionante, en los hechos, fue procesado y sancionado disciplinariamente en única instancia, precisamente por la supresión de la posibilidad de impugnar la decisión sancionatoria cuestionada de adversa por un tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. *“Ello ocasionó –dice la ratio decidendi de la Sentencia– que el proceso disciplinario sancionador contra el accionante, que goza de garantías mínimas, una de ellas, el debido proceso, se convierta en un proceso de única instancia de facto, cuando el legislador ha reconocido la doble instancia instituyendo precisamente el recurso de revocatoria y el recurso jerárquico, conforme a los cuales deben procederse en la vía de impugnación administrativa. Recursos administrativos que, como se analizó anteriormente, no están dirigidas a cumplir una formalidad procesal en sí misma, sino que tienen valor en la medida que aseguren la eficacia material de los derechos a la doble instancia o de recurrir ante un tribunal superior en el ámbito disciplinario sancionador y el derecho a la defensa en la fase impugnativa. Es decir, como efecto de la supresión del recurso jerárquico, también fueron suprimidos los derechos fundamentales referidos, los que reconocen a quienes han intervenido en un proceso disciplinario sancionador la posibilidad de controvertir, impugnar o cuestionar la Resolución sancionatoria de primera*

derecho a la doble instancia o de recurrir ante una instancia superior, permite que esta última, conozca y revise la resolución pronunciada por el tribunal de primer grado; instancia superior que debe ser diferente a la que emitió la decisión administrativa sancionadora en primera instancia, a efectos de que la servidora o el servidor público, impugnando o controvirtiendo una decisión sancionatoria, obtengan la revisión de la decisión ante la instancia superior (entendimiento reiterado en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0397/2019-S3, de 8 de agosto)¹⁸.

2. Sobre los procesos contra actos administrativos y los procesos administrativos sancionatorios¹⁹

Inicialmente nos referiremos al acto administrativo, mismo que es entendido como una decisión voluntaria de la administración estatal de carácter general o particular, quien en ejercicio de sus competencias emite este, con el propósito de generar efectos jurídicos sobre derechos, libertades o intereses de otros sujetos sean públicos o privados.

En ese sentido, el legislador del nivel central del Estado, en la Ley del Procedimiento Administrativo (LPA), dispuso:

Artículo 27. (Acto Administrativo). Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades

instancia ante una autoridad administrativa superior y diferente a la que emitió la sanción, para que ésta revise y corrija los defectos, vicios o errores jurídicos en los que hubiera podido incurrir la autoridad de primera instancia. Situación que la presente acción de amparo constitucional, debe corregir, dado que su ámbito de protección de acuerdo a la norma contenida en el art. 128 de la CPE, ‘...tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman los derechos reconocidos por la Constitución y la ley’. De otro lado, ese acto ilegal, ocasionó que el ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria de la Administración Pública reconocido por el orden constitucional se convierta en arbitrario e ilícito, al no haber encontrado límites en el respeto de garantías mínimas, entre ellas, la garantía al debido proceso, el que en su dimensión de principio es el que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria de la administración del Estado”.

¹⁸ Esta última Sentencia, concluyó que el ordenamiento jurídico en materia administrativa, establece que en los procesos disciplinarios internos aplicables a los servidores públicos de la administración –tramitada ante el Juez sumariante–, la norma sustantiva se constituye a partir de las normas internas de faltas y sanciones de las entidades estatales y otras, y la parte adjetiva es regulada por el DS 23318-A –Reglamento de la Responsabilidad por la Función Pública–, modificado por el DS 26237 desarrollado en el marco de la Ley de Administración y Control Gubernamentales –Ley 1178 de 20 de julio de 1990–, consecuentemente se trata de normativa especial (entendimiento reiterado en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1470/2022-S2, de 15 de noviembre).

¹⁹ Este acápite y el siguiente, corresponden a los fundamentos jurídicos de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0397/2019-S3, de 8 de agosto.

establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.

La jurisprudencia constitucional a través de la SC 107/2003 de 10 de noviembre, estableció:

Acto administrativo es la decisión general o especial de una autoridad administrativa, en ejercicio de sus propias funciones, y que se refiere a derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas. El pronunciamiento declarativo de diverso contenido puede ser de decisión, de conocimiento o de opinión. Los caracteres jurídicos esenciales del acto administrativo son: 1) La estabilidad, en el sentido de que forman parte del orden jurídico nacional y de las instituciones administrativas; 2) La impugnabilidad, pues el administrado puede reclamar y demandar se modifique o deje sin efecto un acto que considera lesivo a sus derechos e intereses; 3) La legitimidad, que es la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente; 4) La ejecutividad, constituye una cualidad inseparable de los actos administrativos y consiste en que deben ser ejecutados de inmediato; 5) La ejecutoriedad, es la facultad que tiene la Administración de ejecutar sus propios actos sin intervención del órgano judicial; 6) La ejecución, que es el acto material por el que la Administración ejecuta sus propias decisiones. De otro lado, la reforma o modificación de un acto administrativo consiste en la eliminación o ampliación de una parte de su contenido, por razones de legitimidad, de mérito, oportunidad o conveniencia, es decir, cuando es parcialmente contrario a la ley, o inoportuno o inconveniente a los intereses generales de la sociedad.

Consecuentemente, los actos administrativos pueden constituirse como efecto de una solicitud del administrado o por voluntad de la administración en el marco de sus atribuciones, a efectos de cumplir con los fines de los servicios que presta una determinada institución del Estado, la señalada decisión tiene el propósito de generar efectos jurídicos sobre derechos subjetivos, libertades o intereses de otros sujetos sean públicos o privados; en su caso el administrado puede activar los recursos de revocatoria y jerárquico en el marco de la Ley del Procedimiento Administrativo.

Por otra parte, tenemos el proceso administrativo sancionador por el que el Estado en uso de sus potestades, puede imponer al administrado sanciones en el marco de una norma que establecen los supuestos de hecho; además, debe estar emitida con anterioridad al mismo, se trata de procesos sustentados en normas de carácter general y se aplica en el ámbito externo de la administración; en ese sentido el art. 71 de la LPA, establece los siguientes principios en su aplicación: *“Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad”*; por su parte, la SCP 143/2012 de 14 de mayo, entendió:

El proceso administrativo sancionatorio al igual que el procedimiento penal, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que

deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto: a) al juez natural, b) legalidad formal, c) tipicidad, d) equidad, y, e) defensa irrestricta. Eduardo García Enterría, en relación al proceso administrativo sancionador, ha señalado: "...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal".

Entonces, de acuerdo a los fundamentos jurídicos de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0397/2019-S3, de 8 de agosto, el ámbito administrativo reconoce dos especies o clases de procesos, que se desarrollan de la siguiente manera:

Primero, los procesos administrativos contra actos administrativos simples, que pueden constituirse como consecuencia de una solicitud del administrado o por voluntad de la administración quien en el marco de sus atribuciones las emite a efecto de cumplir con los fines de los servicios que presta una institución estatal, la señalada decisión tiene el propósito de generar efectos jurídicos sobre derechos subjetivos, libertades o intereses de otros sujetos sean públicos o privados; en su caso el administrado puede activar los recursos de revocatoria y jerárquico en el marco de la Ley del Procedimiento Administrativo.

Segundo, los procesos administrativos sancionatorios, que a su vez importan dos subespecies, que se traducen en: (i) Los procesos administrativos disciplinarios internos, desplegados hacia los servidores públicos de la administración –tramitados ante el Juez sumariante–, es regulan por el DS 23318-A Reglamento de la Responsabilidad por la Función Pública, modificado por el DS 26237 desarrollada en el marco de la Ley 1178; y, (ii) Los procesos administrativos sancionatorios externos, que se aplica desde la administración hacia los administrados, a través de actos administrativos que en caso de vulnerar derechos subjetivos, el afectado puede impugnar en el marco de la Ley 2341 y su Decreto Reglamentario 27113; en efecto, ambas se traducen en la potestad sancionatoria del Estado, en consecuencia en su aplicación deben observarse los principios del derecho penal.

Como se tiene señalado, los procesos administrativos disciplinarios internos que surgen de una conducta antijurídica, sea por acción u omisión de los servidores públicos, generan responsabilidad por la función pública, cuya determinación emitida por la autoridad sumariante puede ser impugnada por el procesado que se considere agraviado con la decisión, por si o mediante apoderado interponiendo recurso de revocatoria en el plazo establecido en su normativa especial; así, en caso de no ser interpuesto dicho recurso en el plazo establecido, la resolución de la autoridad referida quedará ejecutoriada.

De esta forma, los recursos de revocatoria y jerárquico como medios de impugnación en la vía administrativa disciplinaria interna, tienen la finalidad de asegurar la eficacia material del derecho a la doble instancia o de recurrir ante un tribunal de alzada y el derecho a la defensa en esa fase (SCP 397/2019-S3).

3. El derecho a la defensa, a la impugnación y la doble instancia como componentes del debido proceso

Respecto a los derechos fundamentales componentes del debido proceso, la SCP 2222/2012 de 8 de noviembre, estableció:

Con relación al derecho a la defensa, considerado como un elemento del debido proceso la SCP 0405/2012 de 22 de junio, señala: "Respecto al derecho a la defensa, en las SSCC 1756/2011-R y 0887/2010-R, entre otras, se señaló lo siguiente: En el orden constitucional, no obstante que el derecho a la defensa es un instituto integrante de las garantías del debido proceso, ha sido consagrado en forma autónoma, precisando de manera expresa en el art. 16.II de la CPE abrg que 'El derecho a la defensa en juicio es inviolable' y en el art. 115.II de la CPE, que: 'El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones'. Preceptos que resaltan esta garantía fundamental, que debe ser interpretada siempre conforme al principio de la favorabilidad, antes que restrictivamente".

La jurisprudencia constitucional, a través de la SC 1842/2003-R de 12 de diciembre, enuncia dos connotaciones del derecho a la defensa, siendo la segunda vinculada al ejercicio de los medios de impugnación, en este entendido señala: "La primera es el derecho que tienen las personas, cuando se encuentran sometidas a un proceso con formalidades específicas, a tener una persona idónea que pueda patrocinarle y defenderle oportunamente, mientras que la segunda es el derecho que precautela a las personas para que en los procesos que se les inicia, tengan conocimiento y acceso de los actuados e impugnen los mismos con igualdad de condiciones".

De igual forma con respecto a esta vinculación del derecho a la defensa y los medios de impugnación la SCP 0140/2012 de 9 de mayo, ha establecido que los medios de impugnación aseguran la eficacia del derecho de recurrir y del derecho a la defensa cuando guarda: "...el reconocimiento de los típicos medios de impugnación de los actos administrativos, reconocidos en el orden legal (Ley de Procedimiento Administrativo), a través de dos instancias: el recurso de revocatoria y el recurso jerárquico, son formas procesales de impugnación en sede administrativa, instituidas por el legislador, con base en las cuales debe procederse en la vía de impugnación, es decir, es el procedimiento del ordenamiento interno del Estados que prevé dos instancias, las que no están dirigidas a cumplir una formalidad procesal en sí misma, sino que tienen valor en la medida que aseguren la eficacia material de los siguientes derechos fundamentales y garantías constitucionales: i) Derecho a la doble instancia o de recurrir ante un tribunal superior en el ámbito disciplinario ordenamiento y, su nexa con ii) El derecho a la defensa en la fase impugnativa".

De acuerdo a este entendimiento existe una vinculación o relación entre los medios de impugnación y el derecho a la defensa, considerando que este derecho precautela a las personas para que en los procesos que se les inicia,

tengan conocimiento y acceso de los actuados y puedan impugnar los mismos en igualdad de condiciones, y que el reconocimiento de los típicos medios de impugnación de los actos administrativos, reconocidos por el orden legal, como el recurso de revocatoria y el recurso jerárquico, no están dirigidas a cumplir una formalidad procesal en sí misma, toda vez que su valor deviene de la medida en que estos recursos aseguren la eficacia material de los derechos a la doble instancia y su nexos con el derecho a la defensa en la fase impugnativa.

La SCP 0275/2012 de 4 de junio, menciona al respecto, que el derecho a la defensa irrestricta, es uno de los mínimos procesales que debe concurrir dentro de un proceso sancionatorio en el que se encuentre presente el debido proceso, constituyendo de esta manera un bloque de garantías procesales dentro del procedimiento sancionador, siempre en procura de efectivizar un proceso justo. En ese entendido:

El derecho a la defensa, es un elemento adjetivo del debido proceso, que halla uno de sus resguardos en la garantía de la doble instancia, que a su vez tiene su consagración en las normas de derecho internacional, más propiamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), normas en las cuales se le asigna el carácter de garantía judicial, asumiéndola como un mecanismo de protección, dirigido a esta impronta característica de la doble instancia, es aplicable también al derecho administrativo sancionatorio cuando así corresponda, otorgando al administrado la posibilidad de controvertir una decisión inicial, para en definitiva poder enmendar los errores o distorsiones en la aplicación de la normativa en primera instancia. La garantía de la doble instancia admite el disenso con los fallos, permitiendo que una autoridad distinta de la inicialmente competente, investida además de otra jerarquía administrativa, pueda evaluar, revisar, compulsar y en definitiva corregir los defectos insertos en la decisión inicial, dando lugar de ésta manera a un irrestricto acceso a la justicia, aspecto íntimamente relacionado con el derecho a la defensa.

La eventualidad de impugnar un fallo desfavorable, posibilita que el administrado, reclame aspectos específicos que considera injustos a sus pretensiones, fundamentando en qué grado estas omisiones o distorsiones han afectado sus derechos. El responder en segunda instancia todos los agravios denunciados es obligación ineludible de la instancia de alzada.

VII. Las dimensiones del debido proceso en el derecho administrativo sancionador

Luego de desarrollar las anteriores precisiones sobre las clases de procesos en el ámbito administrativo, y su relación con el derecho a la defensa, a la impugnación y la doble instancia como componentes del debido proceso, también consideramos importante destacar las líneas jurisprudenciales recientes sobre la aplicación de las reglas del debido proceso en el ámbito administrativo sancionador, para luego hacer énfasis en el derecho a la fundamentación y motivación de resoluciones que, como componente del debido proceso, es igualmente exigible en aquellas resoluciones administrativas que imponen sanciones.

1. Sobre el derecho al debido proceso y su aplicación al ámbito administrativo sancionador²⁰

El art. 115.II de la CPE, dispone que: *"El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones"*; a su vez, el art. 117.I de la Norma Suprema, establece que: *"Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso (...)"*.

El derecho al debido proceso, consagrado en la Ley Fundamental, se encuentra en armonía con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, de los cuales es signatario el Estado boliviano; así la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 8 en relación con los arts. 7 numerales 2, 3, 4, 5 y 6; 9; 10; 24; 25; y, 27 de la misma norma internacional, lo consagra como un derecho humano; de igual modo está contemplado en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Por otra parte, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH) señaló que las garantías del debido proceso no se restringen a los procesos judiciales o jurisdiccionales; pues, incluye procedimientos administrativos de todo orden; entendimiento que fue recogido en la SCP 567/2012 de 20 de julio²¹, que estableció importante doctrina jurisprudencial.

²⁰ Este acápite, corresponde a uno de los fundamentos jurídicos de la Sentencia Constitucional Plurinacional 1355/2022-S1, de 15 de noviembre.

²¹ El FJ III.4.1, indica: *"La Constitución Política de Estado, define que la administración de justicia se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de partes ante el juez, consecuentemente, el art. 115.II de la CPE señala: 'El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones'. El art. 117.I de la Norma Suprema, por su parte establece: 'Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso...'. // La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, en su art. 7 dispone: 'Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley'. // Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determina que las garantías inherentes al debido proceso, no únicamente son exigibles a nivel judicial, sino también que deben ser de obligatorio cumplimiento por cualquier autoridad pública, señalando que: 'De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que*

En ese contexto, corresponde señalar que el derecho y garantía genérica del debido proceso no se restringe en su aplicación al ámbito jurisdiccional solamente, sino, es extensivo a cualquier procedimiento en el que deba determinarse una responsabilidad.

La SC 902/2010-R de 10 de agosto, respecto al debido proceso, en el Fundamento Jurídico III.5, señaló que:

cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana'. // El debido proceso es una garantía de orden constitucional, que, en virtud de los efectos de irradiación de la Constitución Política del Estado, es aplicable a cualquier acto administrativo que determine algún tipo de sanción de ese carácter que produzca efectos jurídicos que indudablemente repercuten en los derechos de las personas. // Como ya se ha definido en otras Sentencias Constitucionales, el doctrinario Ticona Póstigo, ha señalado que: 'El debido proceso legal, proceso justo o simplemente debido proceso (así como el derecho de acción, de contradicción) es un derecho humano fundamental que tiene toda persona y que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente, pues, él 'Estado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo'. A criterio del tratadista Saenz, 'el Debido Proceso en su dimensión adjetiva, se refiere a toda aquella estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de todo tipo de proceso, sea este jurisdiccional, sea administrativo, o sea corporativo particular'. // Como también ya se expuso en la abundante jurisprudencia constitucional, cualquier proceso administrativo sancionatorio, más aún si este puede derivar en sanciones como la destitución de determinado funcionario público, debe contener los elementos: i) al juez natural, ii) legalidad formal, iii) tipicidad, iv) equidad y v) defensa irrestricta. // El tratadista español, Eduardo García Enterría, al referirse al proceso administrativo sancionador, indicó que: '...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal'. // El derecho a la defensa irrestricta, que su vez es componente del debido proceso, se halla reconocido por el art. 115.II de la CPE, cuando señala que: 'El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa...'. // El doctrinario argentino Alberto Binder afirma: 'El Derecho a la Defensa cumple dentro del Proceso Penal, un papel particular, por una parte actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás', concepto aplicable a los procedimientos sancionadores de esencia administrativa. // El derecho a la defensa irrestricta, es un elemento esencial del proceso sancionatorio. Es uno de los mínimos procesales que necesariamente debe concurrir en cualquier procedimiento sancionatorio, constituyendo de esta manera un bloque de garantías procesales a favor del administrado en procura de efectivizar en todos los casos un proceso justo, no aceptándose el extremo de sustanciar asunto alguno sin conocimiento del procesado, situación inaceptable en cualquier sistema jurídico'.

En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del non bis in idem; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (...).

...no se concreta en las afirmaciones positivizadas en normas legales codificadas, sino que se proyecta hacia los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo, es decir, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda a partir de un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaban a una simple cobertura del derecho a la defensa en un proceso.

El reconocimiento del debido proceso como derecho, garantía y principio, también se encuentra plasmado en la SC 86/2010-R de 4 de mayo, en cuyo Fundamento Jurídico III.7, indicó:

...el debido proceso, consagrado en el texto constitucional en una triple dimensión, en los arts. 115.II y 117.I como garantía, en el art. 137 como derecho fundamental y en el art. 180 como principio procesal; y, en los arts. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), como derecho humano.

En resumen, se entiende que el derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales o administrativas; y que, conforme a la jurisprudencia constitucional, sufrió una transformación de un concepto abstracto que perseguía la perfección de los procedimientos; es decir, que daba preeminencia a la justicia formal, a un ideal moderno que destaca su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos.

En esa línea, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional contenida en la SCP 142/2012 de 14 de mayo, en el Fundamento Jurídico III.1, estableció:

...respecto al ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria del Estado, se desprenden dos temas, que se sustentan en normas constitucionales-principios del nuevo modelo de Estado: 1) El fundamento de su ejercicio; y, 2) Los límites a ese ejercicio, que encuentran una barra de contención en el respeto de garantías mínimas, siendo una de ellas, el debido proceso.

1) El ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en el ámbito disciplinario, permite a la administración pública en sus distintos órganos e instituciones del nivel central y de las diferentes entidades territoriales autónomas imponer sanciones a sus servidoras y servidores públicos para garantizar que se cumplan los fines y funciones esenciales del Estado previstos en la Constitución y la ley conforme refiere el art. 9 de la CPE, siendo ese su fundamento. En efecto, son la Constitución, la legislación y reglamentación del nivel central y de las entidades territoriales autónomas que en ese

cometido le confieren a la administración pública la potestad y facultad de aplicar, en vía disciplinaria, diversos tipos de sanciones a sus servidoras y servidores públicos.

2) Ahora bien, el ejercicio de la potestad de las entidades públicas de imponer sanciones disciplinarias a sus propios servidores públicos, está subordinado y limitado al respeto de determinadas garantías mínimas, entre ellas, la garantía del debido proceso, por cuanto ello controla y limita el campo de acción de la potestad sancionadora del Estado, a efectos de evitar una actividad arbitraria de la administración pública que se torne en ilícita. Ello, en aras de la búsqueda de la materialización de los valores, en los que se sustenta el Estado Constitucional de Derecho Plurinacional Comunitario e Intercultural (art. 8.II de la CPE), que en lo conducente, al ámbito sancionador disciplinario, principalmente son el de justicia y armonía.

En ese entendido, la actividad sancionadora, tanto penal como administrativa, debe respetar el sustento axiológico y dogmático de la Constitución Política del Estado (CPE), en especial los derechos y garantías de las personas que se constituyen en el fundamento y límite del poder sancionador del Estado.

2. Sobre la fundamentación y motivación de las resoluciones y el principio de congruencia como elementos del debido proceso²²

El derecho a una resolución fundamentada y motivada, como elemento del debido proceso, reconocido como derecho fundamental, garantía jurisdiccional y derecho humano en las normas contenidas en los arts. 115.II y 117.I de la CPE; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); y, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), fue desarrollado en la amplia jurisprudencia constitucional, siendo uno de los antecedentes, el entendimiento contenido en la SC 1369/2001-R de 19 de diciembre²³; la cual establece como exigencia del debido proceso, que toda resolución debe exponer los hechos y el fundamento legal de la decisión, de manera que en caso de omisión, se vulnera dicho derecho. Posteriormente, en la SC 946/2004-R de 15 de

²² Este acápite, corresponde a uno de los fundamentos jurídicos de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0016/2022-S1, de 31 de marzo.

²³ El Cuarto Considerando, indica: "...el derecho al debido proceso, que entre su ámbito de presupuestos exige que toda Resolución sea debidamente fundamentada. Es decir, que cada autoridad que dicte una Resolución debe imprescindiblemente exponer los hechos y al margen de ello, la fundamentación legal que sustenta la parte dispositiva de la misma. //...consecuentemente cuando un Juez omite la motivación de una Resolución, no sólo suprime una parte estructural de la misma, sino también en los hechos toma una decisión arbitraria y dictatorial que vulnera de manera flagrante el citado derecho que otorga a las partes saber el porqué de la parte dispositiva de un fallo o Resolución".

junio²⁴, se aclara que dicha garantía es aplicable también en procesos administrativos y disciplinarios.

En el Fundamento Jurídico III.3 de la SC 871/2010-R de 10 de agosto, se establecieron los requisitos que debe contener toda resolución jurisdiccional o administrativa, con la finalidad de garantizar el derecho a la motivación y fundamentación como elementos configurativos del debido proceso:

a) Debe determinar con claridad los hechos atribuidos a las partes procesales, b) Debe contener una exposición clara de los aspectos fácticos pertinentes, c) Debe describir de manera expresa los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica aplicable al caso concreto, d) Debe describir de forma individualizada todos los medios de prueba aportados por las partes procesales, e) Debe valorar de manera concreta y explícita todos y cada uno de los medios probatorios producidos, asignándoles un valor probatorio específico a cada uno de ellos de forma motivada, f) Debe determinar el nexo de causalidad entre las denuncias o pretensiones de las partes procesales, el supuesto de hecho inserto en la norma aplicable, la valoración de las pruebas aportadas y la sanción o consecuencia jurídica emergente de la determinación del nexo de causalidad antes señalado.

En cuanto a los requisitos que debe contener una resolución administrativa en segunda instancia, la SCP 275/2012 de 4 de junio²⁵, precisó que dicho fallo debe exponer los hechos y citar las normas que sustentan la decisión, además de pronunciarse sobre todos y cada uno de los aspectos impugnados en el recurso.

²⁴ El FJ III.3, refiere: “...la garantía del debido proceso no es únicamente aplicable en el ámbito judicial, sino también en el administrativo y disciplinario, cuanto tenga que determinarse una responsabilidad disciplinaria o administrativa e imponerse una sanción como ha ocurrido en el presente caso”.

²⁵ El FJ III.2.3, señala: “Toda autoridad administrativa que emita una resolución en segunda instancia, debe mínimamente exponer en la resolución: 1) Los hechos, citando las normas que sustentan la parte dispositiva de la resolución, efectuando la relación de causalidad entre los hechos y la norma aplicable; 2) Pronunciamiento sobre todos y cada uno de los aspectos impugnados en el recurso de alzada, actuando en mínima petita, considerando cada aspecto de manera puntual y expresa, desarrollando una valoración lógica de los puntos impugnados, efectuar lo contrario, elimina la parte fundamental de la resolución, lesionando efectivamente el debido proceso, derivando en el extremo inaceptable que los procesados no puedan conocer cuáles son las razones del fallo y cuál es la posición del tribunal de alzada en relación con los puntos impugnados. // En tanto y en cuanto, las resoluciones administrativas de segunda instancia conlleven insertas en su texto de manera expresa, las respuestas a todos los aspectos cuestionados en el recurso de impugnación, el sujeto sometido al proceso disciplinario, tendrá la plena convicción respecto a que la decisión asumida por la autoridad administrativa es a todas luces justa. Esta afirmación nos lleva a concluir que no le está permitido a la autoridad administrativa, reemplazar una adecuada y sustanciosa fundamentación por una elemental relación de antecedentes”.

Por su parte, la SC 802/2007-R de 2 de octubre²⁶ se refirió a la fundamentación como sustento de una resolución disciplinaria; empero, es la SCP 2221/2012 de 8 de noviembre²⁷ la que desarrolla el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada, señalando que el mismo está dado por sus finalidades implícitas, como son: **(i)** El sometimiento a la Constitución Política del Estado y al bloque de constitucionalidad; **(ii)** Lograr el convencimiento de las partes que la resolución no es arbitraria; es decir, que observa el valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia; **(iii)** Garantizar la posibilidad del control de la resolución por medio de los

²⁶ El FJ III.4, expresa: *“Consiguientemente, aplicando los principios informadores del derecho sancionador, las resoluciones pronunciadas por el sumariante y demás autoridades competentes deberán estar fundamentadas en debida forma, expresando lo motivos de hecho y de derecho en que basan sus decisiones y el valor otorgado a los medios de prueba. Fundamentación que no podrá ser reemplazada por la simple relación de los documentos y presentación de pruebas o los criterios expuestos por las partes, y en los casos en los que existan coprocesados, resulta primordial la individualización de los hechos, las pruebas, la calificación legal de la conducta y la sanción correspondiente a cada uno de ellos en concordancia con su grado de participación o actuación en el hecho acusado”*.

²⁷ El FJ III.1, manifiesta: *“En ese marco, se tiene que el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada y motivada (judicial, administrativa, o cualesquier otra, expresada en una resolución en general, sentencia, auto, etc.) que resuelva un conflicto o una pretensión está dado por sus finalidades implícitas, las que contrastadas con la resolución en cuestión, dará lugar a la verificación de su respeto y eficacia. Estas son: (1) El sometimiento manifiesto a la Constitución, conformada por: 1.a) La Constitución formal; es decir, el texto escrito; y, 1.b) Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad; así como a la ley, traducido en la observancia del principio de constitucionalidad y del principio de legalidad; (2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: El valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia; (3) Garantizar la posibilidad de control de la resolución en cuestión por los tribunales superiores que conozcan los correspondientes recursos o medios de impugnación; y, (4) Permitir el control de la actividad jurisdiccional o la actividad decisoria de todo órgano o persona, sea de carácter público o privado por parte de la opinión pública, en observancia del principio de publicidad. Estos elementos se desarrollarán a continuación: (...) // (2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: El valor justicia, los principios de interdicción de la arbitrariedad, de razonabilidad y de congruencia. (...) // b) En correspondencia con lo anterior, la arbitrariedad puede estar expresada en: b.1) Una ‘decisión sin motivación’, o extendiendo esta es b.2) Una ‘motivación arbitraria’; o en su caso, b.3) Una ‘motivación insuficiente’. (...) // c) La arbitrariedad también se expresa en la falta de coherencia, o incongruencia de la decisión (principio de congruencia), cuando el conjunto de las premisas, –formadas por las normas jurídicas utilizadas para resolver el caso, más los enunciados fácticos que describen los hechos relevantes– no son correctas, fundadas y sí, además, su estructura también no lo es. Esto, más allá si la resolución que finalmente resuelva el conflicto es estimatoria o desestimatoria a las pretensiones de las partes. Es decir, como señala Robert Alexy, se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación”*.

recursos; **(iv)** Permitir el control social de la resolución en mérito al principio de publicidad; y, **(v)** La observancia del principio dispositivo, que implica la otorgación de respuestas a las pretensiones de las partes como quinta finalidad complementada por la SCP 100/2013 de 17 de enero²⁸.

Respecto a la segunda finalidad, tanto la SCP 2221/2012 como la SCP 100/2013, señalan que la arbitrariedad puede estar expresada en una decisión: **(i)** Sin motivación, cuando la resolución no da razones que la sustenten; **(ii)** Con motivación arbitraria, cuando se basa en fundamentos y consideraciones meramente retóricas o deviene de la valoración arbitraria, irrazonable de la prueba, o en su caso, de la omisión en la valoración de la prueba aportada en el proceso; **(iii)** Con motivación insuficiente, cuando no se da razones de la omisión de pronunciamiento sobre los planteamientos de las partes; y, **(iv)** Por la falta de coherencia del fallo, se da en su dimensión interna, cuando no existe relación entre las premisas (normativa y fáctica) y la conclusión y en su dimensión externa, implica que la resolución debe guardar correspondencia con lo pedido o impugnado por las partes.

Ambos entendimientos, sobre la coherencia interna y externa, tienen su antecedente en la SC 863/2003-R de 25 de junio²⁹, así como en la

²⁸ El FJ III.2, establece: “A las cuatro finalidades implícitas que determinan el contenido esencial del derecho a una resolución fundamentada o derecho a una resolución motivada (judicial, administrativa, o cualesquier otra, expresada en una resolución en general, sentencia, auto, etc.) que resuelva un conflicto o una pretensión cuáles son: 1) El sometimiento manifiesto a la Constitución, conformada por: 1.a) la Constitución formal, es decir, el texto escrito; y, 1.b) los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que forman el bloque de constitucionalidad; así como a la ley, traducido en la observancia del principio de constitucionalidad y del principio de legalidad; 2) Lograr el convencimiento de las partes que la resolución en cuestión no es arbitraria, sino por el contrario, observa: el valor justicia, el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de razonabilidad y el principio de congruencia; 3) Garantizar la posibilidad de control de la resolución en cuestión por los tribunales superiores que conozcan los correspondientes recursos o medios de impugnación; 4) Permitir el control de la actividad jurisdiccional o la actividad decisoria de todo órgano o persona, sea de carácter público o privado por parte de la opinión pública, en observancia del principio de publicidad (SCP 2221/2012 de 8 de noviembre, se suma un quinto elemento de relevancia constitucional; y, 5) La exigencia de la observancia del principio dispositivo. // 5) La observancia del principio dispositivo, implica la exigencia que tiene el juzgador de otorgar respuestas a las pretensiones planteadas por las partes para defender sus derechos”.

²⁹ El FJ III.3, expresa: “Que, al margen de ello, también cabe reiterar que el art. 236 CPC, marca el ámbito de contenido de la resolución a dictarse en apelación, pues estipula que la misma, deberá circunscribirse precisamente a los puntos resueltos por el inferior y que además hubieran sido objeto de apelación y fundamentación, de manera que el Juez o tribunal ad quem, no puede ir más allá de lo pedido, salvo en los casos en que los vicios de nulidad constituyan lesiones a

SC 358/2010-R de 22 de junio³⁰, estableciendo que en el ámbito procesal, el principio de congruencia se entiende no sólo como la correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto, sino que además implica la concordancia del fallo; es decir, su coherencia interna, entendimiento que fue reiterado en la SCP 1915/2012 de 12 de octubre³¹, entre otras.

Por su parte, respecto a la congruencia de las resoluciones de segunda instancia, la SC 682/2004-R de 6 de mayo³² señaló que el

derechos y garantías constitucionales como cuando la nulidad esté expresamente prevista por ley”.

³⁰ El FJ III.3.1, señala: *“De esa esencia deriva a su vez la congruencia como principio característico del debido proceso, entendida en el ámbito procesal como la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto, en materia penal la congruencia se refiere estrictamente a que el imputado no podrá ser condenado por un hecho distinto al atribuido en la acusación o su ampliación; ahora bien, esa definición general, no es limitativa de la congruencia que debe tener toda resolución ya sea judicial o administrativa y que implica también la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva, pero además esa concordancia debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y razonamientos emitidos por la resolución, esta concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan ese razonamiento que llevó a la determinación que se asume. En base a esos criterios se considera que quien administra justicia debe emitir fallos motivados, congruentes y pertinentes”.*

³¹ El FJ III.2, indica: *“La abundante jurisprudencia del extinto Tribunal Constitucional, ha señalado con relación al principio de congruencia –que es determinante en cualquier proceso judicial o administrativo– como la estricta correspondencia que debe existir entre lo peticionado y lo resuelto, que implica la concordancia entre la parte considerativa y dispositiva, que debe mantenerse en todo su contenido, efectuando un razonamiento integral y armonizado entre los distintos considerandos y juicios de valor emitidos por la resolución, esta concordancia de contenido de la resolución y su estricta correspondencia entre lo pedido, lo considerado y lo resuelto, conlleva a su vez la cita de las disposiciones legales que apoyan la razón que llevó a la determinación que se asume (SC 1619/2010-R de 15 de octubre). Bajo ese razonamiento, el principio de congruencia forma parte de derecho-garantía-principio del debido proceso, contemplado en el art. 115.I de la CPE”.*

³² El FJ III.1, refiere: *“Además de ello, toda resolución dictada en apelación, no sólo por disposición legal sino también por principio general, debe sujetarse a los puntos de apelación expuestos por la parte apelante, que se entiende deben estar relacionados con lo discutido ante el juez a quo. Para el mismo objetivo –resolver la apelación–, también el juez ad quem, si se trataran de varias apelaciones y deba resolverlas en una sola resolución deberá individualizar a las partes, lo que supone también, la individualización de sus pretensiones y resolverlas de la misma forma; pues en el único caso que podrá dirigirse en su fundamentación a dos o más apelantes, será cuando éstos hubieran coincidido en sus argumentos al presentar su apelación, o varios hubieran presentado apelación en forma conjunta. Ahora bien, la misma obligación que tiene el juez ad quem frente a los apelantes, también debe cumplirla frente a la parte adversa, para el caso de que el procedimiento aplicable admita que la misma pueda responder al recurso,*

pronunciamiento debe guardar correspondencia con los agravios de la apelación y la contestación de alzada.

En resumen, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional glosada, una resolución será arbitraria cuando carezca de motivación o sea arbitraria o insuficiente; asimismo, cuando la resolución no tenga coherencia o congruencia interna o externa.

La jurisprudencia contenida en las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 2221/2012 y 100/2013, citadas anteriormente, fue modulada por la SCP 14/2018-S2 de 28 de febrero; la cual, entendió que únicamente es posible conceder la tutela y disponer la nulidad de la resolución judicial o administrativa, ordenando se emita otra nueva, ante la denuncia de arbitraria o insuficiente fundamentación; previo análisis de la incidencia de dicho acto supuestamente ilegal en la resolución que se está cuestionando a través de la acción de amparo constitucional; es decir, previo análisis de su relevancia constitucional, por cuanto, si no tiene efecto modificadorio en el fondo de la decisión, la tutela concedida por este Tribunal, únicamente tendría como efecto el que se pronuncie una nueva resolución con el mismo resultado; en ese sentido, en el Fundamento Jurídico III.1, indicó que:

Ahora bien, la jurisprudencia precedentemente citada debe ser complementada a partir de la relevancia constitucional que tenga la alegada arbitraria o insuficiente fundamentación y motivación de las resoluciones, es decir, que deberá analizarse la incidencia de dicho acto supuestamente ilegal en la resolución que se está cuestionando a través de la acción de amparo constitucional; pues, si no tiene efecto modificadorio en el fondo de la decisión, la tutela concedida por este Tribunal únicamente tendría como efecto el que se pronuncie una nueva resolución con el mismo resultado; consiguientemente, a partir de una interpretación previsor, si bien la arbitraria o insuficiente fundamentación, aún carezca de relevancia, deberá ser analizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional; empero, corresponderá denegar la tutela por carecer de relevancia constitucional, con la aclaración que este entendimiento es únicamente aplicable a la justicia constitucional que no exigirá para efectuar el análisis, que la o el accionante cumpla con carga argumentativa alguna.

VIII. Naturaleza jurídica de la responsabilidad administrativa y la prescripción

De acuerdo al marco normativo de la responsabilidad por la función pública, previsto en los arts. 13, 16 y 18 del DS 23318-A, modificado por el art. 1 del DS 26237, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la responsabilidad por la función pública es la aptitud e idoneidad para responder por los actos u omisiones en el ejercicio de la función pública;

pues omitir las consideraciones a la respuesta igual que no responder a los puntos de apelación, resulta arbitrario y por lo mismo, daría lugar a una omisión indebida plasmada en la resolución que resuelve la apelación".

nace del mandato que la sociedad otorga a los órganos del Estado para que, en su representación, administren los recursos públicos persiguiendo el bien común y el interés público; ahora bien, la responsabilidad es administrativa cuando el servidor público en el ejercicio de sus funciones incurre en una acción u omisión que contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta funcionaria del servidor público, por tanto es de naturaleza exclusivamente disciplinaria.

Debe tomarse en cuenta que la acción es el efecto o resultado de hacer, es la posibilidad o facultad de realizar una cosa. Jurídicamente es la facultad legal de ejercitar una potestad; entre tanto la omisión es la abstención de hacer lo que señalan las obligaciones establecidas en las normas y en criterios para el desempeño de la función pública. En este entendido, también cabe establecer que la contravención administrativa, es la falta que se comete al no cumplir lo ordenado, es una transgresión de las normas cuando se obra en contra de ella o en fraude de la misma.

Comprendiendo que el ordenamiento jurídico administrativo, está constituido por las disposiciones legales relativas a la administración pública y vigentes en el país al momento en que se realizó el acto u omisión, entre ellos, reglamentos, códigos u otras disposiciones propias de cada institución pública, pueden ser pasibles de responsabilidad por su incumplimiento, todos los servidores públicos sin distinción de jerarquía y también los ex servidores públicos, siendo la autoridad que determina la responsabilidad administrativa el Sumariante, previo proceso administrativo interno.

Conforme a estas precisiones conceptuales, debemos considerar que en virtud al art. 16 del DS 23318-A; la responsabilidad administrativa prescribe a los dos años de cometida la contravención, tanto para servidores públicos como para ex servidores públicos; este plazo se interrumpe con el inicio de un proceso interno; en tal sentido de acuerdo a lo que indica la norma antes citada, es necesario que la prescripción sea invocada por el servidor público que pretende beneficiarse de ella y pronunciada expresamente por la autoridad legal competente.

Sobre el particular, inicialmente es muy importante considerar que si bien la norma no señala desde cuándo se empieza a computar la prescripción; no es menos evidente que al estar dentro de un proceso sancionatorio, este cómputo debe correr desde la medianoche del día que se cometió el acto u omisión; esto en analogía a lo que está normado en el proceso penal; recordemos que este Tribunal, en la SC 0498/2011-R de 25 de abril, estableció lo siguiente:

El proceso administrativo, debe hallarse impregnado de todos los elementos del debido proceso, que deben ser respetados en su contenido esencial, en cuanto al juez natural, legalidad formal, tipicidad y defensa irrestricta.

“...La doctrina en materia de derecho sancionador administrativo es uniforme al señalar que éste no tiene una esencia diferente a la del derecho penal general y por ello se ha podido afirmar que las sanciones administrativas se distinguen de las sanciones penales por un dato formal, que es la autoridad que las impone, es decir sanciones administrativas, la administración y sanciones penales, los tribunales en materia penal”. (García de Enterría, E. y Fernández, T. R., Curso de Derecho Administrativo, II, Civitas, Madrid, 1999, página 159).

Ahora bien, para una correcta aplicación de la prescripción de la responsabilidad administrativa normada en el art. 16 del DS 23318-A, la autoridad sumariante, deberá inicialmente precisar cuál es el acto u omisión atribuida que genera responsabilidad al sumariado; es decir, que necesariamente se requiere que exista una precisión en tiempo y espacio del hecho atribuido, que para el efecto tendrá que determinarse el momento en que se produjo; y, posteriormente computarse si desde la medianoche del día que se cometió el acto u omisión, trascurrieron los dos años establecidos por la norma; aclarándose que para la responsabilidad administrativa, el acto u omisión resultan de carácter instantáneo, es decir que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por parte del servidor o ex servidor público, quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia.

Finalmente, y respecto a la interrupción del término de prescripción, es necesario considerar que este plazo se interrumpe con el inicio de un proceso interno, en los términos previstos por el artículo 18 del DS 23318-A; esto quiere decir, que la denuncia, el inicio de oficio o en base a un dictamen dentro de una entidad, interrumpirá los dos años de prescripción; último caso, en el que sólo el Auto Inicial de Proceso Sumario interrumpirá la misma, que deberá ser necesariamente invocada por el servidor público que pretende beneficiarse de ella y pronunciada expresamente por la autoridad legal competente (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0945/2022-S1, de 13 de septiembre)³³.

Conclusiones

De acuerdo a lo expuesto en este trabajo, se puede concluir que en el marco normativo de la responsabilidad por la función pública, resaltan los principios del debido proceso, eficiencia, calidad, calidez, economía, simplicidad, celeridad y responsabilidad, mismos que tienen un doble sustento, al estar consagrados tanto en las normas de la Constitución Política del Estado como en la Ley de Procedimiento Administrativo, constituyéndose en directrices indispensables para la conducta idónea que deben desempeñar todos los servidores públicos de la sociedad.

³³ Este entendimiento fue desarrollado en la SCP 0352/2020-S1, de 19 de agosto.

En el ordenamiento jurídico interno, y de acuerdo a lo previsto en el Decreto Supremo que reglamenta la actividad del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional, se establece una serie de principios a ser aplicados por las servidoras y servidores públicos en la gestión pública; entre ellos el principio de responsabilidad, que básicamente consiste en que el funcionario debe asumir las consecuencias de los actos que realiza, pero también de las omisiones en que –voluntaria o involuntariamente– pueda incurrir, durante el desempeño de las funciones públicas.

Sin perjuicio de ello, y a mayor abundamiento, cabe recordar que de acuerdo a la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, el principio de responsabilidad implica que la Administración Pública, debe responder por las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos, ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general, de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.

Asimismo, no se debe perder de vista que entre los criterios que inspiran los enunciados de la Carta Iberoamericana de la Función Pública, destaca la responsabilidad de los empleados públicos por el trabajo desarrollado y los resultados del mismo, así como su respeto e implicación en el desarrollo de las políticas públicas definidas por los gobiernos.

Por otro lado, y como se ha podido apreciar en el desarrollo de este trabajo, en virtud del principio de responsabilidad por la función pública, que se encuentra vigente en la legislación boliviana, la responsabilidad funcionaria, no está reservada únicamente a la máxima autoridad de la entidad pública, sino por el contrario, alcanza a todos los servidores públicos sin distinción de jerarquía; tal como lo ha interpretado el máximo Tribunal de justicia ordinaria del país. A su turno, el máximo guardián de la Constitución boliviana, ha establecido también que la responsabilidad por la función pública está relacionada con la administración de los recursos públicos del Estado; en ese contexto, se debe partir del principio de que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales, bajo cuya perspectiva las autoridades y los servidores públicos deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Así también, el Tribunal Constitucional ha asumido la teoría contemporánea de la “fractura del poder”, en virtud de la cual, la Norma Suprema en su parte orgánica, distribuye competencias específicas para el ejercicio del poder entre los cuatro órganos diseñados por la Constitución; y ha precisado también que el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria, es encomendado a la función administrativa, la cual se encuentra enmarcada a los límites y condiciones establecidas por el Órgano Legislativo a través de una ley formal.

De igual manera, en cuanto a la génesis constitucional de la responsabilidad por el ejercicio de la función pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en un Estado Constitucional de Derecho, todo servidor público se encuentra sometido al principio de “responsabilidad funcionaria”, que constituye la piedra angular para el ejercicio de funciones en el marco de los principios de legitimidad y transparencia, entre otros. En consecuencia, todas aquellas personas que desempeñan una función pública, deben responder por sus actos; a cuyo efecto, en mérito a la garantía de reserva de ley, el legislador deberá disciplinar a través de ley expresa, las condiciones para la responsabilidad funcionaria y las sanciones a ser establecidas en caso de incumplimiento a los deberes funcionarios; presupuesto a partir del cual, la función administrativa, podrá ejercer la potestad administrativa sancionatoria para funcionarios públicos.

En este trabajo, se ha visto por conveniente dejar claramente establecido que, en el ámbito administrativo, el principio de legalidad implica el sometimiento de la Administración Pública al ordenamiento jurídico, en cuya cúspide se encuentra la Constitución como Norma Suprema, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; por lo tanto, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a los mandatos de la Constitución y la ley, dentro de las facultades que les están atribuidas, y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos (entendimiento reiterado por la SCP 0411/2017-S1, de 12 de mayo, entre otras). En consecuencia, el principio de legalidad indudablemente es de obligatoria observancia en la actividad administrativa del Estado y sus instituciones, pero también es esencial en el ejercicio de la función pública.

En ese sentido, los funcionarios públicos también deben sujetar sus actuaciones al principio de constitucionalidad, en virtud del cual, todos los actos de la administración pública, incluidos aquellos que emanen de la potestad administrativa sancionatoria, se someten no solamente al bloque de legalidad imperante, sino a la Constitución, que tiene un valor normativo (SCP 0137/2013); y, el principio de convencionalidad, en cuya observancia todas las autoridades públicas deben observar los mandatos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –ratificada por el Estado boliviano–, y la interpretación que de ella realiza la jurisprudencia establecida por la Corte IDH, cuyos pronunciamientos (Sentencias y Opiniones Consultivas) forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad (SC 0110/2010-R), y en consecuencia, son de obligatoria observancia por las autoridades públicas y los particulares.

Finalmente, y de acuerdo al desarrollo de la jurisprudencia constitucional, se ha establecido también que el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en el ámbito disciplinario, permite a la

administración pública –a través de sus distintos órganos e instituciones, tanto del nivel central como de las entidades territoriales autónomas– imponer sanciones a sus servidoras y servidores públicos para garantizar que se cumplan los fines y funciones esenciales del Estado previstos en la Constitución y la ley. En efecto, la Constitución, la legislación y reglamentación del nivel central y de las entidades territoriales autónomas, en ese cometido, le confieren a la Administración Pública en todos sus niveles, la potestad y facultad de aplicar, en vía disciplinaria, diversos tipos de sanciones a sus servidoras y servidores públicos.

Sin embargo, el ejercicio de esa potestad de las entidades públicas, de imponer sanciones disciplinarias a sus propios servidores públicos, está subordinado y limitado al respeto de determinadas garantías mínimas previstas por la Constitución, entre ellas, la garantía del debido proceso, establecida precisamente para controlar y limitar el campo de acción de la potestad sancionadora del Estado, a efectos de evitar una actividad arbitraria de la administración pública que se torne en ilícita. Ello, claro está, en aras de materializar los valores en que se sustenta el Estado Constitucional de Derecho Plurinacional Comunitario e Intercultural (art. 8.II de la CPE), que en lo conducente al ámbito sancionador disciplinario, principalmente son los de justicia y armonía. ■

Reflexiones para superar a la actividad administrativa contractual como categoría

Jean-Denis ROSALES GUTIÉRREZ*

REDAV, N° 26, 2023, pp. 67-95

Resumen: El artículo revisa la denominación de la actividad administrativa de derecho privado y de actividad administrativa contractual ante la ausencia de una idea ordenadora, teoría, principio o pensamiento sistematizador que circunscriba la implementación de los medios de derecho público (las potestades administrativas) por la unidad correspondiente en el cumplimiento del fin inmanente del ordenamiento, especialmente cuando la Comisión Contratante selecciona a los contratistas.

Palabras clave: Actividad – Contenido Regulator – Contrato Público.

Abstract: *The article aims to review the name of the administrative activity of private law and of contractual administrative activity in the absence of an ordering idea, theory, principle or systematizing thought that circumscribes the implementation of the means of public law (administrative powers) by the corresponding unit in compliance with the inherent purpose of the ordinance, especially when the Contracting Commission selects the contractors.*

Keywords: *Activity – Regulation – Public procurement.*

Recibido

11-12-2023

Aceptado

09-01-2024

Introducción

Con el esfuerzo de precisar apropiadamente los objetivos, así como los límites del presente artículo en relación con una parte fundamental de la teoría general de la actividad administrativa estatal, se piensa tomar la siguiente acotación afirmativa: intento de aproximación científica de las contrataciones públicas.

Resulta necesario cuidar la claridad del razonamiento, la necesidad de puntualizar al sistema en general y al sistema en particular, conforme lo expone con meridiana claridad el Profesor MOLES CAUBET, de acuerdo con el cual, el sistema es un orden que conduce a la unidad, ya sea a la unidad de conceptos (sistema conceptual), o ya sea a la unidad de los

* Abogado egresado de la Universidad de Los Andes (ULA): Mención *Cum Laude*. Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Derecho Administrativo. Doctor en Ciencias Jurídicas (LUZ). Profesor Agregado en Derecho Constitucional (ULA). Profesor de la Especialización de Derecho Administrativo y de Derecho Tributario (ULA). Coordinador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM). Or- cid: 0000/0003-1744. Investigación Financiada por CDCHTA-ULA: Código D-490-1709-B..

objetos (sistema real)¹. Lo mismo ocurre con el Derecho como Sistema, indica el precitado autor, pues existe el Derecho como ciencia, esto es, un sistema conceptual referido a muy diversos conceptos jurídicos que ordenan a la pluralidad de las normas, relacionándolas entre sí².

En efecto, las normas, en general, no se encuentran aisladas, sino que ellas constituyen una señalada *instituta*: órgano, reglamento, actuación material, procedimiento, acto y contrato administrativo, servicio público y dominio público; quedando así constituidas dentro de una unidad lógico-material de carácter conceptual, de un modo muy sistémico, dentro del ordenamiento jurídico.

Los pedestales teóricos formulados por los estudiosos del Derecho Constitucional para el Derecho Administrativo forman el presupuesto lógico necesario de la existencia del Derecho Administrativo moderno venezolano. Se cuenta así, en ese sentido, a la legalidad constitucional, o administrativa, como quiera entenderse, la que define el área de ejercicio de la competencia legal asignada por el ordenamiento jurídico a las autoridades encargadas de seleccionar, en el presente caso, a los contratistas idóneos para satisfacer la necesidad pública existente de la Administración Pública, a quien fue confiada constitucionalmente a la potestad-función, o la competencia *sui generis*, de administrar eficazmente los recursos del Estado en beneficio de los administrados.

GARCÍA DE ENTERRÍA alude a la idea de la legalidad como la técnica de la competencia legal³. En relación con la competencia legal, el autor alude a una forma de someter normativamente a las potestades administrativas de corte estatal de una manera sistemática. Esto es, el encasillamiento normativo de las potestades administrativas en contenidos lógicos estancos diferenciados, y que teleológicamente, éstos cumplan con una razón de estado destinada al forzoso bien común de los ciudadanos. Así, ésta legislación promulgada por las autoridades democráticamente electas definen a las operaciones lógicas de las distintas acciones administrativas realizadas por la administración, cuando ésta entabla relaciones jurídicas de diversa índole con los administrados conforme a los mecanismos constitucionalmente diseñados para envolverlos en una situación jurídica.

De este modo, el imperativo será definir, o puntualizar, la naturaleza jurídica de esa acción estatal implementada con relación a los administrados, dependiendo del contenido de la voluntad incorporada en el acto administrativo como concretización de dicha voluntad legislativa,

¹ Moles Caubet, Antonio, *El Sistema Contencioso Administrativo Venezolano en el Derecho Comparado en los Estudios de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela (UCV)*. Caracas, 1997, p. 429.

² *Ídem*.

³ García De Enterría, Eduardo, *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder*. Editorial Thompson-Civitas. 3º ed. Cuarta Reimpresión. Madrid, 2004, p. 21.

pues el ordenamiento constitucional dispone de palabras, de vocablos, de verbos predestinados a diferenciar la naturaleza jurídica de las funciones constitucionales: juzgar, legislar, controlar, gobernar, o administrar. El verbo, entonces, denota una clara competencia gubernamental.

Luego, cuando se analiza a las múltiples funciones de la acción administrativa de la administración pública ordenada jurídicamente como un ala instrumental de concretización de los programas político-gubernamentales diseñados por el Gobierno, se halla de nuevo con vocablos, palabras, dicciones o verbos, como normar, o regular, limitar, autorizar, prohibir, expropiar, planificar, fomentar, sancionar, controlar, presupuestar, controlar, organizar, entre otras.

A resumidas, la legislación promulgada emplea unos verbos que examinándolos, diseñan una acabada teorización globalizante acerca de la indicada acción estatal (o potestad), conforme a las pinceladas procedimentales delineadas por el legislador, quien ilustra el cómo diferenciar una acción administrativa estatal de la otra, y en fin, la formulación de las reglas, los principios y valores, que circunscribirán su referido ejercicio, según los postulados trazados normativamente por las autoridades legítimas, de un modo sistemático acorde a los valores constitucionales plasmados en el sistema constitucional, con los principios consagrados en los artículos 1 de las leyes administrativas especiales, en este caso, el artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas.

En líneas conclusivas, el verbo anunciado por la legislación hace referencia a eso que hace la Administración, en cada tarea definida legalmente, como una competencia.

Lo contrario acontece con la expresión acuñada de la “actividad administrativa de derecho privado,” o incluso “de contractual”, pues las dos categorías jurídicas mencionadas, especialmente la manejada por BREWER-CARIÁS de actividad administrativa de derecho privado⁴ no posee una denotación material diferenciadora alusiva a un verbo competencial. De igual manera ocurre, con PEÑA SOLÍS⁵ y que manipularon algunas autoridades judiciales⁶ con el segundo caso, y la totalidad de las autoridades judiciales con relación a la primera y la tercera, no poseen una denotación material diferenciadora alusiva a un verbo, o a una acción estatal determinada, sino a una expresión equívoca e indeterminada

⁴ Brewer-Carías, Allan Randolph. *Los Contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de Aplicación. Ley de Contrataciones Públicas*. 3^o ed. Caracas, 2012, p. 9

⁵ Peña Solís, José *Manual de Derecho Administrativo: La Actividad de la Administración Pública: La Policía Administrativa, de Servicio Público, de Fomento y Gestión Económica*. V. III. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003, p. 35 y ss.

⁶ Cfr. Sentencia N° 601 SC-TSJ del 14-05-2012. Caso Grupo Telemático de Lotería GTL. S.A. Magistrada Carmen Zuleta de Merchán; o la Sentencia N° 57 de SC-TSJ del 14-08-2013. Caso Los Monteiro Vs IAN. Magistrado Francisco A. Carrasquero López.

materialmente, que no consigue distinguir la acción intelectual ponderadora de los diferentes intereses legítimos envueltos dentro de la relación jurídica de carácter colaborador que sostiene la Comisión con los diferentes operadores.

La expresión de actividad administrativa de Derecho Privado no denota nada con relación a la manera en que el órgano contratante procede para seleccionar a los contratistas. Y la actividad administrativa contractual⁷ patrocina su apelativo con un marcado criterio formal: un contrato; de implementar un medio de derecho privado, no tanto, conforme con un contenido material diferenciador de los restantes modos por parte de la Comisión.

El efecto, de la exposición teórica procura desmontar la apuntada nomenclatura, sólo en el ámbito de las contrataciones públicas venezolanas ante la necesidad de una profunda revisión crítica, que siente las bases para la reconstrucción del Derecho Público de las contrataciones públicas venezolano, puesto que ésta nomenclatura jurídica carece de la precisión técnica, así como de una necesaria sistematización conceptual idónea para un cuerpo científico aceptable.

Aunque, la expresión actividad administrativa de Derecho Privado viene siendo discutida por casi cuatro décadas, debe advertirse, que en nuestra opinión, no ha sido resuelta a plenitud la imprecisión teórica envuelta con la respectiva designación. No es suficiente demostrar la integridad de las incoherencias de la formulación lingüística de dicha categoría potestativa en cuestión, ya que no contribuirá, de manera única, a palear la actual situación de desidia del actual punto jurídico, pues resulta necesario, por un lado, demoler de un modo uniforme a la referida categoría con cada una de las situaciones arriba mencionadas; y por el otro lado, de formular el apelativo correspondiente con su respectiva teorización de una manera idónea, con la mística del bloque normativo correspondiente.

Actualmente, la denominación actividad administrativa de derecho privado, pudiera ser sustituida, legalmente y de forma parcial, por la denominación actividad contractual, o mejor dicho: actividad

⁷ Hernández-Mendible, Víctor Rafael, *El régimen jurídico del procedimiento de selección y del expediente administrativo de contratación*. 3° ed., Caracas, 2012, pp. 65, 66, 69. De igual forma, Linares, Aurilivi, *Los principios que rigen los procedimientos administrativos de selección de contratistas*. 3° ed., Caracas, 2012, pp. 127, 129, 131, 132, 134. Hernández, José Ignacio, *El Contrato administrativo en la ley de contrataciones públicas venezolana*. 3° ed., Caracas, 2012, p. 179. García Soto, Carlos, *Posición de la Administración en su actividad contractual. El caso de la ley de contrataciones públicas y su reglamento*. 3° ed., Caracas, 2012, p. 191 y ss. García Soto, Carlos, "Principios de la actual actividad administrativa contractual" En *VII Jornadas de Derecho Público: El Derecho Administrativo Económico en los inicios del Siglo XXI*. Universidad Monteávila. Caracas, 2008, p. 91.

administrativa contractual, conforme indica el artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas (pero sólo en este ámbito), cuando menciona a la actividad estatal relacionada con los objetos contractuales mencionados de la adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras. A partir de allí, la juridificación de la actividad administrativa contractual con una serie de intereses generales específicos, como un Derecho Administrativo de la gestión subordinada del patrimonio público a los intereses colectivos en palabras de MEILÁN GIL⁸.

Sin embargo, la presente sustitución tuvo un notable doble efecto perjudicial con relación a la reinante incoherencia de la teorización de las contrataciones públicas. El primero devino en el relevo en el área de las contrataciones públicas de una designación imprecisa con otra mucho más imprecisa aún. Que, a nuestro modo de ver, solo puntualiza un poco más, desde un punto de vista formal, en cuanto al medio jurídico *iusprivatista* en la materialización de los cometidos. El segundo es el inconsciente abandono categorial-doctrinal de las restantes aéreas “contractuales”, diferentes de las contrataciones públicas, que acabaron siendo acantonadas dentro de la todavía existente “actividad administrativa de derecho privado” para esas técnicas contractuales, sin que nunca se detuvieron en un forzoso adentramiento dogmático para perfilar una teoría cónsona con el empleo de esa técnica en el caso. Y, que requiere de solución, con métodos jurídicos.

El método de la destrucción teórico-argumentativa de la presente nomenclatura será el racionalismo crítico inferido por “La Lógica de la Investigación Científica” de Karl Popper⁹, pues la expresión: la actividad administrativa de derecho privado, o de “actividad administrativa contractual,” carece de un revestimiento científico suficiente, tolerable objetivamente por la comunidad científica del derecho.

I. Planteamiento para la falsación de la nomenclatura, o nominativitas administrativa

La primera razón considerada para plantear la total supresión de la expresión *actividad administrativa de derecho privado* radica en la insuficiencia de un contenido indicativo de la materia tratada con el nombre señalado. La denominación empleada no denota un contenido de acción alguno por parte de la Administración. Con la expresión *de derecho privado* incorporada con *actividad administrativa* no se descifra el contenido específico de esa actividad, pues la expresión “de derecho privado” o “contractual” es bastante lata, o dilatada si pudiere decirse. Y con ello, que sea muy ambigua e imprecisa determinar el contenido

⁸ Meilán Gil, José Luís, *El proceso de la definición del derecho administrativo*. Madrid, 1967, p. 85.

⁹ Popper, Karl, *La lógica de la investigación científica*. Editorial Tecnos. 1962.

regulador de la decisión unilateral desprendida del órgano o ente con suma precisión, cuando selecciona a los administrados apropiados para conseguir la colaboración indispensable para el cumplimiento de los fines propios¹⁰.

A simple vista, la voz “actividad administrativa de derecho privado” se toma de una manera más o menos dilucidada para identificar lo comprendido en la expresión “actividad administrativa”, referente con el empleo de potestades administrativas cuyo ejercicio trae consigo irónicamente el nacimiento puro de un “contrato administrativo”. No de un acto administrativo formal (potestad de autotutela declarativa), o de una actuación material (potestad de autotutela ejecutiva), o del reglamento ejecutivo (potestad reglamentaria), sino de un contrato estatal: (¿es potestad de autotutela ejecutiva?) y cuya definición formal nunca fue concretada con suma precisión ante el acto administrativo formal definitivo. Una acotación bastante curiosa, porque el contrato de derecho público en general, es mencionado por la doctrina administrativa venezolana desvinculándolo de la noción de potestad estatal, esto es, al contrato como una exteriorización del ejercicio de una potestad estatal administrativa, pues el órgano o ente persigue un interés público explícito por la Ley, pero en lugar, de hacerlo mediante el ejercicio de potestades, administrativas, decide atendiendo sobre todo la naturaleza de la materia que se trate, de utilizar un instrumento de derecho privado, y desde luego sujetarse a un régimen también, de derecho privado¹¹.

Aun así, cabe la posibilidad de insinuar la expresión de *potestad administrativa contractual* del Profesor ARAUJO¹² con su extraordinario Manual de Derecho Administrativo: Parte General; o en su también otrora obra jurídica especializada, denominada Derecho Administrativo General: Acto y Contrato¹³ o quizá, como una potestad administrativa de derecho privado, aunque no se podría nunca coincidir completamente con ello. ARAUJO define a la *potestad administrativa contractual* como la posibilidad del Estado de crear situaciones jurídicas de esta clase con los contratistas, de las que derivan derechos y obligaciones de carácter económico recíprocos. Se trata del ejercicio de una modalidad de la competencia administrativa para la consecución de los fines públicos. De este modo, la actividad contractual tiene, así, esencia de herramienta jurídica,

¹⁰ Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 9º ed. Montevideo, 2004, p. 251.

¹¹ Peña Solís, José, *cit.*, p. 34 y 35.

¹² Araujo Juárez, José, *Derecho Administrativo. Parte General*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, p. 604.

¹³ Araujo Juárez, José, *Derecho Administrativo General. Acto y contrato*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, p. 284.

al igual que las demás formas administrativas, como instrumentos que el Derecho brinda para el obrar de la Administración Pública¹⁴.

Los estudios relacionados con la temática de los contratos administrativos, conocen manifiestamente a esa noción como un acto jurídico estatal con forma de derecho privado. Aun así, los expertos de la materia nunca asomaron la posibilidad del contrato administrativo como exhibición del ejercicio de una potestad administrativa, o de la autotutela: declarativa o ejecutiva, es decir, con sus nombres y apellidos diferenciados. Ello conlleva a analizar una nota esencial del contrato administrativo: cómo entonces nace éste, si no es a través de una potestad administrativa atribuida legalmente a la administración. Y no puede acontecer de otra manera. Es así en nuestra opinión, que el contrato administrativo se presenta en una forma de la función administrativa. Tenemos que tocar la potestad primero, para tocar al contrato administrativo como acto jurídico después. Las potestades, son administrativas, por una clara razón. Y asimismo, dicho contrato es público, por una lógica consecuencial. Esa potestad y el contrato de la administración pública no son conceptos reñidos en lo absoluto, sino que el segundo es, sólo, una aplicación concreta, un producto del ejercicio de la primera, una variable de su aplicación práctica en la realidad. Por eso, la doctrina nacional y extranjera no han dudado en afirmar que, en suma, el contrato es una de las tantas formas de la función administrativa, y también, una de las técnicas de colaboración voluntaria de los particulares con el Estado, en materia de obras, bienes y servicios¹⁵.

En tal sentido, quien contrata con la Administración Pública, como señala GENY¹⁶ no es un contratista común, aún actuando en situación de subordinación económico-jurídica respecto de las distintas personas jurídicas públicas, pues la misma presencia del interés público califica de una forma robustecida la posición del Estado y el contratista, al no considerarlos como simples partes que negocian, sino también colaboradores que se topan, aun cuando persiguen propósitos distintos¹⁷. Por tanto, lo anterior refleja la existencia de la ecuación dialéctica entre autoridad y la colaboración voluntaria de los particulares.

Justamente, de la lógica dialéctica suscitada entre la potestad/interés general/derechos de los contratistas, surge la dinámica de la actividad administrativa estatal que se vale de la técnica contractual, pues la decisión de selección del contratista con el contrato envuelven una valoración técnica, que trasmuta la potestad administrativa en el

¹⁴ *Ídem*, p. 255.

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ Geny, Bernard, *La Collaborations des Particuliers avec l'Administration*. París, France, 1930.

¹⁷ Flamme, Maurice André, "Los Contratos de Obras Públicas de la Administración" en *Revista de la Administración Pública* N° 21. IEP. Madrid, 1956.

nacimiento de un contrato administrativo. En consecuencia, nos encontramos con una obvia relación de género a especie en la formación de los contratos públicos.

El autor argentino DROMI señala cómo la función administrativa puede exteriorizarse jurídicamente bajo la modalidad de los contratos administrativos. De ahí que la función ejecutiva y la actividad administrativa son sinónimos de potestades administrativas. La diferencia radica en el eminente rango formal de uno, y el conjunto enlazado de todos ellos reunidos en un procedimiento recogido normativamente en el otro¹⁸.

Visto así, la contratación administrativa ostenta la cualidad de una herramienta de gestión estatal erigida al servicio objetivo de los ciudadanos como ocurre con los actos, las actuaciones materiales y los reglamentos. De este modo, la Administración origina múltiples actos jurídicos estatales de contenido administrativo ante el inexcusable ejercicio de sus potestades, siendo el contrato administrativo, tan sólo, uno de ellos.

En una primera aproximación conceptual, la actividad administrativa tiene una estructura bastante simple. Generalmente, se halla con el acto administrativo formal puro. Ocasionalmente, el acto administrativo formal se ordenará con la actuación material. Y excepcionalmente, el acto administrativo formal acabará ensamblándose con el contrato público, como ocurre con el mundo de las contrataciones públicas. Muy excepcionalmente, también, aunque ello no debería nunca sobrevenir así, la actividad administrativa queda configurada únicamente con “una especie de contrato de derecho privado.”

Antiguamente, esa última estructura de la actividad administrativa encontraba vigencia. De hecho, el catedrático PÉREZ LUCIANI decía: las Administraciones modernas, en una propensión siempre muy creciente, vienen dotadas de medios de Derecho Público para atender el cuidado de los intereses públicos, pero al mismo tiempo, y también con la misma propensión, con los medios de Derecho Privado para ser utilizados de manera alternativa con aquéllos; o por el contrario, la Administración Pública no dispone sino de Medios de Derecho Privado¹⁹.

Una tesis que queda actualmente desvirtuada, tras analizar varios instrumentos normativos de tipo decretal dictaminados con ocasión a la Ley Habilitante (2010-2012), como el Decreto-Ley Orgánico de Bienes Públicos²⁰ cuando juridifica a la totalidad de los contratos de compra-

¹⁸ Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*. Editorial Cd. Argentina. Buenos Aires, 2004, p. 457.

¹⁹ Pérez Luciani, Gonzalo, “Funciones del Estado y actividades de la Administración” en *Revista de Derecho Público* N° 13, 1983, p. 21.

²⁰ Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinaria del 19-11-2014

venta, arrendamiento y las demás técnicas contractuales del artículo 76 (“La actividad administrativa estatal privada de la Administración”), procedimentalizando su completo ejercicio a un cauce legal estructurado con unas garantías mínimas según el capítulo VIII, y que por ende, las termina sometiendo consecuentemente a la LOPA²¹, de un modo supletorio, y no residual. Confiriendo de esta manera, no sólo un encuadramiento normativo muy concluyente, sino también principista, de las técnicas contractuales que existían exceptuadas en parte, del derecho administrativo. Este Decreto-Ley otorga sustantividad administrativa propia a contratos públicos rellenados hasta hace un tiempo atrás, de una marcada sustantividad privada; o al menos, se puede decir, que hoy en día hay una sustantividad administrativa mayor, comparada con tiempos anteriores.

Como consecuencia lógica, ello infiere una interrelación de técnicas del derecho público con las técnicas del derecho privado, pero que fue mal distinguida patronímicamente como una actividad administrativa de derecho privado ante la naturaleza dual de su contenido, o como una actividad administrativa contractual ante la misma naturaleza supraconceptual de la noción contractual con relación a varias disciplinas jurídicas. Esa relación analógica arriba traspolada al orbe de las contrataciones públicas podemos extraerla del autor francés TIMSIT²².

En tal sentido, la doctrina venezolana, al analizar la justificación del procedimiento administrativo, concluye que éste es una de las pocas figuras centrales del Derecho Administrativo. Pues hay, así, una justificación teórica: el procedimiento administrativo nace con ocasión al referido acto administrativo –más no con el contrato administrativo expongo yo, sino mucho después: siglo XX– y también que se halla una justificación contemporánea, producto de su evolución: que el procedimiento administrativo es garantía de la Administración vicarial y de la buena administración como concepto jurídico²³.

En este orden de ideas, el procedimiento administrativo como concepto que envuelve a la actividad administrativa, viene construido en torno al concepto jurídico del acto administrativo, pues según el artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), el

²¹ Gaceta Oficial N° 2818 Extraordinaria del 01-07-1981.

²² Timsit, George, “Le Rôle de la Notion de la Fonction Administrative” en *Revue de Droit Comparée*. Volumen 16. N° 3, 1966, pp. 684-685. Pero aun cuando, tal descripción fuera inicialmente posible, quedaría por resolver la naturaleza de las reglas del Derecho aplicables por los sujetos administrativos en cada caso, pues es sabido que disponen tanto de las normas propias del Ordenamiento Administrativo, como de las de otros Ordenamientos, sin que quepa desprever de importancia a éste problema, remitiéndole a zonas límites y extremas donde únicamente tendría trascendencia episódica.

²³ Hernández, José Ignacio, *Lecciones de procedimiento administrativo*. FUNEDA. Caracas, 2012, p. 27.

procedimiento es un requisito mínimo de legitimidad del acto cuyo incumplimiento trae consigo su falta de legitimidad de cara a la sociedad, al calificársele como un acto nulo de pleno derecho: es entonces, un elemento formal sumamente esencial del acto administrativo. Y conceptualmente, dicho procedimiento administrativo está supeditado como un apéndice del acto administrativo, tal como ocurre en cualquier tipo de función pública²⁴.

En el caso del contrato administrativo sobreviene igual, pues, si bien es cierto que el referido contrato administrativo es un concepto jurídico apéndice del acto administrativo, a diferencia del procedimiento administrativo que es un *præius* que confiere legitimidad al acto, el contrato público es un *quid postea* al acto administrativo. Hasta tal punto, que puede certificarse lo anterior con el infalible argumento de que en el sistema de pretensiones del Derecho Procesal Administrativo venezolano no existe un recurso contencioso de nulidad contra el contrato administrativo, sino contra el acto, e incluso contra el reglamento. Lo más parecido, es el recurso de plena jurisdicción del Derecho Administrativo francés, que implica una acción conjunta contra ambas nociones, pero con pretensiones completamente diferentes entre sí.

Si se adentra cronológicamente el estudio exacto del acto, del procedimiento y el contrato, puede vislumbrarse que desde los tiempos del absolutismo ilustrado del siglo XVIII, el acto administrativo es concebido como un producto de todas las prerrogativas de potestad pública de las que dispone la administración, de donde su nota más característica es, sin duda, el carácter ejecutorio²⁵. Luego, si se procedimentaliza mucho más con la unión del contrato con el acto.

Ahora bien, pese a verse esto en el espacio como un avance mínimo, es fundamental para el sistema de garantías al concebirse la necesidad de contratar con una decisión ejecutoria previa. Y luego, ya con un preciso Estado de Derecho, una procedimentalización rigurosa en una selección más minuciosa del contratista, pero entendiendo que detrás de ese acto administrativo ejecutorio de la comisión contratante, hay una historia secuenciada de actos administrativos integrados en torno a un hilo conductor en común, que acaba conclusivamente en el acto definitivo. Conforme a la secuencia lógica contenida en la ley especial, el acto definitivo es el acto ejecutorio ordenando la firma del contrato con el contratista ganador. Y como es obvio, el acto ejecutorio no es redactado siguiendo el esquema de unas estipulaciones contractuales por su misma naturaleza imperativa y ejecutiva. Por eso, el acto ejecutorio es la

²⁴ Pérez Luciani, Gonzalo, *El Principio de Legalidad*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2009, p. 39.

²⁵ Vedel, George, *Derecho Administrativo*. Aguilar. Buenos Aires, 1980, p. 57.

buenapro, y el contrato administrativo, el elemento que confiere la perfección jurídico-material al acto ejecutorio de la Comisión Contratante²⁶.

Pero decir que existe un contrato separado del acto ejecutorio no define el contenido regulador del acto administrativo con precisión. Pudiere considerarse si la declaración unilateral por enjuiciar la simple contratación pudiera denominarse como una actividad administrativa contractual, como dijo ARAUJO, pero en nuestra opinión, no puede considerarse así. El contenido natural del acto definitivo emitido por el órgano contratante no sólo decide contratar con alguien tras una examinación o una evaluación, sino que éste determina a las partes que estarán envueltas en la relación jurídica originada con la firma del contrato, que es el período ejecutivo del procedimiento administrativo de selección de contratista. La denominación de la actividad administrativa contractual olvida la función del acto en el procedimiento de selección del contratista, considerando que el contrato es el elemento central, cuando no es el único, sino el segundo ante el peso enorme del acto administrativo dentro de la justicia administrativa, pues el contrato público está conectado con la declaración unilateral previa que cimienta su origen dentro del procedimiento de formación de la voluntad contractual.

De tal modo, que la misma Ley considera ilegítimo, antijurídico, un contrato, desvinculado del acto administrativo formal previo, proviendo un mensaje primordial dentro de la dogmática de las contrataciones públicas: la conexión forzosa del acto con el contrato en el procedimiento de selección de contratistas, que forma parte del procedimiento como un concepto jurídico en Italia, al supeditararlo como un apéndice del acto, pues el procedimiento es un conjunto de actos preordenados para la formación del acto administrativo definitivo²⁷.

De allí el concepto básico de procedimiento: un conjunto de trámites formales que, de acuerdo con la legislación, permiten a la Administración dictar el acto administrativo en vista del ejercicio de potestades administrativas²⁸. Pero es importante centrar el argumento de que muchas veces la simple idea de la configuración legislativa de un procedimiento no basta para legitimarla ante la sociedad, pues se requiere de la conveniencia y utilidad práctica para simplificar el trámite al administrado²⁹. Esto último, visto desde el punto de vista de la rendición de cuentas (*accountability*) y la gobernanza, que son nociones prácticas de bien para el administrado que acude a la Administración para su interés.

²⁶ Es importante destacar, que la doctrina no estudiado con suma precisión el carácter ejecutorio del acto de la Comisión Contratante.

²⁷ Ranalletti, Orestes, *Teoría degli Atti Amministrativi Speciali*. 7° ed. Giuffré. Milán, 1945.

²⁸ Giannini, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo. Tomo I*. Giuffré. Milano, 1970.

²⁹ Hernández, José Ignacio, *El procedimiento administrativo*. FUNEDA. Caracas, 2012. p. 35.

Por si ello fuera poco, concurren múltiples objetos de contratación caracterizadores de una determinada y diferente técnica contractual, que son diferentes de los contratos empleados en las contrataciones públicas, como el contrato de suministro de bienes, el contrato de la prestación de servicios públicos, el contrato de la ejecución de obras, el contrato público de las concesiones, o de las OPA's, o de las OPV, o del contrato de sociedad, o arrendamiento, o la compra, o la venta (remate), o el crédito público, etc. Y toda la teorización sustantiva enmarcadora, y por efecto, la teorización procedimental correspondiente, no va a ser nunca la misma. Todas estas potestades deben poseer una denominación distinta acorde con su materia. De allí, que a cada cosa, cada actividad administrativa estatal, cada potestad, con su debido nombre y teorización respectiva.

FORSTHOFF dice: hay que atender más forzosamente al sentido del obrar administrativo determinado por la Ley, que a la intencionalidad psicológica del funcionario que redacta la parte dispositiva del acto³⁰.

II. Interrelación del acto y el contrato administrativo. Acerca de la teoría de los actos conexos y coligados dentro de las contrataciones públicas

La interrelación del acto administrativo definitivo y el contrato administrativo ha sido definida básicamente de dos maneras:

La primera indica una conexión indefinida de carácter formal conforme con la *Teoría de la separación (Teoría de los actos separables)* diseñado por el Consejo de Estado con el *Arrêt Martín*³¹, debido a la inespecificidad de la función del acto y del contrato público dentro del procedimiento de selección del contratista. No indicando cuál es la función formal del contrato administrativo con su acto administrativo previo.

De hecho, la misma doctrina francesa contemporánea prestó poco interés a la noción de la operación administrativa, siendo la técnica de la separabilidad tan sólo una concepción atomística del procedimiento administrativo en cuestión, por la cual, el acto administrativo definitivo queda totalmente separado del contrato administrativo, basándose así, no en una construcción fundada en actividades administrativas estatales, sino en los actos unilaterales, que son sus elementos. Y tal carácter, por cierto, hoy en día constituye el pivote principal del derecho administrativo moderno de las contrataciones públicas. Una insuficiencia teórica, que se supera luego con la teoría de los actos coligados.

³⁰ Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1958, p. 291.

³¹ Consejo de Estado Francés, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Francesa*. Ediciones Librería del Profesional. Buenos Aires, 2002, p. 56.

Sin duda alguna, éste, el contrato público, debe encontrar antecedentes conectados con el ordenamiento jurídico por el acto administrativo formal definitivo de ese algo. Y ese algo es un procedimiento de selección de contratistas que culmina con un acto administrativo formal definitivo. Ambos elementos, acto-contrato, deben conformar un binomio jurídico funcional unitario aplicado en bloque, como ocurre ineludiblemente entre el acto constitutivo y la actuación material. La anterior expresión denota una concretización conjunta en tiempos separados³².

La segunda, la *Teoría de los actos administrativos coligados* demuestra cómo el acto administrativo constituye el antecedente susceptible de determinar de una manera total o parcial, el acto consecuente, y que el acto administrativo consecuente a su vez, es susceptible de ser determinado totalmente por el acto administrativo antecedente³³. Dicha determinación no sólo se refiere a la procedencia, sino a la totalidad de los elementos de validez del acto administrativo. Y se manifiesta no sólo entre el conjunto concatenado de los actos administrativos emitidos en la ejecución del procedimiento administrativo, sino también entre el acto administrativo y el contrato público, que viene siendo el acto final del procedimiento de selección del contratista.

Debe realizarse la siguiente salvedad: la convención no puede ser considerada como un acto unilateral. No hay pues, actos administrativos bilaterales, porque los actos administrativos son declaraciones unilaterales derivadas de los órganos o entes públicos, mientras que todos los contratos, según LARES, son actos de la administración pública de carácter bilateral o plurilateral, igualmente emanados de órganos o entes públicos, en cuya celebración intervienen dos o más entidades administrativas, o bien, además de una entidad administrativa, uno o más sujetos de derecho privado³⁴.

Además, el Estado no posee verdaderamente la capacidad jurídica para contratar. Ella cuenta con una aptitud legal para dictaminar actos jurídicos, esto es, con la competencia, más no con la capacidad para entablar relaciones jurídicas simultáneas de carácter recíproco con quienes asiente el concierto de voluntades mediante convenios³⁵.

³² La concreción en tiempos separados, queda demostrada con la separación temporal establecida en la Ley de Contrataciones Públicas al indicar, que el contrato deberá ser suscrito dentro de los tres días siguientes a la notificación de la calificación positiva emanada de la Comisión Contratante.

³³ Tavares Duarte, Fabiola, *Actos administrativos y contratos de la administración pública. Teoría general de la conexión*. Caracas, 2003, p. 39.

³⁴ Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*. 12° ed. Caracas, 2002, p. 247.

³⁵ Cosculluela, Luis et al, *Derecho Público Económico*. 4° ed. IUSTEL. Madrid, 2011, p. 176. Así lo menciona la doctrina española, "que las condiciones contratantes son términos que se aceptan o no por los participantes". Al final cierra, "por lo que el contrato administrativo es esencialmente de adhesión".

Técnicamente, el Estado no contrata, sino que conviene con los particulares. El verbo contratar, no puede conjugarse con el sustantivo Estado, debido a su notable incompatibilidad jurídica³⁶. De ahí, que sea pertinente señalar la tramposa indicación de una competencia contractual estatal, en lugar de una competencia convencional, como bien argumenta EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA-TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ³⁷. Además, de una revisión sumamente difícil de precisar, hay que decir de una manera responsable ante la dificultad de llegar a una conclusión definitiva al respecto, que las consideraciones de los presentes autores en el área de los “contratos administrativos”, no son tomadas en cuenta en Venezuela.

La contradicción del contrato con el ordenamiento jurídico viene aparejada por su desvinculación a través del acto administrativo, que fundamenta y justifica su existencia dentro del mundo de lo jurídico, pues el contrato involucra a la ejecución del contenido regulador del acto administrativo. De este modo, tal función del contrato público, dentro de la teoría general del acto administrativo, consiste en ejecutar, en realizar, en materializar, en cumplir específicamente el contenido regulador del acto administrativo formal empotrado en su cavidad sustancial: la orden de contratar con los comerciantes indicados por el acto ejecutorio, en los términos de las condiciones de contratación descritas en el pliego.

En cambio, el acto administrativo definitivo halla su obvio cimiento en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el contrato hallará su fundamento en el ordenamiento, indirectamente, a través del acto administrativo. Si el contrato es contrario al acto administrativo, o ambos son conjuntamente contrarios a derecho como una unidad de acción, entonces son contrarias al ordenamiento jurídico, esto es, que éstos sean contrarios a derecho, y por efecto, que el contrato administrativo constituya una contrariedad a derecho conforme al artículo 98 LCP. Pudiéramos decir entonces, que la firma de un contrato administrativo con ausencia de acto definitivo previo supone una especie de vía de hecho contractual.

Formalmente, el contrato es un acto jurídico bilateral concretizador del acto unilateral emitido por el contratante, quien en sí es resolutoria-mente creada para decidir argumentativamente: ¿Quiénes van a ser los

³⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia/SPA del 14-12-1961.

³⁷ García, Eduardo-Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Civitas*. Madrid, 2000, p. 671 y ss. “como hemos hecho, los convenios interadministrativos propiamente tales que habrán de estudiarse en el Derecho de la organización, y limitándonos al tema de los convenios entre la Administración y los administrados en sus diversas formas (contratos administrativos, contratos privados, conciertos de administración), ¿es posible encuadrar estas figuras bajo el esquema técnico del contrato?”.

futuros contratistas del Estado? ¿Y por qué? Había que individualizar eso, obligatoriamente, aunque esto sea obvio. Es necesario volver entonces a encaminarnos en el acto administrativo, pero ésta vez, enfocado más en un sentido procedimental; tomando en deferencia las incidencias que fueron sucediéndose cronológicamente para la creación de la voluntad del contratante en la selección de las partes del contrato administrativo; incidencias tales como: la examinación, la evaluación y la recomendación.

El contrato público no define el contenido del acto administrativo, sino que éste es el fin existencial de tales actos previos. Y el acto administrativo formal define la existencia finalista del procedimiento según el axioma: todo procedimiento culmina con un proveimiento administrativo; porque el acto administrativo definitivo es el producto de la procedimentalización legal de la actividad administrativa estatal.

Además, la firma del contrato administrativo por el contratista beneficiado no supone un acuerdo verdadero de voluntades, sino un respeto a las condiciones de contratación formuladas unilateralmente por la Comisión con asistencia de un staff de expertos en la materia. Hay una gran diferencia entre quien selecciona a los contratistas y quien firma el contrato en nombre del órgano o ente contratante, pues son dos unidades diferentes. El contenido regulador, natural e implícito de la Resolución que selecciona al contratista viene siendo: la mera orden de contratar con los operadores económicos seleccionados por contar con las exigencias legales respectivas.

El operador económico nunca formula las condiciones de contratación, sino que éstas son formuladas unilateralmente por la unidad administrativa constituida a los efectos de darle cumplimiento al bloque normativo de las contrataciones públicas. El operador económico, o el oferente, o el contratista, o participante en el procedimiento, nunca formulan sinalagmáticamente, las estipulaciones obligacionales del contrato, sino que éste, consiente convenientemente para sus intereses, las condiciones contractuales recetadas por la Comisión. Y así, lo indica expresamente GARCÍA DE ENTERRÍA: toda regulación del fondo del contrato administrativo se construía en nuestro derecho, al amparo del principio civil de la autonomía dispositiva (Arts. 1091-1255 Código Civil), y como estipulaciones contractuales o pliegos de condiciones se incluían en el contrato, todas las especialidades propias del contrato administrativo³⁸.

Sin embargo, únicamente, el Derecho civil suplirá al Derecho administrativo, cuando éste último manifiestamente así lo indique. Tanto así, que según RIVERO, el contenido del contrato administrativo viene determinado por la paulatina y creciente sustantividad del derecho

³⁸ Rivero Ysern, Enrique, *La interpretación del contrato administrativo*. Universidad de Sevilla, 1971, p. 39.

administrativo³⁹; impidiendo así cualquier posibilidad de privatizar el contenido de las cláusulas contractuales contenidas en el contrato administrativo. Entendiendo que privatizar o publicar a la sustantividad administrativa de los contratos administrativos no implica posicionar al Estado por encima, o, por debajo del administrado, sino el juridificar según principios constitucionales democráticos a ambas partes en la relación jurídico-administrativa de corte contractual.

Cierto, el contrato administrativo no está regido por el principio de autonomía de las partes, sino que éste está encaminado esencialmente por el principio de la legalidad, que se haya materializado a través de las disposiciones normativas de carácter legal, reglamentario y *ad-hoc* (condiciones de contratación específicas del caso). Pero, ésta también regulado mediante la voluntad administrativa contractual –que es en gran parte, una potestad discrecional más o menos vinculada a la ley y a la Constitución– pues las estipulaciones que son señaladas unilateralmente por la unidad que selecciona a los contratistas, también están su-peditadas a la Ley, o a la Constitución en condiciones de igualdad formal ante el bloque de la legalidad. No obstante, hay un cierto sector de la doctrina que afirma lo contrario, al decir que es un error concebir a la relación contractual administración-contratista, como una relación entre desiguales, es decir, como una relación de imperio⁴⁰.

³⁹ *Ídem*, p. 39.

⁴⁰ Ghersi, Oscar, “Autovinculación y potestades públicas en los contratos estatales” *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 1, 2013, p. 193. Atrévimosnos a visualizar mejor la posición del Catedrático, valdría la pena tomar en consideración las ideas del español SÁNCHEZ DE LA TORRE (1965) en “Aspectos del saber jurídico” en *Revista de Derecho Español y Americano*, N° 9, p. 50, cuando menciona “*Bien que no sea ocioso precisar aquí que entendemos el Derecho como una Situación Jurídica, en el sentido de que, aunque en el pensamiento clásico se viene estudiando al Derecho como una relación jurídica dentro de la cual hay una obligación y un derecho subjetivo, ha llevado a idear el concepto de situación jurídica dentro de las cuales las posibilidades individuales, no consisten simplemente en obligación, y en derecho subjetivo, sino en posibilidades de conducta más ampliamente descritas como situaciones jurídicas: Activas-Facultad-Derecho Subjetivo-Potestad; o ya pasivas: Gravamen, Obligación, Sujeción*”. Suena muy atractiva la postura del catedrático, mucho más garantista para el administrado-contratista, desafortunadamente, es muy ampliativa. La intención no es mala en nuestra humilde opinión, pero fue muy extendida. Los términos de la relación jurídica contractual de carácter administrativo, son ya delineadas en las Condiciones de Contratación, y tienen un carácter vinculante al momento de la formación de la voluntad contractual, como al momento de su posterior ejecución. Incluso, al momento de invocar su resolución. Mal puede, luego, el Estado modificar las condiciones contractuales acordadas previamente entre ambas partes, pues, más que, el mero hecho de contravenir un “acuerdo de voluntades” entre “dos partes perfectamente iguales en derechos” en un Estado de Derecho, está contraviniéndose la legalidad administrativa como técnica atributiva de competencia, ya que el “acuerdo contractual” se convierte en legalidad administrativa también. *Cfr.* Cosculluela, Luís et al. *Derecho Público Económico*. IUSTEL. Madrid,

Ahora, el hecho de mencionar que el contrato administrativo está regido por el principio de autonomía de las partes implica aseverar la privatización del contrato público, así como, desconocer resplandecientemente la auténtica naturaleza de todas las condiciones de contratación contenidas en el Pliego, cuando éstas últimas figuran, como el vital contenido nuclear, esencial y fundamental de los derechos y obligaciones contractuales de los operadores económicos dentro del procedimiento de contratación. Resumimos simplistamente el problema con una incógnita: ¿Cómo emplear el principio dispositivo a un contrato público, cuando el sujeto interviniente principal es el Estado, como autor intelectual único del contrato, y además fija unilateralmente quien va a ser su contraparte?

Los términos del contrato administrativo existen con anterioridad al nacimiento del procedimiento de selección, pues este acto estatal representa la necesidad que debe colmarse por el Estado recurriendo de modo irremediable a la colaboración del sector privado para cumplir con sus fines, pues el procedimiento de selección de contratistas cumple con la mera función de decretar la contraparte del departamento ministerial, del órgano o del ente público en el mismo.

Existen dos clases de normas dentro del mundo de las contrataciones públicas. Primero, las disposiciones financieras y planificadoras, las cuales canalizan la colaboración indispensable del sector privado para la construcción de la obra, determinando el formato, precio, materiales, criterios técnicos, plan, en fin. Luego, las normas administrativas, que son muchísimo más de carácter procedimental, a diferencia de las normas anteriores que tienen un total corte sustantivo, y que permiten una racionalizada selección del contratista para la obra concedida. Como es obvio, los dos aspectos del derecho especial de las contrataciones están regulados por el derecho administrativo, aunque situados en categorías doctrinales diferentes.

El fenómeno de las contrataciones públicas, entonces, no tiene absolutamente nada que ver con el derecho privado. Carece de sentido

2011, p. 175. De ahí, la poca importancia de la expresitud o implicitud de las potestades contractuales sucesivas del Estado, puesto que implica transgredir algo más que la simple igualdad jurídica, como el supra-principio jurídico del Derecho, en general, de la vinculatoriedad de las estipulaciones contractuales entre las partes. Cualquier acto, legislativo (Ley de Contrataciones Públicas) o acto jurídico modificador de las condiciones contractuales entre el órgano-ente público-administrado peca de inconstitucionalidad. Como bien indica el primer autor citado en la página 200, las potestades administrativas no son absolutas. La potestad estatal de contratar mucho menos entonces, pues ésta se vincula así misma con su contraparte y modula de manera continua los derechos/obligaciones de ambas partes. Lo importante en todo esto radica en la constitucionalidad del derecho objetivo de la contratación. Surgiendo así, la siguiente pregunta ¿Pueden ser recurridas las condiciones de contratación emanadas de la Comisión Contratante?

decir que el procedimiento para la selección de un contratista y la firma de un contrato público que se despliega con el derecho administrativo, y que se despliega con el derecho administrativo, y que acaba con el derecho administrativo, y que entonces, finalmente, cuando buscan realizar físicamente el contenido de contrato, éste acaba privatizándose debido a la dinámica obligacional del contrato público.

En términos conclusivos del catedrático español VILLAR: los actos coligados y el contrato administrativo conforman una unidad homogénea, en tanto que se hallan vinculados por una relación de carácter ontológico: la validez de los actos consecuentes depende de los actos antecedentes, y la eficacia de todos estos, de la completa existencia de aquéllos⁴¹. Así, toda la voluntad administrativa contractual tiene un proceso de formación, y otro de manifestación, cabalmente diferenciados⁴².

Sin embargo, las tres fases, la fase de formación sustantiva (condiciones de contratación), de la formación de la voluntad unilateral (acto administrativo previo) y de la formación de la voluntad multilateral (contrato), conforman indiscutiblemente, un bloque unitario, inclusive a niveles jurídico-interpretativos finales. Si el contenido del contrato es formulado siguiendo las condiciones de contratación, entonces no hallamos sensato considerar el posible contenido privatista del contrato administrativo firmado entre las partes, tras la consumación del procedimiento de selección de contratistas realizado por quien selecciona al operador económico ganador. Si este procedimiento nace siendo Derecho Administrativo, entonces acabará siendo Derecho Administrativo. De tal modo que no se concibe la potencial mutabilidad, si es que puede decirse, del procedimiento, ni mucho menos sobrevenida, del contenido del contrato.

Con lo cual, queda demostrado, además, que si no existe un acto administrativo formal definitivo, no puede existir un contrato administrativo, pues no es permitida la firma de un contrato público por un órgano o ente público si no fueron identificados legítimamente, los operadores económicos que van a ejecutar sus obligaciones contractuales. Ello no significaría una modalidad procedimental concursal, sino una modalidad procedimental totalmente distinta como la adjudicación directa. Y aquéllos contratos administrativos, que debieren ser firmados siguiendo las conducciones procedimentales del concurso abierto y cerrado, y fueren firmados de manera irregular, sin un concurso, o sin un acto definitivo, como una adjudicación directa, la legislación, los considerará nulos de pleno derecho, suspendiéndoles su contenido

⁴¹ Villar, José Luis, "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", *RAP* N° 3, 1950, pp. 53-129.

⁴² Rivero Ysern, cit., p. 53.

regulador, conforme con el artículo 98.1 LCP. La nulidad del acto ejecutivo de la Comisión lía la nulidad del contrato.

En este sentido, un acto administrativo previo y definitivo que selecciona al contratista ordena contratar sin establecer el operador económico ganador, conseguiría que encuadrare dentro del ordinal 3 del artículo 19 de la LOPA, debiendo considerarse el acto como nulo. Todo acto calificador positivo debe indicar la contraparte del Estado. Incluso, para ir más allá, si un contrato administrativo, a los efectos de la Ley de Contrataciones Públicas, cambia el objeto contractual descrito en el pliego, puede, por muy extraño que parezca la imputación de un vicio invalidatorio de un acto a un contrato, considerársele como desviación de poder. Y surge la pregunta ¿qué hacer en el presente caso? ¿Puede considerarse eso desviación de poder contractual? Esto es, utilizar la técnica contractual con un fin diferente al previsto en la legislación. Sería interesante tomar en consideración la anterior aseveración para los contratos de recursos humanos, al buscar conceder un estatus de funcionario a un contratado por la vía de la renovación constante de un contrato por servicios especializados según los artículos 38, 39 y 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública⁴³.

De hecho, BADELL MADRID explica con relación a la nulidad del acto: En ese supuesto, como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que contiene la declaración de voluntad de la Administración, se produce la extinción del contrato mismo, pues deja de existir uno de los elementos necesarios para su validez:

...siendo que en éstas mismas reglas, se aplican las mismas reglas que regulan la revisión oficiosa de los actos administrativos, y habida cuenta, de que el contrato genera derechos subjetivos para el co-contratante, es preciso concluir que su ilegalidad sólo puede emitirse en sede administrativa, cuando el vicio invalidatorio de la voluntad contractual sea de nulidad absoluta⁴⁴.

De ahí, que se pueda afirmar que la teoría de los actos coligados se halla normativizada por una interpretación en sentido contrario en el artículo 98 LCP con la teoría de las nulidades de los contratos

⁴³ Con el presente punto, aparece la teoría de los actos separables y el contencioso administrativo de anulación. La extinta SPA-CSJ expresa con las sentencias Karl Wulff Austin, Expresos Ayacucho S.A., y Marshall y Asociados C.A., de fecha 26-06-1990, 11-04-1991, y 26-04-1995, respectivamente, la posibilidad de impugnación de los actos administrativos de efectos particulares que pueden ser impugnados ante la justicia administrativa, y que de una u otra forma tienen relación con los contratos administrativos. Briceño, G. *Manual de Derecho Administrativo Especial*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2013, pp. 299 y ss. No obstante, habría que meditar acerca de la posibilidad latente de exigir la nulidad objetiva del contrato administrativo por apartarse del sistema jurídico, o incluso, de lo dispuesto en el acto.

⁴⁴ Badell Madrid, Rafael, *Régimen jurídico del contrato administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2001, p. 131.

administrativos, pues el mismo sistema de las contrataciones obliga conforme los principios de la exclusividad e imperatividad procedimental de Brewer-Carías, e indicado en la obra *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*⁴⁵: (obligación de ejercitar la potestad administrativa por la verificación del supuesto fáctico indicado en la legislación especial), a eliminar cualquier posible discrecionalidad del órgano o ente eligiendo un cauce cualquiera para la sustanciación de la información suministrada por los operadores económicos según la noción jurídica de un debido concurso, que no vulnere, sino que respete, garantice y asegure, los derechos subjetivos dentro del procedimiento. Lo contrario podría violar el régimen mismo del procedimiento.

De igual modo, el principio jurídico de interdicción de la arbitrariedad de la Comisión Contratante para la selección de los contratistas permanece plasmado con el mencionado artículo 121 LCP. Por tanto, el procedimiento de selección de contratistas no solo comienza con la mera emisión de las condiciones de contratación de la Comisión de Contrataciones –órgano *ad hoc* de las contrataciones públicas– sino con la constitución de la referida Comisión Contratante en sí, y el acatamiento de los canales procedimentales diseñados para tales efectos.

De hecho, BREWER-CARÍAS sostiene, que es un principio unánimemente admitido el que todos los contratos celebrados por la Administración Pública, incluso aquéllos que por su esencia excluyen la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo (en nuestra opinión, ya no existen éste tipo de contratos públicos) obligan a observar como mínimo, básicamente, las normas administrativas sobre competencia y procedimiento⁴⁶. A éste fenómeno, se le llama *iter contractus*, que justamente busca determinar cómo el procedimiento administrativo y el contrato se vinculan como elementos estructurales de un sistema, es decir, un conjunto armónico, que así debe ser interpretado, tanto como objeto de conocimiento técnico, cuanto como vía de solución de los conflictos que pueden presentarse en la actividad contractual del Estado.

Ahora bien, el Derecho de las contrataciones públicas no toma en cuenta solamente sus manifestaciones externas de voluntad, sino que penetra a través de éstas, interesándose también por las distintas fases previas, que contribuyen a su formación y exteriorización⁴⁷. De ahí, que se tome al procedimiento como a un todo integral, enlazado desde la constitución de la Comisión Contratante, hasta la firma del contrato,

⁴⁵ Brewer-Carías, Allan Randolph, *Los principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Editorial Legis. Bogotá, 2003, p. 19.

⁴⁶ Brewer-Carías, Allan Randolph, "Evolución del concepto de contrato administrativo", en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*. Curso Internacional. Bogotá, 1978.

⁴⁷ Fernández, Tomás Ramón, *La nulidad de los actos administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1979, p. 103.

incluso con la constatación en el cumplimiento del objeto contractual con una inspección.

En efecto, para HERRERA el artículo 98 LC encarna un debido procedimiento administrativo, en el que se respeten y garanticen todos los derechos de los particulares interesados, de un lado, y de motivar, ajustándose a los estándares del Estado Constitucional, el acto por el cual se declare la nulidad del contrato⁴⁸, porque todo poder está sometido al respeto de un procedimiento por el hecho de su atribución legal, pues hay un procedimiento para cada poder, y un poder para cada procedimiento⁴⁹. En efecto, la potestad administrativa contractual por el hecho de ser conocida o adjudicada a la Administración Pública, no se hace de inmediato operativa, sino que se mantiene al solo nivel de “posibilidad de actuación lícita”. Para que tal potestad se materialice, es decir, se convierta en acto, es necesario: que se determine normativamente la medida de la competencia, la cual se ejercerá cuando concurren las circunstancias previstas por el ordenamiento jurídico-administrativo; y que tales circunstancias surjan en forma de hechos o actos jurídicos de la propia Administración Pública, o del particular, y sirvan de factor de “puesta en marcha” del procedimiento administrativo encaminado a concluir el respectivo acto jurídico.

Es así, como se integra el procedimiento administrativo en la cadena conceptual de la estructura de los contratos de la Administración Pública. Pues bien, teniendo esto presente, puede afirmarse, siguiendo esta postura doctrinal, que el procedimiento administrativo sería, en definitiva *“la historia de la transformación del poder en acto, historia determinada por toda la serie de actos necesarios para que el poder se manifieste en una realización concreta”*⁵⁰.

III. La función de la construcción en la formulación de nuevos conceptos

Lo que se quiere destacar característicamente, es que los actos administrativos de la llamada actividad administrativa de derecho privado, o contractual, como acontece con las actividades administrativas restantes, aluden al concepto de acto jurídico, esto es, cualquier decisión o resolución administrativa, de carácter regulador, y con efectos frente a terceros, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad

⁴⁸ Herrera Orellana, Luis Alfonso, “Teoría de las Nulidades en la Ley de Contrataciones Públicas” en *Ley de Contrataciones Públicas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2008, p. 68.

⁴⁹ Goy, René, “La Notion de Detournement de Procédure”, en *Recueil d'études en Hommage a Charles Eisermann*. París, 1980, p. 321.

⁵⁰ Benvenuto, Feliciano, “Funzione amministrativa, procedimento, processo” en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milán, 1952.

administrativa distinta de la reglamentaria⁵¹. O como explica el autor español GARCÍA TREVIJANO-FOS: los actos jurídicos deben dirigirse indispensablemente a la producción, a la fundación, o al establecimiento de una consecuencia jurídica⁵²; una obvia secuela, que radicará en la fundación, en la modificación, o en la extinción de una situación jurídica, de un derecho, o de un deber, o de un conjunto de ambos elementos en su declaración vinculante como indicaría en su fecha el autor español GALLEGO; o también, en cuanto reconoce la existencia de los actos administrativos reales para la determinación de la condición de una determinada cosa, o documento.

Y no se conoce, con puntualidad, en qué se fundamenta ese carácter jurídico-vinculante del “acto administrativo de derecho privado,” “o contractual,” si es que podemos utilizar esas locuciones jurídicas con la mencionada actividad administrativa, porque ello puede prestarse a confusiones con otras nociones jurídicas como el acto administrativo de origen privado: una noción completamente distinta de la anterior; o si sencillamente, que el contenido regulador del acto administrativo de la Comisión de Contrataciones, es un contrato. Pero es que la nomenclatura mencionada con ese acuñamiento, permite la posible formulación de tal tipología de acto administrativo formal conforme a ese posible contenido natural. Y ese contenido que desconocemos a pedazos, debemos decretarlo con suma precisión, a través de otra nomenclatura mucho más cónsona con su contenido real, o aparente, como es la noción de acto administrativo calificador, pues como ya fue indicado con anterioridad, la resolución del contratante contiene una orden de querer contratar, sólo con quien cumple con los requisitos previstos en las condiciones de contratación. Quién, y cómo se verifica el respeto de los requisitos requeridos, ese es el meollo del asunto.

Entonces, debe determinarse con exactitud esa idea ordenadora, esa teoría, ese principio, o ese pensamiento sistematizador⁵³ dentro del mundo de las contrataciones públicas, mediante la inducción de una teoría bastante general, que a partir de las particularidades que presenta el sector administrativo de las contrataciones públicas, reconduzca cada una de los pedazos y de las soluciones singulares existentes, hacía unos principios generales del derecho; entendidos ambos, como unos procesos de interacción recíprocos del derecho, glosando completamente a SCHMIDT-ASSMANN con la idea esencial del presente ensayo.

⁵¹ Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*. Ediciones Civitas. Madrid, 2004, p. 31.

⁵² García Trevijano-Fos, Enrique, *Los actos administrativos*. Editorial Thomson Civitas. 2º ed. Madrid, 1986, p. 59.

⁵³ Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema objeto y fundamentación de la construcción sistemática*. INAP. Madrid, 1997, p. 2.

Desde un notable punto de vista metodológico, tal idea ordenadora, teoría, principio, o pensamiento sistematizador, tiene por objeto la construcción de un sistema; se sirve a este propósito de un presupuesto o un postulado sistemático, que conjuntamente con la noción de sistema, como expresiones características de la ciencia del derecho en la consecución de la justicia, buscan su materialización conforme con el fundamental basamento principista de la igualdad. Todo esto encuadrado dentro de los estudios de FRIEDRICH FRANZ VON MAYER con su: *Grundsätze der Verwaltungsgrecht* publicada en 1862, que fue estudiada por SCHMIDT-ASSMANN.

La referencia a tal contenido regulador, a la declaración vinculante, o al estado intelectual implica toda la operación lógico-intelectual efectuada racionalmente por el órgano o ente público declarado competente para determinar ese derecho aplicable en la situación concreta. Y ello, instituye un antropomorfismo vital para una disciplina científica como el Derecho administrativo, y que debe ineludiblemente determinarse con relación al mundo de las contrataciones públicas, pues debe construirse una dogmática para la susodicha instituta pública conforme a los lineamientos del método constructivo de la dogmática alemana del Derecho, pero dirigida ésta a la construcción de instituciones y relaciones jurídico-administrativas con el tecnicismo jurídico modelado según los esquemas técnicos de la Pandectística. No tanto en relación con el contrato público, el cual representa una concepción atomística del fenómeno de la contratación, sino de la totalidad de los medios de derecho público que fueron cabalmente procedimentalizados, pues la ordenación, no es sólo contractualmente sustantiva, sino también, es en esencia contractualmente adjetiva. La ordenación jurídica persigue seleccionar de manera justa a un contratista idóneo. La construcción ya insinuada entonces, no implica sólo una parte del fenómeno sistematizado, sino de la integridad de sus unidades configurativas dentro de su régimen jurídico ante los tecnicismos que fueron modelados normativamente.

Concíbase por construcción según ORLANDO como el término más comúnmente empleado por los juristas para indicar la operación lógica característica de la Ciencia del Derecho (diferente de la interpretación de las leyes), que consiste en definir a un hecho, a un acto, a una relación, a una institución, con la finalidad de insertarlo en el sistema de los conceptos jurídicos⁵⁴. El método de construcción dogmática del Derecho se denomina método jurídico. Y su mayor ventaja consiste en permitir que se eliminen del Derecho Administrativo muchas materias no jurídicas que, por un grave descuido, han sido mezcladas con las nociones jurídicas, pues durante todo un siglo fue considerada el Derecho

⁵⁴ Orlando, Vitor Emmanuel, *Principios de Derecho Administrativo*. INAP. Madrid, 1978, p. X.

Administrativo –luego volvió a serlo– como una ciencia política subordinada a la conveniencias, a las oportunidades del Gobierno. Es hora de reaccionar contra esta concepción y de reivindicar su carácter estrictamente jurídico⁵⁵.

La construcción aparece como una operación lógica realizada por el estudioso del Derecho después de formular un variado grupo de argumentos explicativos de corte técnico, sensatamente indicados, ordenados y jerarquizados según criterios sustantivos, a los fines de sintetizarlos, o esquematizarlos, mediante juicios categóricos de carácter afirmativo o negativo, que acabarán siendo reunidos en una congregación terminológica denominada: el concepto.

En otras palabras, el jurisconsulto como estudioso del derecho subsume un hecho fijo: por ejemplo, la calificación, en una determinada categoría jurídica con la finalidad de atribuirle una delimitada valoración normativa. Y así, disipar dudas, lagunas conceptuales, ordenando “el acto” o, “a ese conjunto de actos jurídicos” dentro del sistema conceptual ramificado del Derecho Administrativo venezolano, conforme ya aparece recogido legalmente con los verbos indicativos de la competencia como proceder: calificar, o descalificar, mencionados en los artículos 89 al 95 LCP⁵⁶ o con el reglamento⁵⁷ en los artículos 16.8, 16.12, 16.24, 66, 67, 68, 69, 84, 87.4, 87 Parágrafo Único, 100, 105, 106 y 108, especialmente con el artículo 100, que con su contenido, ofrece una visión de conjunto, o sistemática para el término *calificar* dentro del bloque normativo de las contrataciones públicas, nunca antes visto en normativas de la materia anteriores. Especialmente, cuando el artículo 6 define la calificación como el resultado de un examen de la capacidad legal, técnica y financiera de un participante para cumplir con las obligaciones derivadas de un contrato público. Teniendo entonces un carácter interpretativo imperativo sobre el resto del articulado.

Para SCHMIDT-ASSMANN, la función dogmática de la Ciencia del Derecho consiste en resolver, y decidir argumentalmente, y de un modo sumamente coherente, por referencia, o por relación con un determinado sistema, las concretas y singulares cuestiones suscitadas, mientras las normas de Derecho Administrativo terminan siendo aplicadas a la realidad del caso concreto para los administrados⁵⁸. Así, con el servicio de los conceptos e instituciones del Derecho Constitucional y del Derecho

⁵⁵ Caetano, Marcello, *O Problema do Método no Direito Administrativo Português*. Editorial Empresa Nacional de Publicidade. Lisboa, 1948. Cabe decir, que según el presente autor, Otto Von Mayer, George Jellinek y Vitor Emmanuelle Orlando como Miembros de la Escuela de Derecho Público: alemán e italiana, coinciden en la anterior afirmación cuando mencionan, la necesidad de eliminar de las relaciones jurídico-administrativas, los términos políticos, económicos y sociológicos.

⁵⁶ Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinaria del 19-11-2014.

⁵⁷ Gaceta Oficial N° 39.181 del 19-05-2009.

⁵⁸ Schmidt-Assmann, Eberhard, *cit.*, p. 5.

Administrativo General, nosotros conseguimos interpretar el bloque normativo, concerniente a ésta parte especial del derecho administrativo. Igualmente pudiera sobrevenir a la inversa dice él: todos los conceptos y las categorías de la Teoría General del Derecho Administrativo habrán de someterse a una constante exploración, a los efectos de la continua evolución que las demás áreas especiales del derecho administrativo experimentan⁵⁹.

Además, como diría lúcidamente ORLANDO, la dogmática y la sistematización jurídica son dos cosas totalmente diferentes, aunque éstos se encuentren emparentados, ellos no son similares. En uno radica la sustancia, en el otro radica el procedimiento. Lo dogmático es el pensamiento que tiene por objeto la doctrina, o los axiomas deducidos, o desarrollados normativamente, mientras que, la sistematización jurídica se refiere a la cualidad singular del pensamiento dogmático, que consiste en querer demostrar con relación a los grandes sectores normativos, todas sus semejanzas, sus compatibilidades e incompatibilidades con las restantes nociones e instituciones, sus relaciones e interacciones, su fundamento y estructura. Con todo, el pensamiento sistemático de la Ciencia del Derecho no puede estar atado a una escala de valores inmodificable, ni tampoco puede convertirse en un pensamiento de carácter estático, que no soporta modificaciones sobrevenidas conforme los hechos sociales que varían el contenido de la institución estudiada.

En igual sentido, GALLEGO ANABITARTE sostiene que, la Ciencia del Derecho tiene un doble carácter: por una parte, es un pensar dogmático; por otra parte, es un pensar investigador. El pensar dogmático *“es aquél que tiene como fin el pensar hasta el final de una opinión dotada de autoridad”*⁶⁰. El pensar jurídico-dogmático tiene que mover y mantenerse dentro del cuadro dado, desarrollando en él serie de distinciones, relaciones con otros puntos, clasificaciones, etc., proceso intelectual éste, lleno de dificultad y que tanto molesta al lego⁶¹.

Por el contrario, las afirmaciones, las respectivas teorías elaboradas con relación a la instituciones estudiadas se encuentran condicionadas a lo inicialmente mencionado, pues de ellas dependen del progreso del conocimiento y de la pervivencia de los presupuestos lógicos, o de los postulados diseñados para servir de pedestal a la dinámica del concepto con relación a su aplicación a los administrados. De este modo, la

⁵⁹ A éste último punto también se apunta Antonio Troncoso Reigada, “Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año N° 19. N° 57. 1999, p. 87.

⁶⁰ Cfr. Gallego Anabitarte, Alfredo, “La discusión sobre el método en el derecho público durante la República de Weimar”, *Revista Española de Administración Pública Española*, N° 46, 1996, pp. 11-37.

⁶¹ Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaften*. Berlin, 1960, p. 236. De igual forma, Rothacker, Erich, *Die Dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus*. Akd. D. Wiss. Und. D. Literatur. Mainz, 1954.

dogmática supone la implementación de las herramientas desarrolladas por el sistema general, concretamente también del administrativo, para solucionar los casos, y además construir conceptos que se requieran, o para sistematizar *institutas* condensadas en los textos normativos, o para corregir, o a lo sumo superar su vigencia, así como revisar la exactitud de los conceptos formulados en determinados momentos históricos ante las exigencias de los nuevos periodos históricos, cosa que no corresponde únicamente a los catedráticos, sino también a la justicia constitucional, y administrativa en Venezuela.

Así, cuando se habla, por ejemplo, de que nuestro Derecho Administrativo, en este caso, el Derecho Administrativo de las Contrataciones Públicas, ha de construirse de acuerdo con la construcción de conceptos, o según algunos otros autores: el método jurídico, se está aludiendo claramente a la primera de las citadas finalidades, es decir, al método de elaboración científica⁶², en el presente caso de un preciso bloque normativo específico: la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento.

La idea primordial del presente punto, descansaría en que si resultare posible reconstruir sistemáticamente todo el Derecho de las contrataciones públicas, se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar sus contradicciones, o la desintegración que en la evolución de éste específico sector del derecho administrativo terminó siendo envuelto con lo muy imprecisa de su denominación, pues no se entiende como ésta teniendo una teorización casi perfectamente perfilada de la potestad administrativa, no es modificado el apelativo de la categoría jurídica.

La construcción conceptual de calificaciones como el acto jurídico unilateral, permitiría remediar toda esta contradicción entre el ordenamiento jurídico y la realidad existente con relación a un determinado acto, o un conjunto concatenado de actos jurídicos unilaterales. La utilidad práctica de la construcción radica no solo en su acomodamiento a los hechos, sino en su beneficio práctico, por cuanto ésta facilita la aplicación de la norma, simplificando la explicación y el total manejo de las normas al imprimirles una coherencia intensamente racional, que satisfaga las exigencias lógicas de la comprensión, y contribuya además a la agudeza de las instituciones según fueron cristalizadas en los instrumentos normativos. Además, la construcción conceptual contribuye significativamente con la falsación de antiguos dogmas jurídicos que eran considerados dentro de determinados momentos históricos como cónsonos con la idea del derecho vigente de esa determinada época histórica.

⁶² Cfr. Garrido Falla, Fernando, "La Administración Pública y el método jurídico" en *Revista Española de Administración Pública*. N° 35. 1961, pp. 45-74.

De este modo, la ciencia jurídica vería a través del Derecho Administrativo con la falsación jurídica, o la formulación de nuevas teorías jurídicas, aportando una mayor transparencia en beneficio de la actividad administrativa estatal, suscitando entonces una mayor confianza, así como una mayor credibilidad y aceptación por parte de la Administración entre los administrados, que reformula las teorías jurídicas que devienen precisamente de las nuevas regulaciones normativas, e incluso de todos los dictámenes jurídicos emitidos por la Procuraduría General de la República o las oficinas de consultoría jurídica, de conformidad con el artículo 11 LOPA.

De esa manera, y en resumen, la construcción jurídica constituye la premisa básica de la Ciencia del Derecho. Es decir, del derecho positivo de un determinado país, pues mediante un proceso de abstracción, construcción y generalización, se deducen los principios jurídicos informadores de aquellas normas. Reconstruir los institutos en que se unen aquellos principios, coordinar los institutos en un sistema, he aquí la tarea del jurista, según ORLANDO⁶³, pues según éste importante autor Italiano, la necesaria reconstrucción del derecho público está sometido a un sometimiento riguroso de todos los conceptos dogmáticos fundamentales cristalizados en todas las nuevas regulaciones legislativas en la construcción de un sistema científico con cada una de las figuras centrales de las disciplinas, esto es, con cada una de sus institutas y de sus ideas esenciales dentro del sistema jurídico en cuestión. Como acontece actualmente, con el bloque normativo de las contrataciones públicas, que terminó siendo de alguna forma, en nuestra opinión, redimensionado con nuevas afirmaciones lógicas, categóricas, ligadas a la operatividad de las nociones recogidas.

Conclusiones

Se halla particularmente preocupante que no se sistematicen adecuadamente los contenidos de la actividad administrativa estatal obedeciendo a criterios lógico-científicos, con sus respectivas técnicas jurídicas concretizantes frente a la esfera jurídica-subjetiva de los administrativos. Ello contribuiría notablemente al entendimiento de nuestra disciplina jurídica, lo que es el deber ser de los administrativistas en cualquier país. Entonces, el Derecho Administrativo no puede quedarse como un mausoleo, una estatua o un panteón que recoge símbolos, sino como un medio operativo para regular la compleja dimensión del Estado. Ante esta natural evidencia, su conformación debe ser la que corresponde al régimen orientador del orden jurídico, pero al mismo tiempo, ha de estar dotada de la flexibilidad necesaria que permita su

⁶³ Cfr. Orlando, Vítor Emmanuel, *Introducción a la Traducción Italiana de la Obra de Jellinek: Dotrina Generale Dello Stato*, Milano; 1921.

actualización para impedir que se constituya en un obstáculo al cambio social.

El Derecho en general, y por vía de consecuencia, el Administrativo, no evoluciona de una forma milimétricamente racional según un diseño planificado. El Estado, y la Administración también, es producto de los acontecimientos históricos que marcan la pauta en los asuntos políticos, económicos, sociales, culturales que le son en esencia. Éste debe ser un reflejo de los diferentes tipos de relaciones que surgen de los actores en una sociedad.

Cuando se enmarca la dinámica de las relaciones administrativas a través de los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 6, constitucionales, que se supone, son la normas que componen el ADN del Estado venezolano en cualquiera de sus formas –una forma biológica de ver la tesis alemana de Otto BACHOFF de las Endonormas Constitucionales que sirven de parámetro interpretativo para las restantes normas del texto constitucional, e incluso de las normas infraconstitucionales– surge inmediatamente la necesidad de decantar, mediante el método deductivo, las especificidades de la relación administrativa estatal con la totalidad de los administrados, a través del ejercicio individualizado de cada potestad administrativa que es instituida constitucional y legalmente para cumplir con fines que les son propios.

La actividad administrativa de Derecho Privado como potestad implica una rareza. De hecho, la mera alusión de la misma como una potestad, ya supone una extravagancia. Y de igual manera acontece, con la actividad administrativa contractual, pero a niveles muchos menores. La última categoría jurídica es mucho más específica y entendible. No obstante, no es suficiente para entender con suma exactitud el alcance de dicha noción del mundo de las contrataciones públicas. Pudiere decirse que el presente estudio representa una complementación de la teoría de los actos coligados. Es difícil precisarlo con certeza, y especialmente con exactitud. Éste tipo de publicaciones, es en mi humilde opinión difícil de medir. No se sabe hasta dónde pueden llegar las secuelas del estudio. Lo que sí es seguro, es que el mundo del Derecho, esencialmente de la legislación administrativa, debe ser reinterpretado una y otra vez desde los diferentes ángulos para comprender su total dimensión.

Esta investigación aspira desmenuzar un poco más el mundo de las contrataciones, pero en un sentido más potestativo, que el meramente procedimental, o de interpretación sustancial del binomio jurídico-funcional: acto administrativo-contrato. Muchos de los términos jurídicos del Derecho Administrativo se cuidan mucho hoy en día, pero con sus respectivas matizaciones. Los alemanes contribuyeron mucho al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo, pero muchas de esas posturas doctrinales, tenían que ser matizadas a la luz del Estado de

Derecho, y por supuesto, lo fueron. ARAUJO lo explica muy bien en su obra *Concepto y Contenido de Derecho Administrativo*.

En este sentido, es importante estudiar desde un enfoque completamente diferente a la actividad administrativa contractual, y por supuesto, estudiar de nuevo a la actividad de derecho privado del Estado ante esos los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia. De hecho, se pueden mencionar otras rarezas en el mundo del Derecho Administrativo venezolano con los famosos “actos administrativos cuasijurisdiccionales” que afortunadamente han pasado a considerarse como actos administrativos arbitrales enmarcados en la potestad de la limitación administrativa de un Estado, esto es, dentro de la muy mal denominada policía administrativa. Hasta tal punto, que el mismo PEÑA, abandonó esa anodina terminología en su Manual, cuando explica que:

...en la tendencia que se observa actualmente en el ordenamiento jurídico venezolano a conferirle arbitral a la Administración, tal vez siguiendo modelos extranjeros, sin detenerse a reflexionar sobre la compatibilidad de esas normas con los correspondientes preceptos constitucionales contenidos en los artículos 26, 137 y 253, de los cuales es posible hilvanar una tesis que postule el monopolio del Poder Judicial sobre las controversias que se susciten entre los privados, en virtud de que dichos preceptos consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de separación de poderes y la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial, respectivamente⁶⁴.

Ahora bien, para acabar, el hecho de que, sea el Derecho Administrativo, el ordenamiento común de la Administración Pública, el hecho de que la Administración actúe, por lo general, sometido a su Derecho propio, no quiere decir que estemos en presencia de un Derecho Común, dentro del ordenamiento, sino de uno de los Derechos Especiales que éste tiene. Ello tiene particular importancia en el orden metodológico del Derecho Administrativo: si los cultores, si los cultivadores del Derecho Administrativo, no debemos ser esclavos de los conceptos, de los tecnicismos fabricados, modelados por otras tantas disciplinas jurídicas, tampoco podemos ignorar por completo las conquistas por ellas logradas. De allí que se haya afirmado que aun cuando la obra crítica actual, acabara por emancipar completamente al Derecho Administrativo. Todavía queda mucho por hacer. Y mientras todo esto ocurra, se sustentarán sus raíces con la sabia de la dogmática y el derecho civil, recibiendo de él, aspiraciones y enseñanza.⁶⁵ ■

⁶⁴ Peña Solís, José, cit., p. 230.

⁶⁵ García, Carlos, “Hacia la emancipación del Derecho Administrativo”, *RGLJ*. 1961, p. 156.

La excesiva discrecionalidad en el trámite de las modalidades de selección de contratistas

Daniel ROSAS RIVERO*

REDAV, N° 26, 2023, pp. 97-117

Resumen: Este trabajo aborda el tema de la discrecionalidad en el ámbito del trámite de las modalidades de selección de contratistas. Para ello, se analizan normas específicas del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas y de su Reglamento, para demostrar que el sistema de contratación pública venezolano otorga una amplísima discrecionalidad a los contratantes, lo cual trae como consecuencia el establecimiento de un sistema sumamente opaco, casuístico y limitativo, que atenta contra los principios de transparencia, publicidad y competencia, que son de obligatoria observancia de conformidad con el marco normativo vigente en la materia.

Palabras clave: Contratación pública – Discrecionalidad – Modalidades de Selección de contratistas.

Abstract: *This paper analyzes administrative discretion in public procurement. For that purpose, it studies the framework of the Decree with rank, value, and force of Public Contracts Law and its regulations to demonstrate that the public contract system grants broad discretionary powers to the Public Administration, resulting in an opaque, casuistic, and restrictive system, that violate the transparency, publicity, and competitiveness principles, that are mandatory according to the legal framework.*

Keywords: *Public contracts – Discretion – Public procurement.*

Recibido

02-02-2023

Aceptado

14-04-2023

Introducción

El presente trabajo desarrolla el tema de la discrecionalidad en el ámbito del trámite de las modalidades de selección de contratistas, apoyándose en el análisis de un conjunto de normas contenidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas¹ (en lo sucesivo “Ley de Contrataciones Públicas”), a los fines de demostrar que la legislación venezolana en la materia otorga una excesiva

* Abogado UCAB (2003). XIV Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Salamanca en Derecho Constitucional (2004). Magíster en Derecho Administrativo y Tributario por la Universidad Complutense de Madrid (2005). Magíster en Gerencia Pública (IESA, 2013). Profesor Invitado de Postgrado y de Educación Ejecutiva en el IESA. Miembro Ordinario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Colaborador de los Observatorios de Contratación Pública de Argentina, Colombia y España.

¹ Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario de 19-11-2014.

discrecionalidad a los funcionarios que intervienen en el trámite de estas modalidades.

La discrecionalidad ha sido un tema de amplia discusión en la doctrina jurídica venezolana. La entonces Corte Federal de Venezuela reconoció la existencia de los actos discrecionales, que entendió como aquellos donde la Administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, lo cual no quiere decir que obra arbitrariamente, obviando toda regla de derecho, ya que la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto².

En palabras de BREWER-CARIÁS, la discrecionalidad administrativa se manifiesta en el ejercicio de aquellas actividades de la Administración en las cuales el legislador le confiere al funcionario determinados poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia de su actuación³.

Esta actividad discrecional de la Administración, tal como afirmó la entonces Corte Federal de Venezuela, es indispensable para poder realizar actividades en procura del interés general y lograr sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad⁴. Por tanto, es común que la ley se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja a éstos un cierto grado de libertad de apreciación de los hechos, para decidir u orientar su actuación. Ello encuentra su justificación en el entendido que, tal como afirma GARRIDO FALLA, la Administración está en mejor posición, dada su capacidad técnica y operativa, así como en virtud de su mayor relación con el medio económico y social, para resolver pronta y eficazmente las cambiantes necesidades sociales⁵.

En todo caso, la Administración solo puede ejercer las facultades expresamente reconocidas por la ley, por lo cual, "*nunca, en ninguna oportunidad, puede el funcionario ejercer atribuciones discrecionales, a menos que la ley se las conceda directa y categóricamente*"⁶. Es decir que, tal como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, la discrecionalidad administrativa es

² Sentencia de la antigua Corte Federal de 06-11-1958, publicada en Gaceta Forense, 2ª etapa, N° 22, Caracas, 1958, p. 133.

³ Allan Brewer Carías, "Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad en Venezuela" (Congreso de Derecho Administrativo, paralelo al VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Panamá, septiembre 2009). Disponible en <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2009/09/1052.-4-606-Control-judicial-de-la-discrecionalidad-en-Venezuela.-Foro-IDA-Panam%C3%A1.-Sept.-2009.doc.pdf>

⁴ Sentencia de la antigua Corte Federal de 06-11-1958, p. 133.

⁵ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Volumen I* (Madrid: Tecnos, 1994), 182-183.

⁶ Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal de 11-08-1949, en Gaceta Forense, 1ª etapa (Segunda Edición), Año I, N° 2, Caracas, 1949, p. 140.

expresión del principio de legalidad, ya que esta se presenta ante una remisión normativa expresa y no ante la inexistencia de la norma⁷.

Este último punto tiene una importancia fundamental en el presente trabajo, ya que, precisamente, analizaremos normas específicas contenidas en la Ley de Contrataciones Públicas, que expresamente atribuyen poderes discrecionales a los funcionarios que participan en el trámite del procedimiento de selección de contratistas, así como al Presidente de la República, por lo que, las potestades discrecionales que serán objeto de estudio, en consonancia con TORREALBA SÁNCHEZ, emanan del propio ordenamiento jurídico y no de la ausencia de norma aplicable⁸.

Explicado brevemente el concepto de discrecionalidad, a continuación, desarrollaremos algunas normas en el ámbito de la contratación pública que, en nuestro criterio, atribuyen poderes discrecionales excesivos que se contraponen con los principios que informan la contratación pública venezolana, y que, en definitiva, opacan el trámite de las modalidades de selección de contratistas.

I. La discrecionalidad en la aplicación de la modalidad de selección de contratistas para un determinado contrato

Una deficiencia de nuestro marco normativo en materia de contratación pública la encontramos en la concepción y diseño del sistema de modalidades de selección de contratistas previsto en la Ley de Contrataciones Públicas⁹.

En tal sentido, la Ley de Contrataciones Públicas establece cuatro modalidades de selección de contratistas, a saber: concurso abierto, concurso cerrado, consulta de precios y contratación directa; cuya selección está atada, en los tres primeros casos, a parámetros cuantitativos que definen la modalidad que debe aplicarse, al cruzar dichos parámetros con las tres categorías de contratos que la Ley regula, a saber: adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras.

En el caso de la contratación directa, esta modalidad de selección de contratistas no está atada a un parámetro cuantitativo específico,

⁷ García De Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I, 12^o ed. (Madrid: Thomson Civitas., 2004), 442-452.

⁸ Miguel Ángel Torrealba Sánchez, "Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados: ¿nociones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría? García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* 8, 2016: 225.

⁹ Daniel Rosas Rivero, "La contratación pública venezolana en los tiempos de COVID-19: Su estado actual, las ilegales recomendaciones del Estado y una breve mirada al mundo" en *Derecho Público en tiempos de pandemia: Reflexiones jurídicas sobre la COVID-19* (Caracas: CIDEP, 2020).

sino que el legislador enumeró, en los artículos 5 y 101 de la Ley de Contrataciones Públicas, nada menos que 28 situaciones excepcionales, que son absolutamente casuísticas y ampliamente subjetivas, con base en las cuales se puede proceder por dicha modalidad de selección.

Sumando esas 28 situaciones excepcionales y casuísticas a las otras cuatro excepciones¹⁰ que prevé la Ley de Contrataciones Públicas en la aplicación de los parámetros previstos para el concurso cerrado y la consulta de precios, así como también los cinco supuestos de exclusión total de aplicación de la Ley previstos en su artículo 4, tenemos 37 excepciones que deben analizarse para la determinación de la modalidad de selección de contratistas que debe sustanciarse en un determinado contrato, colocando tal decisión sobre la unidad usuaria¹¹, que aplicará su discrecionalidad para la determinación de la modalidad aplicable, previo análisis de los parámetros cuantitativos aplicables para cada modalidad de selección de contratistas y apoyándose en su interpretación personal y subjetiva de las antes referidas 37 excepciones.

Adicionalmente, el numeral 12 del artículo 5 de la Ley de Contrataciones Públicas, habilita a adjudicar vía contratación directa la *“adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, requeridos, cuando se decrete cualquiera de los estados de excepción contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”*. Esta norma se ha utilizado en años recientes en el ámbito de la

¹⁰ Tres en el caso del Concurso cerrado (art. 85) y una para la consulta de precios (art. 96). Estas excepciones llaman a no aplicar el elemento cuantitativo en la determinación de la modalidad de selección de contratistas que debe sustanciarse, sino que la elección de la modalidad aplicable está sujeta a una característica propia del contrato o a la aprobación de un Plan Excepcional por el Ejecutivo Nacional.

¹¹ Según el artículo 6.2 de la Ley de Contrataciones Públicas, la unidad usuaria es la responsable de efectuar las actividades previas a la contratación, formular el requerimiento a la unidad contratante, administrar el contrato y evaluar la actuación y desempeño del contratista en los procedimientos de contratación previstos en la referida Ley. En ese sentido, el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas establece que las actividades previas a la contratación deben realizarse para todas las modalidades de selección de contratistas previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, así como en los procedimientos excluidos de la aplicación de estas modalidades, para garantizar una adecuada selección. El objeto de imponer la realización de estas actividades previas, tal como lo indica el artículo 2 de la Ley, es garantizar la oportuna contratación, ello con base en un reconocimiento explícito sobre la importancia del principio de planificación. Entre esas actividades previas, se debe preparar el presupuesto base, que es uno de los documentos fundamentales, ya que permite inicialmente ubicar la contratación dentro de los parámetros cuantitativos previstos en la Ley para tres de las cuatro modalidades de selección de contratistas. En todo caso, es en esta etapa del procedimiento que la unidad usuaria determina específicamente el tipo de contratación que se debe realizar, determinando las ventajas económicas y técnicas de la misma, su previsión en la programación anual de compras, evaluar la recurrencia de la contratación y determinar si es viable agruparla en un solo procedimiento o bajo la modalidad de contrato marco, entre otros.

contratación pública, dictándose diversos regímenes especiales¹², los cuales alargan la lista de excepciones a la aplicación de los parámetros cuantitativos previstos en la Ley de Contrataciones Públicas para la determinación de la modalidad de selección de contratistas que resulta aplicable a una contratación específica, y que en definitiva hacen más compleja la determinación de la modalidad de selección de contratistas aplicable a un contrato específico, todo ello soportado en la discrecionalidad de la unidad usuaria, quien debe sortear un número amplísimo de excepciones y considerar las mismas en conjunto con el análisis de los parámetros cuantitativos previstos en la Ley.

Con base en lo anterior, podemos afirmar, que no basta que la unidad usuaria simplemente aplique un parámetro cuantitativo para determinar la modalidad de selección de contratistas aplicable, sino que, para tal determinación, el legislador diseñó un sistema de amplia excepcionalidad y discrecionalidad que lleva a dicha unidad a atravesar un mar de excepciones sumamente casuísticas y subjetivas, y en ejercicio de su propia interpretación, aplicará su discrecionalidad para determinar cuál es la modalidad de selección de contratistas que resulta aplicable al caso específico.

Es paradójico que el legislador haya diseñado un sistema tan complejo para la determinación de la modalidad de selección de contratistas que resulta aplicable a un contrato específico, cuando lo cierto es que esta decisión es una de las más importantes y fundamentales que se toman en el marco de este procedimiento administrativo especial, siendo que determina no solo los tiempos y requisitos aplicables para la elección del contratista, sino, más grave aún, bajo el opaco sistema venezolano, también determina el nivel de publicidad que tendrá el procedimiento, por lo que, bajo este sistema actual, se crean los incentivos necesarios para ejercer la discrecionalidad en detrimento del procedimiento de selección más público, como lo es el concurso abierto, tal como explicamos en el desarrollo del presente trabajo.

La importancia de esta decisión sobre la determinación de la modalidad de selección de contratistas aplicable a un caso concreto también la podemos evidenciar en el hecho que el legislador incluyó entre los supuestos generadores de responsabilidad administrativa detallados en el artículo 166, el numeral 2, que sanciona a quien deje de aplicar la modalidad de selección de contratistas correspondiente conforme a la Ley.

¹² A modo de ejemplo podemos mencionar el Régimen Especial dictado por el Presidente de la República y publicado en la Gaceta Oficial N° 41.362 del 16-03-2018, y el Régimen Especial y Transitorio en materia de contrataciones públicas que resulta aplicable a la Industria Petrolera Nacional que fue publicado en Gaceta Oficial N° 41.376 del 12-04-2018.

A pesar de su importancia, el legislador optó por un diseño normativo con una enorme carga de interpretación subjetiva y amplísima discrecionalidad, lo cual entendemos como un gran desacierto, ya que el resultado es un sistema ampliamente discrecional donde la excepción es la norma, en detrimento de lo que ha debido ser la regla, a saber, la aplicación estricta de los parámetros cuantitativos para la determinación de la aplicabilidad de cada modalidad, quizás sumando un número cerrado, racional y objetivo de excepciones para casos y circunstancias realmente excepcionales y específicamente determinadas.

Como afirma BREWER-CARÍAS, en materia de contratación pública en Venezuela, la regla para la selección de contratistas en los contratos públicos es la excepción, lo cual ha ocasionado la desaparición material de la licitación y ha aumentado el ámbito de la contratación directa, el cual se ha expandido en la propia Ley¹³. Es decir, que el diseño normativo de la Ley de Contrataciones Públicas hace más énfasis en las excepciones que en el parámetro cuantitativo como regla general, con lo cual está creando los incentivos necesarios para evadir las modalidades de selección de contratistas más públicas y competitivas y direccionar las contrataciones públicas hacia mecanismos discrecionales de contratación.

Entonces, podemos afirmar, que la Ley de Contrataciones Públicas, en relación con la determinación de la modalidad de selección de contratistas que resulta aplicable a un determinado contrato, incorpora un conjunto de normas que convierten la excepcionalidad en la regla, requiriendo la aplicación de una amplísima discrecionalidad basada en una interpretación individual, subjetiva y ampliamente casuística.

II. La discrecionalidad asignada al Presidente de la República para dictar medidas temporales que excluyan de las modalidades de selección de contratistas, determinados bienes, servicios y obras, que se consideren estratégicos

Otro ejemplo de amplia discrecionalidad en materia de contratación pública, lo encontramos en el artículo 5 de la Ley de Contrataciones Públicas. Sin embargo, antes de entrar en dicho análisis, es importante realizar un comentario previo para entender la referida norma.

La redacción del artículo 5 es sumamente deficiente, ya que en su primer párrafo establece que los contratos detallados en esa norma estarán excluidos *“sólo de la aplicación de las modalidades de selección*

¹³ Allan Brewer-Carías, “De la Ley de Licitaciones a la Ley de Contrataciones Públicas en Venezuela: Una estrecha reforma que amplió el radio de las excepciones al régimen de selección de contratistas y a la corrupción administrativa”, en *Retos de la contratación pública en Iberoamérica: Homenaje a Allan R. Brewer-Carías* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017), 36.

de contratistas indicadas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley", sin embargo, luego de terminar la enumeración de los referidos contratos, el párrafo inmediatamente siguiente indica expresamente, que los "contratos a que hacen referencia los numerales anteriores, serán adjudicados directamente por la máxima autoridad contratante".

Es decir, la norma comienza indicándonos que los contratos allí detallados estarían excluidos solo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas, pero más abajo en la misma norma se contradice al indicar que dichos contratos serán adjudicados directamente por la máxima autoridad, haciendo referencia implícita a la contratación directa, que es precisamente una modalidad de selección de contratistas¹⁴.

En todo caso, si bien la redacción del artículo es sumamente deficiente, lo que interpretamos con base en un análisis integral de su contenido, es que el legislador, lo que quiso decir, es que los contratos allí detallados estarían excluidos de la aplicación de los parámetros cuantitativos previstos en la Ley de Contrataciones Públicas para la aplicación de las modalidades de concurso abierto, concurso cerrado y consulta de precios, debiendo adjudicarse los referidos contratos a través de la modalidad de contratación directa, para la cual no se exige un parámetro cuantitativo específico sino que el contrato verse sobre un determinado objeto, entre los previstos en el artículo 101 y en el mismo artículo 5.

Esclarecido lo anterior, el último párrafo del artículo 5, establece lo siguiente:

El Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros y Ministras, podrá dictar medidas temporales que excluyan de las modalidades de selección de contratistas establecidos en el presente Decreto con Rango, valor y Fuerza de Ley, determinados bienes, servicios y obras, que se consideren estratégicos.

Según lo anterior, el Presidente de la República en Consejo de Ministros puede excluir de las modalidades de selección de contratistas, los bienes, servicios y obras de carácter estratégico. Ahora bien, distinto a los catorce tipos de contratos enumerados en el artículo 5 para los cuales el legislador expresamente indicó que serían adjudicados directamente por la máxima autoridad, en el caso del antes citado último párrafo de la referida norma, el legislador no estableció el mecanismo a través del cual se adjudicarán los contratos estratégicos incluidos en las medidas temporales que puede dictar el Presidente de la República,

¹⁴ Esta afirmación tiene su fundamento en el hecho que la Contratación Directa se encuentra regulada en el Capítulo VI del Título III de la Ley, cuyo bautizo es precisamente Modalidades de Selección de Contratistas.

solo indicando que estarán excluidos de las modalidades de selección de contratistas.

A pesar del silencio del legislador, si analizamos integralmente la norma, incluso con su deficiente redacción, podemos evidenciar que la intención latente en el artículo 5 es enumerar aquellos contratos que se adjudicarían directamente, obviando la aplicación de la modalidad de selección de contratistas que resultaría aplicable según el monto del contrato. Por ello, a pesar que el legislador no lo dijo expresamente, podemos entender que su intención es habilitar al Presidente de la República para ampliar la lista de contratos que se pueden adjudicar a través de la modalidad de contratación directa, previa consideración de su carácter estratégico.

Es decir, que los casos en los cuales es procedente la aplicación de la modalidad de contratación directa no están limitados a los enumerados en el artículo 101 de la Ley de Contrataciones Públicas, sino que también debemos considerar como tales, los incluidos en el artículo 5 de la Ley, por lo que, a pesar que esta norma no lo dice expresamente, al señalar el legislador que los contratos allí incluidos se deberán adjudicar directamente por la máxima autoridad, entendemos que, en los casos previstos en el artículo 5, también se requiere dictar un acto motivado que justifique su procedencia.

En tal sentido, volviendo al tema de la discrecionalidad, la posibilidad de ampliar esa lista de contratos tiene una naturaleza intrínsecamente discrecional, ya que el único parámetro que impone la norma al Presidente de la República para el ejercicio de dicha atribución, es que los bienes, servicios y obras, se consideren estratégicos. Esta consideración como estratégico no encuentra definición ni límites en nuestro ordenamiento jurídico, quedando por tanto a discreción del Presidente de la República, la determinación de bienes, servicios y obras como tales.

Con base en lo anterior, el artículo 5 de la Ley de Contrataciones Públicas habilita al Presidente de la República para, de manera discrecional, expandir la lista de excepciones aplicables a los parámetros cuantitativos de las modalidades de concurso abierto, concurso cerrado y consulta de precios, con la consecuencia de convertir esa lista de excepciones, que inicialmente se encuentra en 37 casos previstos en la Ley de Contrataciones Públicas, en un número prácticamente abierto, ya que la inclusión de nuevas excepciones queda sujeta al ejercicio de esta potestad discrecional por parte del Presidente de la República.

Una vez más, queda en evidencia, que el sistema de contratación pública diseñado por el legislador, tiene como pilar fundamental la excepcionalidad en materia de determinación de la modalidad de selección de contratistas que resulta aplicable, y dicha excepcionalidad pudiera no encontrar límites, gracias al potencial ejercicio de los amplios

poderes discrecionales que la Ley de Contrataciones Públicas atribuye del Presidente de la República.

III. La discrecionalidad en las invitaciones a presentar oferta

Como ya dijimos, nuestro ordenamiento jurídico vigente en materia de contratación pública está conformado por cuatro modalidades de selección de contratistas, a saber: concurso abierto, concurso cerrado, consulta de precios y contratación directa.

Ahora bien, entre dichas modalidades de selección de contratistas, solo el concurso abierto tiene algunos rasgos de publicidad, ya que el llamado a participar en el referido proceso se publica en la página web del Servicio Nacional de Contrataciones y en la del ente contratante, y los actos de presentación de manifestaciones de voluntad y de ofertas son de acceso público.

Esa publicidad del llamado a participar supone, que la unidad contratante¹⁵ no controla el número de personas que se hacen parte del procedimiento, ya que dicho llamado es de libre acceso público, al estar publicado en la página web del Servicio Nacional de Contrataciones, y por ende, no se imponen límites al conocimiento público sobre la existencia del procedimiento de selección de contratistas, pudiendo participar cualquier interesado.

En contraposición, en las restantes tres modalidades de selección de contratistas, no existe un llamado a participar que sea de conocimiento público, sino que los potenciales oferentes son preseleccionados e invitados individualmente a presentar oferta por la unidad contratante, con base en criterios sumamente amplios y generales, previstos en la Ley de Contrataciones Públicas y su Reglamento¹⁶.

En tal sentido, los artículos 86 y 97 de la Ley de Contrataciones Públicas, establecen:

Artículo 86. En el Concurso Cerrado debe seleccionarse a presentar ofertas al menos a cinco participantes, mediante invitación acompañada del pliego de condiciones, indicando el lugar, día y hora de los actos públicos de recepción y apertura de los sobres que contengan las ofertas. La selección debe

¹⁵ Según el artículo 6.3 de la Ley de Contrataciones Públicas, la unidad contratante es la responsable de solicitar y analizar las ofertas, preparar el informe de recomendación, solicitar el otorgamiento de la adjudicación, recomendar la declaratoria de desierta o terminación del procedimiento, para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, en las modalidades de consulta de precios y contratación directa, así como, en los procedimientos excluidos de la aplicación de las modalidades. En el caso de concursos abiertos y cerrados, la Comisión de Contrataciones actuará como unidad contratante.

¹⁶ Publicado en Gaceta Oficial N° 39.181 del 19-05-2009.

estar fundamentada en los aspectos legales, capacidad financiera y experiencia técnica requeridos y debe constar en el acta de inicio del procedimiento, levantada al efecto. En caso que se verifique que no existen inscritos al menos cinco participantes que cumplan los requisitos establecidos para el concurso cerrado, en el Registro Nacional de Contratistas, se invitará a la totalidad de los inscritos que los cumplan. El contratante atendiendo a la naturaleza de la obra, bien o servicio, procurará la contratación de los oferentes de la localidad, dando preferencia a la participación de pequeños y medianos actores económicos.

Artículo 97. En la Consulta de Precios se deberá solicitar al menos tres ofertas; sin embargo se podrá otorgar la adjudicación si se hubiere recibido al menos una de ellas, siempre que cumpla con las condiciones del requerimiento y sea conveniente a los intereses del contratante.

Los contratantes en las consultas de precios de bienes y servicios que por sus características lo permitan, podrán utilizar el procedimiento de subasta inversa electrónica, siempre y cuando lo señalen en las condiciones de la contratación. Los oferentes presentarán oferta económica que podrá ser mejorada mediante la realización de ofertas sucesivas, hasta la conformación de su oferta definitiva, entendiéndose por ésta, la última presentada para cada variable dentro del lapso de la subasta. El Servicio Nacional de Contrataciones, establecerá los aspectos particulares de la aplicación de este mecanismo.

De conformidad con lo anterior, en el concurso cerrado y en la consulta de precios, la unidad contratante, entre los inscritos en el Registro Nacional de Contratistas, debe seleccionar al menos a cinco y tres participantes, respectivamente, para invitarlos a presentar oferta, con base en aspectos legales, capacidad financiera y experiencia técnica requeridos, procurando la contratación de los oferentes de la localidad, dando preferencia a la participación de pequeños y medianos actores económicos.

Entonces, en esas dos modalidades de selección, el legislador pareciera imponer límites efectivos a la discrecionalidad en la selección de las personas a quienes invitará a presentar ofertas. Estos límites vienen dados por la necesidad de fundamentar su decisión en los aspectos legales, capacidad financiera y experiencia técnica requeridos, con lo cual, el legislador pareciera acoger la corriente doctrinal que marca la motivación como el elemento distintivo fundamental entre lo discrecional y lo arbitrario¹⁷.

En términos similares, en el caso de la modalidad de contratación directa, el artículo 101 de la Ley de Contrataciones Públicas establece la

¹⁷ Sobre este tema Juan Carlos Balzán realiza un preciso análisis en su trabajo *Los Límites a la discrecionalidad, la arbitrariedad y la razonabilidad de la Administración*, presentado en las Quintas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carias", celebradas en la ciudad de Caracas durante el mes de marzo de 2000, y publicado en la *Revista de Derecho Administrativo*, 9, 2000.

necesidad de dictar un acto motivado, en el que se justifique adecuadamente la procedencia de esta modalidad de selección de contratistas, con base en alguna de las situaciones de hecho enumeradas por la referida norma¹⁸. Adicionalmente, el artículo 114 del Reglamento establece que, en el acto motivado, debe indicarse toda la información que justifique la citada excepción, debiendo contener: exposición sucinta de los hechos, justificación legal, análisis y consideraciones de los hechos, y la decisión.

Al mismo tiempo, el reglamentista impuso obligaciones específicas para motivar la procedencia de la contratación directa, aclarando que, para la aplicación de las situaciones referidas a la necesidad de la contratación por el perjuicio que pueda causar al órgano o ente contratante el retardo por el inicio de un nuevo proceso, el tiempo para la adjudicación debe ser inferior al establecido para la modalidad de selección de contratista que corresponda (artículo 115); y que, para el supuesto de procedencia de la contratación directa por agotamiento de procedimientos competitivos, solo la declaratoria desierta de la consulta de precios habilita la procedencia de este supuesto de contratación directa (artículo 117)¹⁹.

Adicional a lo anterior, el artículo 116 del Reglamento establece que, cuando las condiciones lo permitan, se podrán solicitar al menos dos ofertas, pero se podrá otorgar la adjudicación si hubiera recibido al menos una de ellas, siempre que cumpla con las condiciones del requerimiento y sea conveniente a los intereses del órgano o ente contratante. Y finalmente, el artículo 118 *eiusdem*, establece que los contratantes adjudicarán preferentemente bajo la modalidad de contratación directa a empresas pequeñas, y medianas industrias o cualquier otra forma asociativa productiva comunitaria, todas naturales de la localidad o ubicadas en el lugar donde se ejecutará la contratación.

Con base en lo anterior, entendemos que tanto el legislador como el reglamentista, establecieron un conjunto de límites al ejercicio de la

¹⁸ Recordemos lo dicho anteriormente en este trabajo, y es que, en nuestro criterio, a pesar que el artículo 5 de la Ley de Contrataciones Públicas no lo dice expresamente, al señalar el legislador que los contratos incluidos en la referida norma se deberán adjudicar directamente por la máxima autoridad, entendemos que ello es una referencia directa a la contratación directa prevista en el artículo 101 *eiusdem*, por lo que, en los casos previstos en el artículo 5, también se requiere dictar un acto motivado que justifique su procedencia.

¹⁹ El Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas fue dictado en el año 2009 y desde entonces no se ha actualizado, a pesar que la Ley de Contrataciones Públicas que se encuentra actualmente vigente es del año 2014. Hacemos esta observación, ya que precisamente la Ley vigente incorporó este límite a la discrecionalidad que fue inicialmente previsto en el Reglamento, en una nueva redacción del numeral 12 del artículo 101, donde aclara que la declaratoria desierta de la consulta de precios es la que habilita la procedencia de la contratación directa.

discrecionalidad para la procedencia de la contratación directa como modalidad de selección de contratistas, porque indudablemente, si no hay motivación, el único apoyo de la decisión sería la voluntad de quien la adopta y de allí, su arbitrariedad.

No obstante lo anteriormente expuesto, si bien el legislador y el reglamentista de alguna manera pretendieron regular el ejercicio de la discrecionalidad en la procedencia del concurso cerrado, de la consulta precios y de la contratación directa, como modalidades de selección de contratistas, lo cierto es que estos parámetros aplicables en las referidas modalidades, traen como consecuencia que, en la práctica, los únicos que tienen conocimiento del procedimiento de selección de contratistas, son aquellos que son invitados individualmente a presentar oferta, ya que ni las invitaciones a presentar oferta ni ninguno de los actos y etapas del procedimiento es de conocimiento público.

Esa opacidad es de tal envergadura, que al hacerse las invitaciones de manera individual, cada persona invitada no tiene la posibilidad de conocer las demás personas seleccionadas para presentar oferta, es decir, la persona invitada desconoce total y absolutamente quién será su competencia en el procedimiento, pudiendo tener conocimiento de ello solo una vez culminada la selección del contratista, que es cuando los oferentes tienen derecho a solicitar la revisión del expediente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contrataciones Públicas²⁰.

Por ello, en nuestro criterio, los poderes discrecionales de la unidad contratante son sumamente amplios en esas tres modalidades de selección de contratistas, ya que, utilizando criterios muy genéricos previstos en el ordenamiento jurídico, debe reducir el universo de cerca de 177.201 personas naturales y jurídicas inscritas en el Registro Nacional de Contratistas²¹, para cumplir los mínimos exigidos en la Ley de Contrataciones Públicas para cada modalidad de selección de contratistas, a saber, invitar a un mínimo que varía entre 1 y 5 potenciales oferentes, dependiendo de la modalidad de selección de que se trate.

²⁰ Artículo 20 de la Ley de Contrataciones Públicas: Culminada la selección del contratista, los oferentes tendrán derecho a solicitar la revisión del expediente y requerir copia certificada de cualquier documento en el contenido. Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo, los documentos del expediente declarados reservados o confidenciales conforme a la Ley que regula los procedimientos administrativos.

²¹ Esta cifra corresponde al número de inscritos al cierre del año 2015, que es el último dato disponible en la materia, que se encuentra en la Memoria y Cuenta del Servicio Nacional de Contrataciones (SNC) que forma parte de la Memoria y Cuenta de la Vicepresidencia Ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela presentada ante la Asamblea Nacional en enero de 2016, p. 289. Lamentablemente, por la opacidad reinante en la información pública en Venezuela, no ha sido posible obtener un número de inscritos más actualizado para el momento de la preparación de este trabajo.

Esta discrecionalidad, si bien encuentra los límites legales y reglamentarios antes desarrollados, sin embargo, es a todas luces excesiva y de suma gravedad si tomamos en consideración que pueden ser cumplidos al mismo tiempo por una gran cantidad de personas inscritas en el Registro Nacional de Contratistas, y que, además, es aplicable en la génesis del procedimiento administrativo de selección de contratistas, atentando directamente contra principios reconocidos por la propia Ley de Contrataciones Públicas, como lo son, los de transparencia, competencia y publicidad. Al respecto, el trámite de una modalidad de selección de contratistas no puede ser ni pública ni transparente ni mucho menos puede garantizar la competencia, cuando la sola existencia de la modalidad de selección está sometida a la más amplia opacidad y se limita el acceso de potenciales participantes con base en los poderes discrecionales de la unidad contratante.

Además, estas barreras de entrada que imponen grandísimas limitaciones a la competencia, tienen un efecto directo sobre el crecimiento productivo del país, e incluso se puede afirmar, que la pérdida en eficiencia que produce la adjudicación de un contrato estatal permeado por colusión o por corrupción tiende a ser mayor que la pérdida derivada de la colusión que se produce en transacciones privadas, ya que, como afirma SERRANO-PINILLA, el bien o servicio objeto de un contrato estatal normalmente impacta la mayoría de los sectores en la economía, en especial cuando está relacionado con proyectos de infraestructura²². Es por ello, que la ausencia de competencia en la contratación pública trae como consecuencia una serie de efectos económicos negativos, no solo sobre el presupuesto público del órgano o ente contratante, sino que estos efectos repercuten en los distintos actores económicos asociados a la contratación²³.

En todo caso, un sistema de contratación verdaderamente transparente, competitivo y público, necesariamente debe partir de la idea fundamental de permitir el más amplio acceso a los potenciales participantes, colocando en cada persona la decisión de participar o no en el procedimiento de selección, con base en información previa que se haga de conocimiento público, y limitando la posibilidad de que el contratante pueda influir en la cantidad de participantes que pueden presentarse en un determinado procedimiento. En consonancia con GORDILLO, interesa lograr el mayor número posible de oferentes para que las posibilidades de comparación sean más amplias, a fin de que la autoridad

²² Felipe Serrano-Pinilla, "El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 19 (2011), 155.

²³ Daniel Rosas Rivero, "La doble concepción del principio de competencia en la contratación pública venezolana", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 74, 2021, 593.

cuenta con múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual²⁴.

Es por ello, que no encuentra justificación lógica en el establecimiento de un sistema de contratación pública que impone barreras insalvables para la participación plural en el trámite de las modalidades de selección de contratistas, más que el hecho de tener la voluntad de instaurar un sistema opaco, donde la discrecionalidad del contratante sea de tal envergadura que se le permita y se le autorice a restringir el acceso de potenciales oferentes al trámite de una modalidad de selección de contratistas, con fines que indudablemente deben estar dirigidos a la satisfacción de un interés personalísimo y no del interés general, imponiendo de esta forma límites expresos al establecimiento de una Administración Pública verdaderamente eficiente y transparente.

Es de suma importancia, que en una futura reforma de la legislación de contratación pública venezolana, transitemos hacia un sistema similar al existente en otras legislaciones internacionales, en el cual la publicidad y transparencia de los procedimientos de selección de contratistas sean la base fundamental en torno a los cuales se construya toda el sistema de selección de contratistas, despojando al contratante de la posibilidad de limitar el acceso a los mismos, e imponiendo la obligación de contar con sistemas electrónicos que permitan que cualquier interesado tenga conocimiento del procedimiento de selección de contratistas, y así eliminar la amplísima discrecionalidad del contratante en la selección de los oferentes y trasladar la decisión sobre la participación en el mismo hacia los interesados.

Lo anterior es pieza fundamental y necesaria para el desarrollo del país, como reconoce DJANKOV et al., al afirmar que la promoción de sistemas y procesos de contrataciones públicas eficientes y transparentes, a través de mercados competitivos, puede contribuir a la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, por medio de la creación de nuevos bienes y servicios públicos, una mejor calidad de estos y menores precios²⁵.

IV. La discrecionalidad en la administración y ejecución de los aportes en dinero provenientes del compromiso de responsabilidad social

La Ley de Contrataciones Públicas del año 2014, en su artículo 6.24 literal "e", establece como una de las demandas sociales que pueden ser

²⁴ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014), 491.

²⁵ Simeon Djankov et al, *Public Procurement Regulation and Road Quality* (Washington: Banco Mundial, 2017), https://www.researchgate.net/publication/321039112_Public_Procurement_Regulation_and_Road_Quality, 2.

atendidas a través del compromiso de responsabilidad social, los *“Aportes en dinero o especie a programas sociales determinados por el Estado o a instituciones sin fines de lucro”*.

En tal sentido, hasta la entrada en vigencia de la vigente Ley de Contrataciones Públicas del año 2014, los contratantes podían destinar dichos aportes en dinero a los programas sociales o a las instituciones sin fines de lucro que libremente pudieran determinar, según las necesidades específicas del entorno social del contratante o del sitio de ejecución contractual. Al respecto, bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas del año 2010²⁶, no existían en el referido instrumento jurídico normas específicas que regularan la aplicación del compromiso de responsabilidad social, por lo que debíamos acudir a las normas reglamentarias.

En ese orden de ideas, los programas sociales determinados por el Estado y las instituciones sin fines de lucro que serán beneficiarias de los aportes en dinero provenientes del compromiso de responsabilidad social, eran asignados discrecionalmente por el contratante, aunque el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas impone ciertos límites a esa discrecionalidad, al establecer en el artículo 39, que el fin del compromiso de responsabilidad social es *“aprovechar las potencialidades y ventajas competitivas de los Contratistas beneficiarios de la adjudicación del contrato para satisfacer las necesidades o requerimientos sociales que maneje el órgano o ente contratante”*, y en el artículo 41 obliga a que este compromiso se ejecutará mediante proyectos sociales que *“serán constituidos por la información de las necesidades del entorno social del órgano o ente contratante o de las comunidades organizadas ubicadas en las áreas de influencia de los mismos”*.

Así, bajo la vigencia de la hoy derogada Ley de Contrataciones Públicas del año 2010, el contratista cumplía con el compromiso de responsabilidad social, generalmente mediante la entrega de un cheque al programa social o a la institución sin fines de lucro que hubiese sido designada como beneficiaria por el contratante en el pliego de condiciones y en el contrato, y por el monto y en la oportunidad allí establecido.

Con base en lo anterior podemos afirmar que, bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas del año 2010, el contratante, discrecionalmente, podía fijar el destino de los aportes en dinero provenientes del compromiso de responsabilidad social, pero bajo las limitaciones antes indicadas que están previstas en el Reglamento.

Adicionalmente, otra evidencia de la discrecionalidad en materia de compromiso de responsabilidad social antes de la reforma del año 2014, la podemos encontrar en el establecimiento del valor del referido

²⁶ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.503 del 06-09-2010.

compromiso. Así. La Ley vigente hasta ese momento, no establecía una norma específica al respecto, debiendo aplicarse lo previsto en el artículo 35 del Reglamento, que imponía un valor mínimo del 1% y un valor máximo del 5% del monto del contrato suscrito, quedando a discreción del contratante la selección del porcentaje específico aplicable en una contratación determinada. Sin embargo, dicha discreción debía ejercerse a través de la fijación de los porcentajes a ser aplicados a cada condición del compromiso de responsabilidad social, así como, fijando categorías o escalas proporcionales con base en los montos de los contratos a ser suscritos.

Es decir, que el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas pareciera cumplir con las exigencias previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁷, que en su artículo 12 establece que, aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, se deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma.

Hasta ese momento, podemos afirmar, que existía un sistema discrecional en la asignación de los beneficiarios de los aportes en dinero provenientes del compromiso de responsabilidad social y en la selección del porcentaje aplicable en cada contratación, aunque esa discrecionalidad encontraba los límites antes citados. Ahora bien, esa discrecionalidad se debía principalmente a la ausencia de regulación específica en la materia, ya que, hasta ese momento, el legislador había dejado la regulación del compromiso de responsabilidad social en manos del reglamentista, que a su vez delegó la determinación de importantes aspectos de la institución, a la discrecionalidad del contratante, todo lo cual llevaba a estos a regular el cumplimiento del compromiso de responsabilidad social, tanto en los pliegos de condiciones o condiciones generales de contratación, como en los contratos.

Sin embargo, esa discrecionalidad sufrió cambios significativos, en nuestro criterio, con implicaciones negativas en al menos uno de los casos, como consecuencia de la reforma de la Ley de Contrataciones Públicas en el año 2014, que incluyó un nuevo capítulo para regular la institución del compromiso de responsabilidad social.

En primer lugar, en nuestra opinión, de manera acertada, el artículo 31 eliminó la discrecionalidad en la determinación del porcentaje del monto del contrato que se debe exigir como compromiso de responsabilidad social, estableciendo para tal fin un porcentaje fijo del 3% sobre el monto de la contratación.

²⁷ Publicada en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinaria de 01-07-1981.

Ahora bien, en segundo lugar, el legislador incluyó el artículo 33 en la hoy vigente Ley de Contrataciones Públicas, que es una norma que impone importantes restricciones a los contratantes, despojándolos de la capacidad de recaudación y administración directa de estos aportes en dinero. Sobre el particular, el Artículo 33, establece lo siguiente:

Artículo 33. El Compromiso de Responsabilidad Social que se reciba a través de aportes en dinero será depositado en el Fondo de Responsabilidad Social, el cual se creará como patrimonio separado e independiente del Tesoro Nacional, bajo la administración y supervisión directa del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela, o la autoridad que este señale.

La naturaleza y forma de funcionamiento del Fondo de Responsabilidad Social será establecida mediante Decreto.

Conforme a esta nueva norma, los contratantes que seleccionen como mecanismo de cumplimiento del compromiso de responsabilidad social, el mecanismo contenido en el literal “e” del artículo 6.24, es decir, el aporte en dinero o especie a programas sociales determinados por el Estado o a instituciones sin fines de lucro, ya no pueden exigir la entrega directa del monto de dinero previsto en el contrato, a un programa social o institución sin fines de lucro que el contratante designe como beneficiaria, sino que el aporte debe ser obligatoriamente depositado en el Fondo de Responsabilidad Social, bajo la administración y supervisión directa del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, o la autoridad que este señale.

El referido Fondo fue creado mediante Decreto número 1.947 del 19-08-2015²⁸ bajo la denominación Fondo Negro Primero, como servicio desconcentrado sin personalidad jurídica, administrado, supervisado e integrado al Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno (artículo 1); siendo su objeto fundamental *“la captación, administración y pagos con los recursos provenientes de los aportes en dinero correspondientes al cumplimiento del Compromiso de Responsabilidad Social, constituyéndose este servicio desconcentrado en el único receptor de tales aportes”* (artículo 2).

La creación de este Fondo para centralizar la recaudación, administración y ejecución de los aportes en dinero como mecanismo de cumplimiento del compromiso de responsabilidad social, es un ataque directo y evidente a la descentralización administrativa y a la capacidad de gestión y administración de los contratantes, así como hacia la naturaleza jurídica social del compromiso de responsabilidad social.

²⁸ Publicado en Gaceta Oficial N° 40.727 Extraordinaria del 19-08-2015.

En tal sentido, según información que aparece en la página web del Fondo Negro Primero²⁹, cuya base legal no es citada ni se encuentra entre las normas dictadas a través del Decreto N° 1.947 del 19-08-2015, el aporte en dinero captado por concepto de los recursos provenientes del cumplimiento del compromiso de responsabilidad social es distribuido de la siguiente manera: 60 % destinados a proyectos sociales dictados por el Ejecutivo Nacional, 37 % destinado a proyectos sociales presentados por los órganos y entes del Poder Público, 3 % destinados para gastos operativos y de funcionamiento del Fondo Negro Primero.

Adicionalmente, se indica en esa misma página web, una vez más, sin base legal que lo fundamente, que cuando los órganos y entes del Poder Público en condición de aportantes no presenten proyectos para hacer uso de los recursos aportados por concepto de compromiso de responsabilidad social dentro del ejercicio fiscal correspondiente, el Servicio Desconcentrado Fondo Negro Primero pondrá dichos recursos a la disposición del ciudadano Presidente de la República para la ejecución de los proyectos sociales que considere prioritarios.

Con base en lo anterior podemos afirmar, que lo establecido en el artículo 33 de la Ley de Contrataciones Públicas del año 2014, en relación con la centralización de la recaudación, administración y ejecución de los aportes en dinero provenientes del cumplimiento del compromiso de responsabilidad social, sumado a la forma de distribución que el Fondo Negro Primero ha dispuesto sobre los referidos aportes, impone un nuevo sistema discrecional en la administración de los recursos.

En tal sentido, el sistema discrecional existente hasta la reforma ocurrida en el año 2014, con base en el cual se asignaban los beneficiarios de los aportes en dinero provenientes del compromiso de responsabilidad social, así como para la selección del porcentaje aplicable en cada contratación, fue parcialmente resuelto por el legislador al establecer para el último caso un porcentaje fijo para calcular el valor del compromiso responsabilidad, gracias a la inclusión del artículo 31.

Sin embargo, el artículo 33 no solucionó la amplia discrecionalidad para la asignación de los beneficiarios del compromiso de responsabilidad social. Por el contrario, esta discrecionalidad se trasladó de los contratantes al Presidente de la República, mediante atribución expresa atribuida en el artículo 3 del Decreto N° 1.947 del 19-08-2015, según el cual, los aportes recibidos deberán ser utilizados para *“satisfacer las demandas sociales de producción o de inversión, debidamente autorizadas por el Presidente de la República, que sean sometidas a su*

²⁹ “Compromiso”, Fondo Negro Primero, <http://www.fnp.gob.ve/index.php/compromiso/>

consideración por los órganos, entes, personas naturales y jurídicas, así como las comunidades”.

Es decir, el Fondo Negro Primero es el órgano competente para recaudar los aportes en dinero, y posteriormente, el contratante, los entes, personas naturales y jurídicas, así como las comunidades, que deseen tener acceso a dichos recursos para satisfacer alguna demanda o necesidad social, deben presentar un proyecto para que, previa aprobación del Presidente de la República, esos aportes, o al menos una parte de ellos, puedan ser aprobados para el fin social presentado (artículos 3 y 6.2 del Decreto N° 1.947).

En caso que el contratante, los entes, personas naturales y jurídicas, así como las comunidades, no presenten los proyectos para acceder a los recursos provenientes de los aportes en dinero del compromiso de responsabilidad social, el Decreto N° 1.947 no establece expresamente nada al respecto. Sin embargo, como ya dijimos, según información que aparece en la página web del Fondo Negro Primero, cuya base legal no es citada, *“cuando los Órganos y Entes aportantes no presenten proyectos para acceder a los recursos aportados, el Fondo Negro Primero pondrá dichos recursos a la disposición del Presidente de la República para la ejecución de los proyectos sociales que considere prioritarios”.*

Con base en lo anterior podemos afirmar, que tales previsiones trasladan la discrecionalidad de los contratantes hacia el Presidente de la República, obviando el establecimiento de reglas específicas para la selección de los proyectos sociales que serán beneficiarios de los recursos. El único atisbo de regulación lo encontramos en la página web del Fondo Negro Primero que, sin citar norma específica, nos indica que los recursos se aplicarán para proyectos sociales que el Presidente de la República considere prioritarios.

Esta discrecionalidad tampoco asegura que el compromiso de responsabilidad social, en el caso del mecanismo de ejecución de aportes en dinero a programas sociales o a instituciones sin fines de lucro, cumpla con lo previsto en el artículo 32 de la Ley de Contrataciones Públicas, que impone la obligación de aplicar dicho compromiso *“a proyectos sociales y solicitudes, determinados en base a la información de las necesidades del entorno social que reciba el órgano o ente contratante”*, ya que, según información que citamos anteriormente que reposa sin base legal en la página web del Fondo Negro Primero, el 60 % de los aportes en dinero captados por concepto de los recursos provenientes del cumplimiento del compromiso de responsabilidad social, son destinados a proyectos sociales dictados por el Ejecutivo Nacional, y el 37 % es destinado a proyectos sociales presentados por los órganos y entes del Poder Público.

En conclusión, la nueva previsión legal contenida en el artículo 33 de la Ley de Contrataciones Públicas, en concordancia con el Decreto N° 1.947, y con las normas internas que pareciera haber dictado el Fondo Negro Primero, estas últimas que aparecen en su página web, atenta contra la descentralización administrativa, así como contra la naturaleza jurídica social del compromiso de responsabilidad social, que está dirigida, no a la satisfacción de cualquier demanda o necesidad social sino a la satisfacción de requerimientos, demandas o necesidades sociales del entorno social o comunitario donde se ejecuta un contrato administrativo o de la comunidad del entorno del ente contratante y, adicionalmente, perpetúa la vigencia del sistema de discrecionalidad en la asignación de los fondos provenientes del compromiso de responsabilidad social, pero con la agravante de alejar la recaudación, administración y ejecución de estos fondos aún más del ciudadano, ya que los lleva del ámbito local y descentralizado (contratantes) al ámbito nacional y centralizado (Presidente de la República).

Conclusiones

De conformidad con lo analizado en este trabajo, en el ámbito del trámite de las modalidades de selección de contratistas, tanto la unidad usuaria como la unidad contratante, tienen atribuidas legalmente potestades discrecionales que en nuestro criterio son excesivas e incluso contrarias al propio marco normativo vigente en la materia.

En tal sentido, para la determinación de la modalidad de selección de contratistas aplicable a una contratación en específico, el legislador diseñó un sistema de amplísima excepcionalidad y discrecionalidad que conlleva dilucidar un mar de excepciones sumamente casuísticas y subjetivas, con la consecuencia que, tal decisión sobre la modalidad de selección que resulta aplicable, determina los tiempos, requisitos aplicables y el nivel de publicidad que tendrá el procedimiento, quedando todo ello abierto a la determinación por parte de los contratantes.

Adicionalmente, la Ley de Contrataciones Públicas habilita al Presidente de la República para expandir discrecionalmente la lista de excepciones aplicables a los parámetros cuantitativos, con la consecuencia de convertir esa lista de excepciones, que inicialmente se encuentra en 37 casos previstos en la Ley de Contrataciones Públicas, en un número prácticamente abierto, con la única limitación legal de que los bienes, servicios y obras, se consideren estratégicos, lo cual no encuentra definición ni límites adicionales en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, el legislador y el reglamentista establecieron un conjunto de límites y criterios aplicables al ejercicio de la discrecionalidad en la selección de los participantes del concurso cerrado, la consulta precios y la contratación directa, pero en la práctica, erraron en el diseño

normativo de estas modalidades de selección de contratistas, ya que, en primer lugar, los requisitos de selección son tan amplios y genéricos que pueden ser cumplidos por múltiples personas, no quedando claro el criterio que pudiera utilizar la unidad contratante para reducir dicho número, al menos, a los mínimos exigidos por la ley; y, en segundo lugar, el método de invitaciones a participar que prevé el ordenamiento jurídico para estas tres modalidades de selección, trae como consecuencia que los únicos que tienen conocimiento del procedimiento de selección de contratistas, son aquellos que son invitados individualmente a presentar oferta, ya que ni las invitaciones a presentar oferta ni ninguno de los actos y etapas del procedimiento es de conocimiento público, incluso, aun participando en el procedimiento de selección, los participantes no tienen forma de conocer su competencia, sino hasta que puedan tener acceso al expediente, una vez culminado el trámite del procedimiento.

Es por todo lo expuesto anteriormente que podemos concluir, que el sistema de contratación pública venezolano otorga una amplísima discrecionalidad a los contratantes, lo cual trae como consecuencia el establecimiento de un sistema sumamente opaco, casuístico y limitativo, que atenta contra los principios de transparencia, publicidad y competencia, que son de obligatoria observancia de conformidad con el marco normativo vigente en la materia, siendo necesaria una amplia reforma de este sistema y el establecimiento de uno verdaderamente público, transparente y competitivo. ■

Los procedimientos relativos a la protección del consumidor y el usuario: Especial consideración en torno a su reciente informalidad

Fernando Javier DELGADO RIVAS*

REDAV, N° 26, 2023, PP. 119-143

Resumen: El presente artículo se propone un breve desarrollo sobre la actualidad de los procedimientos administrativos relativos a la protección del consumidor y el usuario en Venezuela; mediante una breve reseña histórica de los antecedentes legislativos que han venido estableciendo estos procedimientos, y su comparación con la legislación actual, se pretende resaltar la reciente informalidad o falta de procedimientos expresamente establecidos, todo esto a la luz de las normas y principios que rigen la materia en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Principio de legalidad – Procedimiento administrativo – Reserva legal.

Abstract: *The present article is devoted to performing a briefly analysis upon the today administrative procedures related to the consumer protection regulations in Venezuela. Through a shortly historical review of the legislative precedents -pointing out its contrasts with respect the today valid legislation- we aim to emphasize the recent lack of procedures expressly provided by the law, considering the fundamental laws and principles that govern the Venezuelan legal framework.*

Keywords: *Rule of Law – Administrative Procedure – Legal reserve.*

Recibido

30-08-2023

Aceptado

25-09-2023

Introducción

Desde de la segunda mitad del siglo XX, y en virtud de la plena vigencia de un sistema democrático fundamentado en un Estado de Derecho¹, en Venezuela se han promulgado una gran variedad de textos legislativos y normativa en general para la regulación u ordenación de

* Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014), Especialista en Derecho Administrativo por la misma Universidad (2020). Especialista en Propiedad Intelectual por la Universidad Monteávila (2022).

¹ Moldeado por las consideraciones que sobre el Estado Social de Derecho y de Justicia –que establece nuestra Constitución– se han tenido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Para un detallado estudio sobre el Estado Social y sus implicaciones, sobre todo desde el punto de vista de los derechos prestacionales –los cuales a veces se consideran al mismo tiempo una carga para la administración pública– véase: Luis Alberto Petit Guerra: *El Estado Social Los contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

una gran variedad de actividades relacionadas con el comercio, la industria y la economía en general. Específicamente respecto al comercio, se nos han presentado en este devenir, en una primera etapa las normas de protección a los consumidores de bienes, abarcando posteriormente también a los usuarios de servicios.

La motivación principal de estas normas ha sido aquella de la necesidad de poder generar las condiciones más justas y propicias posibles, para una sociedad cuyo marco constitucional es aquél de un Estado de Social de Derecho², en el que generalmente se concibe la obligación del Estado de procurar una mínima satisfacción de derechos de índole económico y social.

Aunque al mismo tiempo, podríamos decir que se han podido motivar también en el hecho de que para disfrutar de las características de un mercado libre y desde cierto punto de vista neutral, existe un consenso³ de que para ello en ciertas circunstancias se hace necesaria una determinada intervención del Estado –a través de los entes y órganos de la administración pública– en las relaciones comerciales entre particulares, las cuales en un principio se regían únicamente por el principio del derecho civil de la autonomía de la voluntad de las partes, así como por los demás normas de derecho mercantil⁴ surgidas históricamente de las costumbres entre los comerciantes.

² El así llamado Estado Social, se conoce generalmente como una complementación o quizás hasta como un estadio superior del Estado de Derecho liberal clásico, en el que ahora el Estado se propone intervenir positivamente en la sociedad, para procurar la satisfacción de necesidades económicas básicas de la población, muchas veces tratando de lograr un equilibrio entre las relaciones económicas de los particulares, cuando se considera que las partes de una relación se encuentran o en condiciones desiguales o que una de éstas se estima como el “débil jurídico” de ésta.

³ De nuestra parte opinamos que no es desatinado afirmar que son muy pocos –sino casi inexistentes– los criterios de la doctrina que postulan una total ausencia de la intervención estatal entre las relaciones económicas de los particulares, principalmente a través de la actividad de policía administrativa, que es en la que resalta inequívocamente la condición de autoridad de la administración pública, dirigida a tutelar el interés general y los principios programáticos que sobre la economía consagra nuestra Constitución. Al respecto, RAFAEL BADELL MADRID ha señalado sobre este tipo de intervención en particular que *“corresponde al Estado moderno intervenir en la protección del derecho de libre empresa y crear, a través de la regulación, la seguridad jurídica necesaria para el efectivo ejercicio de la libre iniciativa empresarial e industrial (...) Debe haber un equilibrio entre la eficiencia económica y la justicia social, dando libertad y protegiendo la iniciativa privada a la par de que se resguarda el interés colectivo”*. Rafael Badell Madrid, “Fundamentos Jurídicos de la Regulación Económica” en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías” El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*, Tomo II. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, p. 50.

⁴ En efecto, la doctrina ha afirmado que uno de los orígenes fundamentales del derecho mercantil, fueron las costumbres entre los comerciantes, surgidas

En el marco de estas normas se han venido creando igualmente distintos procedimientos administrativos especiales, relativos a la materia de protección de los derechos de los consumidores y los usuarios. Esto debido a que la administración pública –en tanto encargada de tutelar el interés general en forma directa e inmediata⁵–, debe ajustar todas sus actuaciones a los principios de legalidad y de reserva legal, y consecuentemente debe ejecutarlas mediante el seguimiento de procedimientos administrativos expresamente establecidos por ley.

Este desarrollo procedimental se viene a producir y desarrollar entre nosotros, sobre todo a partir de la última y primera década de los siglos XX y XXI, respectivamente. Dichos procedimientos se trataron principalmente de unos del tipo sancionatorio, establecidos con miras a dictar las respectivas sanciones a los particulares que cometieren infracciones o ilícitos contemplados en esas leyes, pero posteriormente llegaron a incluir a unos más especiales aún y hasta de una relativa naturaleza arbitral⁶, dirigidos a dirimir –e inclusive conciliar o mediar– controversias entre los particulares, cuando cualquiera de éstos hubiere denunciado a otro por la presunta infracción y correspondiente violación de los derechos subjetivos del otro, en materia de protección al consumidor y el usuario.

Con la entrada en vigor del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, comenzaron a observarse algunos cambios de importancia en torno a estas normas. En efecto, el enfoque de la protección al consumidor y el usuario en general dio un giro claramente político y hasta ideológico⁷.

principalmente a partir de la Edad Media. La doctrina también es cónsona en reconocer la autonomía del derecho mercantil, con respecto al derecho civil o privado. Véase Alfredo Morles Hernández: *Curso de Derecho Mercantil Introducción. La Empresa. El Empresario. Tomo I*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2010.

⁵ En este caso nos apegamos a la visión de la doctrina clásica italiana, siendo que uno de sus exponentes, GUIDO ZANONIBI afirmó lo siguiente sobre el concepto de administración (pública) como “*la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender de manera inmediata, los intereses públicos que toma a su cargo para el cumplimiento de sus fines*” citado por Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo, XIII edición*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2008, p. 32.

⁶ Esta característica de arbitral es lo que hace que estos procedimientos sean igualmente calificados de una naturaleza “cuasijurisdiccional”, sobre ello volveremos más adelante.

⁷ Durante el segundo gobierno de Hugo Chávez (2006-2012) la legislación dictada durante ese periodo (muchas de la cual fue a través de los decretos leyes en el marco de leyes habilitantes), dio un claro y definitivo giro hacia el socialismo pregonado por esa misma administración. Sobre el devenir ideológico del Estado venezolano, especialmente en los últimos tiempos, véase: Manuel Rachadell: *Evolución del Estado venezolano 1958-2015, de la conciliación de intereses al populismo autoritario*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

No obstante, el espíritu de las leyes anteriores se siguió manteniendo en ese Decreto Ley, al menos en una parte, concretamente en lo que respectaba a los fines no solo represivos o sancionatorios de ciertas conductas prohibidas, sino también en los de educación y formación de los particulares en general en materia de protección al consumidor y el usuario, así como también en el mantenimiento de todas las vías procedimentales que se habían venido estableciendo en textos legales anteriores hasta ese momento.

Luego, con las reformas posteriores a ese texto legal, el cual además había sustituido al ente competente en la materia que era el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), por el Instituto Para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios (INDEPABIS)⁸, desde la doctrina se fueron presentando muchas más críticas, sobre todo en lo que se refería a los derechos fundamentales relacionados con la libertad económica, punto este que será brevemente desarrollado un poco más adelante.

Pero el hecho particular que más nos atañe en esta oportunidad, es lo sucedido con la entrada en vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, el cual –entre otras muchas disposiciones muy polémicas y de mucha afectación a la economía nacional– derogó los procedimientos de conciliación o mediación, relativos a la protección al consumidor y al usuario, que desde hace bastante tiempo se habían venido estableciendo y desarrollando por el legislador venezolano, y que a la par venían también ya siendo muy utilizados y reconocidos por lo particulares en la práctica.

Así pues, consideramos que resulta oportuno y conveniente resaltar este hecho, no solo por la razón de que tácitamente parece haberse abandonado una cultura legislativa moderna y avanzada de protección al consumidor y al usuario en nuestro país, sino también –y más grave aún– en lo que respecta a la evidente informalidad y ausencia de procedimientos expresamente establecidos por instrumentos con rango de ley; muy especialmente de aquellos relativos a la posibilidad de tramitar la conciliación y el arbitraje entre los particulares, que llevaban anteriormente los entes y órganos competentes.

A los efectos de lo anterior, nos proponemos en primer lugar una muy breve reseña histórica de los antecedentes legislativos previos a la polémica legislación vigente en la materia, para así –mediante el análisis comparativo– resaltar la referida ausencia procedimental y lo que ésta implica frente a los principios fundamentales que nuestro

⁸ Hoy en día suprimido, estableciéndose en sustitución de aquél la Superintendencia Nacional Para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos.

ordenamiento jurídico impone como límite a las actuaciones de la administración pública, como garantía de los derechos de los particulares.

I. Antecedentes legislativos

Conforme a un detallado estudio⁹ que realizó la profesora NAYIBE CHACÓN sobre el desarrollo histórico de la legislación de protección al consumidor y al usuario en Venezuela, en un primer momento ésta se planteó exclusivamente como objeto de aplicación o regulación a los bienes de consumo principalmente, y por ende no estaba dirigida aún hacia la protección de los particulares consumidores directamente.

Los primeros ensayos de este tipo de normativa surgirían entonces a partir de los años de la post guerra del siglo XX, producto de

...una especial situación económica y social derivada de la Segunda Guerra Mundial y que protegían al consumidor, no como lo hacemos hoy en día, sino en forma indirecta, toda vez que ella pretendía evitar la carestía, el acaparamiento o las indebidas elevaciones de los precios de bienes, servicios y vivienda¹⁰.

En ese contexto, y tal y como también lo señala la profesora CHACÓN, fueron dictados los primeros textos legales de esa naturaleza en nuestro país, los cuales citamos de seguidas: **(i)** Ley sobre Pesas y Medidas de 1939: Derogada por la Ley de Medidas de 1964, y ésta a su vez por la Ley de Metrología de 1980¹¹, la cual permaneció en vigencia hasta que se dictó el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de reforma parcial de la Ley de Metrología¹²; **(ii)** Ley sobre Propaganda Comercial¹³ de 1944: Aplicaba a esa materia en especial, y a lo que esa Ley denominaba "sistemas de bonificación al consumidor"; **(iii)** Ley contra el Acaparamiento y la Especulación¹⁴ de 1947: Dirigida principalmente a evitar ese tipo de prácticas consideradas como injustas, en lo que a bienes declarados de primera necesidad respectaba y es tenida como antecedente del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Defensa Popular Contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios¹⁵.

⁹ Nayibe Chacón Gómez: "Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que 'precios justos'" en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 9, 2017.

¹⁰ Magdalena Salomón de Padrón: "La protección al consumidor y las limitaciones a la actividad económica" en *Revista de Derecho Público* N° 35, 1988, p. 42, citada por Nayibe Chacón Gómez, cit., p. 145.

¹¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 2.717 del 30-12-1980.

¹² Publicada en Gaceta Oficial N° 38.819 del 27-11-2007.

¹³ Publicada en Gaceta Oficial N° 21.503 del 06-09-1944.

¹⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 22.380 del 07-08-1947.

¹⁵ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.862 del 31-01-2008.

Se evidencia pues, como estas primeras normas se enfocaron fue en la regulación de actividades relacionadas al bien o al producto comercial, y no tanto a las relaciones entre comerciante y consumidor o usuario. Por ello resulta muy curioso que en tiempos más recientes parece que hemos vuelto a ese enfoque regulatorio dirigido a las cosas y bienes, abandonando al sujeto o particular¹⁶, que es el avance que se dio posterior a estos primeros ensayos legislativos. Sobre este particular hecho nos ocuparemos también más adelante.

Es en el año 1974 que se promulga la primera ley que hace mención expresa a la protección del sujeto o particular, es decir a las personas. Se trató de la Ley de Protección al Consumidor¹⁷, mediante la cual se creó por vez primera un órgano o ente especializado de la administración pública, competente para ejercer las potestades establecidas en ese texto con la finalidad de velar por los derechos de los consumidores, la Superintendencia de Protección al Consumidor. Este texto legal significó un notable avance con respecto a las leyes en la materia anteriores. Pero no es sino hasta el año 1995 que aparecería la primera ley que hiciera mención del usuario de servicios también, como sujeto o persona objeto de protección legal.

La Ley de Protección al Consumidor y Usuario¹⁸ de 1995 y su respectiva reforma¹⁹, es quizás el antecedente más importante, en tanto establecedor de los procedimientos de protección al consumidor y el usuario entre nosotros. Nos enfocaremos un poco más en el análisis de este importante instrumento normativo, mediante el cual se inició una verdadera cultura jurídica –que se reflejó en la práctica también– de protección al consumidor y al usuario en Venezuela.

1. Ley de Protección al Consumidor y al Usuario

El texto legal dictado con inmediata anterioridad a esta Ley (la Ley de Protección al Consumidor) –y que de hecho le sirvió de base, siendo que, aun produciéndose el cambio de nombre de la ley, la técnica legislativa empleada fue la de una reforma– ya había establecido en forma un tanto genérica un procedimiento sancionatorio, junto con las potestades conciliatorias y arbitrales otorgadas al Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU)²⁰.

¹⁶ Sobre ello se pronuncia tajantemente la profesora NAYIBE CHACÓN al afirmar que *“todos estos aspectos se deben tener en cuenta en el momento de acometer la regulación de protección a los consumidores y usuarios, ya que todos estos se encuentran consagrados como derechos humanos, no solo los ‘precios justos”*. Nayibe Chacón Gómez, cit., p. 164.

¹⁷ Publicada en Gaceta Oficial N° 1.680 del 02-09-1974.

¹⁸ Publicada en Gaceta Oficial N° 4.898 del 17-05-1995.

¹⁹ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.930 del 04-05-2004.

²⁰ Llamado en la ley de protección al consumidor reformada Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor (IDEC).

Pero fue mediante la reforma de la ley que se estableció inclusive un título sobre los procedimientos, separándose por capítulos el establecimiento expreso y lo suficientemente detallado del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio y el de los procedimientos de conciliación y arbitraje.

En efecto, la Ley de Protección al Consumidor remitía a un reglamento el dictado de las normas que regirían el procedimiento de arbitraje y el de conciliación (art. 88), mientras que la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario les dedica un capítulo (Capítulo II del Título IX) aparte y los desarrolla directamente, resultando en un avance con respecto a la norma reformada. Es de destacar el hecho de que a medida que estas legislaciones iban reformándose --y en cierta forma perfeccionándose-- las actuaciones del ente competente venían cada vez más formalizadas o encuadradas en procedimientos ya expresa y directamente establecidos en éstas²¹.

La reforma del año 1995 es el texto legal en materia de protección al consumidor y al usuario que logró el mayor tiempo de vigencia en el país. Ya con la promulgación de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el año 1999, veríamos llegar en el año 2004 a una nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Si bien es cierto que no se empleó la técnica de reforma con respecto a la anterior, sino que más bien se empleó la derogación, consideramos que igual se mantuvo el mismo espíritu de la Ley anterior, aunque agregando varias disposiciones nuevas merecedoras de comentarios, las cuales ampliaron el ámbito de regulación en beneficio de los particulares, y en adaptación de aquel tiempo.

Una de las más resaltantes innovaciones de la reforma de 2004 fue el establecimiento del concepto de proveedor en la Ley y de un sistema de responsabilidad civil --relativa a la reparación de los daños a los particulares afectados-- y de responsabilidad administrativa²², siendo que la segunda en verdad siempre había estado presente implícitamente en las leyes anteriores por cuanto había sido una constante el establecimiento de sanciones de ese tipo; pero de la cual no se había hecho mención expresa con respecto a la figura del proveedor, sino hasta la Ley del 2004. Así, se constituirá la figura del proveedor como el principal sujeto pasivo de aplicación de la Ley.

Otra innovación a destacar fue el reconocimiento del comercio electrónico, como nueva realidad a ser también tomada en cuenta a los

²¹ Sobre la necesidad de formalizar las actuaciones de la administración pública, véase José Araujo Juárez: *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, Caracas. Vadell Hermanos Editores, 1993.

²² Véase: José Ignacio Hernández: "La Responsabilidad Civil y Administrativa del Proveedor en la Nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario" en *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.

efectos de la Ley, para lo cual se estableció una serie de regulaciones, lineamientos y obligaciones a los proveedores dentro de esta novísima modalidad²³. Esta Ley de 2004 también mantuvo y además desarrolló detalladamente las políticas de educación y orientación a la sociedad sobre los derechos de los consumidores y usuarios que ya habían venido siendo establecidas por las leyes anteriores, lo cual se llegó a reflejar incluso en los pensum de estudio de los sistemas de educación básica, media y diversificada del país.

Posteriormente, julio de 2008 marcaría el fin de las leyes denominadas como de protección al consumidor y al usuario, y con ello, de la supresión del INDECU, ente este que ya era bastante conocido entre los venezolanos. En el marco de una nueva Ley Habilitante²⁴ se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios²⁵ el cual –junto con sus reformas– reseñaremos brevemente de seguidas.

2. Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios

Tal y como lo habíamos indicado *ut supra*, el Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios fue el primero de una serie de reformas que le sucedieron y que mantuvieron la misma denominación. Así mismo, con esta serie de textos legislativo se creó –en sustitución del INDECU– el Instituto Para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), el cual mantuvo similares competencias a las que se le habían venido estableciendo al INDECU, incluidas aquellas relativas las de formación y educación de los consumidores y usuarios.

Entre las mayores innovaciones de este Decreto, está la inclusión de la llamada participación popular, muy promovida por la administración de ese momento. En efecto, uno de los capítulos de la novísima Ley se refería a la organización y participación popular, sustituyendo en cierta forma a las antiguas asociaciones de consumidores y usuarios. En especial se mencionan a los Consejos Comunales²⁶, los cuales, a través de los llamados “Comités de Contraloría Social”, contaban con competencias

²³ La protección del comercio electrónico fue establecida en el capítulo V (arts. 32 y ss.) de dicha ley.

²⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.617 del 01-02-2007.

²⁵ Publicado en Gaceta Oficial N° 5.889 del 31-07-2008.

²⁶ Son muchas las críticas que se han hecho a esta aparente figura de descentralización (no contemplada en la Constitución), y que además ha venido evolucionando, en el sentido de que sus fines son cada vez más circunscritos a los de alcanzar o lograr la implementación del socialismo, sistema político o económico este que tampoco nuestra Constitución vigente establece como único y excluyente de todos los demás. Sobre el devenir político y jurídico del Estado venezolano, incluidas reflexiones sobre la aparición de estas nuevas figuras y del llamado “Poder Popular”, véase: Manuel Rachadell, cit.

para verificar el cumplimiento de las normas de protección al consumidor y al usuario.

En cuanto a los procedimientos administrativos, en parte se mantuvo el establecimiento expreso de éstos, del ordinario sancionatorio y de una fase previa conciliatoria, descrita como un mecanismo alternativo de resolución de los conflictos, pero ahora excluyéndose totalmente la referencia a un procedimiento de arbitraje (Capítulo III del Título V). De modo que la regulación de los procedimientos ya no contaba con la misma amplitud, desarrollo y concreción que veníamos observando en las normas derogadas, algo que de hecho es señalado en la propia exposición de motivos de esta Ley²⁷.

Pero quizás uno de los puntos más polémicos y criticados de esta Ley –y de las reformas que le sucedieron– fue el establecimiento de las llamadas medidas preventivas, las cuales en opinión de gran parte de la doctrina²⁸ significaron evidentes violaciones a los derechos de libertad económica y de propiedad privada especialmente, en vista de la desproporcionalidad de estas disposiciones en cuanto a la afectación de esos derechos fundamentales.

²⁷ En efecto, la exposición de motivos de la norma indica en uno de sus párrafos que “Se busca responder de manera ágil y expedita a los derechos de las consumidoras, los consumidores, las usuarias y los usuarios, modificándose e incorporándose disposiciones sustanciales y simplificándose los procedimientos administrativos existentes, los de la oralidad como medio de subsanación procedimental, rompiéndose de tal manera con la rigidez y el convencionalismo, dogmatismo legal tradicional del procedimiento actual”. Llama mucho la atención la frase “dogmatismo legal tradicional del procedimiento actual” de cara a la situación sobre los procedimientos en la materia, con lo que pareciera desprenderse una intención del legislador favorecedora de una informalidad en estos procedimientos.

²⁸ Sobre los vicios de inconstitucionalidad, y el alto contenido ideológico que recientemente ha recaído sobre el debate que se ha presentado en la sociedad venezolana con respecto a este tipo de legislaciones, resulta de gran utilidad acudir a los estudios críticos que sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.049, de fecha 23-07-2009, hicieron los profesores Luis Alfonso Herrera Orellana, Tomás A. Arias Castillo y Andrea I. Rondón García (con Prólogo de Antonio Canova González), los cuales no se limitan únicamente a la clásica crítica jurídica, sino que también incluyen consideraciones filosóficas y no neutrales, en vista de las totalmente politizadas consideraciones que se pueden encontrar en ésta muy polémica sentencia. Como elemento curioso de esta sentencia, está el hecho de que una demanda de nulidad sobre varias disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, fue convertida por la Sala Constitucional en una defensa de varias disposiciones de la Ley Para La Defensa de Las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, basándose –a decir de los autores– en una interpretación totalmente impregnada de ideología socialista. Luis A. Herrera Orellana, Tomás A. Arias Castillo y Andrea I. Rondón García: *Del Estado Social de Derecho al Estado Total (Crítica filosófica-jurídica a la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.049, de 23 de julio de 2009)*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2010.

Las mencionadas medidas comprendían en efecto unas de considerable gravedad y afectación a los derechos de los proveedores de bienes y servicios o presuntos infractores, y podían dictarse inclusive en cualquier estado del procedimiento sancionatorio y también al momento de ejercer potestades de fiscalización por parte de los funcionarios del extinto INDEPABIS.

Entre estas podemos mencionar a algunas de las medidas que se podían dictar con ocasión de la iniciación de un procedimiento sancionatorio, que comprendían la clausura temporal de establecimientos, la ocupación temporal con intervención, el comiso de bienes, y la más grave aún "*Cualquier otra medida que resulte necesaria para garantizar de manera urgente el derecho de las personas al acceso a los bienes y servicios*" (art. 118, numeral 4), disposición esta última que en nuestra opinión se traduce en una total deslegalización o norma sancionatoria en blanco, propiciadora de actuaciones administrativas totalmente arbitrarias y contrarias al principio de legalidad y la garantía de reserva legal.

Aunado a todo lo anterior, esta Ley llegó inclusive a permitir la iniciación del procedimiento de expropiación de bienes, a todos los sujetos de aplicación de ésta (casi la totalidad de los actores en la vida económica del país, por cuanto no solo incluyó el concepto de proveedor, sino además el de importadores, productores, fabricantes y distribuidores), sin que ni siquiera mediase la declaratoria previa de utilidad pública e interés social, conforme a lo establecido no solo por la propia Ley que rige esa materia, sino por la misma Constitución, siendo esta situación a todas luces inconstitucional²⁹.

Con respecto a las demás reformas que sufrió este Decreto Ley, la primera de ellas fue mediante una reforma de ley aprobada por la Asamblea Nacional³⁰ que implicó una serie de ligeros cambios con respecto al reformado Decreto, de entre los cuales podemos mencionar el objeto de aplicación, condiciones sobre la información y marcaje de bienes y servicios, competencias del INDEPABIS, modificaciones relativas a las medidas preventivas y al sistema de sanciones.

²⁹ Aquí resulta útil recordar lo que establece expresamente la Constitución vigente al respecto, en su artículo 115: Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

³⁰ Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en Gaceta Oficial N° 39.165 del 24-04-2009.

La siguiente y última reforma de este grupo de leyes –antes de su derogatoria por la posterior legislación de precios justos– fue la del 2010³¹, igualmente dictada por la Asamblea Nacional, y que implicó –en forma similar a la anterior reforma– una serie de ligeras modificaciones a lo largo del texto, referidas a los temas de los bienes y servicios de primera necesidad, la declaratoria de utilidad pública, protección de intereses, disposiciones prohibitivas, medidas preventivas, entre otras de menor importancia.

Luego de esta muy sucinta reseña sobre los principales antecedentes legislativos de la Ley vigente que rige en la materia, procederemos a señalar algunas observaciones y críticas que se hicieron a los procedimientos administrativos que estas normas establecieron, con especial énfasis a los que se referían a los temas de conciliación y arbitraje. De igual forma volveremos brevemente sobre el tema de los vicios de inconstitucionalidad denunciados en estas normas, lo cual –como vimos– se vino presentando sobre todo desde el primer Decreto Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

3. Observaciones y críticas a los procedimientos en materia de protección al Consumidor y al Usuario

Por ser unos procedimientos relativamente novedosos y especiales dentro de la gama de normas o textos legislativos de este tipo que se vienen produciendo desde la segunda mitad del siglo XX en Venezuela, y aunado a que significaron la ampliación de la intervención de la administración pública en relaciones jurídicas que tradicionalmente habían quedado reservadas al ámbito del principio de autonomía de la voluntad de las partes, éstos fueron objeto del análisis y comentarios por parte de la doctrina en general e igualmente de cierto desarrollo jurisprudencial.

Así pues, señalaremos ahora algunas de nuestras observaciones y críticas, principalmente sobre la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del año 2004, y sobre la serie de leyes para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios que le siguieron.

La primera observación y, si se quiere, crítica que hacemos al contenido en cuanto a la materia procedimental de estas normativas especiales, es aquella que se refiere a la naturaleza de los llamados procedimientos de conciliación y arbitraje que se habían venido estableciendo como alternativa a los procedimientos sancionatorios, en los casos de que hubiese habido denuncia y la correspondiente iniciación a instancia de parte del respectivo procedimiento, o general respecto de las controversias que hubiesen podido suscitarse entre particulares.

³¹ Ley de Reforma Parcial de la Ley Para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.358 del 01-02-2010.

Estos particulares procedimientos de conciliación o de arbitraje, que en algunos de los casos comentados se configuraba como una posible fase previa del procedimiento sancionatorio –que podía implicar su terminación anticipada– tienen en efecto la peculiaridad de que éstos implican la resolución de un conflicto relativamente intersubjetivo entre particulares, por parte de un tercero supuestamente imparcial, que en este caso sería la administración pública a través del ente competente (INDECU y después INDEPABIS). Inclusive en el caso de las llamadas conciliaciones, si bien la posición del tercero –de la administración pública– no estaba tan marcada como la de un tercero decisor en un procedimiento arbitral, de todas formas, consideramos que se asemeja la suficiente a ésta para encuadrar en ese tipo de actuación similar a una jurisdiccional, dentro de un mismo contexto de conflicto intersubjetivo.

Este tipo de actuaciones procedimentales administrativas no son extrañas al resto de la legislación venezolana. De hecho, existen muchos otros ejemplos similares previos³² a éstos relativos a los procedimientos de protección al consumidor y al usuario. Este tipo muy especial de procedimiento ha sido catalogado por un sector de la doctrina³³ como “cuasijurisdiccional”, término este que a su vez ha sido acogido reiteradamente por la jurisprudencia patria, sobre todo en lo que respecta a sus efectos en los procesos de la fase de impugnación de los actos dictados en virtud de éstos, ante los órganos jurisdiccionales de la rama judicial del poder público³⁴.

A pesar de no haber sido objeto de mucho estudio por parte de la doctrina venezolana, los llamados procedimientos cuasijurisdiccionales no han escapado a las críticas de cierto sector de la doctrina. Así tenemos que la autora ROSIBEL GRISANTI BELANDRIA señaló en su momento la inexistencia de éstos³⁵, aunque mantuvo que esencialmente su conformación legislativa era procedente y no contraría a la Constitución, afirmando que se trataba de otro tipo de procedimiento administrativo más.

³² Los primeros en resaltar fueron los actos que dictaban las llamadas Comisiones Tripartitas en materia laboral, los cuales fueron establecidos por la Ley de Despidos Injustificados de 1974.

³³ Véase: Hildegard Rondón de Sansó: *Los actos cuasijurisdiccionales*. Ediciones Centauro, Caracas, 1990.

³⁴ Entre algunas de las sentencias que han reconocido la existencia y procedencia de la figura tenemos: Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 438 del 04-04-2001; N° 1036 del 05-05-2003; N° 368 del 26-04-2013.

³⁵ Rosibel Grisanti Belandria: *Inexistencia de los Actos Cuasijurisdiccionales*. Editorial Vadell Hermanos, Caracas, 1994.

Por su parte, el autor LUIS POMPILIO SÁNCHEZ³⁶, llegó a catalogarlos incluso de inconstitucionales, principalmente por el hecho de que muchos de éstos se habían convertido en un escollo u obstáculo previo, para poder ejercer el derecho a la acción ante los órganos jurisdiccionales competentes. No obstante, este autor sigue manteniendo la posibilidad de que la administración pública pueda llevar a cabo procedimientos de contenido arbitral, siempre y cuando estos sean por disposición y a solicitud de las partes en conflicto. Es de destacar, además, que la actividad arbitral ha sido reconocida como otra más, de entre las clásicas actividades (teoría general de la actividad administrativa) de policía, servicio público, fomento y gestión económica, especialmente en el derecho comparado³⁷.

Nuestra posición al respecto³⁸, y muy a pesar de toda la doctrina y jurisprudencia que, más que apoyado, lo que ha hecho es reconocer la existencia y procedencia de estos procedimientos, es que, si éstos no llegan a tutelar *directamente* un verdadero interés general, lo que lógicamente difiere de la tutela de los derechos subjetivos de un determinado particular –inclusive si se le considerase débil jurídico– no pueden entonces ser llevados por los entes y órganos de la administración pública, por cuanto ésta está llamada exclusivamente a la tutela directa e inmediata de los intereses generales, y no a otro fin o función en particular. Al respecto, el profesor JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ –como veremos más adelante ya había señalado esto como una posibilidad de inconstitucionalidad para el momento en que se encontraba vigente la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del año 2004.

Conforme a uno de los principios fundamentales que se erigen como pilares del Estado de Derecho en nuestro ordenamiento jurídico (el principio de separación orgánica de las ramas del poder público) consideramos que los órganos y entes de la administración pública pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público, son los únicos llamados a cumplir ese fin en particular de tutelar el interés general que acabamos de mencionar, en la forma que también indicamos y con exclusividad, por demás, con respecto al resto de las ramas del poder público.

³⁶ Luis Pompilio Sánchez: "La Inconstitucionalidad de los Actos Cuasijurisdiccionales" en *Boletín de Derecho Administrativo*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

³⁷ José Ramón Parada Vásquez: "Arbitraje y derecho administrativo. La actividad arbitral de la Administración" en *Revista gallega de administración pública*, N° 23, 1999.

³⁸ Al respecto, véase: Fernando Javier Delgado Rivas, "El Interés General en los Actos Cuasijurisdiccionales" en *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela Año 2020. En homenaje a los 40 años de la Especialización*. Centro para la Integración y el Derecho Público. Caracas, 2021, pp. 59-180.

De ahí que los entes y órganos públicos, pertenecientes a esa estructura o institucionalidad que supone la administración pública, sean lógicamente los únicos con la potestad de poder dictar actos que tengan el suficiente título ejecutivo, y de adicionalmente poder ejecutarlos ellos mismos, sin necesidad de acudir a los órganos de la rama judicial del poder público, como sí lo deben hacer todas las demás entidades y personas en el ámbito privado.

Adicionalmente –y en virtud de las anteriores consideraciones– la imparcialidad y objetividad³⁹ de la administración pública no puede en forma alguna –así lo creemos– ser entendida en forma idéntica a como lo es en el caso de los jueces o árbitros. Es por ello que creemos que el derecho a la igualdad entre las partes y al juez natural, amén de otros principios propios y rectores de los procedimientos verdaderamente jurisdiccionales, no pueden ser garantizados para la parte denunciada en los procedimientos de protección a los consumidores y usuarios –los proveedores y actores económicos en estos casos– lo cual lógicamente podría traducirse en la afectación de derechos relativos al debido proceso.

Aunado a todo a lo anterior, resalta el hecho también de que con la implementación de estos procedimientos de conciliación y arbitraje, pudiese estarse obviando en algunas ocasiones el interés general implícito en las leyes de protección al consumidor y al usuario. Así, al darse por terminados –o incluso no iniciados– procedimientos administrativos sancionatorios, debido a conciliaciones o arbitrajes llevados por la administración, podría seguir latente el riesgo de que ello no cumpla con el mismo fin disuasivo que se busca al aplicar una sanción al particular infractor, con lo cual las prácticas prohibidas no pudiesen ser reducidas o reprimidas de la forma en que los fines y motivaciones de estas leyes verdaderamente lo pretenden.

Como quiera que ello pueda apreciarse, no deja de ser cierto que estos procedimientos de conciliación y arbitraje se llegaron a observar bastante en la práctica, alcanzando así una inequívoca eficacia. Al menos podemos afirmar que los entes encargados respetaban la mayoría de las veces los plazos y formalidades a cumplir para su instrucción e impulso, con lo cual ambas partes, denunciado y denunciante, pudieron disfrutar de una relativa seguridad jurídica al momento de tramitarse estos procedimientos.

³⁹ Luciano Parejo Alfonso: “La Objetividad y la Imparcialidad como Predicados de la Administración Pública en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías: La Relación Jurídico-Administrativa y el Procedimiento Administrativo Vol. II. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2006, pp. 576-578.*

Por otra parte, con respecto al procedimiento administrativo ordinario y principal en la materia –el sancionatorio– es menester señalar que las observaciones y críticas puntuales sobre éstos, comenzaron a acrecentarse a partir de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del año 2004, y posteriormente mucho más en la serie de leyes de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, lo cual ya habíamos asomado anteriormente.

Así, y en continuación con nuestro planteamiento inicial en este capítulo, uno de los primeros señalamientos críticos de la doctrina tuvo que ver con el cuestionamiento de la constitucionalidad o pertinencia de los procedimientos o fases de conciliación y arbitraje, función está otorgada a determinado órgano del ente competente en cada caso. En efecto, parte de la doctrina –específicamente con respecto al caso de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del año 2004–, tuvo a bien de señalar lo siguiente:

En efecto, la Sala de Conciliación y Arbitraje tiene por función –según el artículo 155– la solución de controversias que se puedan suscitar entre proveedores, consumidores y usuarios, mediante la mediación, conciliación y arbitraje. El alcance de esas alternativas es muy distinto. En la mediación y conciliación, la Sala procurará el arreglo amistoso entre las partes; en el arbitraje, por el contrario, la Administración asume el ejercicio de la función jurisdiccional, dado que resolverá la controversia así planteada. Mediación, conciliación y arbitraje, procurarán la solución de conflictos de naturaleza privada, como son los eventuales daños y perjuicios que puedan haber sufrido los consumidores y usuarios, aspecto que puede plantear dudas acerca de la constitucionalidad de la potestad arbitral conferida al INDECU⁴⁰.

Otra peculiaridad que señala el mismo autor, el profesor JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ, pero esta vez sobre el procedimiento sancionatorio, es aquella de los efectos de la incomparecencia del presunto infractor para presentar alegatos y pruebas en el desarrollo de dicho procedimiento, lo cual según el artículo 150 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, producía la consecuencia de aceptación de los hechos señalados en el acta de inspección. Dicha disposición resultaba –como bien lo señala el mismo autor⁴¹– a todas luces inconstitucional por violar la garantía de presunción de inocencia del particular denunciado o presunto infractor.

La comentada disposición encontró una mejora sustancial en la Ley Para La Defensa de Las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, estableciéndose que la falta de comparecencia no producirá el efecto de aceptación de los hechos, sino únicamente se tomará como un indicio de los hechos que se le imputan. Con respecto a ésta modificación, si bien resulta menos gravosa o violatoria de la garantía de presunción de inocencia que la anterior, creemos que de todas formas no debería

⁴⁰ José Ignacio Hernández, cit., p. 57.

⁴¹ *Ibid.*, p. 59.

representar o valorarse como indicio alguno, por cuanto siempre corresponderá a la administración el deber de impulsar y llevar a cabo todos los actos pertinentes para demostrar la verificación de los hechos ilícitos que se imputen al particular, debiendo soportar en consecuencia la correlativa carga de la prueba en estos procedimientos.

Pero no solo creemos conveniente destacar los comentarios y observaciones acerca de las particularidades de los procedimientos en general, sino que también resulta útil hacer una ligera mención sobre el contenido sustantivo general de estas normas, y que no deja de ser importante de cara a los fines que nos propusimos para este ensayo.

Una muy importante observación que surge sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del año 1995, y que posteriormente obtiene consagración expresa en el texto constitucional de 1999, es el relativo al objeto principal de regulación, el cual no es otro que las relaciones jurídicas entre los dos grupos de particulares –consumidores y usuarios– y los proveedores. En efecto, como bien lo señala JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ:

Pues lo cierto es que la propia Constitución exhorta a la existencia de un régimen jurídico de Derecho Público que ordene y limite las relaciones privadas entre proveedores y los consumidores y usuarios. Así, su artículo 117 reconoce el derecho de los consumidores y usuarios a “disponer de bienes y servicios de calidad”, lo que entronca con la garantía de la libre competencia, preceptuada en el artículo 113. Será la Ley –dispone la norma constitucional– la que precise el régimen de protección del “público consumidor”, el “resarcimiento de los daños ocasionados” y las “sanciones correspondientes por la violación de esos derechos”⁴².

De lo anterior se deduce inequívocamente cual es el objeto principal e interés general en concreto que deben perseguir estas normas, razón por la cual sus procedimientos deben estar encaminados a ello principalmente; no sólo los relativos a la conciliación o de arbitraje, sino también los ordinarios sancionatorios. Al mismo tiempo, estas regulaciones no deben obviar la posible afectación de los derechos fundamentales a la libertad económica (libre iniciativa, propiedad privada, entre otros) consagrados igualmente por nuestro texto constitucional. Por lo tanto, la función pública administrativa y las correlativas potestades que estas normas establezcan, deben ser ejercidas tomando en cuenta el principio de menor intervención⁴³.

Es importante destacar también, que la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario estableció un régimen bien desarrollado sobre la responsabilidad civil y administrativa de los proveedores, al momento de cometer las infracciones tipificadas, aunque no sin ausencia de algunos puntos confusos y necesarios por aclarar, como lo eran el tema de si la

⁴² Ibid., p. 16.

⁴³ Ibid., p. 18.

culpa del proveedor era de un carácter objetivo o no⁴⁴. Pero en cuanto a la parte procedimental de este punto, tenemos que la vía para la exigencia de la responsabilidad civil era a través de la “mediación y conciliación del INDECU, para alcanzar un arreglo con el proveedor, respecto de los daños y perjuicios causados”⁴⁵ y también podía ser fijada entre las partes cuando “sometan la solución de tal controversia a la potestad arbitral del INDECU”⁴⁶.

Por su lado, la responsabilidad administrativa solo se verifica o determina con el desarrollo y tramitación del procedimiento administrativo sancionatorio en todas sus fases, para lo cual siempre deberán tomarse en cuenta las disposiciones del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁴⁷, todo a los fines de garantizar el derecho a la defensa de los particulares en sede administrativa.

Otras observaciones o críticas sobre este conjunto de normas, se refieren al tema de la tipicidad de las sanciones e infracciones que éstas establecieron. Al respecto el profesor JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ señala como ejemplo de lo anterior que la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 contemplaba un “desordenado sistema de infracciones y sanciones” lo cual en nuestra opinión y en la de él, implica un peligro latente de violación al principio de legalidad y de la garantía de reserva legal⁴⁸.

Sobre este tema, tenemos que muchas de las normas establecidas de potestades sancionatorias, suelen remitir al típico caso de “cualquier otra que la administración disponga o crea necesaria”. Estas son las llamadas potestades abiertas, las cuales según la doctrina no pueden ni siquiera ser cubiertas por la potestad normativa o de ordenación (reglamentación) con la que cuenta la administración⁴⁹ y, por lo tanto,

⁴⁴ Al respecto véase la obra previamente citada de José Ignacio Hernández: “La Responsabilidad Civil y Administrativa del Proveedor en la Nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario”.

⁴⁵ Ibid., p. 44.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid., p. 46. Véase también sobre el tema Alejandro Gallotti, *El Derecho a la Defensa en Sede Administrativa. Un estudio sobre los límites de la potestad administrativa en la salvaguarda de los derechos de los particulares*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2013.

⁴⁸ Sobre ello el referido autor nos comenta que “al contrastar el sistema de prohibiciones con el sistema de infracciones se concluye que hay prohibiciones cuya infracción no fue tipificada; hay prohibiciones cuya infracción ha sido dos veces tipificada y hay, por último, prohibiciones cuya infracción ha sido tipificada como una sanción”. Ibid., p. 51.

⁴⁹ Volviendo a citar al profesor José Ignacio Hernández acerca de sus consideraciones sobre las sanciones establecidas en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del año 2004, nos dice al respecto que: “Es preciso acudir a la teoría general de las potestades administrativas para concluir que normas tan ambiguas como las que acaban de citarse (artículos 17, 16, 79 de ese texto legal), en ningún

resultan nuevamente en la vulneración del principio de legalidad y garantía de reserva legal, los cuales sirven principalmente a evitar que los particulares sufran de arbitrariedades, que conllevarían a que éstos estén sometidos a un régimen ausente de toda seguridad jurídica.

Luego de haber hecho un breve recuento histórico de los antecedentes legislativos establecedores de los procedimientos bajo análisis, incluidos algunos comentarios sobre el contenido sustancial de éstos, así como el señalamiento de varias críticas y observaciones al respecto, pasemos ahora a señalar la situación que se presenta con la vigente Ley Orgánica de Precios Justos.

II. Los procedimientos de protección al consumidor y al usuario en el marco de la Ley Orgánica de Precios Justos

El vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos⁵⁰, deviene o tiene como antecedentes directos a una serie de textos legislativos que se habían dictado con el fin de establecer un sistema de regulación de precios mucho más complejo y planificado que el que se había venido implementando durante un largo tiempo en Venezuela, concretamente sobre aquellos bienes declarados como de primera necesidad.

El primer ensayo de este otro grupo de leyes fue el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos⁵¹ del año 2011, el cual estableció por primera vez en nuestra legislación unos procedimientos para el establecimiento o más concretamente para el cálculo de precios máximos de venta al público, tomando en cuenta la estructura de costos que declarasen los particulares sujetos a la aplicación de esa norma. Luego éste fue reformado por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos⁵², texto éste que también derogó la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y

caso pueden ser concebidas como títulos ciertos a favor de la Administración para que ésta coarte el ejercicio de la iniciativa económica. Ni siquiera cabe alegar, aquí, la pertinencia de acudir al Reglamento para complementar lo dispuesto en la Ley, pues los artículos 17 y 19 no han cubierto, siquiera, los extremos mínimos que ha de contener toda norma restrictiva del ejercicio de actividades económicas". Ibid., p. 53.

⁵⁰ Publicado en Gaceta Oficial N° 40.787 del 12-11-2015.

⁵¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.715 del 18-07-2011.

⁵² Dictado por primera vez en fecha 23-01-2014, publicado en Gaceta Oficial N° 40.340 del 23-01-2014; luego reformado por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, publicado en Gaceta Oficial N° 6.156 del 18-11-2014, y luego derogado por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, publicado en Gaceta Oficial N° 6.202 del 08-11-2015 (el cual a su vez fue reimpresso mediante Aviso Oficial emitido por el Vicepresidente de la República, publicado en Gaceta Oficial N° 40.787 del 12-11-2015, siendo éste último el aún vigente).

Servicios, y con ello, una larga tradición legislativa en nuestro país de regulación en materia de protección al consumidor y al usuario.

Tal y como lo afirma la profesora NAYIBE CHACÓN⁵³, al parecer el nuevo criterio del régimen gobernante era aquel de darle preponderancia a la regulación de precios, omitiendo casi en su totalidad la protección a los consumidores y a los usuarios en todos los demás ámbitos.

Nos apegamos completamente a la opinión de esta autora cuando afirma que la protección a los consumidores y usuarios no puede en forma alguna limitarse a la mera regulación de precios⁵⁴. Por lo tanto, la derogatoria sin más de todas las disposiciones que expresamente y en forma dedicada establecía para ello la Ley Para La Defensa de Las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, significó un considerable retroceso para nosotros en la materia, lo cual trajo sus consecuencias en materia procedimental, tal y como lo comentaremos más adelante.

Sobre la desaparición de esta regulación legal que ya se había hecho tradicional entre nosotros, tuvo a bien señalar el autor patrio JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI, lo siguiente:

Es oportuno señalar que el Decreto Ley en comentario no estableció –como era tradicional en las Leyes de Protección al Consumidor y al Usuario, así como en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios– un conjunto de derechos que había sido una conquista de los consumidores. En efecto, dichas leyes eran unas leyes garantistas en relación a reclamos de los consumidores en relación con la calidad de los bienes, reposición de bienes, o reparación de bienes, así como una serie de normas relativas a las garantías de indemnización, además de previsiones en cuanto a los contratos de adhesión, todas estas normas garantistas fueron derogadas y solo se establece en el artículo 49 sanciones de multa aplicables a quienes violen o menoscaben o impidan a las personas el ejercicio de derechos. De tal manera que se derogó todo el desarrollo de una legislación tradicional en materia de garantías a los consumidores y se establece en el artículo 49 del Decreto únicamente unas infracciones genéricas (sanciones) para los casos de violación de derecho de los consumidores⁵⁵.

⁵³ Al respecto, la profesora CHACÓN afirma que *“De la revisión y análisis realizados sobre el tratamiento legislativo dado a los derechos de los consumidores y usuarios en nuestro país, llama poderosamente la atención como en el último Decreto-Ley, si bien se hace mención a los derechos individuales, recogidos en los tratados y convenios internacionales sobre Derecho de Consumo, no se desarrollan los mismos, dedicándose exclusivamente a la atención de la determinación de los llamados ‘precios justos’, a los cuales se arriba a través de la estructura de costos y la fijación de un monto máximo de ganancias”*. Nayibe Chacón Gómez, cit., p. 160.

⁵⁴ Es decir, a aquellas normas que sólo persiguen el establecimiento obligatorio de un precio de venta máximo al público, sobre determinados bienes de consumo e incluso también sobre algunos servicios.

⁵⁵ Juan Domingo Alfonso Paradisi: *“El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. La limitación del margen de ganancias sobre la estructura de costos”* en *Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de*

Sumado a lo anterior, resaltó mucho también el hecho de que con la entrada en vigor de esta ley, se impuso por primera vez en nuestro país el llamado “margen máximo de ganancia” estableciéndose que para la fijación de los precios máximos de venta, mediante el procedimiento administrativo correspondiente que analiza la estructura de costos de cada sujeto de aplicación, el margen de ganancia sería fijado por el nuevo órgano regulador –en supresión del INDEPABIS– que es la Superintendencia Nacional Para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), el cual no puede superar nunca el 30 % de la estructura de costos del bien producido o servicio prestado en el territorio nacional (art. 31).

Esta polémica introducción creemos que viola casi por completo el derecho a la libertad económica consagrado constitucionalmente, por cuanto coopta casi en su totalidad la libre iniciativa de los particulares, y prácticamente inmiscuye en su totalidad al Estado en todas las actividades económicas que se pretendan emprender en Venezuela, con las muy pocas excepciones establecidas por esa ley; señalamiento éste en el que también ha sido cónsona parte de la doctrina⁵⁶.

Ahora bien, con respecto al tema en específico que nos atañe, procederemos a destacar la grave ausencia de procedimientos expresamente establecidos para el reclamo de violaciones a los derechos de los consumidores y usuarios, con especial énfasis en la absoluta falta de los procedimientos o fases de conciliación o mediación previos y procedimientos de arbitraje, lo cual ha traído como consecuencia que en la práctica se presenten muchísimas actuaciones carentes de toda formalidad por parte funcionarios de la SUNDDE, con ocasión de las denuncias presentadas por los particulares.

Precios Justos y de la normativa complementaria. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014, p. 17.

⁵⁶ Véase al respecto Juan Domingo Alfonzo Paradisi, cit., y también a Alejandro Gallotti, quien afirma lo siguiente al respecto: “De este modo, debe insistirse que cuando un tercero (el Estado) determina qué debe producirse, qué gastos debes tener, afectando consecuentemente las condiciones de producción y además se impone ya sea un precio o bien un margen de ganancia, estamos ante un escenario donde se ha vaciado completamente el contenido del derecho constitucional a la libertad económica y si a ello se suma que la mejor opción para sobrevivir al mercado económico venezolano estará en la asociación con el Estado (asociaciones mixtas), pues igualmente hemos comenzado a disminuir el núcleo duro de la ‘iniciativa privada’, ello por diversas razones, entre las cuales destaca una burocracia repleta de obstáculos y trámites ante diversos órganos administrativos, pero también por la disminución del campo de áreas económicas donde 15 años atrás se admitía al sector privado y que hoy en día se encuentran prácticamente estatizados”. Alejandro Gallotti: “Procedimientos Administrativos y Potestad Sancionatoria en la Ley Orgánica de Precios Justos” en *Análisis Jurídico Económico y Financiero de la Ley Orgánica de Precios Justos y de la normativa complementaria*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2014, p. 58.

1. La omisión legislativa en contraste con las normas derogadas

Tal y como lo hemos indicado en los párrafos anteriores, uno de los puntos más importantes a destacar con esta nueva normativa, es el hecho de que fueron suprimidas todas las disposiciones relativas a la protección de los derechos del consumidor y el usuario. Ahora bien, lo que nos disponemos a señalar aquí respecto de esa circunstancia, es la total ausencia de una regulación procedimental relativa a los actos de conciliación o de arbitraje, que anteriormente eran llevados por el órgano o ente regulador precisamente con el fin de tutelar esos derechos del consumidor y el usuario.

Si bien es cierto que el texto legal bajo análisis no se encuentra totalmente ausente de normas procedimentales, estableciendo específicamente en las secciones I y II del capítulo IV, los llamados procedimientos para la Inspección y Fiscalización en Materia de Precios y Márgenes de Ganancia⁵⁷, y el sancionatorio ordinario, el hecho es que sí han desaparecido del texto legal y del ámbito de actuación del órgano competente –en este caso la SUNDDE– todo lo relativo a las fases de mediación o conciliación que generalmente se producían al inicio de casi todas las denuncias, o de la iniciación de procedimientos a instancia de parte que se presentasen en la práctica, sucediendo lo mismo con la actividad arbitral que además ya había sido suprimida por la serie de leyes de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

Era ya muy común entre los venezolanos –independientemente de las críticas que se le puedan hacer al hecho de que este tipo de procedimientos de aspecto cuasijurisdiccional puedan no ser una verdadera función administrativa de conformidad a lo que establece el ordenamiento jurídico venezolano– acudir ante los entes públicos reguladores de la materia, ya fuese el INDECU o el INDEPABIS, en el evento de cualquier posible violación de sus derechos como consumidores o usuarios, ya fuese por la falta de calidad o incumplimiento en la garantía de algún producto, o por la prestación defectuosa de determinado servicio, entre otras razones, con la expectativa de que los funcionarios competentes iniciaran los trámites de mediación o de conciliación entre las partes.

Muchos de estos procedimientos, llevados en su gran mayoría en cumplimiento con fases o lapsos legalmente prestablecidos y con todas las formalidades posibles, culminaban en arreglos amistosos, no siendo en consecuencia necesaria la procedencia de procedimiento administrativo sancionatorio alguno. Adicionalmente, cada procedimiento de conciliación o mediación que se llevaba contaba con su respectivo

⁵⁷ Nótese que el objeto de estos procedimientos se circunscribe (por su misma calificación) a la regulación de precios, obviando por completo la materia de protección al consumidor y el usuario.

expediente, al cual podían tener acceso las partes en cualquier momento, con lo cual el derecho a la defensa quedaba plenamente garantizado al menos por ese lado.

Pero al omitirse esta fase procedimental en especial, amén de todas las demás regulaciones que desde el punto de vista sustantivo estaban llamadas a proteger los derechos de los usuarios y consumidores, y no exclusivamente para reprimir las conductas que se salieran del marco de un estricto régimen de regulación de precios y de márgenes de ganancias de bienes y servicios, ello tuvo como consecuencia que en la práctica los funcionarios de la SUNDDE se vieran de alguna manera obligados a continuar llevando actuaciones, que suplieran los procedimientos tan anteriormente conocidos por los particulares venezolanos.

Producto de todo lo anterior, en la práctica se comenzaron a observar actuaciones carentes de toda formalidad propia de un procedimiento administrativo. Vayamos a entonces a señalar este hecho en particular, analizándolo a la luz de los principios que rigen a nuestro ordenamiento jurídico administrativo.

2. Las actuaciones informales y carentes de procedimiento expresamente establecido en la ley por parte de la Superintendencia Para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos

Llegados a esto punto, y en una ausencia total de procedimientos expresamente establecidos por ley para la conciliación o mediación y el arbitraje de cara a los reclamos que puedan presentar los particulares por la violación de sus derechos, o por la presunta violación de las prácticas genéricamente prohibidas en el Decreto Ley vigente, en la práctica no se ha observado otra cosa que no sea el intento de los funcionarios fiscalizadores de la SUNDDE por tratar de llevar de alguna manera estas actuaciones, aunque con total ausencia de base legal alguna.

En concreto lo que mayormente se ha visto en la práctica es que, al dirigirse un consumidor o usuario a denunciar a algún proveedor o comerciante ante las oficinas de la SUNDDE, generalmente sucede que determinado funcionario fiscalizador es asignado al caso. Luego, en ausencia de unas fases y actos conciliatorios o de mediación de cualquier índole, el funcionario normalmente se traslada junto con el particular al establecimiento del proveedor o comerciante a plantear el reclamo, procurando que entre las partes se llegue a un acuerdo amigable. Todo esto con el pretendido fin de tratar de satisfacer lo más que se pueda las pretensiones del supuesto afectado, para así evitar una eventual iniciación del procedimiento administrativo sancionatorio.

Siendo esto así, es evidente que no existe otra manera tanto para el particular denunciante como para el denunciado, de conocer el estado del procedimiento que no sea otro que acudir directamente ante el

funcionario designado para el caso, no habiendo plazos o actos formalmente establecidos o fijados a los cuales atenerse, ni siquiera un expediente administrativo al cual poder acudir para conocer el estatus concreto de las actuaciones de la SUNDDE en esos casos. Tanto es así, que de hecho en estos momentos –y producto tal vez de los ineficientes procedimientos de supresión del antiguo INDEPABIS– sucede que a veces ni siquiera es posible que cualquier persona interesada pueda revisar los expedientes administrativos de los casos que antiguamente llevaba el INDEPABIS, iniciados durante la vigencia de la legislación derogada⁵⁸.

Dentro de este contexto de informalidad, es menester recordar que el procedimiento administrativo no solo se constituye en una garantía para el particular, sino también en una ventaja para la administración⁵⁹. De ahí que esta falta de procedimientos debidamente establecidos en una norma de rango legal no solo afecte la seguridad jurídica y garantía de los derechos que implica el debido proceso en sede administrativa, sino que también afecta la eficacia y efectividad de las actuaciones de la administración pública, en detrimento de los fines de interés general que debería perseguir esta institucionalidad⁶⁰.

También cabe recordar que no procedería la subsanación de esta ausencia procedimental, mediante la reglamentación o el ejercicio de la potestad normativa por la SUNDDE o cualquier otro órgano o ente administrativo, toda vez que conforme al principio de legalidad y la correlativa garantía de reserva legal, unos procedimientos que afectasen tan decididamente los derechos de libertad económica no podrían ser creados de otra forma que no fuese a través de leyes formales decretadas por la rama legislativa del poder público y debidamente promulgadas.

⁵⁸ En la práctica se ha observado que en ocasiones los funcionarios exigen la presentación de una “diligencia” para poder tener acceso a los expedientes, situación ésta que además ni siquiera se exige en las causas que se lleven ante los verdaderos órganos jurisdiccionales, por cuanto salvo una excepción legal, todos los expedientes –ya sean administrativos o judiciales– son de libre acceso al público. Este peculiar requerimiento de los funcionarios de la SUNDDE hace recordar el tema de la “cuasijurisdiccionalidad” de estos procedimientos o actuaciones, de tal manera que por el hecho de que subyace en estos casos un conflicto intersubjetivo, muchas veces los funcionarios encargados los equiparan casi totalmente a un procedimiento judicial.

⁵⁹ José Araujo Juárez, cit., p. 48.

⁶⁰ Así la ha catalogado JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ, para quien la administración pública es conforme al artículo 141 constitucional “una institución constitucionalmente garantizada, con un preciso contenido”. Esta definición la toma del derecho comparado, específicamente de los doctrinarios MAURICE HAURIUO y SANTI ROMANO; del primero nos dice que definió a la administración como “una institución, una organización social cuyo poder de ejercicio o actuación está imbuido, en cierta medida, en la idea misma de la propia organización”. José Ignacio Hernández: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 139.

En estos casos, lamentablemente lo mejor que pueden esperar tanto el proveedor o presunto infractor como el denunciante, es que el funcionario fiscalizador actúe con la mayor diligencia y formalidad posible, con la espera de evitar cualquier tipo de arbitrariedad, toda vez que al verificarse este tipo de informalidades, las posibilidades de ejercer un pleno derecho a la defensa se reducen considerablemente.

Aun cuando la ley bajo análisis ha mantenido el establecimiento de un procedimiento de inspección y fiscalización, y otro sancionatorio, el hecho es que como estos se han pensado única y exclusivamente para asegurar el cumplimiento y exigencia de los llamados “precios justos”⁶¹ y márgenes de ganancia máximos permitidos, en el fondo se ha abandonado toda formalidad y procedimiento para la materia de protección al consumidor y al usuario, representando –tal y como lo hemos venido anunciando– un verdadero retroceso en ese ámbito en nuestro país.

Conclusiones

Los procedimientos administrativos son parte esencial e indispensable de la teoría general del derecho administrativo, tanto localmente como en el derecho comparado. No se concibe hoy en día que –bajo el principio de legalidad– la administración pública pueda actuar e intervenir como lo hace frente a los particulares –tomando en cuenta la ejecutividad y ejecutoriedad de sus actos– sin seguir el debido procedimiento o canal formal para tomar las decisiones que afecten la esfera jurídica de éstos.

El procedimiento administrativo supone –insistimos– no solo una garantía para el particular, para que a éste se le pueda dar la oportunidad de defenderse y conocer plenamente de las sanciones que se le pretenden imponer y sus motivaciones, o bien para instar solicitudes sustentadas en distintas leyes, relacionadas a derechos subjetivos; sino que también sirve para que la administración pública pueda alcanzar sus fines de la forma más efectiva y eficaz posible. Es por esa razón que la ausencia de procedimientos, sobre todo cuando anteriormente ya se habían establecido para una materia en especial, supone una grave violación a una variedad de principios y derechos de nuestro ordenamiento jurídico administrativo, que rigen e informan todas las actuaciones de la administración pública en Venezuela, siendo quizás lo más resaltantes y

⁶¹ Curiosamente, en la fecha en que se escribe este trabajo, el gobierno ha dejado de exigir el cumplimiento de precios justos en su totalidad. No obstante, ninguna de estas normas ha sido derogada ni expresa ni tácitamente, lo que genera en una situación bastante particular y atípica de leyes que han caído en un desuso (si así se puede catalogar), pero que en cualquier momento pudieran “revivir” y ser aplicadas por los órganos competentes sin que ninguna persona pueda alegar u oponer su falta de vigencia.

básicos en ese sentido, el principio de legalidad y el derecho al debido proceso.

Así pues, con la entrada en vigor del Decreto de Ley Orgánica de Precios Justos, no solo se ha vulnerado –o quizás casi suprimido por completo– la libertad económica como derecho fundamental constitucionalmente consagrado, sino que además se ha obviado por completo la regulación que en nuestro país se había desarrollado sobre la protección al consumidor y al usuario, sin mencionar la grave omisión procedimental en la materia que todo ello ha generado.

Con ello, el órgano competente –la SUNDDE– se ha convertido en una suerte de órgano policial –o tal vez exclusivamente represor– dedicado únicamente a fiscalizar estrictamente el cumplimiento de los supuestos precios justos, y a tomar todo tipo de medidas arbitrarias –las llamadas medidas preventivas– sin si quiera haber culminado el procedimiento administrativo sancionatorio.

Producto del abandono de la protección al consumidor y al usuario como parte del objeto de los procedimientos establecidos en la legislación vigente, y de la ausencia total de las fases o procedimientos de conciliación, mediación y procedimiento de arbitraje, hoy en día la informalidad e improvisación imperan en las actuaciones de los funcionarios de este órgano regulador en particular, lo que se ha traducido en una evidente desmejora tanto de los particulares, como de la propia administración pública, en la prosecución de los fines que está llamada a cumplir, en la tutela de los derechos económicos de los primeros.

El llamado sería entonces a recuperar esa legislación tradicional ahora momentáneamente perdida, reforzando y detallando cada vez más las normas procedimentales que obligatoriamente deberá contener, para así reinstaurar en nuestro país la cultura de protección al consumidor y al usuario. Todo ello, siempre en respeto de las más fundamentales libertades económicas de los actores comerciales e industriales en general, y sin obviar que la administración pública está ante todo llamada a tutelar el interés general de una forma directa e inmediata. ■

Las ponencias de Farías Mata en la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (1991-1995)

Gabriel SIRA SANTANA*

REDAV, N° 26, 2023, pp. 145-169

Resumen: El artículo analiza sistemáticamente los criterios contenidos en las sentencias presentadas por Luis Henrique Farías Mata en la Sala Político-Administrativa, por el período comprendido entre 1991 y 1995, en aspectos tales y como la competencia, potestades reglamentarias, discrecionalidad administrativa, el contencioso administrativo y la protección de los derechos de las personas frente a la Administración.

Palabras clave: Actividad administrativa – Jurisprudencia administrativa – Jurisdicción contencioso-administrativa.

Abstract: *The paper systematizes the principles derived from the opinions delivered by Luis Henrique Farías Mata as justice at the Political-Administrative Chamber between 1991 and 1995 in matters such as delegation, rule-making, discretion, judicial review, and protection of persons' rights.*

Keywords: *Administrative activity – Administrative jurisprudence – Judicial review.*

Recibido

07-06-2023

Aceptado

18-07-2023

Introducción

En los n° 15 y 16 de esta Revista presentamos una recopilación sistemática de las ponencias de LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (en lo sucesivo, CSJ/SPA) durante el período 1981-1990, con el objetivo de facilitar su consulta y constatar la relevancia de sus razonamientos. Lo anterior a pesar de que, como advirtiésemos en esas ocasiones, estos criterios no fuesen hoy invocados por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia al momento de decidir.

Siendo la oportunidad para culminar esta reseña, dedicaremos las siguientes páginas al tercer y último lustro de FARÍAS MATA como Magistrado de la CSJ/SPA. Es decir, los años transcurridos de 1991 a 1995.

* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de postgrado en la Universidad Central de Venezuela (UCV) y de pregrado en la Universidad Monteávila (UMA). Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice.

Como hicimos para los períodos 1981-1985 y 1986-1990, ya publicados, nuestra colaboración se basará en la “información jurisprudencial” compilada por Mary Ramos Fernández en los n° 45 a 64 de la Revista de Derecho Público de la Editorial Jurídica Venezolana (en lo sucesivo, RDP); hallándose en esta ocasión 101 sentencias que pueden clasificarse en los siguientes grupos, según desarrollaremos de seguida: **(i)** Competencia; **(ii)** Potestad reglamentaria; **(iii)** Discrecionalidad administrativa; **(iv)** Acto administrativo; **(v)** Vías de hecho; **(vi)** Derechos y libertades individuales; **(vii)** Suspensión de efectos del acto administrativo; y **(viii)** Contencioso-administrativo.

I. Competencia

FARÍAS MATA recordó, como se desprende del Estado de Derecho¹, que las “*competencias públicas están determinadas expresamente por la ley, en atención al estricto principio de legalidad que impera en el campo del Derecho Público*”²; lo que constituye un axioma que resulta prudente tener presente para los diferentes aspectos que abordaremos en esta colaboración³ y al que, en relación con la interpretación de la norma jurídica, sumó que “*las Exposiciones de Motivos, si bien contribuyen en mucho a esclarecer el sentido de la ley y la intención del legislador, no pueden sustituirlos*”, ya que tal espíritu “*no es otro que el que se desprende de la propia normativa, ésta interpretada racional y objetivamente, de conjunto*”⁴.

En este orden de ideas, por ejemplo, el Magistrado sostuvo que, al ser Venezuela un Estado federal y tener los estados que lo conforman autonomía, cada uno de ellos tenía competencias propias dentro de las que se encontraba la organización de su policía urbana y rural; competencias estas que “*deben ser ejercidas por los Poderes Públicos estatales (...) sin que sea posible que los órganos del Poder Nacional interfieran o participen en estas atribuciones asignadas a los Estados, a menos que la propia Constitución lo permita expresamente*”, sin perjuicio que el Poder Público Nacional realizara recomendaciones⁵.

Asimismo, destacó que “*la materia portuaria no pertenece a las competencias concurrentes establecidas en la Constitución*” sino que, más bien, era una “*competencia exclusiva de los estados*” dada la diferencia existente entre la transferencia de servicios –“*sobre los cuales se*

¹ Cfr. Francisco Delgado, *La idea de Derecho en la Constitución de 1999* (Caracas: UCV, 2008).

² CSJ/SPA n° 73 del 05-05-1992 (RDP n° 50).

³ Cfr. Antonio Moles Caubet, “Implicaciones del principio de legalidad”, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, n° 2 (1972): 137–73; Gonzalo Pérez Luciani, *El principio de legalidad* (Caracas: ACIENPOL, 2009).

⁴ CSJ/SPA n° 467 del 14-09-1993 (RDP n° 55-56).

⁵ CSJ/SPA n° 398 del 14-08-1992 (RDP n° 51).

mantiene una competencia concurrente, aunque cambie el ente público territorial prestador de los mismos”– y la transferencia de competencias, que resulta extensiva a *“la competencia para prestarlo y regularlo”*⁶. Ello en virtud de lo previsto en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público⁷, vigente para la época.

Finalmente, más cercano al ámbito funcionarial, hallamos los criterios conforme con los cuales: (i) El Fiscal General de la República y los fiscales de la jurisdicción ordinaria debían ejercer sus funciones por un período constitucional de cinco años, o solo por el resto de dicho período si la designación tenía lugar una vez este se encontraba en curso⁸; y (ii) Los cuerpos de seguridad del Estado estaban excluidos de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa por mandato expreso de la misma⁹, por lo que la organización y relación de empleo de este personal debía preverse en leyes especiales si bien permanecían sujetos al control de la CSJ/SPA por ser parte integrante de la Administración¹⁰.

II. Potestad reglamentaria

El Magistrado, siguiendo un sector de la doctrina nacional, expuso que *“los Reglamentos son verdaderos actos administrativos según el criterio orgánico del artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por emanar de una autoridad administrativa, no obstante que a través de ellos la Administración ejerza la función legislativa”*, que –vale decir– no resultaba privativa del Poder Legislativo¹¹.

Este planteamiento, continúa, hacía necesaria la *“distinción entre división de poderes y separación de funciones, así como la complementariedad entre ambos principios”*, lo que en definitiva permitía concebir al reglamento como *“un acto de efectos generales, dictado en función legislativa, pero por un órgano de la Administración Pública”*¹².

⁶ CSJ/SPA n° 321 del 20-07-1993 (RDP n° 55-56).

⁷ G.O. n° 4.153 Extraordinario del 28-12-1989.

⁸ CSJ/SPA n° 142 del 30-03-1993 (RDP n° 53-54).

⁹ G.O. n° 1.428 Extraordinario del 04-09-1970. De acuerdo con el numeral 4 de su artículo 5, “[q]uedan exceptuados de la aplicación de la presente Ley: (...) 4. Los miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales en su condición de tales y de los cuerpos de seguridad del Estado”.

¹⁰ CSJ/SPA n° 207 del 09-05-1991 (RDP n° 46).

¹¹ CSJ/SPA n° 539 del 05-11-1992 (RDP n° 52). El artículo citado indica: *“Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la ley, por los órganos de la administración pública”*.

¹² Ibid. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “Las funciones del Estado, la función administrativa, y las actividades estatales”, en *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el Derecho Administrativo en América Latina* (Caracas: EJV, 2014), 185–248.

III. Discrecionalidad administrativa

FARÍAS MATA explicó que, en el ámbito del Derecho Administrativo, la discrecionalidad podía entenderse de dos formas distintas: (i) Como la “pluralidad de soluciones justas entre las que puede, a su arbitrio, elegir la Administración”, tal como se vio en el caso *Hola Juventud*; o (ii) Como la “ausencia de previsión directa de la única solución justa, por la ley”, como ocurrió en el caso *Depositaria Judicial* y que guarda estrecha relación con “los supuestos de hecho subsumibles en los conceptos jurídicos indeterminados”, entre los que hallamos a la moral pública y las buenas costumbres¹³.

Al respecto, el Magistrado apuntó que:

La presencia de un concepto jurídico indeterminado en el supuesto de hecho de una norma atributiva de competencia, ciertamente no concede *per se* discrecionalidad alguna a la autoridad administrativa, pues –como lo ha dejado establecido ya esta Corte– la discrecionalidad se define como el arbitrio de elegir entre dos o más soluciones justas, mientras que el concepto jurídico indeterminado exige que, a la luz de una situación concreta, se indague su significado hasta dar con la única solución justa, de modo que si el órgano competente se apartara de ésta incurriría en violación de la ley y sería nula o, al menos, anulable su decisión¹⁴.

De este modo, el concepto jurídico indeterminado muta en la medida en que también varían –por ejemplo– “las condiciones culturales del pueblo”, pero no por ello este concepto carece por completo de sustantividad ni ha de depender plenamente de lo que por él entienda la colectividad, pues su definición siempre debía ser racional¹⁵.

Como muestra de lo anterior se tendría el caso del orden público que, si bien admite diferentes connotaciones en sus variantes de orden público interno, internacional o absoluto como había previamente asentado la Sala en su decisión del 13-08-1981¹⁶, era una constante que en todos estos casos que interesan a la República el Fiscal General debía ser notificado con motivo del “control por parte del señalado funcionario sobre el respeto a las normas de orden público, sustantivas o adjetivas”¹⁷.

¹³ CSJ/SPA n° 396 del 01-08-1991 (RDP n° 47).

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.* Cfr. Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados: ¿Nociones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría? García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, n° 8 (2016): 221–33.

¹⁶ CSJ/SPA del 16-10-1991 (RDP n° 48).

¹⁷ CSJ/SPA del 12-11-1991 (RDP n° 48).

IV. Acto administrativo

En relación con los actos administrativos, que siempre deben ser escritos¹⁸, FARÍAS MATA reiteró el criterio de la CSJ/SPA del 06-06-1991 sobre la competencia de la Administración para ejecutar estos actos sin tener que acudir al Poder Judicial, *“aun frente a la resistencia del particular obligado, circunstancia esta que no puede constituir impedimento para que la Administración haga cumplir su propia decisión”*¹⁹.

En tanto, por lo que se refiere a su impugnación, el Magistrado exteriorizó que la vía recursiva podía ser intentada tanto por los destinatarios de los actos administrativos como por los interesados legítimos que se viesan afectados por la decisión, siendo que en este último caso el lapso de impugnación *“no puede comenzar a partir de un acto que le es ajeno y desconocido, como es la notificación a su destinatario, sino que debe iniciarse desde el momento en que pueda ser conocido por aquél”*²⁰. También sobre la notificación, señaló que *“no aparece legalmente prescrita una forma particular de dejar constancia del hecho de la recepción”*, por lo que la Administración podía valerse de cualquier medio en tanto se apreciaran los datos de la persona que recibía la notificación, *“aunque esta no fuese necesariamente su destinataria”*²¹.

Por último, dos fallos del Magistrado permiten precisar qué actos no entran dentro de la categoría de actos administrativos. Así se tiene que *“los actos dictados por los Colegios de Abogados en ejercicio de función pública siguen el régimen de impugnación previsto para los actos administrativos”*²², en consonancia con la doctrina de los actos de autoridad²³; mientras que acto que dictó el Congreso de la República el 31-08-1993, mediante el cual declaró que la falta temporal en el ejercicio de la Presidencia de la República por la suspensión senatorial pasaba a ser una falta absoluta a tenor de la Constitución de la República, no era un acto administrativo sino *“un Acuerdo del Congreso, dictado en uso de atribuciones conferidas expresa y directamente en la Constitución (artículo 188), por lo que su rango o jerarquía es de ley, desde el punto de*

¹⁸ CSJ/SPA n° 142 del 30-03-1993 (RDP n° 53-54).

¹⁹ CSJ/SPA n° 156 del 07-05-1992 (RDP n° 50). Reiterado en CSJ/SPA n° 295 del 16-07-1992 (RDP n° 51).

²⁰ CSJ/SPA n° 73 del 05-05-1992 (RDP n° 50).

²¹ CSJ/SPA n° 250 del 15-06-1993 (RDP n° 53-54).

²² CSJ/SPA n° 332 del 06-08-1992 (RDP n° 52).

²³ Cfr. Rafael Chavero Gazdik, “Los actos de autoridad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 50 (1996): 60. El autor identifica como tales a los emanados de una *“persona de derecho privado”* que *“esté colaborando con el Estado en la prestación de un servicio público, y además que ejerza prerrogativas públicas que le hayan sido atribuidas por algún texto normativo”*, tal como sería el caso de los colegios profesionales.

vista puramente formal", y correspondía a la Sala Plena conocer sobre su nulidad²⁴.

v. Vías de hecho

FARÍAS MATA expresó que este vicio, consagrado en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos²⁵, obra como una *"infracción grosera de la legalidad"* al constatarse que un acto emana de *"autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento"*, dándose en la práctica que estos supuestos taxativos son acompañados de *"otros más específicos y equivalentes, como, por ejemplo, la supresión de la audiencia obligatoria del afectado por un acto represivo o el caso de los funcionarios de hecho"*, o *"la grosera ilegalidad en que incurriere la autora del acto para (...) [su] ejecución (...), aun legalmente formado"*²⁶.

Ello, continuó, visto que la vía de hecho como construcción del Derecho francés y español solía vincularse *"con la violación de garantías y derechos fundamentales, concretamente con los de la libertad, la defensa y la propiedad"*, al punto que en el sistema francés, dada la gravedad de los hechos narrados, permitía despojar a la Administración de sus prerrogativas para que esta fuese juzgada en los tribunales ordinarios²⁷.

²⁴ CSJ/SPA n° 467 del 14-09-1993 (RDP n° 55-56). El fallo agrega que la competencia de la Sala Político-Administrativa se limitaba a un *"acto administrativo del Poder Público, de carácter general o particular –pero de rango sublegal, realizado en función administrativa– por contrariedad al derecho –y aun por razones de inconstitucionalidad–"*.

²⁵ G.O. n° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981. El artículo citado indica: *"Los actos de la administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos: 4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido"*.

²⁶ CSJ/SPA n° 190 del 08-05-1991 (RDP n° 46). Nótese, no obstante lo dicho, que en CSJ/SPA n° 73 del 05-05-1992, el Magistrado destacó que *"a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (...) los vicios que hacen a los actos administrativos ‘absolutamente nulos’, se encuentran limitativamente consagrados en ésta (artículo 19 de dicha ley), por lo que tal grado de invalidez no puede ser determinado libremente ni por las partes ni por el intérprete: ya lo ha hecho la ley"*.

²⁷ Ibid.

VI. Derechos y libertades individuales

Durante el período 1991-1995, el Magistrado dictó diversas ponencias que versaron sobre los derechos fundamentales de los individuos²⁸, algunas con más desarrollo que otras.

Así, por ejemplo, reiteró el criterio de la CSJ/SPA del 06-01-1992 conforme con el cual el derecho a la igualdad “*consagrado en el artículo 61 de la Constitución, abarca no sólo los supuestos por él señalados sino todas aquellas situaciones donde sin algún motivo o razón se resuelvan contrariamente planteamientos iguales*”²⁹; en tanto, sobre el derecho de asociación previsto en el artículo 70 de la Constitución de 1961³⁰, asentó que como parte de los límites que podían preverse por vía legislativa se hallaba el imponer “*cuotas provenientes de sus propios y naturales asociados, destinadas a garantizar el mantenimiento de la respectiva asociación*”³¹.

Por su parte, en materia de derechos sociales, FARIAS MATA determinó que “*la inamovilidad en el cargo o empleo de la mujer embarazada y el consecuente derecho que le asiste de contar con el disfrute pleno de un descanso pre y post-natal*” eran “*derechos subjetivos de rango constitucional inherentes a la persona humana (...) indispensables para cumplir felizmente el término de gestación*”, sin que para ser garantizados se requiriese su regulación por vía legislativa pues bastaba su consagración constitucional³².

Precisado lo anterior, encontramos cuatro derechos que contaron con un mayor desarrollo en las ponencias estudiadas. Ellos son: los derechos a la defensa y de propiedad, y las libertades de expresión y económica.

1. Derecho a la defensa

De acuerdo con FARIAS MATA, el derecho a la defensa es una “*garantía fundamental del Estado de Derecho*” que la Administración –y no solo el juez– debe “*garantizar a todo ciudadano que pueda resultar perjudicado en su situación subjetiva (...) concediéndole la oportunidad*

²⁸ Cfr. Jesús María Casal Hernández, *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana* (Bogotá: Editorial Temis y KAS, 2020).

²⁹ CSJ/SPA n° 505 del 29-09-1993 (RDP n° 55-56). El encabezado del artículo citado indica: “*No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social*”.

³⁰ El artículo señala que “[t]odos tienen el derecho de asociarse con fines lícitos, en conformidad con la ley”.

³¹ CSJ/SPA n° 332 del 06-08-1992 (RDP n° 52).

³² CSJ/SPA n° 638 del 05-12-1991 (RDP n° 48). El fallo agregó que esta protección “*inicia el día en que se notifica al empleador, por certificado médico, del estado grávido en que se encuentra la mujer*”.

para que alegue y pruebe lo conducente en beneficio de sus derechos e intereses”, tanto para el procedimiento constitutivo como la vía recursiva³³.

Como parte de esta garantías, por ejemplo, como otrora había precisado CSJ/SPA, “*el principio solve et repete, constituye una indebida restricción legal al derecho constitucional a la defensa*”, que desnaturalizaba “*la propia esencia de esta garantía en cuanto le impone una limitación económica que cuando menos dificulta –si es que no impide– el acceso a la justicia*”³⁴.

2. Derecho de propiedad

El Magistrado expuso diversos criterios relevantes siendo el primero sobre el régimen inquilinario al destacar que era “*erróneo afirmar, como suele hacerse, que todo lo relacionado con los arrendamientos a tiempo indeterminado esté a cargo de la jurisdicción administrativa*”, ya que correspondía a los tribunales de la República conocer las causas que versaban sobre “*la petición de desocupación o desalojo (...) contemplada en el ordinal primero del artículo primero del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, o cualquier otra distinta de las consagradas en los ordinales 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 1º ejusdem*”, incluso si mediaba “*un contrato de arrendamiento sin determinación de tiempo*”³⁵.

En materia de orden urbanístico, en tanto, comentó que con base en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística³⁶ correspondía a “*la Administración Pública Municipal (...), y no a los tribunales de justicia, conocer de las sanciones de paralización, demolición y multa por violación o contravención de las variables urbanas fundamentales*”, si bien los tribunales eran competentes para conocer “*solicitudes de paralización, cierre o clausura por usos contrarios a los prescritos en el Plan o la Ordenanza o por construcciones ilegales*”³⁷.

También de interés para el Poder Público Municipal resultaba que “*la venta de ejidos por los Concejos Municipales, tiene la naturaleza de un contrato administrativo celebrado entre la municipalidad y el*

³³ CSJ/SPA n° 464 del 08-09-1993 (RDP n° 55-56). Reiterado en CSJ/SPA n° 13 del 08-02-1994 (RDP n° 57-58), y hoy previsto de forma expresa en el artículo 49 de la Constitución de la República al indicar que “[e]l debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas”. G.O. n° 36.860 del 30-12-1999. Reimpresión en n° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 y enmienda en n° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

³⁴ CSJ/SPA n° 636 del 07-10-1993 (RDP n° 55-56).

³⁵ CSJ/SPA n° 259 del 30-05-1991 (RDP n° 46).

³⁶ G.O. n° 33.868 del 16-12-1987.

³⁷ CSJ/SPA n° 368 del 13-07-1992 (RDP n° 51).

*particular adquirente*³⁸, y *“el acto administrativo que los declara rescatados para el patrimonio municipal es un acto resolutorio de tal contrato”*³⁹.

Finalmente, sobre los bienes públicos y las expropiaciones, podemos extraer los siguientes planteamientos para esta reseña:

En primer lugar, que de acuerdo con el artículo 4 de la Ley de Navegación⁴⁰, las franjas de terreno adyacentes al mar estaban sometidas, por razones de seguridad, a la jurisdicción estatal y debían considerarse como *“bienes del dominio público (...) debiéndose, por ello, atribuírseles las notas definidoras de bienes de tal clase como lo son su carácter inalienable e imprescriptible, que les hacen escapar de la posibilidad de constituir objeto de propiedad particular”*⁴¹.

Lo anterior, sin que pudiera desconocerse *“la titularidad del derecho de propiedad de las bienhechurías que los ocupantes legítimos de un terreno (...) hubieren construido, por lo que (...) los propietarios deben ser indemnizados por la transferencia coactiva de la propiedad que se ha generado”*⁴².

Y en segundo lugar, que la acción expropiatoria es un *“instituto de adquisición forzosa de cualquier clase de bienes para fines de utilidad pública o social”* que *“requiere (...) de la indicación de la cosa objeto de ella y de los elementos que contribuyan a su identificación”*, aunque en lo que *“se refiere al propietario (...), poseedores o arrendatarios del bien, [tal identificación] opera con toda fuerza sólo en caso de que sean conocidos”*, ya que *“no forma parte del objeto del juicio expropiatorio dilucidar la problemática relativa a la titularidad de los derechos sobre el bien expropiado”*⁴³.

De ahí, también, que *“quien pretende arrogarse el carácter de legitimado pasivo en este procedimiento especial, debe acreditar de manera directa e inmediata, mediante prueba fehaciente, el derecho que dice tener sobre el bien de cuya expropiación se trata”*⁴⁴.

³⁸ CSJ/SPA n° 607 del 19-11-1992 (RDP n° 52). Reiterado en CSJ/SPA n° 126 del 04-03-1993 (RDP n° 53-54).

³⁹ CSJ/SPA n° 126 del 04-03-1993 (RDP n° 53-54).

⁴⁰ G.O. n° 21.479 del 09-08-1944. El artículo indicaba: *“Las aguas territoriales o interiores y sus riberas, así como los terrenos situados a la orilla del mar, lagos, ríos y demás porciones navegables, en una extensión hasta de cincuenta metros (50 m.) medidos desde la línea de la más baja marea, hacia adentro, están sometidas a la jurisdicción n del Ministerio de Transporte y Comunicaciones en todo lo referente a esta Ley (...)”*.

⁴¹ CSJ/SPA n° 201 del 24-03-1994 (RDP n° 57-58).

⁴² Ibid.

⁴³ CSJ/SPA n° 608 del 18-11-1993 (RDP n° 55-56).

⁴⁴ Ibid.

3. Libertad de expresión

FARÍAS MATA explicó que el artículo 66 de la Constitución de 1961⁴⁵ preveía “*los principios rectores del ordenamiento de los medios de difusión del pensamiento*”, siendo la libertad el criterio general⁴⁶, a pesar de que, en materia de medios de radiodifusión, dado el alcance de los mismos:

...sí resulta admisible en un Estado democrático que puedan establecerse monopolios estatales, precisamente para custodiar la libertad del pensamiento –siempre, desde luego, celosamente vigilada por los jueces– y, también, para resguardar al pueblo de unas formas de expresión que, con demasiada frecuencia, más que ideas, transmiten imágenes reñidas con la moral colectiva⁴⁷.

En este orden de ideas, al ser la libertad de expresión limitada, “*como todo derecho civil*”, la misma “*no puede estar sometida a censura previa, sin embargo, sí puede quedar sometida a censura posterior*”, como sería “*la orden de retirar de la circulación un libro injurioso*” o de “*suspend[er] la emisión de un programa en un medio de radiodifusión, si ha resultado contrario a la moral pública*”, a tenor de la limitación prevista en el artículo ya citado de la Constitución de la República y su respectivo desarrollo legislativo, que en el caso de los medios de telecomunicación están sometidos a un régimen concesionario⁴⁸.

De este modo, “[s]i bien la libertad de expresión constituye un derecho fundamental del Estado democrático, puede observarse sin embargo que, como la mayoría de ellos, no es un derecho absoluto ni exento de limitaciones o restricciones”, lo que adquiere mayor relevancia en materia de medios de comunicación masivos al ser “*instrumentos poderosísimos de influjo en la opinión pública y cuyo mensaje llega al administrado aun sin proponerse oírlo, ejercen una gran influencia*

⁴⁵ “Artículo 66. Todos tienen el derecho de expresar su pensamiento de viva voz o por escrito y de hacer uso para ella de cualquier medio de difusión, sin que pueda establecerse censura previa; pero quedan sujetas a pena, de conformidad con la ley, las expresiones que constituyan delito. // No se permite el anonimato. Tampoco se permitir la propaganda de guerra, la que ofenda la moral pública ni la que tenga por objeto provocar la desobediencia de las leyes, sin que por esto pueda coartarse el análisis o la crítica de los preceptos legales”.

⁴⁶ CSJ/SPA n° 396 del 01-08-1991 (RDP n° 47). Cfr. Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia* (Caracas: EJV y OID, 2008) y Freddy Orlando, *La libertad de expresión en Venezuela* (Caracas: EJV, 2015).

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid. El ponente agregó que “*el régimen jurídico de las empresas de televisión se inscribe en el de los contratos administrativos, razón por la cual, puede ser rescindido unilateralmente el contrato en cualquier momento, siempre que así lo exija el interés público, debiendo quedar –sin embargo– intacta la ecuación financiera del contrato*”.

sobre la colectividad, condicionando en gran medida el comportamiento de ésta”⁴⁹.

De ahí, continúa el Magistrado, que “no sólo es perfectamente admisible, sino además conveniente y necesario para garantizar la propia libertad de pensamiento, la existencia de determinados cuerpos legales que, en resguardo del orden y de las buenas costumbres, contemplan determinadas limitaciones o restricciones”⁵⁰.

4. Libertad económica

Al estudiar el tema del uso del espacio radioeléctrico cuya explotación corresponde exclusivamente al Estado a tenor de la ley en la materia, FARIAS MATA arguyó que “la actividad que desempeñan las plantas de televisión privadas son el resultado de un contrato de naturaleza concesoria”⁵¹ y, por ende:

...el Estado sigue ejerciendo el control y fiscalización de las mismas, quedando obligado el concesionario no sólo por las cláusulas contractuales, sino, y muy especialmente, a observar las limitaciones que unilateralmente el órgano público imponga reglamentariamente con la más estricta sujeción a la ley, y en última instancia, a la Constitución, se entiende, para poder garantizar de esta manera el Estado, el buen ejercicio del servicio concedido⁵².

Por último, reiteró el criterio de la CSJ/SPA que el Estado tenía “la facultad (...), en todo momento, de modificar la paridad cambiaria (...) puesto que no existe, ni puede existir, ningún derecho adquirido a obtener divisas al tipo de cambio previsto en reglas derogadas”, a la vez que se trataba de “un asunto de Derecho Público, atinente a la soberanía del Estado”, las “circunstancias de orden económico” y el “beneficio de la colectividad”, “no pudiendo ningún órgano oficial limitar esta facultad”⁵³.

VII. Suspensión de efectos del acto administrativo

El Magistrado sostuvo que la “amplia facultad discrecional que le concede el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia” le permitía a la CSJ/SPA a “pronunciarse y decidir de manera irrestricta –puesto que ninguna limitación le impone la norma– respecto de todos los efectos producidos por el acto administrativo individual impugnado” y “acordar o no la suspensión –total o parcial– de los mismos, sólo con vista de ‘las circunstancias del caso’ concreto en examen” y

⁴⁹ CSJ/SPA n° 157 del 26-03-1993 (RDP n° 53-54).

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ CSJ/SPA del 07-10-1993 (RDP n° 55-56).

brindándosele especial atención a la salvaguarda de la normalidad y la prevención de innecesarios conflictos entre autoridades públicas⁵⁴.

En este orden ideas, la Sala podía acordar, a instancia de parte, la *"suspensión temporal de los efectos de los actos administrativos de efectos particulares que hayan sido impugnados judicialmente"* si *"así lo permita la ley o cuando ello sea requerido como indispensable a los fines de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva"*, en lo que *"constituye una verdadera derogatoria de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad que, en los sistemas jurídicos como el nuestro, acompañan a los actos administrativos, excepcionalidad que conduce a dispensarle a la disposición que la contempla una interpretación restrictiva"*⁵⁵.

Ahora bien, para que tales medidas prosperasen, era requisito que el solicitante demostrara la posibilidad *"de un daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva que pudiera derivarse de la inmediata ejecución del acto impugnado"*, siendo insuficiente a tal efecto alegar la mera onerosidad de la medida adoptada por la Administración o los presuntos errores en que esta incurrió al decidir⁵⁶, u otros alegatos que, en definitiva, no se traduzcan en *"una detallada y minuciosa especificación de las circunstancias que constituirían el daño por él temido si se verifican de inmediato los efectos del acto recurrido"*⁵⁷.

En tanto, un argumento que sí resultaba suficiente para lograr la suspensión era que –por ejemplo– se obligara a una empresa a *"discutir un contrato colectivo con una representación obrera eventualmente ilegítima para tal fin, dados los principios rectores del Derecho Laboral como (...) la fuerza expansiva del contrato colectivo, la irrenunciabilidad de los derechos adquiridos y la costumbre como fuente de éstos"*⁵⁸.

En todo caso, resultaba oportuno tener presente que había medidas que no podían acordarse como parte de una suspensión, pues ello *"se traduciría en una plena satisfacción de la principal pretensión del recurrente, pero in limine litis, cuando sólo podría ser acordada, previo estudio de todas las circunstancias y pruebas, en la sentencia definitiva"*⁵⁹. Así, no procedía declarar la vigencia de un acto normativo de rango sublegal derogado por la autoridad administrativa⁶⁰ o acordar la

⁵⁴ CSJ/SPA n° 186 del 02-05-1991 (RDP n° 46).

⁵⁵ CSJ/SPA n° 156 del 25-03-1993 (RDP n° 53-54).

⁵⁶ CSJ/SPA n° 182 del 30-06-1992 (RDP n° 50).

⁵⁷ CSJ/SPA n° 582 del 19-11-1992 (RDP n° 52). Reiterado en CSJ/SPA n° 441 del 12-08-1993 (RDP n° 55-56).

⁵⁸ CSJ/SPA n° 241 del 16-07-1992 (RDP n° 51). Reiterado en CSJ/SPA n° 207 del 27-04-1993 (RDP n° 53-54).

⁵⁹ CSJ/SPA n° 98 del 18-03-1993 (RDP n° 53-54).

⁶⁰ CSJ/SPA n° 116 del 02-06-1992 (RDP n° 50).

suspensión cuando el daño no derivaba directamente del acto administrativo que se solicitara suspender⁶¹.

Finalmente, en caso que la Administración procediera a la reedición de un acto administrativo cuyos efectos habían sido suspendidos por la jurisdicción contencioso-administrativa, e, Magistrado precisó que:

...para que proceda la suspensión inmediata del acto que reproduce otro cuyos efectos han sido ya suspendidos en proceso pendiente, deben estar dados los siguientes extremos:

1° Que el acto reproducido contenga en esencia la disposición o disposiciones respecto de las cuales fueron suspendidos sus efectos.

2° Que el nuevo acto haya sido dictado por la misma autoridad que dictó el anterior.

3° Que quien solicite la suspensión del acto que reproduce al suspendido haya sido también parte en el proceso pendiente.

4° Que no hubieren desaparecido las circunstancias que motivaron la medida de suspensión.

5° Que en el anterior proceso en el cual se dictó la medida de suspensión no se haya dictado sentencia definitiva en cuanto al fondo del asunto⁶².

VIII. Contencioso-administrativo

En primer lugar, hemos de destacar que FARIAS MATA, proveyó durante el período estudiado su definición de jurisdicción, entendiéndola como *"la función de administrar justicia a cargo del Estado, que ejercen ordinariamente y en nombre de la República los tribunales de justicia que conforman la rama judicial del poder público"*, y que opera como *"condición sine qua non para que el juez (...) pueda emitir válidamente pronunciamientos sobre los asuntos cuyo conocimiento y decisión le hayan sido asignados por la ley"*, así como un prerrequisito a considerar antes de poder pronunciarse sobre otras cuestiones previas o la competencia⁶³, concibiéndose por esta última *"el límite que en base a distintos criterios organizativos (territorio, materia, cuantía) se establece para el ejercicio de la jurisdicción por los distintos jueces investidos de todo poder o función"*⁶⁴.

De este modo, por ejemplo, había falta de jurisdicción cuando el Poder Judicial usurpaba atribuciones que el ordenamiento confería a la

⁶¹ CSJ/SPA n° 241 del 16-07-1992 (RDP n° 51).

⁶² CSJ/SPA n° 57 del 02-03-1993 (RDP n° 53-54).

⁶³ CSJ/SPA n° 159 del 17-04-1991 (RDP n° 46).

⁶⁴ CSJ/SPA n° 627 del 10-12-1992 (RDP n° 52).

Administración Pública⁶⁵, con inclusión de lo referido a la ejecución de actos administrativos⁶⁶.

En todo caso, de regreso a la competencia contencioso-administrativa, el Magistrado destacó que ella estuvo originalmente circunscrita en la Corte Suprema de Justicia o sus equivalentes hasta 1977, cuando pasó a distribuirse en tres niveles que preveían:

En la cúspide de la jurisdicción: la Sala Político-Administrativa, para conocer de los actos emanados del Poder Ejecutivo Nacional o de los órganos de la jerarquía del Consejo Supremo Electoral. La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (...) con competencia residual para conocer de los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las asignadas a la Corte Suprema de Justicia. (...) Y los Tribunales Superiores en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo (...), para conocer de los actos administrativos dictados por autoridades estatales o municipales de su jurisdicción⁶⁷.

Con motivo de lo anterior, y *“en virtud de que una de las finalidades que se evidencian de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es la de desconcentrar la actividad jurisdiccional del Máximo Tribunal”*, esa mención al Poder Ejecutivo Nacional debía entenderse como *“a los órganos de la Administración Central integrada por el Presidente de la República, los Ministros y las Oficinas Centrales de la Presidencia de la República”*, por lo que el resto *“caen dentro del ámbito de competencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo”*⁶⁸.

A estos fallos se suman otros tantos donde se abordaron temas contenciosos de un modo más general cuando el FARIAS MATA sostuvo que en ejercicio de su función jurisdiccional y sobre todo en causas de orden público, *“el juez, conocedor por excelencia del Derecho, está facultado para aplicarlo al caso concreto, sin que pueda entenderse que con ello esté suplantando a las partes”*⁶⁹; y asentó criterios en cuanto a: **(i)** El cómputo por días calendario consecutivos del lapso para interponer el recurso de nulidad en contra de la convocatoria de convenciones obrero-patronales para negociar y suscribir contratos colectivos⁷⁰; **(ii)** La oportunidad para consignar los carteles de emplazamiento⁷¹; **(iii)** La perención de la causa como *“sanción a la negligencia de las partes y [que], por esto, no puede configurarse como consecuencia de la inactividad*

⁶⁵ CSJ/SPA n° 687 del 17-12-1991 (RDP n° 48).

⁶⁶ CSJ/SPA n° 584 del 12-08-1993 (RDP n° 55-56).

⁶⁷ CSJ/SPA n° 451 del 13-08-1993 (RDP n° 55-56). Reiterado en CSJ/SPA n° 154 del 23-03-1994 (RDP n° 57-58).

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ CSJ/SPA n° 580 del 19-11-1992 (RDP n° 52).

⁷⁰ CSJ/SPA n° 495 del 10-10-1992 (RDP n° 48).

⁷¹ CSJ/SPA n° 177 del 06-05-1993 (RDP n° 53-54).

del juez después de visita la causa⁷²; y (iv) La ejecución de sentencia y el cálculo del pago de salarios dejados de percibir⁷³.

Más interesantes, en cambio, son las ponencias referidas al avocamiento, la interpretación de ley, la nulidad de actos administrativos, y los amparos, que trataremos de seguida.

1. Avocamiento

En materia de avocamiento, el Magistrado explicó que:

De manera ortodoxa –aun cuando progresivamente ampliatoria– ha venido la Sala utilizando sus facultades en materia de avocación; prudencia que no es ajena a, por lo menos, tres razones:

Primera: el hecho concreto de la proscripción de esa figura en el sistema jurídico latino-germánico –del cual forma parte nuestro derecho positivo–, admirablemente puesta en evidencia aquella a través de la definición que de ésta aporta el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua: avocación. Acción y efecto de avocar; Avocar. Atraer o llamar a sí un juez o tribunal superior, sin que medie apelación, la causa que se estaba litigando o debía litigarse ante otro inferior. Hoy está absolutamente prohibido.

Segunda: su proveniencia de un sistema jurídico, el anglo-norteamericano, en líneas generales extraño a nuestra tradición; lo que en nada demerita la reconocida utilidad de la avocación, en la medida en que se la conciba como excepcional, cuando –es nuestro caso– se la haya insertado dentro de un ordenamiento jurídico secularmente inspirado en principios distintos de los que animan no sólo la institución del avocamiento sino el propio sistema que originariamente lo concibiera.

Tercera: que la avocación en nuestro derecho positivo es confiada a sólo una de las Salas que integran este Alto Tribunal, y no a las otras; ni siquiera a la Corte en Pleno⁷⁴.

Precisado lo anterior, el ponente indicó que este proceso se dividía en dos etapas –“la solicitud del expediente”, por un lado, y “la avocación propiamente dicha al conocimiento del asunto”, por el otro– y operaba únicamente cuando la CSJ/SPA lo juzgaba pertinente, siendo común que estos fallos pecaran de sobrios para evitar adelantar opinión sobre el tema debatido⁷⁵.

De igual modo, destacó “la necesidad de que el caso al cual se pide que nos avoquemos curse, o deba cursar, ante otro tribunal; lo que en el fondo implica, fundamentalmente, que se trate de un asunto pendiente, es decir, en curso”, sobre el cual el tribunal respectivo no hubiese emitido su decisión⁷⁶.

⁷² CSJ/SPA n° 700 del 06-12-1990 (RDP n° 45).

⁷³ CSJ/SPA n° 86 del 28-02-1991 (RDP n° 45).

⁷⁴ CSJ/SPA n° 332 del 06-08-1992 (RDP n° 52).

⁷⁵ Ibid. Reiterado en CSJ/SPA del 29-07-1993 (RDP n° 55-56).

⁷⁶ CSJ/SPA del 29-07-1993 (RDP n° 55-56).

2. Interpretación de ley

En cuanto a las solicitudes de interpretación de ley, el Magistrado apuntó que estas versaban sobre “*casos concretos y reales*” en el entendido que este imperativo legal tendía a evitar “*que se soliciten de la Corte interpretaciones completamente despegadas de la realidad y producto, por tanto, de elucubraciones puramente teóricas*”, pues el objetivo de tal recurso era “*exclusivamente (...) esclarecer las dudas que suscite el texto legal específico y no otro cualquiera; texto legal que, a través del recurso, autoriza (...) tal interpretación*” sin aludir a un caso concreto so pena de incurrir en extralimitación de funciones⁷⁷.

Lo anterior, si bien se reconocía que la actividad interpretativa no era un “*monopolio del Poder Judicial*”, visto que cualquier particular u órgano o ente administrativo “*a quien corresponda adoptar una decisión concreta puede y, es más, se encuentra obligada a emitir esta (...), con estricta sujeción a las normas de nuestro ordenamiento positivo y, particularmente, a las reglas que proporciona el artículo 49 del Código Civil*”⁷⁸.

3. Nulidad

En materia de recursos de nulidad, asentó que la “*jurisdicción contencioso-administrativa ha sido establecida para revisar si la Administración ha permanecido fiel a su eje, el principio de legalidad; en consecuencia, abarca, sin excepción, a todos los actos administrativos*”, por lo que “*en el Derecho venezolano no hay actos totalmente excluidos del control judicial contencioso-administrativo*”⁷⁹ y, en el caso de resoluciones ministeriales, correspondía a la CSJ/SPA ser su “*única censora de la legalidad*”⁸⁰.

En este sentido, el “*recurso contencioso-administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares, previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, tiene un carácter general o supletorio*”, pues resultaba “*inadmisible cuando el legislador haya previsto, para la impugnación de determinados actos, un medio judicial ad hoc*” o especial, como podrían ser los de naturaleza electoral previstos en la Ley Orgánica del Sufragio⁸¹.

Asimismo, FARÍAS MATA reiteró el criterio según el cual cuando “*el juzgador debe analizar normas inferiores a la Constitución para determinar la violación de normas constitucionales, el vicio que afectaría al acto impugnado sería de ilegalidad pero no de inconstitucionalidad,*

⁷⁷ CSJ/SPA n° 687 del 21-11-1990 (RDP n° 45).

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ CSJ/SPA n° 548 del 11-08-1993 (RDP n° 55-56).

⁸⁰ CSJ/SPA n° 154 del 17-04-1991 (RDP n° 46).

⁸¹ CSJ/SPA n° 206 del 23-03-1994 (RDP n° 57-58). La ley fue publicada en G.O. n° 4.618 Extraordinario del 20-08-1993.

aunque la Carta Magna se vea desacatada indirectamente", incluso si se trata de un acto materialmente legislativo como podría ser una ordenanza municipal⁸².

Por último, destacó la posibilidad de considerar a las demandas de nulidad como urgentes si estas versaban sobre la subsistencia del recurrente, lo que llevaba a la reducción de lapsos para dar respuesta con mayor celeridad⁸³; y que, para determinar si una empresa era calificada como del Estado a fin de la revisión de sus actuaciones en sede contencioso-administrativa, por "*participación decisiva del Estado*" debía entenderse la de la República, directa o indirectamente, al por ejemplo tener la mayoría de sus acciones, siendo una particularidad de estas empresas que por medio de ellas se pretendía "*realizar más adecuadamente algunos de los nuevos fines y cometidos que le han sido impuestos por la propia evolución social [al Estado], que requiere de su intervención, con mayor volumen e intensidad, dentro de la actividad económica*", así como "*agilizar la gestión de los servicios públicos*"⁸⁴.

4. Amparo

El régimen jurídico de los amparos constitucionales constituye, sin lugar a dudas, el epicentro de los fallos de FARÍAS MATA durante el período 1991-1995. Al respecto, encontramos las siguientes ponencias de interés.

A. Concepto y caracteres

El amparo fue calificado por el Magistrado como "*un medio de protección breve y sumario que ampar[a] eficazmente a los habitantes de la República contra hechos, actos u omisiones que violen o amenacen violar sus derechos fundamentales*", sea que tal violación proviniese de "*autoridades públicas, personas naturales o jurídicas, así como de grupos u organizaciones privadas*"⁸⁵.

De esta forma, el amparo tenía carácter "*extraordinario o especial*" visto "*que sólo procede cuando se hubieren agotado, no existan o resultaren inoperantes, otras vías procesales que permitan la reparación del daño*", a fin de evitar que este "*sustituya todo el ordenamiento*

⁸² CSJ/SPA n° 515 del 07-10-1993 (RDP n° 55-56).

⁸³ CSJ/SPA n° 446 del 07-10-1992 (RDP n° 52).

⁸⁴ CSJ/SPA n° 470 del 06-09-1993 (RDP n° 55-56).

⁸⁵ CSJ/SPA n° 450 del 13-08-1993 (RDP n° 55-56). Por CSJ/SPA n° 505 del 29-09-1993 (RDP n° 55-56) se agregó que el término habitante incluía, también, al "*no domiciliado ni residenciado en el país, sino sólo de tránsito, y aun quien no se encontrare en el territorio venezolano*", independientemente de "*su condición social, nacionalidad o situación legal (...) siempre y cuando sus derechos o garantías constitucionales hayan sido directamente lesionadas o amenazadas de violación por cualquier acto, hecho u omisión (...) realizado, emitido o producido en la República*", lo que fue reiterado en CSJ/SPA n° 462 del 27-10-1993 (RDP n° 55-56). Asimismo, por CSJ/SPA n° 460 del 27-08-1993 (RDP n° 55-56) se precisó que está protección resultaba extensiva a las personas jurídicas domiciliadas en Venezuela.

*procesal de Derecho Positivo*⁸⁶, sin que tampoco pudiese considerarse que el particular estaba facultado para decidir discrecionalmente si acciona por vía de amparo o la vía ordinaria⁸⁷.

Lo anterior, aunado a que por su carácter breve y sumario, en el amparo “*han sido eliminados una serie de trámites y formalidades que constituyen garantías procesales*”, lo que reafirma la noción de que únicamente podía acudir a este medio para restablecer situaciones anteriores y no crear o modificar situaciones jurídicas al no tenerse “*el conocimiento global necesario para dirimir este determinado tipo de controversias*”⁸⁸, si bien ello no se traduciría en una vulneración del derecho a la defensa de los involucrados pues, al ser el amparo “*de carácter subjetivo, cada una de las partes en conflicto tiene una oportunidad específica para esgrimir los alegatos pertinentes, o para contradecir los hechos que se le imputan, partiendo del principio de preclusividad de los actos procesales*”⁸⁹.

B. Competencia

En cuanto a la competencia para conocer de las acciones de amparo en general, el Magistrado expresó que:

...siendo el territorio de la República el ámbito espacial donde los ciudadanos, sean venezolanos o no, ostentan los derechos y garantías establecidos en la Constitución, los tribunales patrios tienen jurisdicción para ampararlos cuando la denunciada violación se produzca, precisamente, dentro del territorio nacional. De manera que el requisito o la condición esencial que determina la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer de la acción de amparo constitucional viene dado por la existencia de un acto –entendido en el sentido más amplio– que se hubiere realizado, emitido o producido en la República, ya que es en esta jurisdicción donde aquél contraría los principios constitucionales⁹⁰.

Así, la competencia vendría determinada por los criterios de la materia –es decir, el vínculo entre la “*competencia natural del juez y los derechos o garantías denunciados como lesionados*”– y la jerarquía, en cuanto a “*la autoridad u órgano contra quien es formulada la acción de amparo*”⁹¹, apuntándose que tanto la Corte de lo Contencioso-

⁸⁶ CSJ/SPA n° 155 del 18-06-1992 (RDP n° 50). Reiterado en CSJ/SPA n° 462 del 27-10-1993 (RDP n° 55-56), n° 645 del 24-11-1993 (RDP n° 55-56), y n° 151 del 23-03-1994 (RDP n° 57-58).

⁸⁷ CSJ/SPA n° 645 del 24-11-1993 (RDP n° 55-56).

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ CSJ/SPA n° 505 del 29-09-1993 (RDP n° 55-56).

⁹⁰ CSJ/SPA n° 462 del 27-10-1993 (RDP n° 55-56).

⁹¹ CSJ/SPA n° 210 del 27-05-1993 (RDP n° 53-54). Otros ejemplos en cuanto a la materia se hallan en: (i) CSJ/SPA n° 22 del 04-02-1993 (RDP n° 53-54), para el área penal; (ii) CSJ/SPA del 03-06-1993 (RDP n° 53-54), n° 268 del 07-07-1993 (RDP n° 55-56) y n° 685 del 02-12-1993 (RDP n° 55-56), en cuanto a los funcionarios públicos; (iii) CSJ/SPA n° 612 del 18-11-1993 (RDP n° 55-56), para las sanciones administrativas; y (iv) CSJ/SPA n° 637 del 24-11-1993 (RDP n° 55-56), en materia electoral. Asimismo,

Administrativo como la Sala Político-Administrativa “*son competentes, aun cuando no se denominen formalmente ‘Tribunales de Primera Instancia’ para conocer de las acciones de amparo autónomas cuando se denuncien o pretendan vulnerados derechos o garantías de índole administrativa*”⁹².

Sobre esto último, el Magistrado recordó que era criterio de la Corte que el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales⁹³, cuya naturaleza era enunciativa y no taxativa:

...tiene por objeto establecer un fuero especial en materia de amparo, asignándole a la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de competencia afín con el derecho o garantía constitucionales violados, o amenazados de violación, el conocimiento de amparos constitucionales contra autoridades también del máximo rango constitucional⁹⁴.

De igual modo, la Corte Suprema de Justicia resultaba competente para conocer acciones de amparo intentadas junto con acciones populares de inconstitucionalidad, con el objeto de obtener la “*protección de los derechos y garantías fundamentales menoscabados por los actos, hechos u omisiones derivados de la aplicación de una norma inconstitucional*”⁹⁵, y correspondía a la Sala Político-Administrativa conocer los amparos en contra de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales⁹⁶.

De haber conflictos de competencia, estos se regirían por lo que al respecto preveían los artículos 69 y 71 del *Código de Procedimiento Civil*⁹⁷, dada “*la deficiencia del legislador al no prever soluciones cónsonas*

sobre la jerarquía resulta de interés el fallo CSJ/SPA n° 320 del 20-07-1993 (RDP n° 55-56).

⁹² Reiterado en CSJ/SPA n° 734 del 15-12-1993 (RDP n° 55-56). El fallo agrega que “*en los casos en que un órgano del Poder Público lesione a un particular en sus derechos o garantías constitucionales de índole o naturaleza distinta a la administrativa (laborales, civiles o penales), la competencia para conocer de las acciones de amparo contra esos actos, hechos u omisiones no correspondería a los tribunales contencioso-administrativos sino a los laborales, civiles o penales, según el caso específico*”.

⁹³ “*Artículo 8. La Corte Suprema de Justicia conocerá en única instancia y mediante aplicación de los lapsos y formalidades previstos en la ley, en la sala de competencia afín con el derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación, de las acciones de amparo contra los hechos, actos y omisiones emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República*”.

⁹⁴ CSJ/SPA n° 313 del 16-06-1991 (RDP n° 46). Reiterado en CSJ/SPA n° 424 del 13-08-1991 (RDP n° 47).

⁹⁵ CSJ/SPA n° 584 del 19-11-1992 (RDP n° 52).

⁹⁶ CSJ/SPA n° 178 del 22-04-1993 (RDP n° 53-54).

⁹⁷ G.O. n° 4.196 Extraordinario del 02-08-1990. Reimpresión en n° 4.209 Extraordinario del 18-09-1990.

con lo breve y sumario del proceso"⁹⁸; al igual que ocurría en cuanto a la acumulación cuando las acciones debían ser conocidas por tribunales distintos⁹⁹.

C. Admisibilidad

De acuerdo con FARIAS MATA, la admisibilidad del amparo dependía de que la violación o amenaza al derecho constitucional fuese actual, por lo que es una *"necesidad (...) que la vulneración constitucional no pueda haber cesado antes del pronunciamiento definitivo del juez que conozca de la solicitud de amparo"*¹⁰⁰, y correspondiera a una *"violación directa e inmediata de la Constitución"*¹⁰¹, motivo por el cual no resultaba viable su procedencia frente a denuncia de violación de preceptos de rango legal o sublegal, ni tampoco era *"un medio procesal destinado a determinar la regularidad intrínseca de los actos estatales respecto de la Constitución, sino más bien, y precisamente, un medio de protección y resguardo de las libertades públicas de rango fundamental"*¹⁰².

Así, ahondando en la idea de la actualidad o urgencia, FARIAS MATA explicó que si bien el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales¹⁰³ determinaba que *"el transcurso de seis meses después de ocurrido el hecho perturbador, ocasiona una pérdida de la urgencia, de la necesidad del restablecimiento inmediato del derecho o la garantía vulnerado o amenazada de violación"*, el mismo artículo *"consagra como única excepción al transcurso del lapso (...) señalado, la existencia de vulneraciones al orden público o las buenas costumbres"*, por lo que en estos casos no operaba esta causal de inadmisibilidad¹⁰⁴.

En tanto, por lo que se refiere a la ya mencionada ausencia de otras vías procesales que permitan reparar el daño, el Magistrado anotó que el amparo podía ser la vía idónea para lograr la efectiva protección de derechos constitucionales incluso si existían otras vías ordinarias en sede administrativa o judicial –por lo que había de atenderse al caso

⁹⁸ CSJ/SPA n° 240-A del 03-06-1993 (RDP n° 53-54).

⁹⁹ CSJ/SPA n° 178 del 22-04-1993 (RDP n° 53-54).

¹⁰⁰ CSJ/SPA n° 651 del 15-12-1992 (RDP n° 52). Reiterado en CSJ/SPA n° 210 del 27-05-1993 (RDP n° 53-54).

¹⁰¹ CSJ/SPA n° 69 del 11-02-1993 (RDP n° 53-54). Reiterado en CSJ/SPA n° 462 del 27-10-1993 (RDP n° 55-56) y n° 29 del 10-02-1994 (RDP n° 57-58).

¹⁰² CSJ/SPA n° 68 del 04-03-1993 (RDP n° 53-54). Ello, agregó la CSJ/SPA n° 462 del 27-10-1993 (RDP n° 55-56), sin perjuicio de que el derecho o garantía esté desarrollado en textos normativos de rango inferior, pues lo relevante es que no sea necesario acudir a estos *"para detectar o determinar si la violación constitucional al derecho o garantía efectivamente se ha efectuado"*. Reiterado en CSJ/SPA n° 637 del 24-11-1993 (RDP n° 55-56).

¹⁰³ G.O. n° 34.060 del 27-09-1988.

¹⁰⁴ CSJ/SPA n° 450 del 13-08-1993 (RDP n° 55-56).

concreto para determinar su admisibilidad¹⁰⁵—y que, en todo caso, el amparo únicamente procedería si el daño, o la “amenaza inminente” del mismo, era “consecuencia directa e inmediata del acto, hecho u omisión objeto de la acción [contra la que se intentaba la acción], sin que sea posible que se le atribuyan o imputen al agente perturbador menciones o resultados distintos a las que en sí mismo produce o pueda producir”¹⁰⁶.

Por último, se precisó que “poder interponerse válidamente una acción de amparo (...) el agraviado, de no ser abogado, debe hacerse representar por alguno (...) a menos que (...) la acción tenga por objeto la libertad y seguridad personales (...) donde la asistencia de abogado se encuentre expresamente dispensada”¹⁰⁷.

D. Modalidades

El Magistrado explicó que el amparo constitucional podía ser de dos tipos: (i) Autónomo, si se solicitaba “contra un acto, actuación material, abstención u omisión de la Administración”; o (ii) Acumulado, si se “interpone conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación” con la sola intención de “la suspensión del [acto] recurrido mientras dure el juicio de nulidad”¹⁰⁸, contando así con una naturaleza cautelar en tanto se decide el proceso principal¹⁰⁹, lo que permite calificar al amparo como “subordinado, accesorio de la acción o del recurso al cual se acumuló y, por ende, su destino es temporal, y provisorio”¹¹⁰, sin que pueda ser instrumentalizado para ignorar la caducidad si ya transcurrieron los lapsos de ley para solicitar la anulabilidad de un acto administrativo¹¹¹.

En este orden de ideas, el amparo autónomo podía darse, por ejemplo:

¹⁰⁵ CSJ/SPA n° 638 del 05-12-1991 (RDP n° 48).

¹⁰⁶ CSJ/SPA n° 398 del 14-08-1992 (RDP n° 51). Reiterado en CSJ/SPA n° 143 del 30-03-1993 (RDP n° 53-54). Téngase como ejemplo de un daño directo e inmediato la prohibición de que los bienes de una empresa circulen en un municipio como consecuencia de un decreto dictado por un alcalde que vulnera el derecho al libre tránsito, de acuerdo con CSJ/SPA n° 584 del 19-11-1992 (RDP n° 52).

¹⁰⁷ CSJ/SPA n° 128 del 25-03-1993 (RDP n° 53-54).

¹⁰⁸ CSJ/SPA n° 233 del 21-05-1991 (RDP n° 46). Ello es reiterado en CSJ/SPA n° 321 del 20-06-1991 (RDP n° 46) cuando el Magistrado expuso que “[l]a acción de amparo, ejercida conjuntamente con el contencioso-administrativo de anulación, es: por definición, una acción breve, carente de formalismo que, sin más trámites, pretende suspender los efectos de un acto de la administración, mientras dure el juicio de nulidad”.

¹⁰⁹ CSJ/SPA n° 580 del 19-11-1992 (RDP n° 52).

¹¹⁰ CSJ/SPA n° 272 del 08-07-1993 (RDP n° 55-56). Reiterado en CSJ/SPA n° 669 del 02-12-1993 (RDP n° 55-56), n° 733 del 15-12-1993 (RDP n° 55-56).

¹¹¹ CSJ/SPA n° 647 del 15-12-1992 (RDP n° 52). Reiterado en CSJ/SPA n° 68 del 04-03-1993 (RDP n° 53-54).

(i) *Contra sentencias*. De acuerdo con la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, era competente para conocer del amparo el tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, siendo que *“la Sala ha venido entendiendo (...) que cuando el supuesto tribunal agravante tenga en la escala judicial un superior específico debe ser éste el competente para conocer de las acciones de amparo interpuestas contra las decisiones emanadas de aquél”*¹¹². De igual modo, destacó que cuando el art. 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales se refiere a amparos contra tribunales que actúen fuera de su competencia¹¹³, ello *“no se refiere sólo a la incompetencia por la materia, valor o territorio, sino también corresponde a los conceptos de abuso de poder o extralimitación de funciones”*¹¹⁴, reiterándose así el criterio sostenido por la CSJ/SPA en fallo n° 370 del 12-12-1989.

(ii) *Contra vías de hecho*. FARÍAS MATA expuso que esta acción autónoma procedía *“sin necesidad, incluso, de acudir ni al clásico recurso de ilegalidad con sus especiales características de suspensión de los efectos del acto, ni a la interposición conjunta de éste con el amparo cautelar”*, dada su eficacia y brevedad¹¹⁵.

(iii) *Contra omisiones*. FARÍAS MATA señaló que sus requisitos de procedencia eran que:

1° La conducta omisiva de la Administración debe ser absoluta y total, es decir, no procede la extraordinaria acción de amparo sobre la base de una supuesta violación del derecho de representar y de obtener oportuna respuesta, cuando aquélla se hubiere pronunciado mediante un acto administrativo expreso, ya sea en el procedimiento constitutivo o al resolver la interposición de los recursos administrativos internos. Consecuentemente:

2° Ha de ocurrir la omisión ante una obligación genérica de pronunciarse, a cargo de la Administración, pero no ante una obligación específica que le haya sido impuesta por la ley, ya que en este último caso habría de recurrirse más bien al recurso por abstención¹¹⁶.

¹¹² CSJ/SPA n° 6 del 04-02-1993 (RDP n° 53-54).

¹¹³ *“Artículo 4. Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional. // En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva”*.

¹¹⁴ CSJ/SPA n° 23 del 04-02-1993 (RDP n° 53-54). Reiterado en CSJ/SPA n° 245 del 15-06-1993 (RDP n° 53-54) y n° 12 del 08-01-1994 (RDP n° 57-58).

¹¹⁵ CSJ/SPA n° 190 del 08-05-1991 (RDP n° 46). El fallo agregó que la falta de presentación de los informes sobre los que versaba el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales constituía la aceptación de los hechos incriminados, *“lo cual bastaría para que fuera declarada la procedencia del amparo”*.

¹¹⁶ CSJ/SPA n° 372 del 13-08-1992 (RDP n° 51). Reiterado en CSJ/SPA n° 69 del 11-02-1993 (RDP n° 53-54).

Lo anterior, aunado a que la falta de respuesta a un recurso jerárquico daba pie al “*beneficio del silencio administrativo*” que facultaba al interesado a interponer recursos contencioso administrativos sobre el fondo de la controversia y la decisión del inferior, que podían resultar más idóneos que el amparo frente a la omisión¹¹⁷.

A mayor abundamiento, expuso que:

En los casos de abstenciones u omisiones de la Administración puede observarse una distinción entre las normas constitucionales lesionadas cuando aquellas ocurren ante obligaciones genéricas u obligaciones específicas. En el primer supuesto, cuando un ente público no cumple con la obligación genérica de responder o tramitar un asunto o recurso interpuesto por un particular, se infringe el derecho de éste a obtener oportuna respuesta, consagrado en el artículo 67 de la Constitución; mientras que cuando la inactividad se produce ante una obligación específica que la ley le impone de manera concreta e ineludible, no se viola esa disposición constitucional ni alguna otra directamente.

...

De esta manera, resulta concluyente para la Sala que la inactividad de la Administración, ante una obligación legal específica infringe en forma directa e inmediata, precisamente, el texto legal que la contempla, y entonces la Constitución resultaría violada de manera indirecta o mediata¹¹⁸.

En tanto, por lo que se refiere al amparo acumulado o cautelar, el Magistrado estableció que tanto el recurso de anulación como la acción de amparo debían interponerse “*en un mismo momento y en un solo libelo de demanda*”, so pena de que no encontrara aplicación lo previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales¹¹⁹, y, para acordarlo, bastaba “*la presunción de la*

¹¹⁷ CSJ/SPA n° 372 del 13-08-1992 (RDP n° 51).

¹¹⁸ CSJ/SPA n° 69 del 11-02-1993 (RDP n° 53-54).

¹¹⁹ CSJ/SPA n° 233 del 21-05-1991 (RDP n° 46). El artículo indica: “*La acción de amparo procede contra todo acto administrativo: actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional. // Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso-Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio. // Parágrafo Único: Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aun después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa*”.

eventual lesión a algún derecho inherente a la persona humana mientras dure el juicio principal, para que ordene previa y temporalmente la restitución”, sin que sea procedente realizar análisis de fondo¹²⁰ o fundamentar las violaciones en textos de rango legal o inferior, “ya que eso supondría emitir pronunciamientos sobre las ilegalidades del acto, cuestión que constituye el fondo del asunto controvertido que será resuelto, precisamente, al decidir el recurso contencioso-administrativo que es el juicio principal”¹²¹.

En cualquier caso, las violaciones argumentadas debían ser probadas por la parte afectada, observándose que, en ocasiones, *“el mismo acto administrativo impugnado podría constituir la prueba requerida para la procedencia del amparo cautelar”¹²².*

E. Efectos

Ya para concluir con esta colaboración, sobre los efectos del amparo, que tiene naturaleza declarativa al *“limitarse a reconocer al solicitante como titular de un derecho subjetivo de rango constitucional, que le ha sido lesionado”¹²³*, FARÍAS MATA se hizo eco de *“la jurisprudencia reiterada de la Sala”* respecto a que *“los efectos del amparo quedan reducidos a esos efectos restablecedores de la situación jurídica infringida, pero jamás son extensibles a la creación de derechos subjetivos a favor del administrado accionante”*, por lo que –por ejemplo– ordenar a la Administración Pública que tramitara una autorización mientras durase el juicio de nulidad podía llevar a la incoherencia de que nacieran para el particular nuevos derechos subjetivos en el curso del proceso y, por consiguiente, debía desestimarse su solicitud¹²⁴.

Ello, aunado al hecho que la decisión de amparo es *“mutable (...) entre otras razones porque por lo breve y sumario del procedimiento (...) [que] obra a menudo en contra del cabal conocimiento del asunto por el juez”*, y mal podrían acordársele efectos anulatorios que harían imposible su cuestionamiento posterior¹²⁵.

Esta idea de los efectos restablecedores y no indemnizatorios del amparo también la hallamos presente cuando el Magistrado determinó

¹²⁰ CSJ/SPA n° 580 del 19-11-1992 (RDP n° 52). Reiterado en CSJ/SPA n° 143 del 30-03-1993 (RDP n° 53-54), n° 452 del 13-08-1993 (RDP n° 55-56), n° 464 del 08-09-1993 (RDP n° 55-56), n° 689 del 02-12-1993 (RDP n° 55-56) y n° 13 del 08-02-1994 (RDP n° 57-58).

¹²¹ CSJ/SPA n° 143 del 30-03-1993 (RDP n° 53-54).

¹²² CSJ/SPA n° 157 del 26-03-1993 (RDP n° 53-54). Reiterado en CSJ/SPA n° 161 del 28-03-1993 (RDP n° 53-54) y n° 272 del 08-07-1993 (RDP n° 55-56).

¹²³ CSJ/SPA n° 505 del 29-09-1993 (RDP n° 55-56). Reiterado en CSJ/SPA n° 462 del 27-10-1993 (RDP n° 55-56).

¹²⁴ CSJ/SPA n° 321 del 20-06-1991 (RDP n° 46). La idea del carácter restablecedor también se halla en CSJ/SPA n° 686 del 02-12-1993 (RDP n° 55-56).

¹²⁵ CSJ/SPA n° 637 del 24-11-1993 (RDP n° 55-56).

que tal naturaleza "impide al juez emitir pronunciamiento expreso acerca de prestaciones de carácter pecuniario que sean solicitadas por el accionante, quedando a salvo aquellos casos en que tales prestaciones constituyen la consecuencia clara del restablecimiento pedido"¹²⁶.

En todo caso, visto que "la acción no tiene efectos absolutos o erga omnes, como sí los acarrea la de inconstitucionalidad de un precepto de rango legal o de un recurso contencioso-administrativo de anulación por ilegalidad", el amparo producirá efectos "siempre relativos, interpartes, por lo que el mandamiento de amparo estará sólo dirigido a los sujetos intervinientes en el proceso, afectándolos a ellos únicamente"¹²⁷. De ahí, también, "la necesidad de exigir una singularidad en la legitimación activa para el proceso de amparo" en vez de una "representación genérica de toda la ciudadanía"¹²⁸, ya que:

...el hecho de que el amparo sirva exclusivamente para restablecer las lesiones a algún habitante de la República, que se produzcan en sus verdaderos derechos subjetivos fundamentales –entendidos éstos como situaciones de intereses evidentemente privados, en función de los cuales el ordenamiento confiere un poder en favor de su titular con el cual puede imponer a otro, aun a la Administración, una conducta–, impide que los efectos del mandamiento del juez puedan extenderse a toda la colectividad, ya que si así sucediera estaría éste más bien "garantizando" o "protegiendo" un interés general o, en el mejor de los casos, un interés colectivo o difuso, lo que se aparta nítidamente de la finalidad de este medio judicial¹²⁹.

Así, en consecuencia, el amparo tenía un "carácter eminentemente personal (...) exigiendo (...) un interés calificado en quien pretenda la restitución o el restablecimiento del derecho o garantía que considere vulnerados", ya que los efectos de la lesión "repercutan sobre él en forma directa e indiscutida"¹³⁰. ■

¹²⁶ CSJ/SPA n° 638 del 05-12-1991 (RDP n° 48).

¹²⁷ CSJ/SPA n° 571 del 13-08-1992 (RDP n° 51). Reiterado en CSJ/SPA n° 332 del 06-08-1992 (RDP n° 52), n° 571 del 13-08-1992 (RDP n° 52), n° 457 del 13-08-1993 (RDP n° 55-56) y n° 459 del 27-08-1993 (RDP n° 55-56).

¹²⁸ CSJ/SPA n° 571 del 13-08-1992 (RDP n° 52).

¹²⁹ CSJ/SPA n° 457 del 13-08-1993 (RDP n° 55-56). Reiterado en CSJ/SPA n° 459 del 27-08-1993 (RDP n° 55-56).

¹³⁰ CSJ/SPA n° 460 del 27-08-1993 (RDP n° 55-56).



**REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO
ADMINISTRATIVO VENEZOLANO**

**Número 26, Enero – Junio 2023
Segunda etapa**

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)



www.cidep.com.ve

www.cidep.online



contacto@cidep.com.ve



[@cidepVE](https://www.instagram.com/cidepVE)