

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

28

ENERO - JUNIO

2024

www.cidep.com.ve

REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

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

Número 28
Enero – Junio 2024
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 28. Enero – Junio 2024

Publicación semestral. Segunda etapa

URL DEL EJEMPLAR: <https://cidep.com.ve/ojs/index.php/redav/issue/view/redav-28>

FECHA DE PUBLICACIÓN: 08-01-2025

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

X: @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

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. El 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

NORMAS Y CRITERIOS EDITORIALES	5
ÍNDICE.....	7
DIRECTRICES EUROPEAS SOBRE LA PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, Samantha Sánchez Miralles.....	9
I. Regulación de servicio público en la Unión Europea	10
II. Notas generales sobre privatización.....	15
III. Directrices europeas sobre la privatización de los servicios públicos.....	18
Conclusiones	22
ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE DERECHO PRIVADO Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA CONTRACTUAL. ¿VALE LA PENA MANTENER ESAS CATEGORÍAS? Jean-Denis Rosales Gutiérrez.....	25
Introducción	25
I. ¿Aplica el derecho público o el derecho privado a la actividad administrativa de las contrataciones públicas?	27
II. Actividad administrativa de Derecho privado y la actividad administrativa contractual como contradictio in adjecto.....	37
III. El interesante caso de la actividad administrativa de fomento (entre otros)	48
IV. La función del juez en la dialéctica o en la jurisprudencia de conceptos...	63
Conclusiones	64
DE VUELTA SOBRE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE RESCISIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO PÚBLICO, Mauricio Subero Mujica.....	67
Introducción	68
I. La rescisión del contrato como sanción al incumplimiento.....	75
II. El procedimiento para la rescisión unilateral del contrato.....	81
III. Los supuestos de rescisión por causas imputables al contratista y las cláusulas resolutorias expresas	86
IV. Naturaleza del acto rescisorio.....	90
ALTERACIONES A LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS POR LA LEY CONSTITUCIONAL DEL 11 DE ENERO Y POR EL DECRETO EJECUTIVO N° 3.324 DE MARZO DE 2018, César Esteves Alvarado.....	99
Introducción	100
I. Desaciertos y ambigüedades de la ley constitucional del 11-01-2018 (el Instrumento) sobre aspectos de la contratación de la administración pública	101
II. La disposición transitoria primera de la ley constitucional bajo análisis....	107
III. La disposición transitoria segunda del instrumento.....	111

IV. Ley constitucional vs. Ley de contrataciones públicas	114
V. Decreto ejecutivo N° 3.324 del 16-03-2018. Régimen especial de adquisiciones y servicios aplicable a la contratación pública	117
VI. Estado de las leyes constitucionales promovidas por la extinta asamblea nacional constituyente. Nueva Ley constitucional que amplía indeterminadamente la vigencia de las dictadas por la ANC	121
Conclusiones	121

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA PROVIDENCIA ADMINISTRATIVA 525 DEL 17-10-2024, DICTADA POR EL SERVICIO AUTÓNOMO DE REGISTROS Y NOTARÍAS SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS Y BIOMÉTRICOS, Sacha Rohán Fernández Cabrera

Introducción	127
I. La providencia administrativa N° 525 del 17-10-2024 del SAREN	128
II. Aplicación de la tecnología en la Administración Pública	129
III. La naturaleza normativa de la providencia	133
IV. Análisis del articulado de la providencia	136
Conclusiones	149

EL DERECHO DEL CONTRIBUYENTE A QUE TODA ACTUACIÓN DETERMINATIVA SE REALICE EN DÍAS Y HORAS HÁBILES, Serviliano Abache Carvajal

Introducción	151
I. El procedimiento de determinación tributaria	152
II. El derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles	158
Conclusión	170

REFLEXIONES SOBRE LA UTILIDAD PRÁCTICA Y ARGUMENTATIVA DE LOS VICIOS DE INMOTIVACIÓN, INDEFENSIÓN E INCOMPETENCIA TEMPORAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO, Jesús A. Villegas Ruiz y David Mongiovi Testamarck

Introducción	174
I. Generalidades sobre el acto administrativo en Venezuela	175
II. El vicio de inmotivación	177
III. El vicio de indefensión	181
IV. El vicio de incompetencia temporal	183
Comentario final	186

Directrices europeas sobre la privatización de los servicios públicos

Samantha SÁNCHEZ MIRALLES*

REDAV, N° 28, 2024, PP. 9-23

Resumen: En el contexto de la integración supranacional europea se mantiene la noción de servicio público, institución que opera en los ordenamientos jurídico-administrativos de los Estados miembros. No obstante, el concepto de servicio público ha cambiado a los fines de realzar su conexión con los servicios de interés general, esto es, aquellas actividades económicas que cumplen con una misión de interés público. Lo que ha variado, en todo caso, son las técnicas de la actividad administrativa para garantizar la satisfacción de las necesidades de la sociedad, sin que quepa plantear el nacimiento de un nuevo servicio público. La garantía de estas necesidades y de la misión de servicio público, justifica a los poderes públicos imponer obligaciones específicas a operadores económicos, y así evitar la desatención de necesidades sociales básicas o fundamentales.

Palabras clave: Servicio público – Servicio universal – Unión Europea

Abstract: *In the context of the European Union, the notion of public service, an institution that operates in the legal-administrative systems of the Member States, is maintained. However, the concept of public service has changed to enhance its connection with services of general interest, that is, those economic activities that fulfill a mission of public interest. What has changed, in any case, are the administrative activities that guarantee the satisfaction of the needs of society without considering the birth of a new public service. The guarantee of these needs and the mission of public service justifies the public authorities to impose specific obligations on economic operators and thus avoid the neglect of basic or fundamental social needs.*

Keywords: *Public service – Universal service – European Union*

Recibido

09-04-2024

Aceptado

18-06-2024

Tradicionalmente, se entendía por servicio público toda actividad cuyo cumplimiento debía ser asegurado, regulado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable para la realización y desarrollo de la

* Abogado Magna Cum Laude UCV (1991), LL.M. University of Michigan (1994), Doctora en Ciencias, mención Derecho UCV (2010), Subdirectora del CIDEP.

interdependencia social, de tal manera que no podía ser realizado más que por la intervención de la fuerza gobernante¹.

No obstante, esa noción ha evolucionado y hoy podríamos decir que servicio público engloba cualquier actividad económica de carácter prestacional que posee un fin de interés público, sin tener en cuenta el sujeto –público o privado– que lo lleve a cabo.

La evolución global de la noción jurídica de servicio público se puede dividir en cuatro grandes momentos: **(i)** El servicio público surge y se erige como un concepto clave en el derecho administrativo a principios del siglo XX; **(ii)** El servicio público entra en crisis durante el periodo de entreguerras mundiales; **(iii)** El servicio público se recupera como noción significativa en la década de los años 50 del siglo XX; y, por último, **(iv)** El servicio público sufre de nuevo una crisis y hay un replanteamiento de su noción a partir de la década de los 80 del siglo XX.

Esta última crisis de la noción jurídica de servicio público viene dada por múltiples factores que podemos resumir de la siguiente manera: **(i)** La globalización de la economía, con su lógica consecuencia de llevarnos hacia un Derecho también globalizado; **(ii)** El fenómeno de los procesos de liberalización económica y privatización; y **(iii)** El ingreso de los Estados constitucionales europeos a los procesos de integración supranacional y de internacionalización.

1. Regulación de servicio público en la Unión Europea

1. Breve reseña general sobre el Derecho comunitario

En el Derecho de la Unión Europea (UE)² pueden distinguirse dos etapas: la primera desde sus momentos fundacionales hasta 1997; y la segunda desde 1997 hasta nuestros días.

En la primera etapa destacan: **(i)** El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) de 18-04-1951 (formalmente Tratado de París); y **(ii)** El Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA) de 25-03-1957 (formalmente Tratado de Roma). Las modificaciones operadas en el Tratado Constitutivo de la Comunidad se producen en dos momentos decisivos: **(i)** El Acta Única Europea de 1986; y **(ii)** El Tratado de la Unión Europea, de 07-02-1992 (Tratado de Maastricht).

En la segunda etapa de evolución del Derecho de la Unión Europea, nos encontramos: **(i)** El Tratado por el que se modifican el Tratado de la

¹ Tomás Ramón Fernández, "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy". *Revista de la Administración Pública*, n° 150 (1999).

² Consultado en www.europarl.europa.eu

Unión Europea, los Tratados constitutivos de la comunidades europeas y determinados actos conexos,-10-1997 (Tratado de Ámsterdam); (ii) El Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, de 26-02-2001 (Tratado de Niza) y (iii) El Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, donde se fusionan la Unión Europea y la Comunidad Europea para formar una única Unión Europea, de 13-12-2007 (entrando en vigor el 1-12-2009) (Tratado de Lisboa), y cuyo ordenamiento jurídico general le confiere a la Unión Europea su carácter de comunidad de Derecho.

Sumariamente, esto se traduce en que los Estados miembros renuncian a parte de su soberanía a favor de la Unión Europea, a la que han dotado de competencias propias, independientemente de los Estados miembros, que es vinculante para ellos mismos y para sus ciudadanos, y que los tribunales nacionales están obligados a aplicar.

En el ejercicio de sus competencias, la Unión Europea está facultada para adoptar actos jurídicos que, por sus efectos, son equivalentes a los actos de soberanía de los Estados miembros³. No es que se conceda a las instituciones de la Unión Europea una competencia general para adoptar todas las medidas necesarias para la realización de los objetivos de los tratados constitutivos de la Unión Europea. El principio es que la Unión Europea y sus instituciones no pueden decidir por sí mismas sobre sus bases jurídicas y competencias, pues se rige por el principio de atribución, que se encuentra contenido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 1-12-2009 (en lo sucesivo TFUE)⁴, en sus artículos. 2, 3 y 4, que establece que la UE actúa dentro de los límites de las competencias atribuidas por los Estados miembros. De modo que el alcance real de cada mandato varía según la naturaleza de los ámbitos de actuación transferidos a la UE. Es por ello que, toda competencia no atribuida a la UE, corresponderá exclusivamente al ámbito normativo interno de los Estados miembros por el principio de subsidiariedad⁵.

En cuanto a las funciones, en el plano europeo, el grueso de las tareas y responsabilidades administrativas corresponde a la Comisión (artículos 244 al 250 del TFUE). A ello hay que agregar que, con el objeto de

³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Asunto Constitución-213/89 www.iberley.es, aplicabilidad directa y primacía del Derecho de la Unión Europea.

⁴ Este Tratado deriva del Tratado de Lisboa y conforma, junto con el Tratado de la Unión Europea, la base detallada del derecho de la UE, así como la organización administrativa y funcional de las instituciones de la UE.

⁵ El principio de subsidiariedad permite determinar cuándo la Unión Europea es competente para legislar, y contribuye a que las decisiones sean adoptadas lo más cerca posible de los ciudadanos. En cualquier caso, la UE sólo puede intervenir cuando su actuación sea más eficaz que la de los países de la Unión a escala nacional o local. El principio de subsidiariedad se consagra en el artículo 5 del TFUE.

evitar la interpretación y aplicación de las normas comunes de manera distinta por parte de los tribunales nacionales, se procedió a la creación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), artículo 251 y siguientes del TFUE, que ostenta el poder judicial supremo para la resolución de todas las cuestiones relativas al Derecho de la Unión Europea⁶.

2. Sobre los servicios públicos en el Derecho comunitario europeo

La noción de servicio público ha sufrido, y aún hoy encara, constantes transformaciones, debido a los diversos requerimientos sociales, tecnológicos, económicos y legales que la condicionan⁷. En el caso que nos ocupa, además, el proceso de integración supranacional comunitario-europeo también ha impuesto cambios esenciales en lo que entendemos por servicio público y su prestación y ha llevado, entre otras cosas, a ubicar a los servicios públicos dentro del marco de la economía de mercado y de la libre competencia.

En el Derecho Comunitario Europeo la noción de servicio público es además el fruto del influjo de los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros. La Comisión, en su comunicación del 11-09-1996 sobre los servicios de interés general en Europa, señala que la expresión “servicio público”, por una parte, designa tanto al organismo de producción del servicio como a la misión de interés general que se confía a éste⁸.

Ahora bien, en líneas generales, los servicios públicos en el Derecho europeo han sido considerados y regulados bajo la noción de servicios de interés económico general (en lo sucesivo SIEG). Así, en el TFUE, en su artículo 106.2, se habla de los SIEG de este modo:

Sin perjuicio de los artículos 77, 90 y 92, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a las competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido.

⁶ La misión del TJUE consiste en: (i) El control de la aplicación del Derecho de la Unión Europea en lo que respecta a la conducta de las instituciones de la Unión Europea; (ii) El control del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea por parte de los Estados miembros y de las personas; (iii) La interpretación del Derecho de la Unión Europea; y por último (iv) El desarrollo del Derecho de la Unión Europea. www.curia.europa.eu

⁷ Martín Rebollo L, “De nuevo sobre el servicio público; planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica” en *40 años de derecho administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados* (Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 2017).

⁸ Nuria Díaz Abad, “La liberalización de servicios. Condicionamientos comunitarios”, en *Privatización y liberalización de servicios, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 3* (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999).

En 2008, aparece por primera vez en el Derecho originario europeo una nueva expresión: “servicios de interés general” (en lo sucesivo SIG) y lo hace mediante el Protocolo 26, y éste expresa que, los Estados miembros “deseando enfatizar la importancia de los servicios de interés general”, aluden a la diferencia entre SIEG y SIG:

En cuanto a los SIEG, el artículo 14 indica: (i) El papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios; (ii) La diversidad de los servicios económicos de interés general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales; y (iii) Un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos del usuario.

En cuanto a los SIG, señala: “las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico”.

Es evidente, y así lo ha expresado la Comisión Europea, que el enfoque adoptado para los SIG, incluidos los servicios sociales y sanitarios, es esencialmente pragmático: refleja la división de competencias entre los distintos niveles de gobernanza de la Unión Europea y respeta la diversidad y las especialidades de estos servicios⁹.

Por otra parte, la regulación europea de los SIEG se caracteriza por ser sectorial. Ya desde 1998, las Directivas se van dictando por sector económico: telecomunicaciones, servicios postales, electricidad, hidrocarburos, gas, transportes públicos por carretera, ferrocarriles, navegación aérea y transporte marítimo. Para cada uno de estos sectores se han aprobado normas que buscan la compatibilidad del cumplimiento de las misiones de estos servicios con la aplicación de las normas de competencia y el reconocimiento y operatividad de las libertades económicas¹⁰.

La diferencia entre SIG y SIEG no siempre es patente, ni las directrices otorgan una guía inequívoca, es por ello que la construcción de la

⁹ Véase María Amparo Salvador Armendáriz, “Los servicios como servicios a las personas en el Derecho de la Unión Europea”, en *La colaboración público-privada en la gestión de los servicios sociales* (Madrid: Marcial Pons, 2022). También es menester citar la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que contempla en su artículo 36 el derecho de acceso a los SIEG. El artículo 34 *eiusdem* también incluye la mención a la seguridad social y a la ayuda social.

¹⁰ Id., p. 39.

jurisprudencia europea es fundamental en esta área¹¹. Adicionalmente, veremos *infra* que la evolución ha llevado a subsumir una categoría dentro de la otra.

Años antes, en el 2004, ya la Comisión había aprobado un “Libro Verde¹² sobre los servicios de interés económico general”¹³, como herramienta a través de la cual la Comisión se comprometió a efectuar una revisión completa de sus políticas en materia de SIEG. El Libro verde señala que los SIEG “constituyen una realidad compleja y en constante evolución”¹⁴ que:

...abarca un amplio espectro de actividades de diverso tipo, desde ciertas actividades propias de las grandes industrias de redes, tales como: energía, servicios postales, transporte y telecomunicaciones, hasta la sanidad, la educación y los servicios sociales, de dimensiones diversas (algunas de ámbito europeo, incluso mundial, otras de ámbito simplemente local) y de diferente naturaleza, sometidas o no a la disciplina del mercado.

También agrega que, la forma en que se organizan estos servicios difiere en función de las tradiciones culturales, la historia y las condiciones geográficas de cada Estado miembro, así como de las características propias de la actividad en cuestión, sobre todo en su desarrollo tecnológico.

Algo que ya contempla el Libro Verde de los SIEG es que, si bien definiendo la contribución que han hecho el mercado interior y las normas de competencia a la modernización y a la mejora de la calidad y eficacia de los servicios públicos en beneficio de los ciudadanos, también contempla la posibilidad de que los SIG se exceptúen de las reglas de mercado y competencia con base en la competencia de los Estados miembros de prestar, encargar y organizar los SIG.

Es así como partimos de que la construcción jurídica europea se ha establecido esencialmente sobre el signo de la promoción o del restablecimiento de la competencia, pero sin dejar de lado la preocupación por la cohesión económica y social que debe prevalecer en materia de servicios públicos.

En este punto es menester referimos a los artículos 129-a y 130-a del Tratado de Maastricht, donde se evidencia este tipo de preocupaciones,

¹¹ Por lo que se refiere a la distinción entre actividades económicas y no económicas, el TJUE ha declarado reiteradamente que “constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado”. Véase, por ejemplo, sentencia en los Asuntos acumulados C-180-184/98, Pavel Pavlov y otros c/ Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten: Rec. 2000, I. 6451 en www.eur-lex.europa.eu

¹² Los libros o documentos verdes son documentos publicados por la Comisión Europea para estimular la reflexión a nivel europeo de un tema concreto.

¹³ COM (2003) 270 final. Diario Oficial C 76 de 25-03-2004 www.eur-lex.europa.eu

¹⁴ COM (2003) 270 final, de 21-05-2003, 6. www.eur-lex.europa.eu

que pueden servir para “echar las bases de servicios públicos a escala europea y de forma más general, de una concepción europea del servicio público”.

II. Notas generales sobre privatización

La evolución del Estado, luego de la Segunda Guerra Mundial, nos llevó a un Estado sobredimensionado y omnipotente, a menudo sustentado sobre la noción del servicio público, a tal punto que hizo surgir la reacción opuesta: una imperiosa necesidad de reconducir el Estado Constitucional a su mínima expresión, o al menos, a unos límites más adecuados al propio fin último del Estado Constitucional y a las capacidades reales de la administración pública.

Esto se traduce en que el Estado Constitucional sólo debería intervenir en las actividades que condicionan su existencia misma, con lo cual se estaría hablando de aquellos fines “esenciales” o de los que, desde el punto de vista de la tradición del Derecho administrativo, se denominan inicialmente los servicios públicos legalistas de la soberanía, es decir: la armada, la justicia, la milicia y las finanzas, entre otros.

No obstante, el Estado necesita asegurar que se mantengan las prestaciones de interés público en beneficio de los ciudadanos. Sólo que, ahora, no tiene por qué ofrecerlas directamente, y puede recurrir al sector privado: esto es, la privatización; un nuevo modelo de Estado Constitucional, basado en la gestión privada de todas aquellas actividades susceptibles de ser llevadas a cabo por sujetos particulares.

El término “privatización” es polisémico, pues es empleado en una amplia variedad de sentidos y con referencia a objetos distintos. Consecuentemente, resulta con frecuencia confuso o ambiguo, hablar sin más de la privatización, sin precisar adecuadamente su objeto y alcance. De seguidas, trataremos de delimitar este concepto, y sus formas, a los efectos de este análisis.

En primer lugar, la privatización puede referirse al diseño de políticas públicas y de procedimientos conforme a Derecho, para el traspaso del patrimonio del Estado Constitucional a propietarios privados. Pero la privatización también puede referirse a una devolución de las tareas o servicios realizados hasta entonces por entidades públicas a empresarios o titulares privados. Tal devolución puede referirse tanto a la prestación de los servicios completos, como sólo a su gestión global o parcial¹⁵.

¹⁵ Hamer, E., “Praxis de la privatización de servicio”, en *Revista Instituto de Estudios Económicos*, n° 1 (1985), citado por José Aarujó-Juárez, *Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado, Volumen V* (Caracas: CIDEP, 2024), 291.

Dentro de la “privatización”, se presenta un abanico de opciones sobre cómo traspasar los servicios al ámbito privado¹⁶. Es decir, que hay múltiples formas en las que el Estado Constitucional puede delegar los servicios públicos al sector privado: colaboración, contribución, cooperación o apoyo¹⁷.

Mediante cualquiera de estas figuras jurídicas: concesión¹⁸, concierto¹⁹, control²⁰ o contratación, el Estado puede pasar a los nuevos operadores privados las exigencias que comporta la prestación de ciertos servicios públicos y éstos deben garantizar una distribución equitativa de los recursos disponibles y el mantenimiento igualitario del nivel de bienestar alcanzado.

En consecuencia, el Estado Constitucional pasa de ser prestador y asegurador directo del funcionamiento y la calidad de los servicios de interés público a la condición de garante, vigilante del comportamiento de los mercados, para que los operadores privados respeten la competencia y las regulaciones públicas establecidas en normas, programas o directivas de actuación formuladas por los poderes públicos competentes, y asegurar así la salvaguardia de los intereses públicos y el cumplimiento, en su caso, de las obligaciones o cargas de servicio público que se les confíen.

En líneas generales y a grandes rasgos, una opción para privatizar es suscribir con los privados contratos de Derecho común o contratos

¹⁶ Samantha Sánchez Miralles, “Apuntes sobre privatización”, en *Libro Homenaje a Raúl Arrieta*, en prensa.

¹⁷ Giles Jules Guglielmi, *Gestión privada de los servicios públicos* (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004), p. 131 y siguientes.

¹⁸ “La titularidad propia y típica de la concesión es la de constituir un poder jurídico –título legitimante–, en cuya virtud el beneficiario de la concesión queda legitimado por la Administración pública otorgante, para crear una determinada unidad productiva, destinada a organizar y llevar a cabo las prestaciones propias del servicio público de que se trate, con la asunción, por el concesionario, del riesgo y ventura de la explotación del mismo. (...) Lo que distingue en forma privativa la concesión, no es el acto administrativo unilateral como elemento formal, sino la transferencia de un continente cuyo contenido es un servicio público”. José Araujo-Juárez, *Ob. cit.*, p. 551.

¹⁹ El concierto es un convenio entre la Administración pública titular de un servicio público y una entidad privada que sea propietaria de las instalaciones idóneas, cediendo ésta a la Administración pública la utilización de tales instalaciones a cambio del pago de un “tanto alzado”; esto es, una cantidad resultante de la estimación de diversos factores, así: valor de la utilización de las instalaciones, de los servicios personales, de la amortización de las mejoras o nuevas inversiones acordadas, etc. José Luis Villar Ezcurra, *Servicio público y técnicas de conexión* (Madrid: Civitas, 1980).

²⁰ La actividad de los sujetos privados está regulada por un Derecho que se les impone desde el exterior y el respeto de los derechos y obligaciones que lleva consigo estará bajo la autoridad y la sanción de un poder externo y superior: el del Estado Constitucional.

administrativos, esto se definirá, dependiendo de si se trata de un servicio público que funciona con reglas propias y con carácter administrativo; o, si se está frente a actos que, interesando a la colectividad, toman la forma de gestión privada y se mantienen en el área de las relaciones de particular a particular, bajo condiciones de Derecho privado²¹. Otra figura es la delegación, donde una persona pública encarga la gestión de un servicio público mediante un acto unilateral y no mediante contrato.

La doctrina ha estudiado y elaborado diversas clasificaciones sobre los tipos de privatización, nosotros nos decantamos por la siguiente: la privatización jurídico-formal, la privatización material y la privatización patrimonial.

La privatización jurídica-formal consiste en la utilización que hace la administración pública de las formas o técnicas jurídicas del Derecho privado (huida del Derecho administrativo o huida al Derecho privado)²², para referirse a la aplicación de normas de Derecho privado a actuaciones de entidades u organismos públicos para evitar, de este modo, los procedimientos y los controles jurídico-públicos, que constriñen y ralentizan la realización de algunos de sus objetivos.

La privatización material versa sobre la forma y se delega el contenido del servicio público al sector privado. Esto puede producirse de dos formas, según que el Estado Constitucional continúe o no conservando la titularidad del servicio. En esta privatización, se otorga pues al sector privado la capacidad de convertirse en oferente o proveedor de tales servicios, realizados hasta entonces por el Estado Constitucional, en un entorno de libre competencia.

Sin embargo, las funciones que tradicionalmente se consideran estrictamente públicas o esenciales del Estado Constitucional, o de soberanía, tales como la defensa nacional o la seguridad civil, quedarían al margen de esta privatización. Tratándose de actividades de tipo prestacional o de servicio público, aun acudiéndose al Derecho privado, habrá regulaciones jurídico-administrativas de ineludible cumplimiento que completarán las regulaciones de Derecho privado.

Por último, en la privatización patrimonial sólo se traspasa al sector privado el financiamiento de un servicio público –patrimonio o servicio– utilizándose, por ejemplo, capital privado para proyectos de inversión pública o para ámbitos de servicios públicos (autopistas, escuelas, etc.).

²¹ José Luis Melián Gil, "El servicio público como categoría jurídica", en www.revistaonline.inap.es

²² Silvia Del Saz Cordero, "La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", *Revista de la Administración Pública*, n° 133 (1994): 57 y siguientes.

La privatización patrimonial se debe, según un sector de la doctrina, a las críticas al Estado Constitucional empresario público y a la crisis financiera del Estado Constitucional: la empresa pública se ha considerado un foco de corrupción, clientelismo político y apropiación sindical; con dificultades para adaptarse al mercado y en ella existen riesgos de descontrol del gasto y de politización, entre otras consideraciones. Sin embargo, también se sostiene que la eficiencia no es siempre compañera de la privatización, pues en algunos casos la política privatizadora no genera la apetecida liberalización económica y, en ocasiones, los procedimientos técnicos seguidos no han sido positivos desde una perspectiva coste-beneficio²³.

III. Directrices europeas sobre la privatización de los servicios públicos

Es bien sabido que a los países de Europa les tocó la tarea de la reconstrucción postbélica, lo que alimentó la doctrina de las nacionalizaciones de los medios de producción, y esto, lógicamente, impulsó el proceso de expansión e intervencionismo del Estado Constitucional en la economía, con el consiguiente protagonismo del sector público estatal.

Luego, a finales de los años 50, se gestó el Tratado de Roma, que trajo al escenario europeo el mercado común, el cual, dotado de una lógica institucional y bajo el dogma de lograr un mercado general y común en el que las mercancías, los capitales, los servicios y las personas pudieran moverse sin trabas, llevaba dentro el germen de una nueva era. Y eso es lo que ocurrió al cabo de varias décadas en el espacio europeo, tras la entrada en vigor del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea resultante de Maastricht, cuando se le dio forma de Unión Europea.

En líneas generales, el Derecho comunitario europeo busca promover la satisfacción de las necesidades sociales, pero al mismo tiempo que se permita el libre juego del mercado. Con la globalización y el desbordamiento del Estado descrito *supra*, estamos frente a una situación en la que, muchas de las actividades que eran característicamente estatales, requieren de la colaboración de los sujetos privados. No obstante, la participación privada está sometida a varias exigencias a nivel comunitario.

Así, los grandes servicios públicos que tradicionalmente tenían un monopolio en ámbitos como energía, transporte o telecomunicaciones, han tenido que evolucionar y pasar de ser establecimientos públicos a ser empresas privadas sometidas a la libre competencia.

²³ Jaime Rodríguez-Arana, *La privatización de la empresa pública* (Madrid: Montecorvo, 1991), 169.

La creación de un mercado único europeo, con el fin de propiciar la competencia interna y permitir la formación de grandes empresas comunitarias, llevó a un proceso interno de liberalización de servicios públicos (arts. 59 y 60 del TFUE), desde el convencimiento de que el mercado podía ya garantizar las prestaciones propias de estos servicios públicos y que la competencia mejoraría la calidad y el precio de tales servicios.

Si bien “las fuerzas del mercado permiten una mejor asignación de los recursos y una mayor eficacia en la prestación de los servicios, beneficiando a los consumidores que obtienen más calidad a mejor precio”²⁴, la conciencia de sus límites que corren el riesgo de excluir a parte de la población de sus beneficios y de no permitir el fomento de la cohesión social y territorial, obliga a cada Estado miembro a: **(i)** Buscar un equilibrio entre la competencia y las exigencias del interés público, equilibrio cuyo hallazgo justifica la exención parcial de las normas del Tratado con sujeción a condiciones de proporcionalidad; y **(ii)** Establecer las compensaciones correspondientes a las empresas que las hayan de soportar y éstas con cargo a fondos colmados por las aportaciones de los demás operadores que estén libres de estas cargas.

Ahora bien, de acuerdo con el principio de subsidiariedad del Derecho de la Unión Europea, los Estados miembros son libres de elegir entre obligaciones de servicio público, siempre que no se falsee la competencia en el mercado interior, de acuerdo con la competencia en el mercado interior.

En este sentido, el artículo 106, apartado 2 del TFUE señala:

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada.

Del mismo modo, el artículo 14 del TFUE dispone lo siguiente:

Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido.

La liberalización de los SIG²⁵, que ya hemos dicho que pueden ser perfectamente definidos por cada uno de los Estados miembros, servirá

²⁴ Tomás Ramón Fernández, Ob. cit.

²⁵ Cuya base es el artículo 106, numeral 2 del TFUE.

para que estos últimos garanticen la accesibilidad, la regularidad y la calidad de estos servicios. Esto es muy importante, porque desaparece la titularidad administrativa, aunque no su presencia, ya que la administración necesita velar por la mejor satisfacción del interés público²⁶.

El motor que ha impulsado todo esto es, sin duda, el ordenamiento jurídico y la política comunitaria que trata de hallar un punto de equilibrio entre el Estado Constitucional y el sistema de economía de mercado y competencia.

En este nuevo contexto, todos los servicios públicos se sitúan en un entorno de competencia, incluso en el ámbito de servicios que no tienen naturaleza económica, tales como cultura, educación, sanidad, etc., encontramos técnicas y mecanismos típicamente de mercado (uso de precios, dispersión de los centros de decisión, subcontratación limitada, introducción de competencia parcial, etc.) que han sido puestos en práctica por motivos de eficiencia, capacidad y equidad.

Por otro lado, las reglas de funcionamiento de los servicios públicos han tenido que modificarse: se han reorganizado las reglas en materia de monopolios, de derechos exclusivos y especiales, y se han vuelto más transparentes y se han clarificado cierto número de reglas tradicionales de funcionamiento de los servicios públicos de carácter industrial y comercial²⁷.

Más recientemente, a medida que las competencias de la Unión Europea han ido evolucionando fuera del ámbito económico, los SEIG se han subsumido en la categoría de SIG, categoría que incluye, además los servicios no económicos de interés general (en lo sucesivo SNEIG).

Estos últimos corresponden a las actividades no económicas vinculadas con el ejercicio de la autoridad pública (ejército, policía, justicia, diplomacia, etc.) y las funciones exclusivamente sociales que se caracterizan por la ausencia de contraprestación económica, por el hecho de que lo que paga el usuario no se correlaciona con el coste efectivo de la prestación y están basados en el principio de solidaridad. Estas no se someten tampoco a una legislación específica de la UE, ni a las normas de competencia²⁸.

²⁶ Jaime Rodríguez-Arana, Ob. cit.

²⁷ José Araujo-Juárez, Ob. cit.

²⁸ www.eurogersinfo.com. En el caso *Corbeau*, relativa al servicio de correos belga, el TJUE dictaminó que las excepciones a las normas de competencia en favor de este servicio eran posibles, incluso para actividades específicas rentables y disociables de su misión de interés público. Se consideró, pues, que pueden concederse derechos exclusivos a las empresas que gestionan servicios de interés económico general (SIEG), “en la medida en que se trate de restricciones a la competencia, o incluso de la exclusión de toda competencia, de parte de otros operadores económicos, son necesarios para garantizar el cumplimiento de la misión particular

Por consiguiente, podemos concluir que los servicios de interés general son considerados por la Comisión Europea como una categoría que engloba cualquier actividad de interés público, independientemente de su naturaleza económica o no y los mismos deben responder a los principios de continuidad, universalidad²⁹ e igualdad de acceso y transparencia, con el fin de plasmar los valores colectivos de la UE comúnmente asumidos: la cohesión social, protección del medio ambiente, la protección de los consumidores y la garantía de un mínimo común de bienestar.

En pocas palabras, concluye Morand-Deviller³⁰, la Unión Europea ha pasado de un servicio económico de interés general a un “servicio de interés general”. Sigue excluyendo el calificativo de “público” del servicio, centrándose en los gestores y el derecho aplicable, que pueden ser tanto públicos como privados. Sin embargo, la lectura de los debates, reglamentos y directivas, muestra, en esencia, la importancia del concepto de “servicio público”, así como su vinculación con los objetivos, fines y valores comunes de la UE.

La legislación de la Unión Europea deja en manos de los Estados miembros, en aplicación del principio de subsidiariedad, la definición de los requisitos de calidad y asequibilidad a nivel nacional. Este margen de flexibilidad se refleja, especialmente, en la posibilidad de exigir a las empresas con obligaciones de servicio universal, el respeto de un marco

asignada a las empresas titulares de derechos exclusivos”. Asunto C-320/91 <https://eur-lex.europa.eu>. El razonamiento del TJUE se extiende en el Asunto *Cne d'Almelo*, sobre la distribución de electricidad en los Países Bajos. Aquí justificó una cláusula de compra exclusiva –a priori– contraria a las normas de competencia–de la que se beneficia una empresa por las limitaciones de interés público a la que está sujeta esta última. Estas limitaciones se derivan del hecho de que la empresa “debe garantizar el suministro ininterrumpido de energía eléctrica en todo el territorio a todos los consumidores, ya sean distribuidores locales o usuarios finales, con tarifas uniformes y en condiciones que tarifas uniformes y en condiciones que sólo pueden variar según criterios objetivos aplicables a todos los clientes”. Asunto 61992CJ0393 <https://eur-lex.europa.eu>

²⁹ El concepto de servicio universal designa conjunto de requisitos de interés general que garantizan que ciertos servicios se ponen a disposición, con una calidad específica, de todos los consumidores y usuarios en todo el territorio de un Estado miembro, con independencia de su situación geográfica y, en función de las circunstancias nacionales específicas, a un precio asequible. La noción de servicio universal fue aceptada por la normativa comunitaria, con relación a los ámbitos de telecomunicaciones, correos y energía, dentro de un entorno de mercado abierto y competitivo. Así, el servicio universal se aplica a determinados servicios básicos, cuyo alcance, sin embargo, está sujeto a cambios, en particular como resultado de la evolución tecnológica (Parlamento Europeo y Consejo UE, Directiva 2002/22, de 07-03-2002, Art. 4).

³⁰ Jacqueline Morand-Deviller, *Derecho administrativo: curso, temas de reflexión, comentarios y análisis de fallos*, traducción por Z. Rincón Ardila y J.C. Peláez (Bogotá: UEC, 2017).

tarifario o aplicar tarifas comunes, incluida una equiparación geográfica, en todo el territorio nacional³¹.

En cuanto a los mecanismos de financiación utilizados por los Estados miembros se incluyen, en determinadas condiciones, la oferta de apoyo financiero directo a través del presupuesto estatal para servicio público.

Este método se reconoce expresamente en el ámbito del transporte (art. 93 del TFUE). La principal limitación es la establecida en el art. 107 del TFUE, según la cual “en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros (...) falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”. No obstante, son compatibles con las reglas de la competencia y están exentas de notificación a la Comisión Europea, las ayudas *de minimis*, es decir, las ayudas concedidas por un Estado miembro a una empresa cuyos importes se consideran de menor importancia. El Reglamento N° 1407/2013 de la Comisión Europea, de 18-12-2013, fija el importe total de las ayudas *de minimis* en 200.000 euros durante tres ejercicios fiscales.

Por su parte, el marco jurídico aplicable a las “compensaciones de servicio público”, concedidas a una empresa encargada de un interés económico general, está definido actualmente por cuatro textos guía que forman el llamado “Almunia”: (i) Decisión de la Comisión Europea 2012/21/, de 20-12-2011, (ii) Decisión de la Comisión Europea 2012/C 8/02, de 20-12-2011, (iii) Decisión de la Comisión Europea 2012/C 8/03, de 20-12-2011, y (iv) Reglamento de la Comisión Europea 360/2012, de 25-04-2012.

Conclusiones

1. Después de la Segunda Guerra Mundial vivimos la sobredimensión de las estructuras administrativas, las excesivas regulaciones sobre los derechos económicos y sociales, la configuración de monopolios a favor del Estado, así como la participación patrimonial del Estado en empresas industriales y comerciales.
2. Pocos años después, se inició el proceso de integración europea, que implicó el desmontaje de este desbordamiento estatal, y se requirió la utilización de técnicas de intervención en el sentido opuesto, a través de la desregulación y la privatización.
3. En el contexto de la integración supranacional europea se mantiene la noción de servicio público y la misma sigue operando en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros.

³¹ Parlamento Europeo y Consejo UE, Directiva 2002/22, de 07-03-2002, art. 4.

4. Sin embargo, el concepto de servicio público ha dado paso al concepto de servicio de interés general que, en definitiva, es como se denominan hoy en el marco de la UE a los servicios públicos liberalizados y que comprende aquellas actividades económicas que cumplen con una misión de interés público.
5. En todo caso, no ha nacido un nuevo servicio público sino una nueva manera de satisfacer las necesidades básicas de la sociedad.
6. Para garantizar el cumplimiento de la misión de servicio público, los poderes públicos pueden imponer obligaciones específicas a uno o varios poderes adjudicadores con el objeto de atender a necesidades sociales básicas o fundamentales que pudieran ser desatendidas fuera de las reglas del mercado, por lo que se trata de actividades en régimen de libre competencia donde aparecen eventualmente obligaciones de servicio público, como podría ser el denominado servicio universal.
7. La regulación de los servicios públicos en el marco europeo está inmersa dentro del principio de subsidiariedad pero la UE ha dado directrices para su ordenación y continua en constante evolución.
8. Estas directrices de la UE, con respecto a la liberalización de los servicios públicos, buscan mantener los requisitos de accesibilidad, universalidad, igualdad, continuidad, calidad, transparencia y participación, en condiciones de seguridad jurídica y de viabilidad económica. ■

Actividad administrativa de derecho privado y actividad administrativa contractual. ¿Vale la pena mantener esas categorías?

Jean-Denis ROSALES GUTIÉRREZ*

REDAV, N° 28, 2024, PP. 25-65

Resumen: La investigación revisa las formas de la actividad administrativa de derecho privado y contractual de Venezuela, pues ambas formas no cuentan con un robustecimiento lógico suficientemente congruente con los principios epistemológicos. Se busca falsear los dos contenidos de actividad administrativa, y formular entonces, un nuevo contenido de la actividad administrativa, que guarde consonancia lógica con el verdadero bloque normativo al cual pertenece.

Palabras clave: Contrato administrativo – Actividad administrativa – Acto administrativo

Abstract: *The investigation reviews the forms of administrative activity of private law and contractual law in Venezuela since the two forms do not have a logical strengthening sufficiently congruent with the epistemological principles. The aim is to falsify the two contents of administrative activity and then formulate a new content of administrative activity that is logically consistent with the true regulatory block to which it belongs.*

Keywords: *Administrative contract – Administrative activity – Executive act*

Recibido

26-07-2024

Aceptado

07-10-2024

Introducción

La Historia del Derecho investiga los ordenamientos jurídicos del pasado. Y puede hacer esto, estableciendo un corte transversal en una determinada época y presentando el derecho vigente en ese punto. Por ejemplo, en tiempos del Derecho Romano clásico, o en tiempos del Imperio de Napoleón, o en tiempos del Imperio Alemán, etc. Puede hacer esto también eligiendo un período largo, es decir, exponiendo el desarrollo de todo un sistema jurídico o de cada uno de los institutos o instituciones. En este último caso, frecuentemente, se suele proceder de

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

manera que se parte del presente hacia atrás, exponiendo el desarrollo histórico de una institución determinada existente en el derecho vigente. Con todo esto, la Historia del Derecho es una parte de la Historia de la Cultura, así como de la Historia del Arte, de la Historia de la Economía, o de la Historia de la Religión.

Por el contrario, la dogmática jurídica es la ciencia de un Derecho positivo vigente. Ésta investiga la conexión entre cada una de las normas jurídicas. Esta conexión de ninguna manera se reduce a una relación deductiva, en el sentido de que una determinada norma jurídica se entienda y deduzca de un principio general. Puesto, que todo sistema jurídico positivo se basa en puntos de vista diferentes, cuyos significados deben ser sopesados unos frente a otros y con los cuales se debe hacer una síntesis, la dogmática jurídica tiene más bien el cometido de poner de relieve principios opuestos y delimitar su ámbito de vigencia¹.

De acuerdo con su fin, la dogmática jurídica prepara la aplicación de las normas y su respectiva teoría en el campo científico. Además, sirve para la presentación del derecho positivo en el proceso de la enseñanza-aprendizaje pedagógico en las respectivas aulas de clases. En fin, por su finalidad preferentemente práctica, puede calificarse de ciencia del espíritu aplicada. El nombre de dogmática jurídica (*rechtsdogmatik*) corresponde ante todo a una determinada concepción del Derecho que se desplegó particularmente en la Alemania del siglo XIX, es decir, con la llamada dialéctica jurídica o, jurisprudencia de conceptos.

La importancia de la lógica para la importante jurisprudencia de conceptos es todo, puesto que representa la claridad en los términos jurídicos, e intenta evitar la vaguedad y las ambigüedades en el lenguaje jurídico², esto lo consiguió con la aplicación de un método estricto como el matemático en el razonamiento jurídico. Al momento de aplicar las leyes el juzgador tenía que limitarse a realizar una ecuación, y con ello se favorecía la seguridad jurídica y se eliminaba el problema de las diversas interpretaciones que podrían surgir al aplicar la ley, de ahí la destacada técnica desarrollada en Alemania en su codificación civil.

Es tan importante, el punto de la dogmática jurídica, y con ello, su formulación en el siglo XIX para el nacimiento pleno del Derecho como ciencia, que las características de la jurisprudencia de conceptos son tratadas por diversos autores como parte de la metodología que da nacimiento a la incipiente ciencia jurídica³, nosotros consideramos tras

¹ Coing, Helmut, "Historia del Derecho y Dogmática Jurídica" en *Revista Chilena de Derecho*. N° 9. Vol. 2. Santiago de Chile, 1982, p. 5.

² Perelman, Chaim, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Civitas. 1988, p. 773 y 774.

³ Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre Dogmática Jurídica*. UNAM. México D.F., 1974, p. 26; Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*. Themis. México D.F.,

estudiar al respecto, que son cuatro las principales, y que de éstas, se desprenden otros puntos. Las características son: (i) La plenitud del derecho. (ii) La creación de la ley por científicos. (iii) Elaboración de conceptos jurídicos. (iv) El juez es un simple mecánico del derecho. A los efectos de la presente investigación, el tercer punto, es fundamental.

Entre tanto, el nombre se ha desprendido de esta conexión histórica y puede ser utilizado para designar la comprensión sistemática del contenido de un determinado ordenamiento jurídico. Y eso es, lo que se pretende con la presente investigación, hallar las profundas contradicciones existentes en las categorías mencionada en el título, pues ellas concentran una teorización inconclusa en torno a ese mote jurídico, que de algún modo representa el estado del arte administrativo de Venezuela. Y esto, debe superarse pacífica y consensuadamente con los miembros de AVEDA.

En una publicación anterior fue sugerida la idea de una actividad administrativa calificadora, con su respectivo acto administrativo formal calificador, que puede ser tanto positivo como negativo. Si se saca la conclusión de los múltiples objetos estudiados por la dogmática del siglo XIX con figuras que provienen desde los tiempos remotos de la antigua Roma, o la edad media, resulta que el Derecho nuevo se origina fundamentalmente sobre la base del Derecho actual. Y esa es, precisamente la nota distintiva que se pretende, que sea considerada con el bloque normativo de las contrataciones públicas, al tipificar el término, o mejor dicho, el verbo calificar, como acción o proceder de la unidad administrativa que selecciona al contratista, ya que las soluciones que se contienen en el derecho actual sirven de punto de partida para nuevas soluciones e instituciones. Muy raras veces, tiene lugar en el desarrollo del derecho una transformación total o radical. Por eso, la idea de reconstruir, de repensar el Derecho administrativo venezolano parcialmente, desde sus respectivos sectores legislativos.

I. ¿Aplica el derecho público o el derecho privado a la actividad administrativa de las contrataciones públicas?

Básicamente, la nomenclatura de la “actividad administrativa de derecho privado” constituye una *contradictio in adjecto*, porque la nomenclatura aludida implica un argumento negatorio en sí mismo. El adjetivo empleado para diferenciar dicha actividad administrativa de los restantes contenidos, se contradice desde la perspectiva de la lógica jurídica, porque la nomenclatura estudiada exterioriza una considerable contradicción entre la expresión sustantiva: “la actividad administrativa”, y el

1992, p. 374; Ihering, Rudolf von, *La Jurisprudencia en Broma y en Serio*. Editorial de la Revista de Derecho Privado. Madrid, 1933, p. 252.

definidor adjetivo: “de derecho privado”. Peor aún, sobreviene con la expresión actividad administrativa contractual ante el error de profesar dicho contenido dentro de la declaración unilateral, que solo es contrátese, y nunca el contrato administrativo, cuando en la práctica ello ocurre así, puesto que las declaraciones unilaterales contienen órdenes destinadas a ser cumplidas por sus receptores. Entiéndase por ejemplo las expresiones: reconózcase, cúmplase, páguese, ciérrese, ocúpese, constitúyase, contrátese, etc., contenidas en los actos administrativos.

La nomenclatura, dicción o léxico, actividad administrativa de Derecho privado empleada, se alude a una actividad administrativa estatal como si fuere materialmente del Derecho Privado, cuando no podría concebirse semejante cosa. Distinto es, que la administración pública por razones históricas requirió de los medios de Derecho privado para relacionarse con los operadores económicos con la finalidad de obtener un acuerdo utilitariamente idóneo con el ordenamiento jurídico ante la inexistencia de un medio de Derecho público, de similar carácter para ser utilizado en la concreción de los programas político-gubernamentales.

En la actualidad, la especie de acuerdo con forma de contrato “privado” suscrito entre los operadores y la Consultoría Jurídica carece de sentido. Con toda esta situación, se podría formular la expresión actividad administrativa de Derecho público como antítesis, y ella, sería, totalmente redundante.

MARTÍN-RETORTILLO dice: aunque la administración se sirve en muchas ocasiones del Derecho Civil, el Derecho Administrativo tiende a agotar las exigencias jurídicas de la misma Administración Pública⁴. Y así, este fenómeno indicado, representa una vital tendencia inmanente en el ordenamiento administrativo, debido a la naturaleza de este Derecho como un Derecho Común, o por así decir, Civil para la Administración, para los administrados, no para los particulares, quienes consiguen el calificativo de administrado cuando entablan relaciones con la administración pública.

En todo caso, el Derecho administrativo sirve para estudiar las relaciones entre órganos y entes públicos con los administrados, estando éstos liados directamente con ellos o no. Entonces, el Derecho administrativo como regla es un derecho fundamentalmente estatutario, que estudia la relación jurídico-administrativa directa, o semidirecta⁵, del administrado, con el Estado.

⁴ Martín-Retortillo, Sebastián, *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y sus Instituciones*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1996, p. 30.

⁵ Dentro del carácter semidirecto deberíamos incluir la noción de los intereses colectivos y los difusos, pues, ocasionalmente, los órganos y entes públicos no entablan relaciones jurídicas con una persona directamente, sino con un conjunto de

En un sentido inverso, el Derecho Privado sirve para estudiar las relaciones jurídicas surgidas entre los mismos particulares, pero no a las relaciones jurídicas del particular con los órganos o los entes públicos. La relación jurídico-pública, la define la intervención del Estado en cualquiera de sus distintas formas con un administrado, no la técnica jurídica utilizada para concretizar la voluntad legal, pues la mera intervención estatal dentro de la relación, imprime una determinada orientación material-finalista de la relación jurídica sostenida entre ambos: (Estado-Administrado), que en todo caso, ésta terminará nutriéndose de las disposiciones de carácter privado dispuestas en los instrumentos normativos de la asignatura ante la indolencia normativa en la regulación de una determinada instituta pública. Como así mismo, el Derecho privado requiere del Derecho Administrativo para consumar con todos sus fines de carácter existencial, aunque con una función un poco diferente, como certificar la legitimidad de las relaciones jurídicas privadas devenidas de los actos jurídicos privados.

Si el Estado participa bajo cualquiera de sus distintas formas en una relación jurídica cualquiera, entonces ese contenido regulador incorporado en el acto jurídico estatal –incluso aquél generado con un acto jurídico estatal de apariencia privada– será considerado como un acto producto de una potestad administrativa, como un acto jurídico emitido por el ejercicio de una potestad de Derecho Administrativo, debido a la marcada esencia de la respectiva declaración unilateral, o multilateral de perseguir un supremo interés general. La orientación finalista del acto jurídico, decide entonces, la esencia jurídica decisivamente en un plano práctico, aunque el contenido de ese acto contractual, o de los actos jurídicos derivados de ese acto, pudiere provenir de un instrumento de naturaleza privada, o pudiere ser considerado como privado por algún carácter sustancial. En todo caso, aunque en el contenido regulador del acto administrativo exista un cierto contenido del derecho privado, la sustancia teleológica de carácter publicista será dominante. El fin como elemento del acto, será decisivo para cumplir con su talante en el caso, pues en la teoría del acto administrativo, todo queda reducido a la competencia y el fin: ¡más nada!

De tal manera, que el Derecho Administrativo tiende a reglamentar la totalidad de las relaciones en las que éste incide, pero ello no significa que, o simboliza que, toda, la actividad administrativa estatal concerniente con el bloque normativo de las contrataciones públicas provenga substancialmente del Derecho Privado, así como, que posteriormente, éstos actos bilaterales puedan definirse material y fundamentalmente como del Derecho Privado.

personas, que pudieren ser diferenciados o no, individualmente, dentro de un cierto grupo social. Incluso, podría crearse la categoría de acto administrativo colectivo y acto administrativo difuso.

No pueden fusionarse términos derivados de dos ramas del derecho arbitrariamente, únicamente, porque el fenómeno de alocución: “el contractual” de la administración, posee ciertos puntos de conexión entre dos ramas del derecho distintas. Claro, que como resultado de la expansión de la actividad administrativa en campos que durante mucho tiempo se encontraban vedados, o al menos, que no podía preverse su presencia, que la administración se encuentre obligada a emplear el Derecho Privado. Pero, es muy importante destacar, que el Derecho privado nunca fue, ni es, ni será acomodado en su genuino significado por la Administración, sino que éste termina siendo decantado con la finalidad de naturalizarlo como administrativo, pues debe necesariamente reconocerse que la Administración sirve de base graduador para trasvasar al sistema administrativo, todas esas nociones, esfuerzos y formulaciones que comenzaron siendo en esencia estrictamente civiles, gradualmente.

Como diría brillantemente RETORTILLO-BAQUER: el Derecho privado tiene siempre para la administración pública, aun cuando aparezca al servicio de unos fines públicos, un carácter eminentemente secundario⁶. Naturalmente, eso no quiere decir, que el contrato público deba emplearse, ni considerarse como un contrato de naturaleza privada, sino que dicho “contrato público” como “modo de implementación del Derecho privado entre particulares”, encontró en su momento por la administración, la única manera de vincular al operador económico con el carácter de “colaborador ocasional” para la conquista de todos los cometidos estatales propios, que resultaban materialmente inalcanzables por los órganos y entes públicos.

RETORTILLO-BAQUER dice: el contrato administrativo cuya peculiaridad respecto del contrato privado estribó exclusivamente en su asignación jurisdiccional, ha alcanzado su sustantividad a través de una laboriosa labor de formulación de los conceptos hecha por la doctrina y la jurisprudencia, cuando ni siquiera estos conceptos se recogían en los textos administrativos⁷.

Muy diferente es, que después de transcurrido un indudable tiempo, esa técnica concluyera administrativizándose a los fines de conseguir la independencia dogmática del Derecho administrativo frente al Derecho privado con su integral normativización administrativa. Y así, sea, pues, ésta, una técnica propia del derecho administrativo, o una más o menos equivalente, de una técnica proveniente del Derecho Privado, ¿o es qué se ha olvidado como han surgido una buena parte de las figuras e instituciones administrativas? Afirma MARTÍN-RETORTILLO⁸. De un modo muy esclarecedor: el Derecho civil no es Derecho común, general,

⁶ Martín-Retortillo, Sebastián, cit., p. 163.

⁷ *Idem*, pp.164-165.

⁸ *Idem*, p. 166.

ni el Derecho administrativo es un Derecho de excepción. Se trata, más bien, de dos órdenes distintos que responden a una racionalidad también distinta de carácter complementario⁹.

Ello implicaría decir, que los actos administrativos originados de las Inspectorías del Trabajo son actos administrativos de Derecho Social. O, que los actos administrativos conectados con la guerra o invasión a otro país sean actos administrativos del Derecho Internacional. O, que los actos de los Registros Mercantiles son actos administrativos del Derecho Mercantil, o del Derecho Civil. Esto carece totalmente de sentido. Son actos administrativos, por tanto, pertenecen al Derecho Administrativo.

O aún peor, que constitucional, o legalmente, la Administración Pública implemente formulas privadas, no puede conducir a equívocos de ningún tipo, porque el empleo de la mencionada técnica del Derecho privado por las autoridades estatales en algunos casos, no conduce a la deplorable afirmación de que ésta pudiere ser considerada como sujeto de Derecho Privado, como pudiera inducirse equivocadamente con la nomenclatura “actividad administrativa de derecho privado,” o de “la actividad administrativa contractual” ante la necesidad de una capacidad de goce-ejercicio (poder de un particular para suscribir actos jurídicos civiles o mercantiles) especialmente con la temática de las empresas, asociaciones y fundaciones públicas, pues la aserción “de Derecho Privado” o “contractual” pudiera significar, que las autoridades estatales tienen una capacidad jurídica, y no una potestad-función, o potestad-competencia, o potestad-atribución, o potestad administrativa estricta, que se halla completamente singularizada tras su obligatoria procedimentalización para al fin, decidir, esto es, que ya acreditada como un título de carácter justificativo del proceder administrativo, y que irrumpe en la esfera subjetiva de un administrado, en donde termina disociado el beneficio personal de su titular con relación al vital interés general de la comunidad beneficiada, según los lineamientos conceptuales del estudioso DE LA CUÉTARA¹⁰.

La condición especialísima de la Administración Pública, de ser orgánica, funcional, y formalmente un ala instrumental de ejecución general de la legislación administrativa de la totalidad de los sujetos de Derecho público que conforman a la República Federal Bolivariana de Venezuela: la República, los estados, los municipios con la totalidad de sus entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho público, o con forma de derecho privado, es de carácter irrenunciable¹¹. Y además,

⁹ Benoît, François, *El Derecho Administrativo Francés*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1977, p. 84.

¹⁰ De la Cuétara, Juan Miguel, *La Potestad Administrativa*. Tecnos. Madrid, 1988.

¹¹ Cfr. Sentencia N° 57 del 14-08-2013 de Sala Plena-TSJ. Magistrado Ponente: Francisco A. Carrasquero López. Caso IAN contra Familia Monteiro. La sentencia no insinúa el carácter de los órganos administrativos como sujetos de Derecho público,

cabe incluso agregar, que la reseñada condición de administración pública destinada a emplear sus medios de derecho (potestades públicas) impretermítiblemente al servicio objetivo de los ciudadanos, venezolanos, es personal, o intransferible a cualquier otra estructura organizativa de similar naturaleza nacional¹², a diferencia de todos los derechos subjetivos de índole privado, que están fundamentados en el *supra* principio de la libertad de los individuos¹³.

Nótese como, con los devenires de los distintos procesos históricos de cada país con los movimientos políticos, económicos y sociales, no se reemplaza, ni se sustituye, ni se destruye a la administración pública nacional existente con la finalidad de imponer una de diferente tipo, sino que sencillamente las nuevas tendencias normativizadas con sus nuevos valores, hábitos y culturas organizacionales moldean su espíritu dinámico en las relaciones con los administrados, transformándolas. Y tampoco la Administración Pública consigue ser las dos cosas al mismo tiempo: sujeto de derecho público y sujeto de derecho privado. Ésta, debe ser una u otra, porque el ostentar la condición de un sujeto de derecho público o de derecho privado, excluye a la otra condición

sino lo contrario. La sentencia declara la eventualidad de que un órgano administrativo público de fomento sea considerado como un particular, porque celebra un contrato de crédito agrícola con un particular, cuyo incumplimiento de las condiciones contractuales, termina en un proceso ejecutivo de naturaleza hipotecaria, cuando tal actividad administrativa, aunque pudiere de alguna manera contener elementos de derecho privado, ésta es fomento, ésta es, en substancia, derecho administrativo. Fundamentalmente, el criterio jurisprudencial establece la derogación del derecho procesal administrativo de ese entonces (LOTSJ de 2004) para el ente agrícola con la aplicación de un juicio civil ejecutivo, que constitucionalmente, no sujeta a su control judicial las relaciones jurídicas de índole administrativa, donde la mera presencia de la administración en cualquiera de sus formas, confiere una vocación teleológica pública, inclusive a las técnicas contractuales que suscribiere el ente público. De tal modo, que el IAN pudo escapar del control judicial de su juez natural: el juez administrativo, quien resulta constitucionalmente competente (artículo 259) para constatar de la infidelidad teleológica de sus actuaciones conforme al artículo 141 constitucional. No siendo así, según la nueva regulación procesal.

¹² Como pudiera analizarse la inverosímil situación jurídica de la administración pública venezolana, quien fue instituida como estructura organizativa encargada de satisfacer las necesidades de la ciudadanía venezolana, nunca de sociedades ajenas a la nuestra, desvinculando a la personificación del Estado como sujeto de derecho internacional con el principio de la soberanía configurativo que la erige como estructura organizativa típica de los venezolanos, propia de los venezolanos. Pudiéndose acotar el calificativo de la administración pública nacional, quien se encuentra anclada dentro del Estado, como inconstitucional según indica EBERHARD SCHMIDT-ASSMAN. No del reglamento, o del acto, o de la actuación material, o del contrato, sino a la personificación de la administración, quien terminó desapoderándose teleológicamente de la sociedad que la erigió como su sujeto de acción. El sujeto de acción estatal del Estado Venezolano, son los venezolanos como sustrato personal configurativo de dicha entidad.

¹³ Cfr. Artículo 20 del ordenamiento constitucional venezolano.

irremediablemente de manera directa e inmediata. O forma parte del Estado, o forma parte de la sociedad civil. Pero, se repite, no puede ser las dos cosas al mismo tiempo.

Así, las empresas públicas son organizaciones descentralizadas con personalidad jurídica autónoma e independiente, diferentes de la Administración Central, pero con un patrimonio propio fijado para cumplir con sus cometidos. Y aunque, constitucionalmente, las empresas públicas no están decretadas, u ordenadas como estructuras administrativas de carácter organizativo instituidas para conseguir un lucro personal para sí mismas como si fueran sujetos derecho privado-mercantiles, éstas podrían en la medida de lo permitido, considerarse como rentables, entiéndase como, productiva, la gestión administrativa, porque tienen que aspirar a la eficacia de su mandato, como cualquier organización para causar sus ingresos propios en el sufragio de sus gastos sin depender directamente de la Administración Pública Central. Todo es cuestión de una básica reinterpretación íntegra del artículo 141 constitucional de la eficiencia del patrimonio público organizacional.

Ello encuadraría pese a la apariencia privada de su estructura organizativa a los basamentos principistas estatales del artículo 141 del ordenamiento constitucional según la posición de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: el sometimiento imperativo genérico de los entes a todo el derecho, en general, pues porque según éste importante autor: La Constitución no exige, que la Administración obre siempre bajo un régimen de Derecho público exorbitante del Derecho Común.

En realidad, la Constitución sólo requiere que la Administración, siempre oriente su actuación a la satisfacción objetiva de los ciudadanos, de acuerdo con los principios superiores allí reflejados: la utilización del derecho público, o del derecho privado, sólo será instrumental¹⁴. Aclarando conforme detallamos inicialmente ese aludido uso: éste solo puede determinarse en función del carácter con el cual procede la Administración, como se indicó más arriba con el estudioso español, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER¹⁵.

Pudiere ser, que el contenido de la secuela jurídica regulada por el acto jurídico con el Derecho privado tenga ese carácter, y sea tomado así, porque no existe un equivalente, todavía, en el Derecho Administrativo, pero ello no modifica la orientación finalista del contenido, o de la técnica, o de la noción, cuando es aplicada por toda la Administración ante el marcado interés general que ésta representa, debido al apoderamiento constitucional superior de la institución de justificar “todas las relaciones jurídicas contractuales” de las personas públicas sometidas a

¹⁴ Hernández, José, *Introducción al Concepto Constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Caracas, EJV, 2011, p. 136.

¹⁵ *Ídem*.

una finalidad de servicio público¹⁶, o a una prestación de utilidad pública, o de interés general¹⁷, así como en un criterio de servicio público para un sentido *iuspublicista*, que fue entendido en sentido muy amplio¹⁸.

De tal manera, que se toparía como indica HERNÁNDEZ GONZÁLEZ con una especie de Derecho administrativo-privado, esto es, un derecho con elementos materiales de carácter publicista y privatista, pero completamente diferente en cuanto a su vocación teleológica. Sin embargo, la expresión no debería emplearse ni siquiera donairosamente, con profundo respeto al catedrático, pues ese nuevo derecho no puede ser ambas cosas simultáneamente ante el natural choque teleológico que pudieren generar los dos derechos en una cierta situación concreta, pues sólo una puede predominar. Y constitucionalmente, conforme con esa posición subjetivista del derecho administrativo, como ordenamiento básicamente diseñado para ésta institución, la norma fundamental resuelve ese choque de intereses estatutario, si puede decirse, dándole la preponderancia teleológica concluyente de los órganos y entes públicos con el Derecho administrativo para materializar los programas políticos-gubernamentales diseñados por el ala gubernamental por encima de los intereses estatutarios del derecho privado; afirmación que viene siendo el mensaje definitivo del precitado autor. De lo contrario ¿Sería posible pensar, acaso, que la administración pública pudiere acudir a la técnica contractual con el fin de apremiar un interés distinto del general?

La respuesta es rotundamente negativa, pues el artículo 141 del ordenamiento imprime el contenido regulador de los procederes estatales de la Administración Pública de ese modo ante su inevitable carácter de anclado en esa norma constitucional. Cómo diría la doctrina venezolana: la causa justificante de todos estos contratos se puede concretar en la satisfacción de los intereses generales de los cuales la administración pública es vicaria, pues no se entiende, que ésta actúe impulsada por otros fines, que se sienta motivada a realizar la contratación, única y exclusivamente por afán de lucro, por lícito que este sea¹⁹.

La vocación instrumental de la administración –definida constitucionalmente– no sufrirá modificaciones teleológicas de ningún tipo con la sumatoria de nociones, figuras, o elementos puntuales del derecho privado. Aunque, tal vez, materialmente, sí. Sin embargo, ese pretendido Derecho administrativo privado acabará teniendo la misma vocación vicarial de satisfacer las necesidades colectivas, aunque esté mezclado

¹⁶ Corte Federal y de Casación. Sentencia del 05-12-1944.

¹⁷ Corte Federal y de Casación. Sentencia del 12-11-1954.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa. Sentencia del 01-04-1986.

¹⁹ Hernández, Víctor, "La Evolución de la Contratación Pública y las Potestades de la Administración". *Ley de Contrataciones Públicas*. Caracas, EJV, 2012, p. 216.

con un contenido regulador privado, debido a nociones, técnicas, o formas del derecho privado.

Con ello se quiere exponer, que aunque pudiese ordenarse esa expresión insinuada siguiendo al autor alemán EBERHARD SCHMIDT-ASSMAN, seguirá siendo en esencia lo mismo, ahora y siempre: Derecho Administrativo, y no Derecho Privado. Lo que quiere decir, que aunque: la actividad administrativa estatal, y dentro de ella, su actividad contractual, queda sometida a un régimen preponderante de Derecho público, queda subsidiariamente sometido al derecho privado.

De ésta interaplicación de regímenes jurídicos²⁰, ella seguirá siendo decisivamente de derecho administrativo. En definitiva, todo contrato celebrado por la administración se manda, en mayor o menor proporción, por el derecho administrativo²¹. Incluso, ello pudiera operar a la inversa, pues con ocasión a la incorporación del principio del carácter social del artículo 2 constitucional, la autonomía de la voluntad fue moldeada sustancialmente con la anexión de cláusulas interpretativas mejorativas para la adquisición de bienes y servicios de calidad, en el caso de las normas y principios del derecho de protección al consumidor y al usuario con la idea de la participación ciudadana en los asuntos económicos. O incluso más aún, cuando constitucionalmente se considera, antijurídico, los contratos privados que crean monopolios, duopolios, oligopolios, o crean posiciones de dominio, detallando el carácter antijurídico del contrato mercantil con ese objeto contractual ante la misma Constitución.

Hoy en día, tras veinticuatro años de vigencia de la Constitución de 1999, y en especial, a partir de la sentencia N° 85 del 24-01-2022 Caso Asovediprilara C.A., puede concluirse que difícilmente puede hallarse un contrato de Derecho privado en su genuina expresión, pues en su mayoría, todos son contratos de adhesión, donde el Estado subroga los contenidos obligacionales de las diferentes técnicas contractuales, y que apenas firman los particulares, viendo como simplemente, aceptan las regulaciones administrativas.

Basta con manifestar, la estocada final que sufre la autonomía contractual necesaria para dar nacimiento a los contratos privados firmados por los particulares, cuando el Estado empieza a decretar el precio justo de los bienes y servicios con la Ley Orgánica de Precios Justos (2014), pues a partir de esa nefasta regulación, el Estado expropia por entero la autonomía contractual de las partes. Hoy en día, al menos en Venezuela,

²⁰ Hernández, José Ignacio, "El Contrato Administrativo". *Ley de Contrataciones Públicas*. Caracas, EJV, 2012, p. 179.

²¹ Mèlich, José, "El Contrato Administrativo en el Marco General de la Doctrina de Contrato", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 116. Caracas, 2000, pp. 65 y ss.

es plausible la aseveración de la inexistencia de los contratos privados en el terreno de los hechos. Y que la separación doctrinal de ambas tipologías, es totalmente anodina. Sí, es completamente cierto, el Derecho Administrativo posee la innegable función de regular a las actividades económicas, pero acabó siendo sumamente asfixiante. Hoy por hoy, se plantea incluso en ciertos círculos académicos, de la necesidad de áreas económicas totalmente reservadas a los particulares.

En este orden de ideas, el Derecho administrativo nunca cambia esa orientación finalista desde que aparece como disciplina del saber jurídico a finales del siglo XVIII, hasta nuestros días. Ciertamente, los cometidos estatales fueron acrecentándose ostensiblemente desde entonces, hasta tal punto, que requirió de nuevas técnicas que no se encontraban anteriormente previstas, contribuyendo a aumentar la propagación de las normativas, pero la meta siguió siendo la misma: la consecución del interés general de la sociedad.

De esta manera, las empresas públicas, aunque tienen una apariencia privada, ellas no tienen capacidad jurídica, sino una auténtica competencia legal-reglamentaria-estatutaria transferida decretalmente por el Ejecutivo nacional, Ejecutivos regionales y municipales, a un ente descentralizado funcionalmente con forma de Derecho privado con privilegios por su particularidad de empresa pública ante la justicia administrativa. De donde, básicamente, las empresas estatales son organizaciones descentralizadas funcionalmente integradas en el entrante de la Administración pública para realizar políticas públicas, no para materializar unos intereses propios, que son considerados inconstitucionales, contrarios a la codificación política delineada para su configuración. Estas forman parte del Estado²².

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ dice: Mal podría la Administración obrar como un particular, en tanto éste siempre persigue intereses propios y privados, mientras que la Administración protege intereses ajenos y públicos, los intereses de los ciudadanos²³. Constitucionalmente (artículo 141), el pacto teleológico del proceder estatal de los órganos y entes públicos está indicada normativamente. Aunque, el Constituyente 1999 utilizare una terminología distinta del constituyente español (1977), el sentido metódico de los vocablos usados, es el mismo. Por ello, el buscar una finalidad distinta de la aludida anteriormente, implicaría una desviación

²² A partir de los años 30, PROSPER WEIL, dice que se detecta, que la satisfacción del interés general no era del monopolio de las empresas públicas. Se llegó a hablar en un principio, de unas empresas privadas de interés general, lo que conllevaba una sujeción y prerrogativas; posteriormente el Estado crea organismos privados a los que encomienda misiones de servicio público, con lo que la acción administrativa cesa de ser exclusiva del aparato administrativo. Weil, Prosper, *Le Droit Administratif*. Dalloz. París, 1964, p. 23.

²³ Hernández, José Ignacio, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Caracas, EJV, 2011, p. 134.

del poder constitucionalmente conferido a los entes integrados dentro de la Administración.

En conclusión, la contradicción identificada con la nomenclatura considerada es un ejemplo obvio de oxímoron, debido a la evidente mezcolanza de dos conceptos opuestos en una misma expresión jurídica, con la finalidad de componer una novedosa tercera expresión jurídica, que abarque los dos conceptos anteriormente mencionados. Que además, configura una dicotomía innecesaria entre los intereses de dos estatutos normativos diferentes de manera dificultosa, cuando no existe nada semejante en la práctica. La designación indicada plantea una real antinomia, un choque de intereses estatutarios, cosa que pudiera implicar, una especie de tesis. De este modo, el magno ordenamiento moldea de una manera u otra –con ayuda de los principios generales normativizados– la orientación eficaz de carácter aplicativo de la norma administrativa hacia la búsqueda del bienestar general. Y que viene siendo precisamente la razón de estado de la administración, indiferentemente de la técnica que pudiere emplear para materializar sus cometidos.

II. Actividad administrativa de Derecho privado y la actividad administrativa contractual como *contradictio in adjecto*

Volviendo a la argumentación de la *contradictio in adjecto* de la expresión actividad administrativa de derecho privado, o contractual, los contratos suscritos entre los operadores económicos con la Administración Pública, no son considerados un contrato de Derecho privado como debería conjeturarse con la expresión anteriormente empleada, para referirse a ese contenido de la actividad administrativa, sino un contrato administrativo. En otras voces, un contrato de Derecho público conectado historialmente con un conjunto de actos unilaterales previos, donde cada uno de los actos antecesores inciden en su contenido regulador.

La distinción de los contratos administrativos estatales y contratos privados estatales carece de sentido. La distinción, es una notoria invención de la doctrina jurisprudencial ante la carencia de un cuerpo normativo que con un carácter global, involviere completamente los pormenores técnicos necesarios para juridificar a la mencionada técnica contractual²⁴. Y con ello también, la presencia de una actividad

²⁴ Brewer-Carías, Allan, *Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela. Los contratos administrativos. Contratos del Estado, Tomo I*. Caracas, FUNEDA, 2006. Brewer-Carías, Allan, “Los Contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de Aplicación”. *Ley de Contrataciones Públicas*. Caracas, EJV, 2012, p. 88.

administrativa estatal de Derecho público junto a una actividad administrativa estatal de Derecho privado.

El principal modo de juridificar a la técnica contractual –ambas, sin distinción alguna, sustantivizándola con un carácter administrativo– fue con la ley de licitaciones, quien confirió un régimen jurídico normativo suficientemente detallado de los contratos administrativos. No así, con “los contratos privados del Estado”: venta y arrendamiento demanial, quienes fueron privatizados extrañamente por una rara indolencia normativa, que culminó, con el Decreto-Ley Orgánico de Bienes Públicos, quien con un enfoque material, característicamente novedoso, deja sentada todas las garantías procedimentales mínimas que convenían consumarse para considerar a la firma de los contratos, como correctos con el bloque normativo promulgado.

De tal manera, que los actos contractuales de venta de bienes de dominio privado, o de arrendamiento de bienes privados de la nación, componen técnicas de gestión demanial del Estado para administrar la masa patrimonial que forma parte del acervo de la República, que fueron conforme su normativa especial, juridificados con la institución de una actividad administrativa procedimentalizada para la consecución de un fin de interés general por parte del Estado, y que podría denominarse: actividad administrativa de gestión demanial, o técnicas de gestión demanial.

Esos contratos privados estatales –la mezcla extraña de dos calificativos en una expresión jurídica– no pueden ser de corte privado, porque su dinamismo obligacional esté asemejado con el concertado en el Código Civil o el Código de Comercio para técnicas más o menos afines. Esas convenciones privadas estatales, siempre fueron de esencia pública –especialmente hoy– aunque el régimen obligacional: fase ejecutiva de la técnica contractual ataña conducirse según el principio de la supletoriedad normativa con las disposiciones legales del código civil, ante una evidente deficiencia normativa de carácter omitiva del bloque normativo de las contrataciones públicas. Pudiendo afirmar de modo lapidario, que el proceso lógico de huida de técnicas jurídicas estatales hacia el derecho privado, es una interpretación carente totalmente de sentido, puesto que la esencia mayoritaria del régimen jurídico contractual está compenetrado con el interés general que resulta a todas luces inderogable, aunque los órganos y entes públicos empleen regulaciones, de corte supletorio, en el vacío regulatorio del Derecho administrativo para completar esa deficiencia regulativa. Como dirían brillantemente GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ: la ley aplicable al contrato no

modifica su naturaleza. Sería tanto como sostener que existen distintas modalidades de contrato, según sea la ley (civil o mercantil) aplicables.²⁵

El aporte al Derecho administrativo de la presente investigación permitiría fortalecer la autonomía del Derecho Administrativo con una técnica propia, aunque no tan sólo desde el punto de vista nominal, pues manejar la tesis de la “actividad administrativa contractual”, sería privatizar los contenidos de la actividad administrativa estatal en Venezuela. Y con ello privatizar en un claro sentido objetivo el Derecho Administrativo venezolano. Con lo cual, se afirma, que sin lugar a dudas, la actual *nominativitas* de actividad administrativa contractual contribuye al nefasto proceso de huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado. Cuando precisamente, la evolución del objeto y método de estudio administrativo tiene la tendencia de impedir esa nefasta posibilidad ante los notables avances de nuestras publicaciones científicas, en cuanto a la clara sustantividad de nuestra disciplina se refiere por intermedio de la juridificación pública de la materia y a través del método dogmático.

Aunque, la técnica y régimen obligacional tienen apariencia de un acto de derecho privado, sigue siendo una técnica de gestión demanial estatal con una finalidad inmanente de satisfacer un interés general irrenunciable. De modo similar, como ocurre inclusive con la privatización, que también fue incorporada en la categoría de la actividad administrativa de derecho privado, o contractual, y que posee unos perfectos contornos sustantivos, e incluso teleológicos, orientados a la satisfacción del interés general de los administrados con unas garantías sustantivas y procedimentales mínimas, que deben respetarse, incluso a nivel subjetivo con los famosos derechos de representación de los trabajadores.

Curiosamente, las dos técnicas contractuales, los contratos privados del Estado y los contratos administrativos fueron normativizados como *institutas* del Derecho administrativo especial venezolano ante la notable diferencia que concurre entre los dos grupos de técnicas contractuales, en cuanto a su idea ordenadora, teoría, principio, o pensamiento sistematizador en el funcionamiento administrativo del Estado, pues poseen un evidente contenido regulador, moldeador, completamente incomparable, que se cristaliza mediante ciertos efectos prácticos en la realidad, totalmente diferenciados.

Con ello se aventuraría a desprender, que la no anexión de las técnicas contractuales referidas dentro del bloque normativo de las contrataciones públicas en el artículo 1, pese a su nombre genérico²⁶, se debe al menos a la nítida percepción intuitiva, de esa diferencia

²⁵ García De Enterría, Eduardo-Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*. Madrid, Civitas. 2000, p. 681 y ss.

²⁶ Brewer-Carías, Allan, “Los Contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas”, cit.

esencialmente sustantiva que naturalmente las diferencia, y que siempre estuvo presente en la percepción de los legisladores, pero que no pudo identificarse con suma exactitud ante la enorme deficiencia regulativa –una ausencia de normativa– que pudiere ayudar con sendas notas adjetivas regulativas tan esenciales como las recogidas en la normativa de los bienes públicos, a los fines de formular teorías relacionadas con todas las técnicas aludidas, que antes no eran posibles crear por la falta de un cuerpo normativo.

De ahí, que se deba firmemente reconocer, pero sólo fragmentariamente en nuestra opinión²⁷, ese acierto normativo incorporado en el artículo 1 LCP, que indica el ámbito de aplicación de la Ley para tan sólo tres de las numerosas técnicas contractuales que pudiere emplear la Administración, ya que fueron encauzadas, específicamente éstas tres, como un objeto apetecido por todos los contratistas según la particularidad del objeto contractual tipificado en su grafía²⁸.

Así, el contrato administrativo constituye un acto jurídico estatal de ejecución de la legislación administrativa como muy bien indica ORLANDO²⁹. De donde deducimos, que el contenido regulador como elemento de eficacia del acto administrativo formal³⁰, o del contrato estatal, sea del Derecho público por implicar una evidente concretización de la Ley de Contrataciones, un instrumento legislativo archiconocido por la doctrina científica del derecho como del derecho administrativo, como a una ley administrativa.

SARMIENTO plantea que ningún acto ni contrato de la administración está regido exclusivamente por el Derecho privado. Siempre le resulta

²⁷ Consideramos oportuno comentar, que la no inclusión de los contratos de sociedad configurativos de las empresas públicas con varios socios (públicos y privados) involucra la poca voluntariedad de juridificar a la mencionada técnica contractual (potestad), porque no confiere un marco normativo procedimental lo suficientemente acabado como para amoldarlo con los basamentos principistas de un Estado de Derecho ante la ausencia de unos criterios técnicos determinantes para la potestad decisiva del órgano público en la selección de los futuros socios del Estado, que obedecieren a la mejor oferta, o el mejor contratista, que permitieren concluir finalmente, que dicha decisión fue tomada con racionalidad, o conforme a derecho. Por si fuera poco, el contenido de dicha potestad de constituir empresas públicas tiene por contenido en nuestra opinión, una fase de pura selección: (i) la calificadora - el acto administrativo; (ii) una final: la organizativa - contrato de sociedad. Y, (iii) una prestacional: o de gestión económica - contratos sucesivos concretizantes. La doctrina estudia, únicamente las dos últimas, más no los presupuestos teóricos necesarios para su configuración, ni la fase de formación del acto ordenativo para la creación de la empresa pública.

²⁸ Cfr. Artículo 1 de la Ley de Contrataciones Públicas.

²⁹ Orlando, Vitor Emmanuele, *Principios de Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública. Traducción de Álvaro Rodríguez Bereijo. Madrid, 1978, p. 6.

³⁰ Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones Sobre el Acto Administrativo*. Civitas. Madrid, España, 2004, p. 31.

aplicable, en mayor o menor medida, el Derecho público. No existe en la función administrativa actos, ni contratos administrativos de derecho privado, sino actos regulados por ciertas normas de derecho privado³¹. Y eso, tomando en consideración, la convenida ponderación graduativa de dicho contenido regulador en una cierta técnica contractual, como de esencia preponderantemente pública ante la residual, o secundaria esencia privada³².

En este sentido, se puede observar, un extraño fenómeno de intercambio en la dinámica obligacional de las técnicas contractuales; de figuras contractuales de naturaleza sustantiva propias del Derecho Administrativo, aunque alineadas u ordenadas con otras nociones complementarias, pero de manera residual, y que provienen del Derecho Privado, para llenar, o colmar la ausencia normativa de un régimen administrativo particular, de una cierta técnica contractual; una cierta ausencia normativa, a quien puede responsabilizarse, de ese vaciamiento del contenido de regulador de la mayoría de las técnicas contractuales estatales, mejor conocido como la huida del Derecho administrativo al derecho privado.

Sin embargo, aunque no exista semejante normativa que explícitamente confiera esa vocación teleológica de las técnicas contractuales usadas como concreción de su grafía, la naturaleza administrativa estará siempre presente allí, implícitamente, ante la presencia de la Administración, como sujeto activo de la técnica contractual con su vocación satisfactoria del interés general de las personas.

Ahora bien, como ha señalado brillantemente LEGUINA VILLA ante la búsqueda de una mayor eficacia en la gestión administrativa, se plantean dos soluciones posibles: (i) Acudir ante el Derecho Privado; o (ii) Reformar el Derecho Administrativo. Así, lo que procedía, era llevar a cabo un estudio serio de la eficacia de las categorías jurídicas administrativas para introducir, en su caso, las reformas que sean pertinentes para lograr una gestión más eficaz de los intereses públicos³³.

De ahí, que entonces, materialmente, todos los contratos estatales pertenezcan al derecho administrativo, y no al antitético derecho

³¹ Sarmiento, José, "Sobre el Enigma del Contrato Administrativo" en *Desafíos del Derecho Administrativo Iberoamericano: Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*. Tomo II. Caracas, 2009, p. 1035.

³² Brewer-Carías, Allan, "La Interaplicación del Derecho público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el Proceso de Huida y Recuperación del Derecho Administrativo" en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías Formas de la Actividad Administrativa*. FUNEDA. Caracas, 1996, p. 55.

³³ Leguina, José, "Algunas Ideas Sobre la Constitución Y la Huida del Derecho Administrativo" en *Revista Jurídica de Navarra*. N° 19. Navarra, 1995, p 13.

privado. Pero, ahora, ¿el contrato de compraventa de los bienes de dominio privado, y el arrendamiento de bienes privados del Estado según el Decreto-Ley Orgánico de los Bienes Públicos, no implica la concreción de una ley administrativa? Entonces surge la pregunta, ¿Por qué no se ha abandonado esa categorización, actualmente anodina, especialmente con estos dos contratos, de contratos administrativos, y no administrativos del Estado?

Por eso, la inutilidad de la locución de actividad administrativa de derecho privado, o de actividad administrativa contractual en el Derecho administrativo de las contrataciones públicas, por su contradicción, su imprecisión y enorme generalidad para abordar el fenómeno de la técnica contractual estatal. Además, ella compone una total contradicción en su sentido material, o puramente regulador. El consentir a la expresión de actividad administrativa de Derecho privado sería, como aceptar la jocosa posibilidad de un triángulo redondo, o de un instante eterno. Por supuesto, no acontece igual con términos como los altibajos, vaivén, claroscuro y subibaja, ya que no son adjetivos, sino voces sustantivas que apuntan cosas. Con la expresión tanta veces mencionada, se encuentran dos sustantivos combinados de modo contradictorio.

El contrato administrativo, es un contrato, nominalmente. Solo de nombre. El contrato estatal es técnicamente un convenio administrativo suscrito entre dos partes formalmente, y excepcionalmente consideradas como iguales, pero que materialmente son desiguales. Como acertarían DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ: esa teoría abstracta de la actividad multilateral de la Administración Pública, entendida como la teoría de los convenios de la Administración, se reduce a una delgadísima capa de teoría general, que en realidad vienen a ser predominantemente descriptiva como convenios interadministrativos y convenios administración-administrados³⁴.

La anterior idea, es una teoría poco conocida en Venezuela, que es muy estudiada, e incluso aplicada, en Italia y Alemania. Hasta tal punto, que de la actual afirmación, se puede considerar la ausencia de un criterio moderno, autónomo y nuevo de nuestro derecho administrativo, pues se siguen utilizando técnicas jurídicas del derecho privado por la ausencia de una juridificación exhaustiva de las técnicas jurídico-administrativas de nuestro Estado ante la imperfecta legislación existente, aunque la dinámica de la misma frente a los administrados no sea igual, a la existente entre dos o más particulares entre sí. La misma afirmación se puede sostener de la disciplina, en que todavía no se abandona la mención de la técnica contractual, del Derecho Administrativo. Aunque, el Derecho Administrativo, se modernizó con promulgación del

³⁴ Cfr. García De Enterría, Eduardo-Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. Civitas. Madrid, 2002, p. 665.

Decreto-Ley Orgánico de Bienes de Dominio Público al juridificar tales técnicas contractuales del Estado.

Los contratos públicos nacen por un acuerdo creador de relaciones jurídicas, o con la mera anuencia de adhesión por el particular a relaciones previamente establecidas por la Administración Pública. En cualquiera de los dos casos, sea por la amplitud del acuerdo creador, sea por la necesidad del formal consentimiento, siempre se destaca como necesaria la manifestación de voluntad del particular en un convenio previo. La figura contractual no existe, si no se exhibe esta forma de expresión del convenio con la voluntad del particular. De ahí, que se considere también, la necesidad de desechar la expresión de actividad administrativa contractual, ya que, no se encuentra con un auténtico contrato, como ocurre con el derecho privado.

Con esa expresión, de contrato de adhesión, se distingue la posición, en que una de las partes “impone la ley del contrato a la otra”, y que sólo puede optar entre aceptar las cláusulas preestablecidas por la unidad administrativa que selecciona al contratista, o no contratar.

De este modo, la voluntad administrativa frente a la radicalmente opuesta libertad contractual de los particulares, que preside la contratación civil o mercantil, es una voluntad vinculada, o de contenido típico. El principio de legalidad juega en la gestación del contrato, el mismo papel que en cualquier otro acto jurídico estatal: las normas de contratación son para el órgano contratante normas de puro *ius cogens*, a diferencia de las normas civiles o mercantiles, que son para las partes, puras normas dispositivas³⁵.

El carácter taxativo de estas condiciones contractuales influye tanto en la manera de seleccionar a los contratistas que puede llegar a ser determinante para declarar como desierto el procedimiento de selección de contratistas³⁶, en caso de que ningún operador económico reúna las condiciones mínimas de contratación.

Un ejemplo, que pudiera suponer como paradigmático, a niveles generales con relación a la técnica contractual, es el contrato administrativo-laboral de empleo público firmado entre el futuro empleado con el órgano o ente público referido, pues la relación jurídica-laboral con el Estado posee una regulación legal propia, en principio –aunque no existe con completa exhaustividad–, y entonces, supletoriamente, se acude a la regulación de la Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras. Si dos aspirantes a un puesto de trabajo participan en un

³⁵ Ariño, Gaspar, Citado por Sarmiento, J.H. *Sobre el Enigma del Contrato Administrativo en Desafíos del Derecho Administrativo Iberoamericano: Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela. Tomo II.* Caracas, 2009, p. 1037.

³⁶ Cfr. Artículos 109, 113 y 114 de la Ley de Contrataciones Públicas.

concurso de oposición, y ninguno reúne los requisitos para el cargo, también se declara como desierto el concurso. Así, puede encontrarse entonces, con un imaginario Derecho administrativo laboral como disciplina jurídica³⁷.

Otra razón para considerar como descabellada la nomenclatura de la actividad administrativa de Derecho Privado, es que ni el acto unilateral, ni el contrato administrativo pertenecen al Derecho Privado, sino que pertenecen al Derecho Administrativo, cuando según la teoría de los actos conexos, los dos actos comprenden, una conjunción de acción estatal diferenciada singularmente, pero con un fin común: la selección del contratista, que es estudiada por el Derecho Administrativo. Y no por el Derecho Civil o el Mercantil, donde no existe ese acto administrativo formal previo encargado de seleccionar al mejor cocontratante, aunado con la formulación de todas las obligaciones contractuales de tipo público y con su régimen obligacional, nada privado. Si bien es cierto, que se considera al acto administrativo como una auténtica pieza del derecho administrativo, y al contrato como una pieza propia del derecho privado, ese razonamiento sería totalmente inválido, pues legalmente el acto-contrato conforman el mismo procedimiento, y no puede llevarse a cabo bajo ningún concepto la escisión de dos términos que conforman una misma ecuación.

Como puede verse, el Estado no dispone de la libre elección de un contratista como competencia, siendo esa ciertamente la regla del Derecho privado ¿O acaso es necesario recordar que la Administración por el procedimiento, que es propiamente administrativo; de las obligaciones; de la calificación, positiva, o negativa, esencialmente con el punto relativo de la declaratoria de desertitud del procedimiento; ésta se ve despojada de esta susodicha libertad? No es necesario.

De tal modo, que ésta expresión jurídica constituye una *contradictio in terminis*. La expresión de la actividad administrativa estatal de Derecho privado no constituye ni siquiera un pleonasma jurídico, como pudiera creerse con la actividad administrativa sancionadora, ya que el monopolio del poder represor, lo posee el Estado.

Así, el arriba apelativo no es correcto o apropiado según el principio epistemológico de la no-contradicción, puesto que, sí toda la contratación pública es una actividad estatal, un conjunto potestativo procedimentalizado con la finalidad de pronunciar una decisión válida, legítima y eficaz ponderadora del interés general con los derechos subjetivos de

³⁷ Garrido, Fernando, "Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales" en *Revista de la Administración Pública*. N° 7. Madrid, 1952. Especial consideración con relación al presente punto, es a partir de la página 10 y siguientes cuando se menciona la imposibilidad de romper con el principio de autonomía de las partes por la Ley Laboral con disposiciones administrativas destructoras del equilibrio de las partes: Patrono-Trabajador, por parte del Estado-Administración Pública.

los comerciantes en el procedimiento de selección de contratistas, entonces carece de sentido entenderla, como un asunto de naturaleza privada, como un contrato suscrito entre dos sujetos de derecho privado, en que solo se requiere de la capacidad jurídica suficiente para realizarlo; la función, la competencia, la atribución, la potestad en un sentido *ius-publicista*, son todas dicciones patronímicas específicas para conocerlas como potestades graduativas de las distintas formas de mostrar los títulos potestativos de las distintas unidades estatales.

De ahí, que el autor FINGERMANN indique: solo son verdaderos aquellos conocimientos que podemos demostrar justificadamente, basándonos en otros conocimientos como verdaderos, de donde, si hay dos juicios, de los cuales uno afirma y otro niega la misma cosa, no es posible, que ambos sean verdaderos al mismo tiempo. Si uno de los dos juicios es, naturalmente verdadero, el otro juicio debe ser inevitablemente falso. Así, si pensamos como verdadero lo que es opuesto, ello sería igual que considerar como verdadero un pensamiento contradictorio³⁸.

La actividad administrativa estatal es del Derecho público. Así que, la actividad administrativa estatal no puede entrar en el derecho privado. Como consecuencia, no cabe la posibilidad de considerarse una actividad administrativa de derecho privado. Uno de los dos juicios es necesariamente verdadero, porque ambos no pueden ser negados al mismo tiempo. Con ello, se exceptuaría a un tercero innecesario, que viene siendo precisamente la expresión: actividad administrativa de derecho privado. Basta, que la vocación del fin del acto y el contrato esté presente en el contenido regulador de los dos actos jurídicos para crearla como del Derecho administrativo. Cabiendo la necesidad de preguntarse entonces, si algún acto administrativo tiene la vocación de satisfacer los intereses particulares por razones desinteresadas, o que un contrato de compraventa de una casa entre particulares satisfaga de alguna manera el interés general.

Entonces, si el anterior contenido administrativo no existe de manera lógica, queda que la actividad administrativa de las contrataciones públicas sea de derecho público o derecho privado. Pero ya fue explicado, que no es, ni puede llegar a ser Derecho privado. Así que, hay una actividad administrativa estricta del Derecho público, pues justamente, las contrataciones son potestades procedimentalizadas legislativamente para que la Administración la efectúe en beneficio de la colectividad, realizándose a la actividad administrativa de las contrataciones públicas forzosamente con el principio de identidad de la epistemología jurídica, como un título jurídico potestativo inseparable del cierto funcionamiento estatal en la racional utilización del patrimonio público

³⁸ Fingeremann, Gregorio, *La Lógica y la Teoría del Conocimiento*. 28ª Edición. Reimpresión. Editorial "El Ateneo". Buenos Aires, 1982, pp. 26 y 27.

para la conquista de sus objetivos. Igualmente acontece con la expresión actividad administrativa contractual, pues si la mencionada técnica, no es en esencia un contrato, o si su contenido no es un contrato, carece de sentido cuidar la denominación.

Lo que convierte a una potestad estatal como del Derecho Administrativo, o del Derecho Privado, no viene siendo solamente, la técnica, la noción, el posible contenido, la titularidad del referido medio de derecho, sino la institucionalización normativizada del fin apremiado como de interés general con el referido medio de derecho. Para la doctrina, el título es la juridificación del fin³⁹. Y eso ingresa precisamente, dentro de la lógica de juridificar a los medios utilizados por la Administración según la legislación: instituir un medio de derecho con una finalidad pre-determinada por el sistema jurídico.

Como diría brillantemente el acertado BREWER-CARÍAS: el Derecho administrativo, y por supuesto, el constitucional, es el derecho normal y específico de las mismas, de manera, que incluso algunas actividades sólo están sometidas al Derecho público. Sin embargo, lo contrario nunca se puede dar, es decir, no puede haber actividad de las administraciones públicas que estén sometidas exclusivamente al derecho privado, es decir, no hay actividad administrativa de derecho privado⁴⁰.

Y aunque, el mismo BREWER-CARÍAS dejó sentada la particularidad de la actividad administrativa contractual de las contrataciones públicas como posible sustitución de la nomenclatura de la actividad administrativa de Derecho privado en las contrataciones públicas –no así con el resto de las técnicas contractuales, donde en nuestra opinión persiste la dicción de la actividad administrativa de derecho privado– nos resignó con un patente abandono patronímico representativo de la recta teorización del procedimiento de selección de los contratistas que pudiere sustituir a la presente categoría jurídica, y que fue finalmente falseada, a los fines, de instituir una consonancia patronímica de la potestad administrativa de la unidad administrativa que selecciona al contratista, con

³⁹ De la Cuétara, Juan, "*Potestades Administrativas*". Temas Claves de la Constitución Española. Madrid, p. 138.

⁴⁰ Brewer-Carías, Allan, "La Interaplicación del Derecho público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el Proceso de Huida y Recuperación del Derecho Administrativo", cit., p. 56. Martín, Ramón, "La Sustantividad del Derecho Administrativo" en *Revista de la Administración Pública*. N° 52. Madrid, 1967, pp. 35-72. El autor expone: "Ahora bien, y esto es importante, la calificación de una actividad como de interés público, si bien consustancial a toda la obra de la Administración, no comporta automáticamente ni su presencia ni la aplicación a la misma de un régimen jurídico de Derecho público, es decir, que finalidades públicas directas o indirectamente reconocidas como tales, pueden cumplirse, a través de cauces de derecho privado, cuya utilización instrumental no puede en principio descartarse, si bien inversamente no sea admisible el empleo por la administración ni de normas privadas ni de públicas para fines exclusivamente de interés privado".

aquello que ésta efectivamente hace intelectualmente, al aplicar el derecho al asunto concreto según la nueva normativa de las contrataciones.

Y ello dentro de los análisis jurisprudenciales de la extinta Corte Suprema de Justicia, quien examinando la naturaleza del Banco Central de Venezuela, ésta argumentaba, que dicho órgano, tiene como único y exclusivo sustento el conjunto de normas de Derecho privado comercial que rige la constitución, organización y extensión de las compañías anónimas. Profesándola como una especie de actividad administrativa de derecho privado, su creación y su constitución, cuando ésta, es una estructura organizativa estatal a quien fue encomendada ejercer una potestad, que es intensamente estatal, muy administrativa, como supervisar la economía nacional⁴¹. Un criterio material-regulativo de la potestad estatal de la que dispone normativamente.

De hecho sentencias del Tribunal Supremo de Justicia han recogido erradamente la expresión actividad administrativa de Derecho privado con las empresas estatales de lotería del estado Zulia, aunque, reconociendo algunas de las diferencias sustanciales existentes entre el Derecho público y privado para la actividad administrativa estatal, pero dejando a la diferencia doctrinal confeccionada por los estudiosos con ocasión a la contratación pública y privada en el olvido. Inclusive, la sentencia pronuncia que tal actividad de la lotería, de la ruletería, la quiniela y los pronósticos deportivos, pueden ser considerados como una actividad encargada de satisfacer el interés general según dicha ordenación especial de la materia; considerarlo, como un servicio público esencial, y que es capaz de mejorar su calidad de vida ante la reserva de la actividad comercial, como de pura esencia estatal⁴². Opinión que debería combatirse rotundamente, no sólo por razones jurídicas, sino morales. ¿Acaso, podrías ver al Estado fomentando la ludopatía?

Otra sentencia menciona, que la actividad administrativa estatal desarrollada a través del IAN implica una actividad administrativa de derecho privado, o contractual. Ello lía un entero vaciamiento sustantivo del contenido administrativo abocado en la búsqueda de un interés general, donde el fomento es una actividad administrativa, de fomento. El caso plantea que la actividad administrativa relacionada con el cobro de las garantías (la hipoteca) nacidas de la infracción de la obligación principal, es actividad administrativa de derecho privado; una tesis contradictoria, pues los Decretos-Leyes de Tierras y Desarrollo Agrario de 2001

⁴¹ El artículo 1 de la Ley del Banco Central de Venezuela vigente, considera a esa estructura organizativa, como un ente público de especial naturaleza jurídica. Inclusive nuestro ordenamiento constitucional así lo plantea en el 318 como una especie de instituto oficial autónomo, persona jurídica de Derecho público.

⁴² Sentencia N° 601 SC-TSJ del 14-05-2012. Caso Grupo Telemático de Lotería GTL. S.A. Magistrada Ponente Carmen Zuleta de Merchán.

y de 2010 son leyes administrativas⁴³, sin olvidar el criterio substancial de que la obligación principal posee una esencia eminentemente administrativa. En efecto, la hipoteca, como un elemento accesorio, vendrá siendo en esencia administrativo, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Hoy, domina la opinión, de que ambos tipos de Derechos: el administrativo y el privado, no son ámbitos materiales manifiestamente diferenciados, y aún opuestos, sino principios y criterios, que corrientemente suelen encontrarse combinados, aunque en diferentes proporciones dentro de la actividad administrativa estatal venezolana. Sin embargo, cuando se piensa con sumo cuidado el contenido de las diferentes actuaciones estatales, la primacía administrativa de la actividad administrativa de las contrataciones públicas: acto-contrato, que fue denunciada inicialmente, siempre está presente.

Lo que no puede conjeturarse, es que en la demarcación de aquello conocido como lo administrativo y lo privado, se convierta a la naturaleza de una reconocidísima potestad administrativa, como si ésta fuere en esencia de naturaleza privada ante el inexcusable interés general que debe perseguir ese accionar estatal, donde la titularidad de la potestad de seleccionar contratistas y de contratar del Estado no entra en porfías, en cuanto a su prohibida privatización, puesto que el interés público, siempre está presente.

Por último, y tomando un poco las ideas de RIVERO, se ve mal por qué razones una noción única y omnipotente, por así decir, debería dar cuenta de sólo el derecho administrativo, mientras que las otras ramas de Derecho ignoran ésta sistematización unificadora, y por qué, entre tantas catedrales sostenidas por pilares numerosos, se erigiría ésta única pirámide asida sobre su real base monolítica⁴⁴. Tanto así, que MARTÍN MATEO admitiendo la poca brillantez de los eclecticismos, expresa que debe convenirse que sólo, de una contigüidad de verdades parciales y complementarias se puede obtener una imagen satisfactoria del Derecho Administrativo⁴⁵.

III. El interesante caso de la actividad administrativa de fomento (entre otros)

Por último, el autor JORDANA DE POZAS considera a una categoría de actividad administrativa denominada como el fomento. Originalmente,

⁴³ Sentencia N° 57 de SC-TSJ del 14-08-2013. Magistrado Ponente Francisco A. Carrásquero López. Caso Familia Monteiro Vs Antiguo IAN.

⁴⁴ Rivero, Jean, "¿Existe-t-il un Critère du Droit Administrative?" en *Revue du Droit Public*. París, 1953, p. 292.

⁴⁵ Martín, Ramón, "La Sustantividad del Derecho Administrativo" en *Revista de Administración Pública*. N° 52. Madrid, 1967, pp. 35-72.

la clasificación tripartita de los contenidos de la actividad administrativa estatal era: limitación, prestacional y fomento. En el primero, el Estado empleaba sus potestades de ordenación, dirección, supervisión y sanción para someter a los operadores restringiendo toda su esfera jurídico-subjetiva. En el segundo, el Estado provee bienes y servicios para la comunidad organizada ampliando la esfera jurídica-subjetiva de los administrados.

Con el tercer modo, se topa con una técnica mixta, donde por un lado restringe el derecho de la libre competencia, y por el otro lado, la técnica del fomento aumenta la esfera jurídico-subjetiva de los operadores económicos con la finalidad de influir en un área económica concreta, a través de distintas técnicas interventoras bastante reducidas para fijar una orientación específica⁴⁶, pues con el fin de impulsar y estimular la realización de determinadas actuaciones de los ciudadanos, el Poder Público acude con frecuencia a ofrecer auxilios y ayudas de todo tipo⁴⁷. También, que es la actividad que consiste en estimular o ayudar una actividad privada de interés público⁴⁸.

Diferenciándose de “la potestad del servicio público” debido a la vinculación de ésta, con la erogación de una suma dineraria a los fines de prestar un servicio a los administrados, y de la potestad de la limitación –preventiva o represiva– debido a la vinculación de ésta con la restricción de un derecho fundamental por los órganos o entes públicos con la finalidad de proteger la esfera jurídica subjetiva de la colectividad.

Sencillamente, la actividad administrativa de fomento es: la acción desarrollada por la administración encaminada a estimular, a ayudar, y proteger las empresas y particulares cuyas tareas sean favorables al interés general⁴⁹, pues, a través de la actividad de fomento se trata de garantizar que una serie de actividades que se consideran relevantes para el interés público puedan desarrollarse por la iniciativa privada sin necesidad de convertirlas en servicios públicos⁵⁰.

Ahora bien, dicha actividad administrativa de fomento posee, una todavía irrefutable clasificación tripartita en: honorífico, jurídico, y económico-financiero. LARES añade el fomento técnico, debido a la asistencia técnica prestada por las autoridades estatales a empresas de interés general. Lo importante a los efectos del presente punto son las terceras, debido a la misma naturaleza jurídica de los medios de derecho

⁴⁶ Jordana Pozas, Luís, “El Problema de los Fines de la Actividad Administrativa” en *Revista de Administración Pública* N° 4. Madrid, 1951, p. 241.

⁴⁷ Martín-Retortillo, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico. Tomo I*. Madrid, 1988, p. 446.

⁴⁸ Cosculluela, Luís et al, *Derecho Público Económico*. IUSTEL. 4º Edición. Madrid, 2011, p. 251.

⁴⁹ Lares, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*. UCV, 2002, p. 241.

⁵⁰ Cosculluela, Luís, cit., p. 251.

empleados para conseguir sus objetivos dentro de la vida política nacional, conforme con las premisas teleológicas incorporadas dentro de los actos administrativos encargados de incidir en la esfera jurídica subjetiva de los administrados, mediante los estímulos de carácter pecuniario creados para sectores específicos de la economía con una aceptación voluntaria y libre del beneficiado con el estímulo económico suministrado por el órgano o ente público creado, a los efectos de cumplir ese fin público perseguido por las autoridades con la colaboración del operador económico, quien decidió incorporarse al proceso de producción nacional para beneficiarse de su espíritu emprendedor.

Así, la referida actividad administrativa estatal de fomento económico-financiera disfruta de la siguiente clasificación: negativas y positivas. Las negativas consienten una ayuda de modo indirecto eliminando el cumplimiento de una obligación tributaria cualquiera como: la inmunidad tributaria, las exenciones, las exoneraciones, las rebajas, los desgravámenes, las admisiones aduaneras temporales, las moratorias de pago.

En cambio, las positivas otorgan una ayuda de manera directa, colocando a la disposición de un operador económico interesado y diferenciado como idóneo por la autoridad competente, de un apoyo económico para consumir un programa político-gubernamental cualquiera con la obligación de reintegrar la ayuda económica recibida después de un tiempo. Así, dentro de la presente subcategoría se puede encontrar a: las patrimoniales, y las dinerarias.

Las patrimoniales implican colocar a la disposición de un operador determinado mediante un procedimiento previo de selección, de un bien, o de una masa patrimonial, con la finalidad de que sean utilizados en el desarrollo de una actividad económica patrocinada por un programa político-gubernamental, por ejemplo, la licencia de la utilización de unos bienes de dominio privado de la Nación. Por otro lado, las dinerarias implican la transferencia de un capital a un operador económico favorecido mediante un procedimiento previo de selección, pero no instaurado en la libre concurrencia de los participantes. Teniendo entonces como claro ejemplo a la subvención. Y aquí entramos a disertar sobre el fondo del presente punto.

La subvención según PEÑA SOLÍS, es una técnica de fomento-económico-financiero destinado al desembolso de un aporte patrimonial de carácter dinerario por parte de la administración pública a título de fondo perdido, generalmente, con la finalidad de que el operador económico beneficiado realice una actividad económica personal, que debe

coincidir con un interés público tutelado por un órgano o ente público⁵¹. Luego nacerá, la tipología de la subvención: las primas, los premios, las becas, y los subsidios. La subvención importante a los efectos del análisis realizado es el subsidio.

La doctrina calificada dentro de la materia reduce los elementos configurativos de ésta técnica de la siguiente manera: **(i)** Es una atribución patrimonial; **(ii)** Es “a fondo perdido”; **(iii)** La toma un operador económico de carácter privado; **(iv)** La causalidad entre la atribución pecuniaria y el interés público que representa la acción, debe coincidir.

Nótese entonces, como evocando las anteriores ramificaciones dentro de la actividad administrativa de fomento, se halla una auténtica teorización de la mencionada potestad. Es una clasificación bien detallada, con una ordenación sistemática de las diversas manifestaciones de la potestad estatal con sus respectivas características, denotando un nombre cónsono con la naturaleza de la potestad estatal implementada, y finalmente, del contenido regulador incrustado dentro de la cavidad sustancial del acto administrativo emitido por la autoridad administrativa, cuando ésta constata la verificación del presupuesto fáctico obligante de la autoridad, a implementar dicho medio de Derecho público para cumplir con un fin inmanente del sistema jurídico.

La teorización de la actividad administrativa de fomento tropieza entonces, con una completa identidad patronímica de las ramificaciones con su tronco común, cuya naturaleza jurídica deviene de un nombre con una significancia relevante desde la base nominativa, hasta las diferentes subcategorías que quedaron envueltas en la noción potestativa del fomento.

Esa narración exhaustiva de la técnica subventora obedece a un interés de sana lógica demostrativa de la claridad conceptual incuestionable con relación a dicha potestad. Así, pues, la doctrina quiso diferenciar, o circunscribir, u ordenar, encasillar, clasificar y subordinar, categóricamente, todo un conjunto, o entramado de diferentes acciones administrativas frente a otras acciones administrativas de un mismo conjunto, conforme a las características comunes, que cada una de esas subcategorías comparten entre sí dentro de un determinado conjunto específico, pues todas ellas cumplen finalidades diferentes en el sistema venezolano, pero conforme a ciertas singularidades afines.

Naturalmente, la operación de clasificar significa simultáneamente diferenciar, así que concretar unívocamente un determinado conjunto

⁵¹ Peña, José, *Manual de Derecho Administrativo: Actividad Administrativa de la Administración Pública. De Policía, de Servicio Público, de Fomento, de Gestión Económica. Volumen III*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003, p. 266.

de acciones implica, asociar aquellas acciones comunes de aquellas, que no poseen esas otras notas comunes, sino diferentes de las primeras.

Los artículos científicos son coincidentes con lo anterior. Sin embargo, ellos no puntualizan el método implementado por los órganos o entes públicos para materializar eso indicado. Se sabe, que forzosamente se necesita de un acto administrativo formal. No obstante, la mayoría de los estudiosos del derecho no conocen de antemano como acontece esa concretización legislativa. Ni la teorización envuelta, ni como germinan los derechos y obligaciones entre las partes: órgano-ente y operador económico.

La relación jurídica germinada entre ambos proviene de la suscripción de un contrato entre el operador económico solicitante con un ente público, a los fines de invertir un dinero como si fuese propio para estimular la producción de un determinado rubro, o bien, considerado como de utilidad pública por parte del Estado, donde el beneficiario de la colaboración se compromete a devolverlo después de un considerable tiempo, conforme con los artículos 13.1, 13.2, 13.3, 13.4 del Decreto-Ley de Creación del Fondo Para el Desarrollo Agrario Socialista (DLCFDAS)⁵², por poner un ejemplo.

Las condiciones de contratación formuladas por la autoridad reguladora dentro de un determinado sector económico son uniformadas conforme con la normativa legal, reglamentaria, resolutoria, providencial y de carácter *ad-hoc* dentro de una determinada producción agrícola denominada: Condiciones Generales Aplicables al Financiamiento de los Proyectos Presentados por el Presidente del Órgano Rector, en un determinado rubro. Cada normativa de producción para cada rubro agrícola que se pretende producir, persigue paralelamente la regla técnica de las condiciones de contratación en materia de contrataciones públicas. Una analogía perfecta.

De esta manera, las administraciones públicas deberán hacer un plan estratégico y su gestión deberá realizarse de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia y eficiencia. De igual modo, el procedimiento de concesión de la subvención es ordinariamente por licitación, conforme a los criterios de selección establecidos en las bases, donde dichas bases deberán precisar, entre otros extremos, todos los requisitos que deben reunir los beneficiarios y el plazo y la forma de solicitar la subvención, el procedimiento de selección de los mismos con indicación de los criterios en los que debe basarse la selección, la cuantía de dinero a recibir, los fines a los que debe destinarse, las demás condiciones que debe cumplir el beneficiario, las infracciones y las sanciones y los

⁵² Gaceta Oficial N° 38.863 del 01-02-2008.

supuestos de reintegro de la cantidad recibida. Las bases deberán publicarse en el Boletín Oficial de la entidad concedente⁵³.

Así, las estipulaciones dispositivas dentro de dicho sector agrícola, o mejor dicho, las condiciones de contratación elaboradas por el órgano rector del ente regulador de los créditos agrícolas son elaboradas, a los fines de condicionar, correctamente, el derecho fundamental de la libertad económica de los operadores en su desenvolvimiento de producir los rubros necesarios para aprovisionar el importante mercado venezolano. La producción de los rubros agrícolas declarados como de primera necesidad por la autoridad estatal sería "la obra específica", por así decir, y que deben "construir" los agricultores (horticultura, fruticultura, silvicultura, etc.).

En otras palabras, ello ocurre de manera similar como acontece con el mundo de las contrataciones públicas, donde la Unidad administrativa que selecciona al contratista receta las condiciones contractuales, que serán completamente determinantes para el origen de las obligaciones contractuales, que maniobrarán la relación administrativa entre las partes intervinientes. De ahí, que se hable del carácter condicionado de la subvención, en el sentido de que aparece otorgada bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un decretado comportamiento, o realice una determinada actividad. La persona, pública o privada, beneficiaria de la ayuda no tiene nunca libre disponibilidad, dado que, por el carácter finalista de ésta, está comprometido a determinadas obligaciones: a realizar la actividad; a acreditar su realización; a someterse al control administrativo; a informar sobre la obtención de otros tipos de ayudas, o subvenciones otorgadas para la misma finalidad.

De no satisfacerse, el fin de la subvención procede a su devolución⁵⁴. Quedando así, dentro de la esfera jurídica subjetiva del operador económico, determinar, si estas futuras estipulaciones contractuales reguladoras de la relación administrativa, valen la pena aceptarlas, con la finalidad de recibir la ayuda económica. Hay, una naturaleza contractual tras la técnica subventora, que necesita surgir de un acto necesitado de aceptación, del que nace un derecho de crédito del beneficiario frente a la administración otorgante.

Por supuesto, existen ciertas diferencias. La unidad administrativa que selecciona al contratista no consume con su función reguladora de modo durable ante la naturaleza consuntiva del objeto contractual, a diferencia de la autoridad reguladora de la creación de alimentos, que

⁵³ Cosculluela, Luís, cit., pp. 254-255.

⁵⁴ Martín-Retortillo, Sebastián, "La Actividad Administrativa de Fomento y el Régimen Jurídico de Subsidios Y Subvenciones Administrativas" en *II Jornadas Internacionales en Honor a Brewer-Carías: Las Formas de la Actividad Administrativa*. FUNEDA. Caracas, 1996, pp. 233-234.

permanentemente debe promover la producción de alimentos por tratarse de un propósito de interés nacional, así como también, que la unidad administrativa que selecciona al contratista es una autoridad *ad-hoc* en las contrataciones públicas de un determinado objeto contractual (construcción, suministro o prestación), mientras que el órgano rector encargado de la promoción de la productividad agrícola no; pudiendo intervenir en cualquier tipo de rubro eficaz: vegetales, frutas, flores, etc., y de modo indiferente, cuantas veces quiera, y con relación a un número indeterminado de operadores económicos, de modo simultáneo, y por el tiempo que quiera, mientras el Congreso no decida suspender la asistencia económica a pequeños productores.

Naturalmente, todas las contrataciones públicas están ordenadas, sistematizadas conforme con el principio de la libre concurrencia de los operadores económicos dentro de un concurso voluntarial. La técnica de intervención estatal dentro de la economía del fomento-subsidio también, pues el principio de concurrencia entraña el otorgamiento de las subvenciones (subsidios) en un trámite de carácter competitivo, que la LGP española denomina concurso, donde las diferentes solicitudes son presentadas en un plazo único que se valoran y resuelven en un solo acto, otorgándose la subvención al peticionado o peticionarios, que ostenten mayores méritos u ofrezca mejores condiciones⁵⁵. De allí, que el acto emitido sea un acto bifronte en sentido estricto, pues el acto definitivo produce un efecto favorable y desfavorable de modo simultáneo sobre varios operadores económicos que estuvieron en el procedimiento administrativo de otorgamiento de la subvención.

Igualmente, como acontece dentro de las contrataciones públicas, y conforme con la teorización del fomento-económico-financiero de la subvención, el órgano rector podrá emplear sus potestades inspeccionarías para constatar el cumplimiento efectivo de las condiciones de contratación convertidas en Ley por las partes intervinientes con la suscripción del contrato, que valiera la pena reflexionar, sarcásticamente, si es un contrato de derecho público o uno de derecho privado. Un aspecto controversial, que nunca fue doctrinariamente planteado. Encontrando así, otra enorme similitud de la situación doctrinal con los contratos públicos de las contrataciones públicas con la ejecución de obras, el suministro de bienes y la prestación de servicios, que son razonadas categóricamente, como tres de las tantas formas de la actividad administrativa de derecho privado, o contractual.

En este sentido, la doctrina venezolana no considera a la mencionada potestad del subsidio como una actividad de derecho privado, o contractual, sino como una submodalidad de la actividad administrativa

⁵⁵ Santamaría, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo. Tomo II*. CEARA S.A. Madrid, 2002, p. 362.

de fomento, debido a la gran teorización existente con relación a la esencia jurídica de las ayudas económicas de carácter dinerario recibidas del ente gubernamental para estimular la producción privada nacional.

Para PEÑA, en efecto, dichas variables siguen estando vinculadas a un elemento positivo (de corte teleológico), que no es otro que promover determinadas actividades de los particulares, cuya realización resulta muy importante para el interés público o general, y a un elemento negativo (o metodológico), dado que las referidas actividades de promoción, o estímulo, no excluyen formalmente, a todo tipo de técnica control, coacción, o limitación de los derechos de los particulares⁵⁶. Aunque, ésta técnica de intervención estatal, límite el derecho subjetivo de la libre competencia de los operadores económicos que no son sus beneficiados, ni requieren de ayudas económicas para producir en términos rentables, pues el contenido regulador del acto en cuestión, es favorable para el administrado solicitante de la ayuda económica, que finalmente, éste tendrá que suscribir un contrato con ente crediticio estatal para materializar la orden del acto administrativo.

Nótese lo extraño entonces, con relación a la anterior potestad administrativa estatal. No es considerada como una actividad administrativa de derecho privado, ni contractual. Y ello acontece en nuestra opinión, porque existe toda una teoría general relacionada con la aludida potestad –aunque no con estudios serios, vigentes, y propios– su procedimiento, su acto definitivo y contenido, y la manera como la ejecución de la medida económica incide en la esfera jurídico-subjetiva de los operadores económicos beneficiados de tal ayuda, así como, quienes son maltratados en su esfera jurídica con relación al derecho de la libre competencia, porque los productores no-beneficiados de la técnica utilizan su propio capital para producirlos, o capital proveniente de la banca privada, y con regímenes obligacionales nada preferenciales. Encontrándonos entonces, con una mengua injustificada (moralmente mayor a los auxiliados de la ayuda estatal).

La doctrina foránea a través del autor JORDANA decidió denominarla fomento –título aceptado aquí– precisamente, porque detrás de la decisión del ente gubernamental existe una política estatal de naturaleza económica orientada a la consecución de la producción nacional de un determinado sector de la vida económica de la nación. Asimismo, la teoría general de la actividad administrativa venezolana reconoce con la expropiación por causa de utilidad pública o social, la posibilidad de un acuerdo amigable que facilita la implementación de la indicada técnica de intervención estatal en la economía. El citado acuerdo constituye la primera opción para poder aprovechar la privación del derecho de propiedad de un determinado operador económico. Cuando ese acuerdo

⁵⁶ Peña, José, cit., p. 243.

mutuo amigable no pueda acordarse, el ente político-territorial manejará la diferencia irreconciliable ante los tribunales administrativos competentes con la finalidad de materializar la medida.

Igualmente, la teoría general de la actividad administrativa venezolana reconoce con las reservas económicas sucesivas, la posibilidad de un acuerdo amigable que suministre la ejecución voluntaria o concertada de la indicada técnica de intervención estatal dentro de la economía. El mencionado acuerdo constituye la primera opción para poder emplear la privación de los derechos constitucionales de carácter económico de la propiedad y de la libertad económica de los afectados. Cuando dicho acuerdo amigable no pueda concertarse satisfactoriamente según los instrumentos legislativos correspondientes, entonces el ente manejará la diferencia irreconciliable con el operador económico ante los tribunales administrativos a los fines de materializar la medida como si fuera una expropiación.

Igual sobreviene con la compensación tributaria, porque ésta figura posee la forma de la técnica contractual. De tal modo, que pide de un acto administrativo previ: (la resolución culminatoria de la determinación de la obligación tributaria); una nota crucial del tema que debiera considerarse un principio, pues carece de sentido acordar la compensación de la obligación tributaria que no fue determinada antecedentemente mediante un procedimiento de fiscalización tributaria (determinación de la obligación tributaria de oficio), o determinación de la obligación tributaria (determinación de la obligación tributaria contenciosa).

Ninguno de los casos administrativos insinuados, y que implican la concreción de tales medidas económicas por un “contrato privado” son conocidas como actividades estatales de derecho privado, o contractual. La primera potestad procedimentalizada es denominada como la actividad expropiatoria, con su típico acto expropiatorio. El segundo caso, mucho más liado por su naturaleza interfuncional (las tres ramas tradicionales del poder público participando en la implementación de dicha medida) requiere de un contrato de derecho privado. Sin embargo, las medidas insinuadas no están incorporadas en la nominativitas de la actividad de derecho privado, ni contractual. Y la tercera muchísimo menos. En cambio, éste último encuadra forzosamente con la actividad inspeccionarial (fiscalización tributaria), que está enmarcada en el modo de la actividad de limitación.

Como puede observarse, el contrato privado normativizado (constitución, ley, como cimiento de actuaciones últimas) busca únicamente, la posibilidad de emplear una potestad fundamentalmente ablativa de una manera resuelta, democrática, económica y de un modo poco conflictivo, en los dos primeros casos. No así con la compensación tributaria,

quien disfruta de una función totalmente diferente dentro del entramado de relaciones económicas de los operadores económicos.

Aunque, ello queda en la práctica totalmente desvirtuado por la presencia de una fuerte oposición de los operadores económicos afectados por la medida. La teoría de la actividad administrativa considera poco probable considerar la potestad expropiatoria como incorporada en el área de la actividad administrativa de derecho privado, o contractual. Eso es seguro. La doctrina de la técnica expropiatoria está afinadamente consolidada y con muy pocas cosas que añadir dentro de su *compositum* conceptual.

Distinto acontece con el mundo de las contrataciones públicas. Ya que nadie se ocupó sensatamente del estricto contenido de dicha potestad, puesto que ella nunca fue diferenciada nominalmente de las restantes, sino que ella simplemente fue encasillada, inscrita, como aquello que pide de una técnica contractual cualquiera (de ahí entonces su denominación), sin necesidad de cuestionar, ni de esclarecer, ni de distinguir, ni de diferenciar, ni de identificar, a la auténtica naturaleza jurídica-material de la potestad implementada para producir dicho acto jurídico definitivo de la unidad administrativa que selecciona al contratista, cuando ésta selecciona a los contratistas: la calificación, positiva (adjudicación de la buena pro), o negativa (declaratoria de la desertitud del concurso). La denominación de actividad administrativa contractual indica sencillamente de una manera equivocada, que el acto administrativo de la unidad administrativa que selecciona al contratista produce un contrato.

El tratamiento doctrinal nominativo siempre estuvo dirigido a las diferentes técnicas contractuales (partícula final de la actividad administrativa estatal en cuestión), así como a las modalidades procedimentales (concursoales) atañidas con la actuación jurídica final de los órganos o entes públicos dentro del fenómeno contractual, a los fines de manifestar como el cumplimiento del procedimiento tipificado podía lograr la firma del contrato público de modo válido. Sin nunca, finalizar, el entramado teórico que iniciaban con su actuación última (el contrato) hasta el tronco común de las diferentes técnicas contractuales tipificadas normativamente para circunscribirlas en ciertas categorías, y que patronímicamente involucraban a la naturaleza jurídica de tales procederestatales con un acabado teórico suficientemente detallado.

Tanto así, que pasaron décadas analizando el contrato como un acto jurídico, pero no como un fruto del ejercicio de una potestad administrativa estatal de la cual la administración pública era naturalmente su titular. Prueba de ello, es la afirmación de PEÑA cuando indica: la existencia de actividades de administración pública que no son emanadas en ejercicio de potestades administrativas, y están sujetas a un régimen legal preeminentemente de Derecho Privado, y es en ese sentido, que

desde el punto de vista didáctico se puede sostener, que pese a ser actividades de la administración, no encuadran dentro del concepto de función pública⁵⁷. Encontrándose entonces con la sucesiva incógnita ¿Cómo la doctrina española formula el proceder estatal de las técnicas de intervención estatal dentro de la economía como sinónimo de potestad, de tal modo, que incluye a las empresas estatales como una de ellas?⁵⁸

Si la doctrina consideró importante incorporar a la técnica económico-financiera de la subvención dentro de la categoría actividad administrativa del fomento, conforme con una lógica sistemática de conceptualización de las técnicas de intervención estatal, obedeciendo a los elementos comunes que posee frente a las demás técnicas económico-financiera, jurídica y honorífica del fomento, debería realizarse necesariamente, el mismo análisis sistemático en las contrataciones públicas. Y aunque, pudiere formularse la declamación de: procedimiento de selección de los contratistas, que no estaría mal, ella sería una mención patronímica mucho más teleológica, que sustancial, revistiéndola de una deficiencia muy reduccionista del fenómeno estudiado, que puede emplearse también, con los restantes cauces administrativos contractuales. Nótese inclusive como teleológicamente –donde el fin forma parte del contenido del acto– que el Decreto-Ley Orgánico de Bienes Públicos indica al cauce de remate de bienes. Patronímicamente lo diferencia por un lado, de los procedimientos de selección de contratistas, mientras que por el otro, los dos son incorporados como un mismo fenómeno contractual.

Por si ello fuera poco, la doctrina jurisprudencial debería estudiar el modo de diferenciar nominalmente la actividad administrativa de las contrataciones públicas de otras actividades administrativa “de derecho privado” o “contractuales”, incorporándola como una actividad administrativa estatal material más, y no como una actividad administrativa estatal indeterminada materialmente, cuando coexisten otras actividades administrativas estatales, tales como: limitación-sancionadora, la expropiatoria, el fomento, planificación, diferenciadas materialmente entre sí.

En este sentido, no se entiende, como el mote de la pseudo-categoría: actividad administrativa de derecho privado, o contractual todavía existe, ni tampoco la potencial frase del acto administrativo de derecho privado, o de acto administrativo contractual, cuando ella nunca especifica, ni puntualiza, ni delimita, ni concreta sustancialmente, absolutamente nada concerniente con la indicada declaración unilateral de la unidad administrativa que selecciona al contratista, aunque concurra

⁵⁷ Peña, José, cit., p. 37.

⁵⁸ Bermejo, José, *Derecho Administrativo (Parte Especial)*. Cuarta Edición. Civitas Ediciones S.L. Madrid, 1999, pp. 69 y 909 y ss. Cfr. Artículos 128.2 del ordenamiento constitucional español y 300 del ordenamiento constitucional venezolano.

una cierta teorización, que todavía no está consolidada acerca de la aludida “potestad administrativa de derecho privado” en las Contrataciones públicas. O pudiéramos imaginar, un acto administrativo con forma privada (contrato), o, con un contenido privado. Ello no es posible. A lo sumo, repetimos, sólo podemos encontrar, una orden de contratar como contenido regulador. Y nada más.

Teniendo así, que la función primordial de toda la doctrina científica, y de la doctrina jurisprudencial, deba hacer abstracción del caso concreto (la legislación) para avanzar en la construcción de un Derecho público moderno, puesto que el pensamiento jurídico-administrativo no puede detenerse nunca en la mera dimensión individual, o en las medidas unilaterales de importante suceso, sino que, el Derecho Administrativo debe inevitablemente encontrarse orientado para hacer suyos con una superior profundidad, amplitud y precisión, los fenómenos jurídicos de pequeña, media y superior graduación. O dicho de otra manera, a los fines de incorporar el nacimiento de una nueva categoría jurídica, y los importantes nuevos procesos informativos que en tal sentido se pudieren generar.

Se topa con nuevas categorías jurídicas de antiguos sectores jurídicos, donde el Derecho administrativo se hace presente como un Derecho Objetivo, y que es capaz de impregnar las antiguas estructuras, y no a través solo, de una acabada posición doctrinal, que estaciona una determinada categoría sin haber delimitado con suma precisión, todos los límites de la nueva categoría jurídica con las restantes categorías con quienes encuentra la noción, una conexión fronteriza inevitable, y que contribuyen ineludiblemente a identificar su auténtica esencia, diferenciándola así, de las restantes categorías, como cuando uno coloca la nueva noción jurídica dentro de un mapa o un plano arquitectónico de conceptos, donde cada figura o noción es un concepto jurídico del Derecho Administrativo. Si encontramos un solapamiento de figuras, o mejor dicho, de conceptos sobre conceptos, o de figuras jurídicas conexas, entonces tendremos, que el concepto, está sencillamente, mal elaborado.

El Derecho Administrativo, dice SCHMIDT-ASSMAN: no puede concebirse como un exclusivo sistema sin otra finalidad que garantizar la protección del individuo frente al Estado. La vertiente de la defensa o la libertad resulta insuficiente. Los fines y objetivos del Derecho administrativo van mucho más allá de dispensar, en la mayor medida posible, la mejor garantía constitucional a favor de las situaciones jurídicas que fueron consolidadas ante la inherencia de los poderes públicos⁵⁹.

⁵⁹ Schmidt-Assman, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema: El Objeto y la Fundamentación de la Construcción Sistemática*. Instituto

En efecto, el Derecho administrativo no puede ocuparse exclusivamente en proteger un individuo singularmente considerado, conforme con la fundamental premisa lógica de carácter Hegeliano del carácter antitético de la coerción estatal y la esfera jurídica-subjetiva de los administrados, cuando éstos se relacionan con las autoridades administrativas, sino como una Ciencia del Derecho cuyos conceptos son depurados de cualquier contradicción con el resto de los conceptos jurídicos que forman el sistema jurídico-administrativo, en este caso, del Derecho venezolano.

Tanto así, que del Derecho administrativo surgieron un conjunto de conceptos legales, que moldeados enteramente por los principios jurídicos recogidos en los textos constitucionales, surgieron una serie de conceptos, que en el fondo, eran, garantías de los derechos, tanto de nacionales como extranjeros; y del funcionamiento del Estado, e incluso de un acomodo de categorías puramente extranjeras, básicamente francesas, residualmente alemanas, y solo una nórdica: el *Ombudsman*. De este modo, la Administración venezolana como la *potentior personae*, germina desde la construcción de la ciencia administrativa venezolana, y especialmente desde nuestra legislación y los reglamentos ejecutivos, y al margen de una norma constitucional principal como es, el artículo 141 constitucional. Cuando de hecho, el Derecho administrativo trata de alguna manera de reconducir al máximo el Estado real al modelo de Estado de Derecho con solo, los mimbres de la técnica jurídica⁶⁰.

Una cosa es, la doble idea cardinal de carácter práctico de la disciplina científica del Derecho Administrativo como ordenador, limitador, disciplinador y racionalizador del Poder Ejecutivo con una nuclear razón de estado orientada hacia el bienestar de los ciudadanos, al mismo tiempo que, la eficacia, la eficiencia y efectividad de la acción administrativa, y otra, la idea teórica fundamental del Derecho Administrativo como una ciencia ramificada del Derecho en general, encargada completamente de garantizar, la adecuada observancia de los objetivos científicos de la respectiva rama del derecho, pero ésta vez, como una ciencia del derecho, pues toda rama del derecho como subcategoría científica del derecho en general, debe aspirar a la eficacia, a su efectividad conceptual. Esto último parafraseando a SCHMITTD-ASSMAN.

De ahí, que la ciencia del derecho no pueda conformarse únicamente con la mera construcción dogmática de sus técnicas, sus categorías y sus normas jurídicas, sino que ésta debe ocuparse necesariamente, asimismo, de todas las condiciones y presupuestos técnicos necesarios para que lo indicado anteriormente sea efectivo, y eficaz, en un

Nacional de Administración Pública (INAP). Traducción Colectiva. Madrid, 2003, p. 25..

⁶⁰ Cfr. Parejo, Luciano, *Crisis y renovación del Derecho Público*. CEC, Madrid, 1991, pp. 30-32.

plano práctico, y también conceptual dentro del universo de las contrataciones públicas venezolana como instituta, u objeto de estudio preferencial de los estudiosos con el Derecho Administrativo.

De este modo, el Derecho Administrativo debe ocuparse también por la creación incesante de nuevos conceptos, esto es, la elaboración de conceptos jurídicos; ya que en la elaboración de los mismos es necesario apegarse a la dialéctica⁶¹ que ve en la lógica formal y en las ciencias exactas (como las matemáticas) su más alta expresión. Esta metodología se aplica, con rigidez, tal y como si se tratará de un silogismo, de un sistema de ecuaciones. Advirtiendo que la idea es crear de la forma más exacta posible, sin crear poesía jurídica.

En este sentido, para la creación de los conceptos jurídicos en un sistema jurídico que es estático, frío, cerrado, alejándose totalmente de la vida social y sus consecuencias⁶², la dialéctica jurídica, a través del método jurídico, crea la expresión más clara de la técnica jurídica, apoyada en los diversos aspectos de las instituciones por analizar. De esta manera, el concepto es depurado lógicamente y gramaticalmente⁶³, en vista de que estos se constituyen, tomando en cuenta los siguientes principios metodológicos y técnicos:

(i) *Sistematización*. Los conceptos jurídicos se crean de los conceptos jurídicos previamente elaborados. Estos conceptos forman un sistema jurídico, que significa: “el desarrollo de una unidad en una variedad que, de este modo, es conocida como conexión de sentido”⁶⁴. El sistema para la dialéctica conceptual es la pirámide de conceptos. Es la expresión más clara de la técnica y de la plenitud del derecho⁶⁵. El sistema permite, que todos y cada uno de los conceptos se encuentren relacionados en armonía, sin antinomias. A través del sistema, los puntos más distantes, las diferencias y analogías más sutiles se hallan completamente unidos⁶⁶. Los conceptos generales y particulares se enlazan, porque son parte del sistema. Y esa es una idea elemental, que viene desde el siglo XIX alemán con la jurisprudencia de conceptos de IHERING, y que dio nacimiento al Código Civil alemán de 1900 y su consecuente teorización.

⁶¹ La dialéctica es entendida por la jurisprudencia de conceptos como “el apartamiento de cualquier contacto con la realidad”. *Ibidem*, p. 289.

⁶² Ihering, Rudolf von, *La Lucha por el Derecho*. Dykinson. Madrid, 2018.

⁶³ Magallón, Jorge Mario, *La Senda de la Jurisprudencia Romana*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2000, p. 64.

⁶⁴ Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. 2a. Ed. Ariel. Madrid, 1980, p. 39.

⁶⁵ Esta concepción de sistema jurídico es desarrollada posteriormente por el gran jurista alemán Kelsen.

⁶⁶ Ihering, Rudolf von, “La Jurisprudencia de Conceptos en Rudolf von Ihering”, en Casanovas, Papeu y Moreso, José Juan (comp.), *El Ámbito de lo Jurídico; Lecturas de Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Madrid, Grijalbo, 1994, pp. 98 y ss.

Así, la coherencia es básica para entender dicha concepción sistemática del derecho. Los preceptos jurídicos se caracterizan por la unidad, totalidad y coherencia. Cada norma no puede entenderse aisladamente. De ella, depende una multitud de secuelas jurídicas y de conceptos que se encuentran en la base de la pirámide del sistema o en la cúspide.

(ii) *Concentración lógica de materias.* Mediante esta técnica se buscó concentrar los conceptos jurídicos atendiendo a la materia de estudio. En este sentido, se busca la concisión y precisión de las instituciones relacionadas. Esta ordenación es tomada en cuenta para la elaboración tanto del Código Civil francés como para el Código Civil alemán, y en opinión de este humilde investigador, debería ocurrir lo mismo con el Derecho administrativo venezolano.

El orden lógico de los conceptos forman una institución, y el conjunto de éstas de una misma materia, da origen a la codificación. La codificación constituyó un instrumento admirable, que sentó las sólidas bases para que la familia de derecho romano-germánico se unificara y sirviera de modelo para la legislación civil de otros países. Y de igual manera con ciertas leyes europeas, para dicha región, y luego Latinoamérica.

El objetivo de la codificación es ser la única fuente del derecho sistemática creada por los legisladores, y ya que la ley y el reglamento de contrataciones públicas constituyen lo más próximo a un cuerpo normativo coherente en la materia, entonces, lo normal será partir de la premisa lógica que articula dicha regulación, para crear una teorización propia para esa instituta del derecho administrativo. Ese bloque normativo de ley y reglamento, es el conjunto de normas abstractas y generales capaces de resolver todos los asuntos que se plantearán ante la Administración Pública y los tribunales. En efecto, la labor jurisdiccional se limitaría sólo a la aplicación de los conceptos normativos, tal y como si realizarán una suma donde el resultado siempre, es el mismo, sin posibilidad de interpretar la ley: esa es la intención, aunque en muchísimos casos, en la mayoría de ellas, no se logre⁶⁷. El efecto que buscó la dialéctica falsacionista es eliminar el arbitrio judicial.

(iii) *El uso adecuado del lenguaje jurídico y común.* Al construir los conceptos jurídicos se aprovecha el lenguaje común con maestría y exactitud. Las reglas ortográficas y de sintaxis son empleadas correctamente, logrando con ello, claridad y sencillez en la ley. Aunado a ello, se encuentra la utilización aprobada del lenguaje técnico, propio de la ciencia del derecho.

⁶⁷ Caballero, José Antonio, "La Codificación y el Federalismo Judicial", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. vol. XIV. México D.F., 2002, pp. 13 y 14.

Cuando los conceptos están bien escritos no hay dificultad en su aplicación. Más aún, no hay lugar para la interpretación, porque todo está establecido con suma claridad y precisión. Si los conceptos no reúnen esas características entonces los juristas tienen que reconstruirlos, hasta perfeccionarlos. Utilizando siempre los principios de la ciencia. Decía IHERING que “en el cielo de los conceptos domina sólo la ciencia pura, la lógica jurídica y la condición para que domine, y toda la soberanía que de ella se desprende, consiste en que no tenga nada que ver con la vida”, así “los conceptos jurídicos son: científicamente sanos, conceptualmente puros y correctamente lógicos”⁶⁸. Por ello, cuando un concepto o categoría no reunía estas tales características, debía ser reconstruido, o incluso, desechado.

IV. La función del juez en la dialéctica o en la jurisprudencia de conceptos

Si partimos de la premisa de la perfección de los conceptos, entonces la función del juzgador sólo es mecánica. No hay lugar para la interpretación, no hay lagunas en la ley, no existen contradicciones, puesto que este es un sistema completo. El juez tiene que aplicar los conceptos jurídicos al igual que sí hiciera una operación matemática o lógica concebida como un tipo de revelación de los conceptos existentes.

El juez no tiene por qué formular nuevas normas, ni cambiar las categorías existentes en la legislación, pero, ya que la legislación fue más allá del simple abordamiento doctrinal, al que fue objeto tras su promulgación, lo responsable sería transitar a una nueva fase que permitiera, adaptarse a las nuevas regulaciones administrativas. Los conceptos son fijados desde el principio, y por ello, no se requiere apelar a decisiones futuras que deba crear el juzgador para aplicar el derecho. Los conceptos son creados, de tal modo, que su aplicación o inaplicación en los casos concretos están fijadas desde el comienzo. “Todo sería conocido de antemano mediante la regulación”⁶⁹. Por tanto, no podemos hablar de arbitrio del juzgador ni de los métodos de interpretación. “La tarea del juez es puramente cognoscitiva. No debe hacer evaluaciones con base en las consecuencias prácticas de su resolución. Debe inferir mecánicamente de las reglas obtenidas mediante la construcción de conceptos”⁷⁰. La aplicación de las normas no es una actividad científica de elaboración o integración del derecho, sino más bien, es la técnica o mecánica aplicada. No obstante, la función de los juristas sí, es estudiar las nuevas normas, o, contrastar las viejas categorías con las nuevas

⁶⁸ Ihering, Rudolf von, cit., p. 254.

⁶⁹ Hart, H. L. A., *El Cielo de los Conceptos de Ihering y la Jurisprudencia Analítica Moderna*, 1994; Casanovas, Papeu y Moreso, J. J. *El Ámbito de lo Jurídico; Lecturas de Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Barcelona, 1994, p. 114.

⁷⁰ Nino, Carlos Santiago, cit., p. 26.

regulaciones, para de esa forma, cuidar una cierta vigencia de la teoría con la enseñanza.

Conclusiones

Los argumentos esgrimidos en esta crítica tienen como base la imposibilidad de crear una norma jurídica, pues esta ya existe en el bloque normativo de las contrataciones públicas, pero si, por supuesto, desconstruir dos ambiguas categorías doctrinales del derecho administrativo, para luego, sobre la base de los anteriores razonamientos, crear una nueva categoría jurídica, a través de los conceptos abstraídos de la realidad. El derecho es un claro producto de la realidad y el jurista no puede alejarse de ella. El Derecho administrativo está en constante cambio, debido a que su objeto de estudio es la conducta de la administración en sociedad, sociedad que en sus perennes relaciones con los administrados, se encuentra en constante evolución. Los escenarios sociales, culturales, económicos existentes, influyen directamente en el derecho, ya sea en su elaboración, integración, aplicación y ejecución.

Al respecto, RECASÉNS SICHES señala: Ningún código, ninguna compilación, ni ninguna ley, de una época o de un pueblo cualquiera, podrán ser suficientemente comprendidos sin el conocimiento de las condiciones sociales efectivas de ese pueblo y de esa época. Sólo por virtud de ese conocimiento podemos explicarnos la existencia de esas normas de derecho y comprender su significado⁷¹.

La lógica no puede sustituir nunca a la realidad, no puede ser fuente del derecho. Pero, los conceptos ordenadores de la ciencia jurídica sólo pueden concebirse como criterios representativos que permiten solucionar conflictos⁷², de otra forma, los conceptos creados sin ese objetivo, no tienen razón de ser.

En la vida académica y profesional, la lógica y el método son de gran importancia, sin embargo, encuentran en la realidad su fundamento, ¿para qué crear normas, categorías lógicas y estructuradas, si no tienen por objeto prever la solución de conflictos que se presentan en la realidad y en práctica judicial? La falsación se equivocó a tal grado que TRUYOL dice: "El pueblo y el derecho caminaban separados; el Estado y el derecho no construían una unidad orgánica, y la ciencia jurídica no contribuía en nada a detener este funesto proceso"⁷³.

⁷¹ Recaséns, Luís, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. FCE. México D.F., 1956, p. 45.

⁷² Mozos, José Luís de los, "Metodología y Ciencia en el Derecho Privado Moderno". En *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1977, p. 136.

⁷³ Wolf, Ernst-Truyol, Adolfo (SA) Rudol von Ihiering, Otto von Gierke. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, p. 83.

Ésta es justamente la crítica que acaba con esta corriente de pensamiento y la que inspira a IHERING a destruirla cuando escribe en el cielo de los conceptos en tono irónico: “la realidad es como el cordón umbilical en los niños: cortándolo, el concepto queda para siempre desligado de la realidad, como el feto, adquiere vida propia, queda abolida la realidad y el concepto existe por sí mismo”⁷⁴. ■

⁷⁴ Ihering, Rudolf von, cit., p. 291.

De vuelta sobre la potestad administrativa de rescisión unilateral del contrato público

Mauricio SUBERO MUJICA*

REDAV, N° 28, 2024, pp. 67-97

Resumen: El artículo propone un método para determinar la forma en que se deben aplicar a cada contrato del Estado las normas y principios de Derecho Público o de Derecho Privado, según corresponda. Empleando esta metodología el artículo analiza cuatro aspectos relacionados con la extinción de los contratos del Estado como consecuencia del incumplimiento del particular contratista, estos aspectos son: (i) la idea de que el poder de rescisión unilateral del contrato del Estado es una sanción por el incumplimiento del contratista; (ii) los problemas relativos al procedimiento aplicable antes de que el ente público contratante dicte el acto de rescisión del contrato; (iii) la interpretación y alcance de las cláusulas resolutorias expresas incorporadas a los contratos públicos y (iv) la naturaleza del acto rescisorio dictado por el ente público contratante.

Palabras clave: Acto administrativo – Cláusulas exorbitantes – Contratos administrativos

Abstract: *The article proposes a method to determine the way in which the rules and principles of Public Law or Private Law should be applied to each State contract, as appropriate. Using this methodology, the article analyzes four specific aspects related to the termination of State contracts as a result of the breach of the individual contractor, these aspects are: (i) the idea that the power of unilateral termination of the State contract is a sanction for the contractor's non-compliance; (ii) the problems related to the applicable procedure before the contracting public entity issues the act of termination of the contract; (iii) the interpretation and scope of the express termination clauses incorporated into public contracts and (iv) the nature of the rescisory act issued by the contracting public entity.*

Keywords: *Administrative act – Administrative contracts – Exorbitant provisions*

Recibido

14-09-2024

Aceptado

30-10-2024

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en 1988. Estudios de Doctorado en Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid. Ha sido Profesor de Pregrado y Posgrado de la Universidad Católica Andrés Bello en el área de Derecho Administrativo, e Instructor en el Centro Internacional de Actualización Profesional de la UCAB (CIAP-UCAB).

Introducción

Durante más de setenta años¹ la jurisprudencia y la doctrina venezolanas han sostenido que en el marco de cierta categoría particular de contratos públicos: los llamados *contratos administrativos*, la Administración pública puede ejercer algunos poderes que le permiten imponer su voluntad sobre la de sus contratistas en asuntos que atañen la ejecución y extinción de dichos contratos. Tal es el caso del poder de la Administración de dar por terminado el contrato de forma anticipada, bien porque se ha producido un incumplimiento del contratista que así lo justifica o bien por cualquier otra razón de interés general, aunque no medie un incumplimiento del contratista a sus obligaciones contractuales.

Así pues, sin lugar a dudas, en Venezuela la identificación de los llamados *contratos administrativos* ha sido siempre el paso previo para declarar la existencia de un régimen jurídico especial aplicable a dichos contratos; régimen jurídico que se concreta en este conjunto de poderes de la Administración contratante. De esta forma la singularidad de los *contratos administrativos* no se hace descansar en temas puramente adjetivos (e.g.: la competencia para conocer de los litigios que se susciten con ocasión a dichos contratos), sino que se trata de un asunto netamente sustantivo, y así se predica hasta hoy día².

Sin embargo, la teoría que concibe a estas potestades públicas como una consecuencia necesaria e ineludible que deriva del hallazgo de un *contrato administrativo* concreto siempre se mostró –en mi opinión– endeble, y sin duda debió desplomarse definitivamente gracias al

¹ Vid.: Mauricio Subero Mujica, “La Noción de Contrato Administrativo y la Jurisprudencia en Venezuela”, en *Derecho Administrativo Iberoamericano* (Caracas: Ediciones Paredes, 2007), T3, 2025 y ss. En la sentencia de fecha 05-12-1944, la Corte Federal y de Casación comenzó a sentar los cimientos de una teoría del contrato administrativo edificada sobre la idea un régimen sustantivo particular aplicable a este tipo de contratos público, y en este sentido señaló, por ejemplo: “En el contrato administrativo de obra pública, como en todos los que interesan a un servicio público, la parte representada por la autoridad administrativa no está obligada inflexiblemente por la regla de derecho privado de la intangibilidad de los contratos; sin necesidad de acuerdo previo con la otra parte, tiene el derecho de introducir modificaciones”.

² En la sentencia N° 225 del 07-12-2023, caso Constructora S.M.G., C.A. contra Petroquímica de Venezuela (PEQUIVEN), la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (en Sala Especial Primera) inicia uno de los fundamentos de su decisión razonando de la siguiente forma: “debe traerse a colación las notas esenciales que caracterizan a los contratos administrativos y sus implicaciones sobre el régimen jurídico aplicable a los mismos”; y más adelante añade: “el contrato que nos ocupa es un contrato administrativo en el sentido tradicional de la expresión”; y seguidamente concluye: “la Administración Pública se encuentra facultada para rescindir unilateralmente los contratos, como parte de las cláusulas exorbitantes aplicables a este tipo de contrataciones”.

Decreto con rango valor y fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (DLCP)³, cuya regulación se suma de forma especial a la previa derogatoria de la regulación “transitoria” de la jurisdicción contencioso administrativa que se encontraba en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976⁴, ahora sustituida por la prevista en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁵. La relevancia de estos cambios legislativos para el tema que nos ocupa radica en que ninguno de los textos legislativos antes mencionados hace ya referencia a los *contratos administrativos*, como tampoco se ha previsto que el ejercicio de ciertas potestades de la Administración contratante dependa de la previa calificación del respectivo contrato como *administrativo*. Por lo tanto, si no estamos ante potestades propias y exclusivas del ámbito de los contratos administrativos, y si además dicha noción no tiene tampoco ningún interés procesal, es de esperarse que el paso siguiente sea cuestionarse sobre el valor de esta noción y de la doctrina que la ha acompañado⁶.

Desde hace ya más de quince años he sostenido⁷ que el respeto a las consecuencias esenciales que dimanarían del principio de legalidad, previsto en el artículo 137 constitucional obliga a cuestionar la doctrina del contrato administrativo en su conjunto y, en mi opinión, debería desembocar en su absoluta desaparición. Sin embargo, no pocos autores, junto con la jurisprudencia de los tribunales que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa, se resisten a reconocer este hecho⁸.

Tal como he dicho, en Venezuela la noción del *contrato administrativo* se ha sostenido con el propósito de afirmar que tales contratos (los *administrativos*) están sometidos a un régimen sustantivo especial de Derecho Público; régimen este que se concreta en ese mencionado conjunto de prerrogativas o, más precisamente, de poderes de la Administración contratante, los cuales han recibido en nuestra jurisprudencia

³ Gaceta Oficial N° 6.154 extraordinario del 19-11-2014.

⁴ Gaceta Oficial N° 1.893 extraordinario del 30-07-1976.

⁵ Gaceta Oficial N° 39.447 del 16-06-2010. Reimpresa por error material en la Gaceta Oficial N° 39.451 del 22-06-2010.

⁶ Mauricio Subero Mujica, “La ineludible decadencia del contrato administrativo en el Derecho venezolano. Comentarios a propósito de la potestad de terminación anticipada del contrato” en *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015) TII, 975-1006.

⁷ Vid.: Mauricio Subero Mujica, “La Noción de Contrato Administrativo...”; así como: Mauricio Subero Mujica, “La ineludible decadencia del contrato administrativo...”; y además: “Críticas a la doctrina del contrato administrativo en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 9 (2016).

⁸ Hasta fechas muy cercanas a la redacción de este trabajo ha insistido la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en defender la pervivencia de la noción de contrato administrativo. Un ejemplo de esto se puede ver en la sentencia N° 422 del 20-06-2024, caso Fundación Fondo Nacional de Transporte Urbano (FONTUR) contra A/A Supply, C.A. y Seguros Pirámide, C.A.

distintas denominaciones tales como cláusulas implícitas⁹ del contrato o cláusulas exorbitantes¹⁰; denominaciones estas que, sin embargo, omiten la verdadera naturaleza de estas prerrogativa, las cuales han debido reconocerse como lo que son: potestades de la Administración contratante.

En mi opinión el aspecto más criticable de esta noción de *contrato administrativo* que se impuso en Venezuela es, precisamente, el que ella ha servido para sostener la existencia de potestades públicas (embozadas bajo algunos eufemismos como el de cláusulas exorbitantes, a pesar de que no pueden tampoco considerarse verdaderas cláusulas, dado que no son el producto de la autonomía de la voluntad de las partes) que no derivan de la legalidad. A ello apunta la mencionada idea de las cláusulas implícitas o cláusulas exorbitantes, lo cual remite a una serie de supuestas “prerrogativas” que la Administración puede ejercer en estos contratos. Prerrogativas que se ejercerían a través de actos dotados de ejecutividad y ejecutoriedad, es decir, de verdaderos actos administrativos, los cuales, sin embargo, sólo pueden emanar de la

⁹ En la sentencia N° 1002 del 05-08-2004, caso DHL Fletes Aéreos y otros, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de justicia señaló: “[e]stas cláusulas no necesariamente tienen que estar señaladas expresamente en el contrato, sino que pueden estar contenidas de manera implícita o virtual, es decir, si bien puede suceder que no estén señaladas y pactadas expresamente en el cuerpo del contrato, no por ello las mismas no existen o no forman parte del mismo, sino que ellas son, por su propia naturaleza, inherentes a todo contrato administrativo”. En sentido similar véanse las sentencia de la misma Sala N° 487 N° del 23-02-2006, caso Cooperativa de Transporte de Pasajeros Comunidad 93; N° 1533 del 28-10-2009, caso Consorcio Cotecica-Inteven; N° 1391 del 26-10-2011, caso Cítricos y Lácteos C.A. (CILACA); N° 967 del 12-08-2015, caso Consultel, C.A. En otros casos la misma Sala ha señalado que dichas cláusulas exorbitantes “pueden” derivar de normas legales expresas y que por ello no necesariamente están contenidas en el contrato. No obstante, estos fallos deben ser vistos con mucho cuidado, dado que no representan la retoma del imperio de la legalidad. Un ejemplo de esto es la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 820 del 31 de la mayo de 2007, dictada en el caso Marshall y Asociados. A pesar de las referencias a la ley como fuente de una verdadera *potestad* ejercida por la Administración, el fallo no logra identificar en ningún momento a la norma o normas legales de las cuales supuestamente deriva esa *potestad* en el caso concreto, por lo que, en definitiva, se trata de una potestad que deriva únicamente de la condición de *contrato administrativo* asignada a la convención que dio origen al litigio (como se dijo en la sentencia sobre el caso DHL Fletes Aéreos y otros, se trataría entonces de cláusulas inherentes a todo contrato administrativo). En la sentencia de la misma Sala N° 126 del 04-02-2010, caso SERDICA, C.A., nuevamente se hace mención a supuestas prerrogativas concedidas por la Ley, aunque nunca se identifica una norma legal concreta que las consagre. En este mismo sentido puede verse también la sentencia de la misma Sala N° 5140 del 21-07-2005, caso Compañía de Limpieza SEMADE, C.A.

¹⁰ En este sentido pueden verse las ya citadas sentencias sobre los casos Constructora S.M.G., C.A. y FONTUR, y además la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 273 del 13-04-2023, caso Constructora JL ANDMER, C.A.

Administración cuando si son el producto del ejercicio de verdaderas potestades públicas, las cuales, a su vez, sólo pueden ser asignadas por la legalidad; razón por la cual las llamadas cláusulas implícitas o exorbitantes, no hacen más que enmascarar poderes que se le pretenden asignar a la Administración y que, con el dudoso apelativo de cláusulas, pretenden escapar del rigor del principio de legalidad.

Esto debió advertirse hace mucho tiempo, dado que la crítica formulada se apoya en el respeto a un principio esencial para el Estado de Derecho¹¹ que, además, ha gozado de un largo reconocimiento constitucional, doctrinal y jurisprudencial. No obstante, con la llegada del DLCP se hizo ya ineludible la necesidad de pasar a una revisión profunda sobre la utilidad, validez y fundamento de la noción de *contrato administrativo* y de las consecuencias que de ella hemos hecho derivar en Venezuela; revisión a la que se ha negado la jurisprudencia y gran parte de la doctrina.

Efectivamente, el DLCP, desde su promulgación en el año 2008 y hasta su última versión del 2014, ha venido a recoger casi todas aquellas potestades que se predicaban de forma implícita, y que ahora tienen, muchas de ellas, reconocimiento expreso en un texto legal. Tal es el caso de la potestad del ente contratante para “rescindir” unilateralmente el contrato cuando medie algún incumplimiento del contratista; potestad prevista, por ejemplo, en el artículo 155 del DLCP vigente. Sin embargo, hay que hacer notar que ahora esta y otras potestades del ente contratante (tales como el poder de dar por terminado el contrato sin que medie incumplimiento por parte del contratista –art. 152–, el poder de modificar unilateralmente el contrato –art. 130– o el poder para controlar y fiscalizar la ejecución del contrato –art.136–) no son ejercidas exclusivamente en el marco de los contratos administrativos.

En efecto, si atendemos a la regulación del DLCP, veremos entonces que se trata de potestades que se pueden ejercer en los contratos de suministros, de servicio y de obra, independientemente del contenido de cada contrato e independientemente también del vínculo del contrato con prestaciones de “servicio público” o de “interés general”, lo cual –supuestamente– era el elemento característico de los *contratos administrativos*¹², negocios jurídicos estos que, a su vez, se entendían como el

¹¹ Al respecto afirmó rotundamente el profesor MOLES CAUBET: “El principio de legalidad –de la legalidad administrativa– puede ser considerado, dicho metafóricamente, la columna vertebral del Derecho Administrativo”. Antonio Moles Caubet, “El Principio de Legalidad y sus Implicaciones” en *Estudios de Derecho Público* (Caracas: UCV-FCJP, Instituto de Derecho Público, 1997), 277.

¹² En la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 273 del 13-04-2023, caso Constructora JL ANDMER, C.A. (entre otras muchas), se reiteró que: “constituyen características esenciales de los contratos administrativos las que siguen: i) que una de las partes en el contrato sea un ente público; ii) que el contrato tenga una finalidad de utilidad pública vinculada a la prestación

territorio o ámbito material en el cual la Administración podía ejercer tales poderes. En definitiva, se trata de potestades de las que ya no se puede sostener que sean privativas de los llamados *contratos administrativos*.

Esta situación, sin duda, pone en tela de juicio a la noción de los *contratos administrativos* (si estos contratos supuestamente se distinguen por el régimen sustantivo que les es aplicable, pero dicho régimen sustantivo ya no es propio ni exclusivo de los contratos administrativos, ¿qué sentido tiene ya seguir hablando de ellos?) y reafirma la crítica fundamental a esta figura, que, como he señalado, radica en el desconocimiento del principio de legalidad, pues la sola previsión de estas potestades en el DLCP constituye el mejor argumento contra la noción de *contrato administrativo* que se impuso en nuestra jurisprudencia administrativa¹³.

Por ello he defendido que lo adecuado en este caso es recoger y aceptar la opinión expresada por el profesor BREWER CARÍAS, quien ha sostenido que hoy día es imposible seguir afirmando que existen contratos del Estado regidos por el Derecho Común, frente a otros contratos del Estado regidos por el Derecho Público. En todo contrato del Estado¹⁴ existirá siempre una *interaplicación* de normas de Derecho Privado y Derecho Público¹⁵, y la normativa aplicable a cada uno será determinada en atención al Derecho positivo, por lo que las divagaciones sobre el objeto del contrato y su vínculo con el servicio público o con actividades de interés general se justifican sólo si esto es relevante para interpretar y

de un servicio público; y iii) la presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dicho contrato consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas en el texto de la convención". Si dejamos de lado lo obvio e inútil de la primera de las características mencionadas, dado que si se trata de identificar a un tipo específico del género de los contratos públicos es obvio que en estos contratos una de las partes ha de ser un ente público, y si, por otra parte, entendemos, como debe ser, que la tercera de estas características no es en realidad un criterio que sirva para identificar a los *contratos administrativos*, ya que constituiría (para los defensores de esta doctrina) la consecuencia que se pretende extraer luego de que se haya podido identificar al supuesto *contrato administrativo* gracias a sus características esenciales, tenemos entonces que lo realmente característico de estos contratos es su supuesta "finalidad de utilidad pública vinculada a la prestación de un servicio público". Mis críticas a estas expresiones y a las consecuencias que de ellas se han pretendido extraer pueden verse en Mauricio Subero Mujica, "La Noción de Contrato Administrativo..." y en Mauricio Subero Mujica, "La ineludible decadencia del contrato administrativo..."

¹³ Vid.: Mauricio Subero Mujica, "La ineludible decadencia del contrato administrativo..."

¹⁴ Y quizá, gracias a la creciente intervención del Estado en la actividad privada, lo correcto sea afirmar que esto se produce en todo contrato.

¹⁵ Vid.: Allan Brewer Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso-Administrativos* (Caracas: EJV, 2006) 218, y Allan Brewer Carías, *Contratos Administrativos* (Caracas: EJV, 1992), 46.

aplicar la norma positiva, lo que no sucede, sin embargo, con las normas del DLCP.

Por todo esto es que disposiciones como el artículo 155 del DLCP han venido a poner sobre la mesa nuevamente el tema de la utilidad y validez de la figura de los *contratos administrativos*. Y a poco que se reflexiones sobre el tema se podrá concluir que lo necesario y lógico es, sencillamente, sostener su inutilidad y recomendar que esta noción, tal como la hemos conocido hasta ahora, sea desechada.

Este breve trabajo representa la puesta al día de algunas de las ideas que ya he expuesto con anterioridad¹⁶. La novedad, obviamente, no yace en los temas tratados, sino que se encuentra, en algunos casos, en el enfoque dado a estos temas en esta oportunidad, y en otros se trata de abundar en ideas que habían sido meramente asomadas anteriormente.

En general he buscado en esta ocasión centrarme no ya en las críticas a la noción del *contrato administrativo* como he hecho en otras oportunidades (lo que diré sobre ese tema ya queda sentado en estas líneas introductorias, no hace falta volver sobre este tema). El eje vertebrador de las ideas que se exponen aquí se encuentra en tres elementos claves, a saber: **(i)** que en toda contratación del Estado es necesario reconocer la mencionada interaplicación de regímenes jurídicos; **(ii)** que esta interaplicación de regímenes parte de distinguir aquellos casos en que el contratante actúa en ejercicio de una potestad pública, de aquellos otros en que el contratante debe actuar de acuerdo con lo pactado en el contrato y según el régimen general de los contratos, y **(iii)** que en los casos en que el contratante actúe en ejercicio de una potestad pública debe tenerse siempre presente que dicha potestad sólo puede derivar de una norma legal expresa y, de otra parte, que el ejercicio de esta potestad se concreta en un acto administrativo que, gracias al privilegio de autotutela de la Administración, es un acto que goza de ejecutoriedad y ejecutividad; y que, además, como todo acto administrativo, no puede quedar excluido del control ejercido por los órganos que integran la jurisdicción contencioso administrativa.

Estas ideas y principios, que parecen (y realmente son) básicos y hasta elementales, en realidad exigen el empleo de mayor rigor jurídico en la celebración, ejecución, interpretación y juzgamiento de los contratos públicos.

Las siguientes reflexiones son una muestra de lo que considero que debe ser el ejercicio de interpretación del régimen jurídico aplicable a la contratación pública, una vez que hayamos podido deslastrarnos de las

¹⁶ Vid.: Mauricio Subero Mujica, "La ineludible decadencia del contrato administrativo...".

prescindibles e inaceptables consecuencias de la doctrina del *contrato administrativo*.

Se trata de un esfuerzo que pretende, de una parte, ajustar las potestades de la Administración a los estrictos cauces que impone el principio de legalidad y los demás principios que rigen la actuación administrativa, y que, de otro lado, admite, sin pudor, la aplicación de las normas y principios que rigen la institución contractual en general, de los cuales no puede ni debe escapar la contratación pública. Estos propósitos, en su conjunto, exigen huir del facilismo, escapar de las soluciones cuasi-mágicas que, a modo de comodines, se esconden bajo ese régimen artificial de las llamadas cláusulas exorbitantes.

Los artículos 145, 152 y 155 del DLCP, por ejemplo, consagran una de las potestades que la doctrina tradicional reservaba a los *contratos administrativos*, pero que ahora resulta ejercitables en cualquier contrato de obra, de suministros o de servicios. Me refiero a la potestad del ente contratante de “rescindir”¹⁷ unilateralmente el contrato público.

A continuación centraremos nuestras reflexiones sobre la potestad del contratante de rescindir el contrato por causas imputables al contratista, y veremos cómo se perfila esta potestad pública no ya a partir de las especulaciones del operador jurídico sobre el contenido de unas etéreas cláusulas exorbitantes, implícitas o inherentes al contrato, sino desde la exigencia de la legalidad y según los principios del Derecho de los contratos.

¹⁷ Tal como se ha hecho notar, el DLCP hace constante alusión a la “rescisión” del contrato incluso por una causa imputable al contratista, causa esta que se traduce, en definitiva, en un incumplimiento contractual. Pues bien, es lo cierto que el DLCP ha debido tener en cuenta que la extinción del contrato debido a un incumplimiento sobrevenido de parte del contratista supone la “resolución” del contrato, no su “rescisión”. La distinción entre ambas figuras la explicó muy bien la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 969 del 23-11-2016, caso Inversora MAWAKA, C.A., en la cual señaló lo siguiente: “De manera que, a criterio de esta Sala, debió considerarse que las partes tienen el derecho de anular o rescindir un contrato por una causal existente en el momento mismo de su celebración, en cambio, el derecho de resolver el contrato se adquiere por circunstancias que nacen con posterioridad a su celebración. En efecto, tanto la rescisión como la resolución son dos modos de extinción de un contrato válido, que no abarcan el mismo concepto, como lo sostiene el fallo de la Sala Político Administrativa, pues se insiste, la rescisión opera por causas existentes al momento de la celebración y la resolución por causas posteriores a la celebración del contrato. (...) Por ende, la resolución del contrato encuentra su fundamento en un hecho sobreviniente a la celebración que incide en la función económica y social que debe cumplir el contrato, siendo una de esas causales precisamente cuando una de las partes falta al cumplimiento de su prestación”. A lo largo de este trabajo, sin embargo, emplearemos el término “rescisión” por ser este el que se utilizó en el DLCP, ya que con ello esperamos no causar confusión en el lector al momento de contrastar nuestras palabras con el texto del DLCP.

I. La rescisión del contrato como sanción al incumplimiento

Se ha interpretado que la rescisión unilateral del contrato (también llamada caducidad cuando se trata de contratos de concesión) es una sanción impuesta por la Administración contratante como consecuencia del incumplimiento de su contratista. Aunque este asunto parece no haber generado mayores polémicas, creo que se trata de un tema que debe ser repensado, pues considero que la responsabilidad por el incumplimiento del contratista no debería someterse a las normas y principios del Derecho Administrativo Sancionador, especialmente en lo que se refiere a la presunción de inocencia y a la carga de la prueba del incumplimiento.

En este sentido la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 309 del 05-06-2019¹⁸, señaló lo siguiente:

Sobre la base de lo expuesto, debe concluirse entonces que el ejercicio de la potestad de rescisión de contratos por parte de la Administración, además de proceder cuando no se han satisfecho los requisitos exigidos para su validez o eficacia, puede ser ejercida para la protección del interés general o colectivo involucrado (invocándose al efecto razones de oportunidad o conveniencia) o por la verificación del incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista; siendo que en este último caso la terminación del contrato se reputaría como una consecuencia de naturaleza sancionatoria y que, por lo tanto, requiere de un contradictorio en sede administrativa en el que se garantice la intervención y defensa del supuesto infractor¹⁹.

De forma similar ha afirmado el profesor RAFAEL BADELL: “La rescisión unilateral o caducidad tiene un carácter sancionatorio, pues supone una inobservancia grave y sistemática de las obligaciones del co-contratante”²⁰.

La asignación de esta naturaleza sancionatoria a la rescisión unilateral del contrato en caso de incumplimiento del contratista parece estar guiada por el afán de proteger los derechos del contratista frente al poder de la Administración, ya que la consecuencia (la única sobre la que se abunda en doctrina y jurisprudencia) que se extrae de este carácter sancionador del poder de la Administración es precisamente, el sometimiento de dicho poder a la necesidad de un procedimiento

¹⁸ Caso: Complejo Siderúrgico del Lago, S.A. (COSILA).

¹⁹ Argumentos similares que asimilan la rescisión a una sanción pueden verse, entre otras, en las sentencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 60 del 06-02-2001 (caso Corporación Digitel. C.A.) y N° 1369 del 04-09-2003 (caso Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía).

²⁰ Rafael Badell Madrid, *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo* (Caracas: SPI, 2001) 136.

administrativo previo, que servirá además de marco para que el contratista ejerza su defensa frente a la supuesta infracción que se le imputa²¹.

Ahora bien, creo que frente a esto debemos hacernos dos preguntas concretas. En primer lugar, debemos interrogarnos sobre si la única manera de realizar una defensa de los derechos del contratista frente al ejercicio de este poder de la Administración pasa necesariamente por sostener el carácter sancionador de la rescisión unilateral. Y en segundo lugar, debemos preguntarnos si, una vez que se admita (si ello es posible) que la rescisión es una verdadera sanción, ¿la única consecuencia que se deriva de esto es el deber de sustanciar un procedimiento administrativo previo?

Respecto a lo primero considero que en estos casos (como en muchos otros) la decisión administrativa debe ser adoptada previa audiencia del interesado, sin que ello implique necesariamente que la decisión está enderezada a la imposición de una sanción. De hecho, el artículo 49 de la Constitución garantiza a toda persona, en todas las actuaciones judiciales y administrativas, el “derecho a ser oída en cualquier clase de proceso”²². Este deber de la Administración de dar audiencia al interesado antes de producir sus decisiones está igualmente consagrado en el segundo párrafo del artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Por ello considero que cualquier decisión de la Administración en esta materia debe estar precedida de la tramitación del respectivo procedimiento administrativo en el que se dé audiencia al interesado. Así lo exige su derecho a ser oído en todos los asuntos en los que ostente un interés legítimo o un derecho subjetivo. Pero esto de ninguna forma tiene que traducirse en la transmutación de la rescisión del contrato en el ejercicio de un poder sancionador por parte de la Administración. El derecho del particular (en este caso del contratista) a ser oído en los asuntos de su interés no es necesariamente equivalente, en todas las situaciones, al derecho a ejercer su defensa frente a la imputación de una falta que implique el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración.

Debo mencionar, sin embargo, el hecho de que en el ámbito del Derecho común no ha faltado también quien sostenga que el fundamento de la acción resolutoria se encuentra, precisamente, en que ésta sería una “mera sanción dispuesta por el ordenamiento como medida

²¹ Señala en este sentido Badell: “antes de declarar la rescisión o caducidad del contrato administrativo es necesario iniciar y tramitar un procedimiento administrativo en el que se recojan los elementos de juicio que van a servir de fundamento a la decisión, se califique la gravedad de la falta del concesionario y, finalmente, en caso de estimarse que se trata de un incumplimiento que amerite la rescisión del contrato, se imponga la sanción correspondiente”. Rafael Badell, *Régimen Jurídico...* 132.

²² Art. 49.3 constitucional.

aflictiva para los intereses de la parte incumplidora, por la violación culpable en que ella habría incurrido, del deber primario que pone a su cargo la norma contractual violada”²³.

Considero necesario hacer una breve referencia esta teoría para salir al paso a una idea que estoy seguro que podrá surgir y en virtud de la cual podría pensarse –como ha sucedido en otros asuntos relativos a la contratación pública– que la naturaleza sancionatoria de la rescisión unilateral del contrato público no es más que una extensión de la naturaleza también sancionatoria de la acción resolutoria propia del Derecho privado. Es decir, podría no faltar quien sostenga que la resolución por incumplimiento es, siempre, una sanción, tal como se ha dicho respecto a la acción resolutoria, la cual, una vez trasladada al ámbito de la contratación pública, conserva su misma naturaleza sancionatoria, aunque en este último caso se manifiesta como una decisión unilateral y ejecutoria del contratante debido a que se produce a través de un acto investido del ropaje que le otorga el privilegio de autotutela a la Administración.

Sin embargo, debemos recordar que esta teoría relativa al fundamento de la acción resolutoria no es más que eso, precisamente, un ejercicio doctrinal, entre otros varios que se han formulado y que pretenden todos ellos brindar un fundamento teórico para una figura (i.e.: la acción resolutoria) cuyas condiciones ya han sido establecidas en la Ley (v.gr.: art. 1.167 del Código Civil). La construcción teórica de este fundamento sobre el cual apoyar la norma legal pretende proporcionar una base principista para la norma positiva, de forma que a partir de los principios esbozados se puedan encontrar soluciones a otros casos no resueltos por la Ley (e.g.: ¿puede o no el deudor ofrecer el cumplimiento después de haber sido demandado?). Sin embargo, esto no supone crear o alterar las condiciones legales bajo las cuales opera la acción resolutoria, pues el contorno de esta figura ya fue elaborado por la Ley. Sin embargo, lo contrario ocurriría al afirmarse que la potestad de rescisión de la Administración contratante entraña el ejercicio de un poder sancionador, lo cual implica necesariamente el configurar completamente esta figura.

Además, tampoco podemos olvidar que lo expresado en el ámbito del Derecho común no es más que la opinión de una parte de la doctrina; opinión que no ha llegado a ser mayoritaria y que no puede ser considerada como el fundamento definitivo de la acción resolutoria, dado que, además tampoco ha estado exenta de importantes y fundadas críticas, tales como que resulta difícil concebir una sanción que tiene como efecto el liberar de una obligación a quien incumple y que, incluso, en algunos casos hasta le podría resultar beneficioso, pues la verdad es

²³ José Mélich Orsini, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2003) 128.

que la sanción no se encuentra en la resolución del contrato, sino en el resarcimiento del daño como típica reacción frente al ilícito civil. Asimismo, es también difícil concebir una sanción que requiere de la voluntad de ambas partes “la una no cumpliendo, y la otra renunciando a demandar el cumplimiento”²⁴. No resulta difícil tampoco comprender que lo que se predica sobre la acción resolutoria (la cual descansa, como es propio de una verdadera acción, en el ejercicio de un derecho por la parte afectada) no puede ser directamente trasladado al ejercicio de una potestad pública, cuyo ejercicio es en realidad, un deber para la Administración.

Por otra parte, en cuanto a la segunda interrogante que nos hemos planteado, debo observar que la sustanciación de un procedimiento administrativo no es la única consecuencia que deriva de asignar a la rescisión unilateral una naturaleza sancionatoria, ello tiene otros efectos colaterales muy importantes sobre los que hace falta reflexionar.

En efecto, afirmar que la rescisión unilateral del contrato es una sanción a su incumplimiento implica trasladar al ejercicio de esta potestad todos los principios y reglas del Derecho Administrativo Sancionador, incluyendo, destacadamente, el principio de presunción de inocencia²⁵. La consecuencia de esta presunción, que debe guiar la imposición de cualquier sanción, es que en el procedimiento el ente sancionador debe aportar plena prueba de la comisión del hecho sancionable. Esto supondría, en nuestro caso, que la Administración tendría la carga de aportar plena prueba del incumplimiento del contratista, sin lo cual no podría imponerse la sedicente sanción de rescisión unilateral del contrato, pues no se habría podido destruir la presunción de inocencia que, aparentemente, protege al contratista incumplidor. Así se razonó, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.369 del 04-09-2003, caso Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía.

Esto supondría entonces que en el ámbito de la contratación pública se habría producido una inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual, lo cual estimo que no es de recibo ni encuentra justificación alguna, especialmente cuando, como se ha visto, los derechos del contratista están plenamente garantizados gracias al alcance de su derecho a ser oído antes de que se adopte la decisión administrativa.

En efecto, debe recordarse que en esta materia, el principio general –plenamente racional y razonable además– es el sentado en el texto del artículo 1.354 del Código Civil, el cual dispone, a la letra, lo siguiente: “Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien

²⁴ José Mélich Orsini, *La Resolución...* 132.

²⁵ Art. 49.2 constitucional.

pretenda que ha sido liberado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”.

El contenido de esta norma se recoge también en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone, a la letra, lo siguiente:

Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.

De acuerdo con ambas normas, el acreedor tiene la carga de demostrar la existencia de la obligación, mientras que corresponde al deudor (v.gr.: el contratista incumplidor) la carga de demostrar el hecho que supuso la extinción de esa misma obligación (v.gr.: el pago, la devolución de la cosa dada en préstamo, etc.)²⁶ si pretende haber quedado liberado de su cumplimiento. Por consiguiente, frente a un eventual incumplimiento del contratista de la Administración, si nos ceñimos a las reglas sobre la responsabilidad contractual, la Administración deberá demostrar la existencia de la obligación (i.e.: la existencia y exigibilidad de la prestación pactada en el contrato), mientras que corresponderá al contratista demostrar el cumplimiento de la obligación o cualquier otro hecho que haya producido su extinción.

Esta regla supone, en mi opinión, la más razonable solución en estos casos, dado que no somete a la Administración al trance de tener que demostrar lo que en muchos casos no es más que un hecho negativo indefinido²⁷. Debo advertir, sin embargo, que aunque en muchos casos el incumplimiento puede implicar un hecho negativo indefinido (exento, por ende, de prueba), no significa que todo incumplimiento deba serlo en todo caso, dado que pueden existir supuestos en los que sí pueda y deba ser demostrado dicho incumplimiento, como sucedería, por ejemplo, si en el contrato se han pactado hitos temporales en los cuales, según el propio contrato, debería haberse cumplido con un concreto porcentaje de avance en el cumplimiento, porcentaje que, además, puede ser objetivamente calculado. En estos casos, si la

²⁶ Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III* (Caracas: UCAB, 2008) T.I. 186.

²⁷ Véase al respecto la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 601 del 11-11-2021 (caso Químicas A.V.E., S.A.), en la que Sala declara expresamente que los hechos negativos indefinidos, es decir, aquellos que no están limitados en el tiempo, no pueden ser probados, y de hecho, en el caso concreto exime al demandante de probar el incumplimiento de la obligación de pagar el precio en una compraventa. En este sentido señaló la Sala: “En el caso objeto de resolución, el recurrente advierte en su libelo de demanda la ausencia de pago del monto convenido para la compraventa realizada, lo que se traduce, de acuerdo a lo explicado en líneas precedentes, en un hecho negativo indefinido que, conforme se ha señalado, está exento de prueba por quien lo alega, esto es, por el demandante formalizante”.

Administración alega que, una vez llegado a determinado hito temporal, el avance es inferior al pactado en el contrato, entonces, en mi opinión debería demostrar este alegato. En este ejemplo, resulta obvio que el hecho alegado, aunque es negativo, no es indefinido, dado que sí está limitado en el tiempo por el cumplimiento del hito temporal establecido en el contrato.

Adoptar las mencionadas reglas sobre la carga de la prueba para el procedimiento administrativo, podría además, contribuir a evitar las complicaciones que hemos observado en la sustanciación de algunos procedimientos en los que la Administración se ve emplazada a cumplir con el impracticable deber de demostrar que el contratista no realizó alguna prestación concreta que constituye su obligación bajo el contrato. Tal como sucedió en el caso decidido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia N° 6.483 del 08-12-2005, caso Beta Ingeniería, C.A., (decisión sobre la cual volveré más adelante), en la que se señaló que:

En todo caso, es pertinente señalar que el incumplimiento imputado a la contratista no requería de un procedimiento administrativo complejo, sino más bien, lo esencial, por la naturaleza del incumplimiento imputado, era constatar con fundamento en las cláusulas contractuales si se había verificado o no la consignación de la fianza.

El error en este caso, por supuesto, radica en suponer que la carga de la Administración en el procedimiento era demostrar el incumplimiento que en este caso sí puede calificarse como un hecho negativo indefinido (falta de consignación de la fianza). Por el contrario, si se hubiese comprendido que la Administración debía demostrar la existencia de la obligación, ello habría ayudado a centrar el asunto en lo que constituyó, posteriormente, el verdadero tema de debate, dado que el contratista en este caso insistió en argumentar –en sede judicial– que la obligación supuestamente incumplida estaba sometida a una condición que aún no se había satisfecho, por lo que en realidad dicha obligación aún no existía o, al menos, no era exigible.

Este tipo de errores (como se explica más adelante) ha llevado a los tribunales a “rizar el rizo”, tratando de encontrar una justificación a la ausencia de verdaderos procedimientos administrativos allí donde parecía no poder exigirse de la Administración una intrincada actividad probatoria encaminada a demostrar que, simplemente, el contratista no cumplió. El problema, como he explicado, no radica entonces en el tipo de procedimiento que es necesario realizar, en función del tipo de incumplimiento que se pretende “demostrar”. Al hacer esto se está poniendo el acento en el elemento equivocado (i.e.: el procedimiento), dado que lo realmente importante es determinar qué hechos tiene la Administración la carga de demostrar.

En este sentido, como he señalado, considero que, en principio, la Administración no tiene la carga de demostrar el incumplimiento. Sin embargo, esto ha abierto la puerta a una complicación adicional, cuando encontramos decisiones judiciales que tienden a morigerar o flexibilizar el deber de la Administración de sustanciar el procedimiento previo, permitiendo incluso que este requisito sea sustituido por meros trámites administrativos que no configuran un verdadero procedimiento, tales como llevar a cabo una verificación o comprobación previa para “sostener” que se ha demostrado el incumplimiento (v.gr.: verificar si se consignó la fianza o no), cuando lo realmente importante es que se satisfaga el deber de dar audiencia al interesado (deber que no depende en absoluto de la naturaleza sancionatoria de la rescisión unilateral).

Esta solución jurisprudencial, sin embargo, entra en franca contradicción con la defensa que al mismo tiempo se hace del carácter sancionatorio de la rescisión unilateral, ya que ¿cómo puede afirmarse que la Administración puede imponer una sanción sin un verdadero trámite procedimental? Toda esta situación se habría podido evitar si se asume claramente que el deber de la Administración es demostrar en el procedimiento la existencia de la obligación y dar audiencia al interesado.

En definitiva, considero que, respetando los cauces legales indispensable para que la Administración, dotada del privilegio de autotutela, pueda emitir un acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, han debido en todo caso preservarse y acatarse las reglas y principios de Derecho que disciplinan la responsabilidad de las partes bajo el contrato.

II. El procedimiento para la rescisión unilateral del contrato

Centrados ahora en el ejercicio de la potestad de rescisión unilateral del contrato, consagrada en el artículo 155 del DLCP para el ámbito de los contratos de suministro, de obra y de servicios, debemos ahora examinar la ya mencionada exigencia de la sustanciación de un procedimiento administrativo previo a la decisión que acuerde la rescisión del contrato.

Al respecto puede observarse que por algún tiempo se produjeron algunas inconsistencias en la jurisprudencia en la materia, las cuales parecen haber ido allanándose.

Por una parte debe hacerse notar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de forma consistente, ha sostenido que la rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración exige la previa sustanciación de un procedimiento administrativo con el fin de hacer efectivo el ejercicio del derecho a la defensa del interesado. Así, en sentencia del 20-06-2000, (Caso Aerolink Internacional, S.A.), la Sala Constitucional señaló que:

...la Administración frente a ese incumplimiento contractual como por ejemplo falta de pago, falta de constitución de las fianzas exigidas, falta de rendición de cuentas etc., tiene la potestad de rescindir unilateralmente el contrato pero respetando los derechos subjetivos o intereses legítimos de los concesionarios, toda vez que el acto por el cual se rescinde la concesión es un acto administrativo que debe estar precedido de un procedimiento que garantice el derecho a la defensa y al debido proceso del concesionario, aun cuando ese procedimiento sea expedito, como lo sería el procedimiento sumario contenido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Esta doctrina fue ratificada por la misma Sala Constitucional, mediante la sentencia N° 884 del 24-04-2003, caso Constructora El Milenio, C.A.

A pesar de lo anterior algunas decisiones de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia –previas a la reforma de la LCP de 2010– no son consistentes con este criterio. Así, por ejemplo, en la sentencia N° 614 del 13-05-2009, caso Aliva Stump, C.A., la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia no estimó necesaria la sustanciación de un procedimiento antes de que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura rescindiera unilateralmente un contrato de obra. En este caso la Sala esgrime un argumento que supone una petición de principio, pues afirma lo siguiente:

Con fundamento en lo señalado, en principio esta Sala no considera vulnerados por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, los derechos a la defensa y al debido proceso de la recurrente, habida cuenta que ese ente tenía la potestad de rescindir unilateralmente el contrato administrativo celebrado, esgrimiendo para ello razones que, de acuerdo a los dispositivos arriba transcritos, justifican tal medida.

En definitiva, de acuerdo con este fallo, el ejercicio de la potestad rescisoria no requiere de la previa sustanciación de un procedimiento administrativo dado que el ente público “tiene la potestad de rescindir unilateralmente el contrato”. Creo que no es necesario abundar sobre el error lógico en que incurre el fallo²⁸.

²⁸ Debo añadir que razonamientos de este tipo, que suelen incurrir en una petición de principio, parecen ser comunes en los litigios relativos a los contratos públicos, dado que la mera comprobación de la existencia de la potestad del contratante para rescindir unilateralmente el contrato (o cualquier otra potestad en esta materia) parece erigirse en argumento suficiente para ratificar la legalidad y validez de la decisión adoptada. Así, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Político-Administrativa (en Sala Especial Primera) N° 225 del 07-12-2023, caso Constructora S.M.G., C.A., se señaló lo siguiente: “advierte la Sala que la reclamación por lucro cesante incoada por la accionante resulta improcedente, toda vez que la rescisión unilateral del contrato es una potestad del ente contratante”. El razonamiento es obviamente errado, lo cual no supone necesariamente que en este caso ha debido concederse la solicitada indemnización por concepto de lucro cesante, dado que es también muy frecuente que este tipo de reclamos resulte improcedente en el marco de la responsabilidad contractual, pero ello se debe esencialmente a que el

Sin embargo, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia reiteró el criterio anteriormente expuesto en la sentencia N° 1.811 del 10-12-2009, caso Tadeo Anzoátegui C.A., donde la prescindencia del procedimiento previo es fundamentada en las necesidades del servicio público. Al respecto argumentó la Sala lo siguiente:

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que en el caso bajo estudio la Administración no se encontraba obligada a iniciar un procedimiento administrativo para rescindir el contrato; máxime cuando su objeto era la prestación del servicio público de aseo en el cual priva el interés general de la comunidad sobre el particular de la contratista, tratándose de una necesidad básica de la población que comporta la protección de derechos humanos fundamentales, tales como: el derecho a la salud, a la vida digna de la sociedad y a la preservación del medio ambiente, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de lo cual las autoridades deben actuar de manera celeré y eficiente para garantizar la debida prestación del servicio.

La posibilidad de dictar un acto de rescisión contractual sin un procedimiento administrativo previo fue reiterada en la sentencia de la misma Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.391 del 26-10-2011, caso Cítricos y Lácteos C.A. (CILACA), en la que nuevamente se señaló: “la Administración no se encontraba obligada a iniciar un procedimiento administrativo para rescindir el contrato sino que resultaba suficiente basar su decisión en hechos concretos y notificar su decisión a los particulares, en virtud del principio de legalidad”²⁹.

A todo evento, la duda sobre la necesidad o no de sustanciar un procedimiento administrativo previo a la rescisión unilateral del contrato parece haber quedado zanjada, en un primer momento, por la reforma de la Ley de Contrataciones Públicas (LCP) de 2010³⁰, en la cual se incorporó la regulación relativa a las medidas preventivas aplicables una vez “[a]bierto el procedimiento administrativo para determinar el

lucro cesante en el ámbito contractual suele resultar en el reclamo de un daño eventual, no indemnizable a tenor de lo establecido en el art. 1.274 del Código Civil (a menos que el daño derive de un incumplimiento por dolo). En este sentido señalan Maduro Luyando y Pittier Sucre: “La condición de certeza del daño excluye a aquellos daños cuya realización dependa de un acontecimiento futuro e incierto, tal ocurre con el daño eventual, aquel que depende de un acontecimiento futuro e incierto, que no se sabe si va o no a ocurrir”. Vid.: Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones...* Tl. 162, tal es el caso, precisamente, de la realización de la utilidad esperada bajo el contrato, la cual constituye la medida del lucro cesante, pero que, al mismo tiempo, no se sabe si va a ocurrir o no, pues ello es parte del riesgo que asume el contratista.

²⁹ El razonamiento es poco claro, pero pareciera que en este caso la Sala entendió que el deber de la Administración se centraba en motivar el acto rescisorio, y que los derechos del contratista quedarían garantizados al reconocérsele el derecho a accionar y, por ende, atacar en fase recursiva, los motivos esgrimidos por la Administración. Evidentemente, esto no satisface el imperativo constitucional de dar audiencia al interesado antes de adoptar la decisión correspondiente.

³⁰ Gaceta Oficial N° 39.503 del 06-09-2010.

incumplimiento por parte del contratista en los contratos de ejecución de obras”³¹; de lo que se deducía que para rescindir el contrato se requiere siempre de un procedimiento administrativo previo.

El DLCP-11-2014, por su parte, apuntaló mucho más esta conclusión, dado que el encabezado del artículo 155 señala expresamente que “[e]l contratante previa sustanciación del respectivo procedimiento administrativo, respetando el debido proceso y garantizando el derecho a la defensa, podrá rescindir unilateralmente el contrato”.

Asimismo, debemos señalar que aún antes de la reforma de la LCP de 2010 parecían ser muchas más las sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que defendieron la necesidad de que el acto rescisorio esté precedido de un procedimiento administrativo. Así lo hizo la Sala en la ya citada sentencia N° 820 del 31-05-2007, caso Marshall y Asociados C.A. y Puerto Mar C.A. Y así lo hizo también, entre otras, en las sentencias N° 60 del 06-02-2001 (caso Corporación DIGITEL C.A.), N° 1.369 del 04-09-2003 (caso Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía), N° 1.137 del 04-05-2006 (caso Constructora Clador, C.A.) y N° 603 del 11-05-2011 (caso Petroleum Contractor, C.A.).

No obstante, aun admitiéndose la necesidad de sustanciar un procedimiento previo a la decisión resolutoria de la Administración, en algunas ocasiones la jurisprudencia ha admitido y justificado un relajamiento de este requisito, ya que en no pocas ocasiones la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha omitido exigir el cumplimiento de un verdadero procedimiento regulado en la Ley, y se ha limitado a comprobar la existencia, a lo sumo, de algunas formalidades administrativas básicas, y en esto, como ya lo he señalado previamente en este mismo trabajo, ha jugado también un papel importante una errada concepción de los principios fundamentales de la responsabilidad contractual.

En este sentido, en la ya citada sentencia N° 6.483 del 08-12-2005, caso Beta Ingeniería, C.A., hemos visto que la Sala consideró, que “el incumplimiento imputado a la contratista no requería de un procedimiento administrativo complejo”. Con lo cual queda evidenciado el error del que parte el razonamiento de la Sala al considerar que la carga de la Administración se concreta en demostrar el incumplimiento de su contratista.

A partir de este error, el razonamiento del fallo se complica cada vez más, ya que la Sala pretende entonces que el procedimiento aplicado se

³¹ Art. 130 de la LCP de 2010. Nótese que la norma reafirmó el error conceptual que hemos puesto de relieve, dado que alude a un procedimiento “para determinar el incumplimiento por parte del contratista”, cuando en verdad este no ha debido ser nunca el objeto del procedimiento.

adapte a la envergadura del incumplimiento que se desea demostrar. Pero la verdad es que el derecho del contratista a ser oído antes de que se tome la decisión administrativa no se puede hacer depender de la complejidad de la demostración de ese incumplimiento, cuestión que además, insisto, no tiene que ser demostrada por la Administración.

Pero, como he señalado en otra ocasión al comentar esta misma sentencia³², esto también plantea dudas insalvables que tienden a multiplicarse. Por ejemplo: ¿dónde está la frontera que permite determinar si debe aplicarse un procedimiento complejo o uno no complejo? Y además, ¿cómo puede la Administración adelantar la complejidad del asunto sin antes haber oído los planteamientos del contratista, lo cual debería ocurrir, precisamente, en el procedimiento administrativo?

Adicionalmente, sobre este fallo he señalado también que lo que la Sala parece calificar como un procedimiento no complejo, no es más que un mera formalidad, un trámite que consiste en verificar si se consignó la fianza o no. Sin embargo, resulta forzado pensar que este mero trámite pueda equipararse a un verdadero procedimiento administrativo, que se erija además en garantía del derecho del contratista a ser oído antes de que se produzca la decisión administrativa.

Asimismo, como es sabido, los procedimientos sólo pueden ser creados por la Ley³³, por lo que o se sustancia un procedimiento legalmente establecido o, sencillamente, se estaría incumpliendo este requisito, dado que la Administración no puede crear o inventar procedimientos para casos particulares.

Similar relajamiento del procedimiento administrativo aplicable puede apreciarse en la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 34 del 25-01-2012, caso Grupo Novoca, C.A.³⁴, en la cual la Sala afirmó:

...resulta evidente que la Dirección de Obras Civiles de la Armada (Organismo a cargo de la supervisión y fiscalización de la ejecución de la obra), notificó en reiteradas oportunidades a los representantes de la empresa que existía un retraso en la ejecución de los trabajos, y que en virtud del mismo se había dado inicio a los trámites legales conducentes para rescindir el contrato de obra.

De esta forma lo que ha debido ser un procedimiento previo, es remplazado por los trámites tendentes a concretar una decisión ya adoptada, pues el contratista es notificado de una vez del "inicio [de] los trámites legales conducentes para rescindir el contrato de obra".

³² Mauricio Subero Mujica, "La ineludible decadencia del contrato administrativo...".

³³ Arts. 156.32 y 187.1 de la Constitución.

³⁴ Y de forma también similar en las sentencias N° 60 del 06-02-2001 (caso Corporación DIGITEL C.A.), N° 1.137 del 04-05-2006 (caso Constructora Clador, C.A.), y N° 603 del 11-05-2011 (caso Petroleum Contractor, C.A.) de la misma Sala.

La única conclusión viable en este caso, como lo he dicho, es sostener que la rescisión unilateral debe estar precedida de un procedimiento administrativo cuya finalidad es dar audiencia al interesado, y en el cual la Administración contratante debe demostrar la existencia y exigibilidad de la obligación, mientras que el contratista tiene la carga de demostrar la extinción de dicha obligación.

III. Los supuestos de rescisión por causas imputables al contratista y las cláusulas resolutorias expresas

El artículo 155 del DLCP prevé la potestad del órgano o ente contratante de rescindir unilateralmente el contrato cuando el contratista incurra en cualquiera de las circunstancias que en esa misma norma se describen.

No obstante, desde la perspectiva de la doctrina tradicional del *contrato administrativo* el listado de causas de rescisión unilateral del contrato no se agota con lo previsto en la norma legal. En efecto, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha admitido que la rescisión unilateral del contrato puede suceder tanto por las causales previstas en el mismo contrato como por aquellas previstas en una norma legal. Así lo señaló en la sentencia N° 820 del 31-05-2007, caso Marshall y Asociados C.A. y Puerto Mar C.A..

Para la Sala es indiferente que la rescisión se fundamente en causales previstas en la Ley o en el contrato, pues de acuerdo con el mencionado fallo, en uno y otro caso las exigencias y consecuencias son las mismas. Así, de acuerdo con la sentencia ya mencionada, en cualquiera de estos supuestos será indispensable la sustanciación de un procedimiento administrativo previo a la decisión de rescisión contractual con el fin de garantizar que el contratista pueda ejercer su “derecho a la defensa” contra las “imputaciones” que se le hacen.

Para la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, por lo tanto, no existe diferencia entre la rescisión acordada como ejecución directa de la Ley, de la rescisión que deriva de la ejecución de una disposición contractual, pues incluso esta última se produciría también a través de un acto administrativo dictado por el ente contratante; acto este que, por supuesto, estaría dotado de las notas de ejecutoriedad y ejecutividad propias de todos los actos administrativos, aunque se trate en este caso de un acto fundado sobre el contenido de cláusulas contractuales; admitiéndose así que la decisión administrativa, cualquiera que sea su fundamento, es ejecutoria y puede, por ende, poner fin al contrato, correspondiéndole al interesado la carga de impugnar el acto de la Administración contratante.

Sin embargo, en mi opinión el ejercicio de toda potestad debe sujetarse a las reglas del principio de legalidad, por lo que debe admitirse

que sí existe una diferencia fundamental entre la rescisión unilateral declarada de conformidad con lo establecido en la Ley (v.gr.: art. 155 del DLCP) y la resolución del contrato que la Administración pretenda por cualquier razón pactada en el contrato y ajena a las normas legales.

Por ello, estimo que fuera del ámbito acotado por el límite de las atribuciones asignadas por la Ley (v.gr.: art. 155 del DLCP o cualquier Ley aplicable a cualquier contrato público), pervive el principio general consagrado en el artículo 1.167 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos su hubiere lugar a ello.

Debe destacarse de esta norma que el incumplimiento contractual no otorga a ninguna de las partes el derecho a emanar una decisión capaz, por sí misma, de extinguir el contrato, sino que tan sólo permite que la parte inocente exija la resolución del contrato al Juez competente, es decir, la norma otorga el derecho a reclamar judicialmente bien la resolución del contrato o bien su cumplimiento, y en ambos casos la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Señala el profesor MÉLICH ORSINI que:

En efecto, nuestro artículo 1.167 C.C. habla claramente de la necesidad de que cualquiera que sea la elección de la parte inocente, el cumplimiento o la resolución, ésta debe "reclamar judicialmente". La resolución es, pues, normalmente obra del juez. Se cumple mediante una sentencia constitutiva³⁵.

Así pues, en ausencia de una sentencia judicial que, con fuerza constitutiva, declare la resolución del contrato, habría que sostener que el contrato entre las partes pervive y tiene plena fuerza vinculante hasta que su terminación sea acordada por el Juez.

Sobre este particular debe recordarse que la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse al analizar el alcance y contenido de un contrato en el que estimó que el contratante (i.e.: PDVSA) no ostentaba ninguna potestad pública. Este pronunciamiento se realizó en sentencia N° 210 del 18-02-1999 (caso: Escort y Anatec contra PDVSA), y la Sala señaló lo siguiente:

Ahora bien, para poder determinar si existió un incumplimiento de la parte demandada, PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A. (PDVSA), al resolver unilateralmente el contrato celebrado con las empresas reclamantes, el cual fuera acompañado al libelo marcado 'C', es necesario precisar si existe o no la

³⁵ José Mélich Orsini, *Doctrina General del Contrato* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana-Marcial Pons, 1997) 745.

posibilidad de la resolución unilateral del contrato en el ordenamiento jurídico venezolano.

Al respecto, la Sala observa que en nuestro ordenamiento jurídico resulta necesario reclamar judicialmente la resolución de los contratos (...).

En consecuencia, dado que no era posible para la parte demandada resolver unilateralmente el contrato que suscribiera con las empresas demandantes y, siendo que la representación de la propia demandada ha reconocido que no ha cumplido con los términos del contrato en cuestión en razón de haberlo resuelto unilateralmente, tal como lo expresa en su escrito de contestación a la demanda, debe considerarse verificado en el presente caso el incumplimiento de la demandada con relación a sus obligaciones contractuales el cual se presume culposo, al no haber sido alegada ninguna causa extraña no imputable por parte de PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A. (PDVSA), de acuerdo a lo previsto en el artículo 1.271 del Código Civil.

De acuerdo con este criterio jurisprudencial, cuando una de las partes pretende verificar la resolución unilateral del contrato con su propia decisión y sin acudir a la autoridad del Juez, dicha "resolución" unilateral (que no tiene en verdad efectos resolutorios sobre el contrato) no genera otra cosa que su propio incumplimiento a los términos del contrato, debido a que las decisiones unilaterales de las partes carecen, en principio, de fuerza ejecutoria. La decisión del ente público contratante tendrá efectos constitutivos y fuerza ejecutoria únicamente cuando se trate del ejercicio de una potestad pública asignada directamente por la Ley.

Así pues, en una primera aproximación al tema habría que sostener que la Administración contratante solo podría declarar unilateralmente la rescisión del contrato, mediante un acto administrativo dotado de ejecutividad y ejecutoriedad, en aquellos supuestos previstos en la Ley, pues es la Ley la que establece con estos supuestos, los límites materiales para el ejercicio de la potestad que otorga. De resto, tal y como sucedió en el caso antes apuntado, la Administración, ante el incumplimiento de su contratista, debería demandar judicialmente la resolución del contrato.

Sin embargo, debemos interrogarnos ahora sobre las consecuencias que podría tener la inclusión en el contrato de una cláusula resolutoria expresa, lo cual es, además, una práctica muy común. Es decir, ¿puede una decisión unilateral de la Administración tener la fuerza para, por sí misma, extinguir el contrato si ello ha sido pactado en el mismo contrato?

En mi opinión, y salvo que llegase a existir en el futuro una regulación contraria aplicable a los contratos públicos (la cual aún no existe), la virtualidad de la cláusula resolutoria expresa debe ser examinada atendiendo a los principios de Derecho Común, dado que no se trata en este caso del ejercicio de una potestad pública sino del alcance y consecuencias de lo convenido por las partes.

Sin embargo, la verdad es que el Derecho Común no ha podido aportar una solución definitiva para estos temas. Pero, en todo caso, sí existe una conclusión clara y evidente: cualquiera que sea la interpretación que se asuma, es obvio que los efectos de la cláusula resolutoria expresa no serán jamás iguales ni equivalentes al ejercicio de una potestad derivada de la legalidad.

En este sentido el profesor MÉLICH ORSINI ha apuntado algo que no solo es frecuente en la contratación privada, sino que también suele darse en la contratación pública, me refiero a aquellos casos en que se incluye en el contrato una cláusula resolutoria expresa que no hace más que reiterar, mediante fórmulas lingüísticas más o menos complejas, el contenido del artículo 1.167 del Código Civil, “se trata entonces –dice MÉLICH– de una ‘cláusula de estilo’, de esas que suelen abundar en muchos contratos típicos, en los que se repite el contenido de ciertas normas con fines de mera corroboración”³⁶.

La cuestión que este tipo de cláusulas de mera corroboración plantea es si sigue siendo en estos casos indispensable la intervención judicial o si, por el contrario, la disposición contractual es suficiente para predicar la resolución de pleno derecho del contrato en caso de incumplimiento.

Explica el mismo autor que:

Con el objeto de auxiliar al intérprete en la solución de esta difícil cuestión interpretativa, el nuevo Código Civil italiano considera, en su art. 1456, que solo hay propiamente un “pacto comisorio expreso” cuando lo estipulado en la cláusula es “que el contrato se resuelva en el caso de que una determinada obligación no se cumpla según las modalidades establecidas”, descartando toda hipótesis en que el supuesto del incumplimiento no se hubiere configurado como un suceso concreto de fácil y material comprobación, que excluya por sí mismo toda intervención de poder de apreciación del Juez. En caso contrario, por lo tanto, sí, verbigracia, se hubiese pactado simplemente que “cualquier incumplimiento o retardo de las obligaciones derivadas del contrato produce la resolución de pleno derecho”, se aduce por la doctrina italiana que el principio inderogable de la ejecución del contrato según las normas de la buena fe, obligaría a la intervención del juez, pues dicho principio no permitiría que cualquier incumplimiento o retardo de ínfima gravedad pudiera producir el efecto de dejar al deudor al arbitrio del acreedor”³⁷.

Sin embargo, el mismo autor advierte que esta no es la posición dominante en Francia, donde se considera que si las partes han estipulado una cláusula resolutoria expresa, aun cuando se trata de aquellas que no hacen más que corroborar o reiterar el contenido de la norma legal, es

³⁶ José Mélich Orsini, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento...* 283.

³⁷ Ídem., 283-284.

porque ellas esperan producir efectos que van más allá de lo establecido en la Ley³⁸.

Así pues, a la luz de lo antes expuesto debemos comenzar por señalar que en el marco de los contratos públicos, si el intérprete considera que una cláusula resolutoria expresa con un contenido meramente reiterativo de lo establecido en el artículo 1.167 del Código Civil no excluye la intervención del Juez, entonces habrá que estar a lo que ya se ha dicho, esto es, que la resolución sólo se producirá en virtud de la sentencia que así lo acuerde, la cual tendrá por ello efectos constitutivos. Por consiguiente, ninguna decisión unilateral de la parte inocente tendría en este caso la fuerza suficiente para extinguir el contrato.

Ahora bien, si, por el contrario, se interpreta que dichas cláusulas ratificatorias de la norma civil permiten la resolución de pleno derecho del contrato, o si, de otra parte, no se trata de una mera cláusula de corroboración, sino que se ha pactado una cláusula resolutoria expresa con un contenido específico, donde la resolución del contrato se hace depender del incumplimiento o retardo en el cumplimiento de una obligación precisa y determinada según las modalidades pactadas (es decir, si no se trata de una mera ratificación del artículo 1.167 del Código Civil), entonces, en estos casos, las consecuencias serán también diferentes a las que derivan del ejercicio de una potestad pública, pues en ambos casos la resolución se produciría como consecuencia de la configuración en la realidad del evento previsto por las partes, y no sería nunca el producto de una decisión unilateral y ejecutoria de una de ellas. Es decir, en estos casos el contrato se extinguiría al consumarse el evento previsto contractualmente y no con la decisión de la parte inocente.

Por supuesto que en estos casos también será posible la intervención del Juez, pero esta vez para declarar si efectivamente ha ocurrido la extinción del contrato en los términos pactados o no, de suerte que la sentencia no tendría en este caso efectos constitutivos, sino declarativos.

IV. Naturaleza del acto rescisorio

Para finalizar me referiré a la doctrina sentada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia N° 1.766 del 12-07-2006 (caso Lirka Ingeniería, C.A.), en la cual se apuntó lo siguiente:

Como se señaló anteriormente, las decisiones que hacen referencia a la naturaleza de los actos rescisorios son contestes al considerar que esta especie de manifestación de voluntad de la Administración no puede desvincularse del contrato administrativo de que se trate.

³⁸ Ídem., 284.

Tal apreciación tiene su fundamento en el intercambio de voluntades entre la Administración y el contratista, lo cual da origen a una serie de prestaciones que comportan poderes y obligaciones en cabeza de cada una de las partes. Así, aunque la rescisión anticipada es una de las facultades o prerrogativas que tienen los entes contratantes en resguardo del interés general –sea que estén o no contenidas expresamente en el contrato–, ésta constituye una estipulación convenida y aceptada por las partes, que puede o no materializarse luego de la suscripción del contrato, es decir, en la fase de su ejecución, de allí que el acto rescisorio sea considerado un acto propio de esta etapa.

En efecto, al ser la potestad rescisoria una facultad propia de la Administración para dar por terminado un vínculo contractual por tratarse de una convención regida por el Derecho Público, el ejercicio de dicha potestad constituye un acto de ejecución del contrato mismo y como tal, no puede ser considerado como un acto aislado del ente contratante, sino que necesariamente debe ser analizado a la luz del contrato, toda vez que allí tiene su origen.

Por otra parte, además de considerar al acto rescisorio como un acto de ejecución del contrato administrativo, la tendencia de la jurisprudencia ha sido negar insistentemente –tal como hemos visto desde 1991– la idoneidad del recurso contencioso administrativo de nulidad para atacar la terminación anticipada de la convención, señalando sobre el particular la existencia de otros medios judiciales específicos para tal fin; sin embargo, en ninguno de los fallos aludidos se especifica cuáles son los medios a los que se hace referencia.

Ahora bien, si se parte de la premisa que las acciones a ejercer en los casos como el de autos, deban ser aquellas donde, necesariamente, se trate la rescisión como una consecuencia del incumplimiento del contrato y no como una decisión aislada de la Administración, lo pertinente sería considerar que el medio adecuado para atacar el acto rescisorio es la demanda por cumplimiento de contrato, toda vez que con la interposición de un recurso de nulidad lo que se pretende, en realidad, es demostrar que no existía mérito para que el ente contratante decidiera dar por terminada la relación contractual según los términos en que fue suscrita la convención y que, por tanto, éste se debió seguir ejecutando.

De esta forma la Sala coloca de nuevo sobre la mesa el tema de los llamados actos separables, es decir, actos administrativos que si bien guardan alguna relación con la conclusión, ejecución o extinción de un contrato público, pueden ser considerados aisladamente del contrato, y como actos administrativos que son, pueden –en virtud de lo establecido en el artículo 259 de la Constitución– ser impugnados por ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al respecto ha comentado el profesor BADELL lo siguiente:

Con esta teoría [de los actos separables], además del control de los actos preparatorios o previos a la relación contractual. Se ha permitido también –en este caso para el contratista– el control de los actos administrativos dictados en ejercicio de las prerrogativas que se acuerdan a la Administración para obtener la ejecución del contrato (v.gr. actos de dirección y control, interpretación del contrato, modificaciones, terminación por razones de

mérito, ilegalidad o incumplimiento, etc.), contra los cuales puede ejercerse el recurso de nulidad por ilegalidad³⁹.

No obstante, en la sentencia comentada la Sala estimó que el acto de rescisión unilateral del contrato no puede ser impugnado mediante la demanda de nulidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa y estimó, como se ha visto, que lo adecuado era incoar una demanda por cumplimiento de contrato.

A pesar de ello, a lo largo de este trabajo hemos visto que los poderes que se le reconocen a la Administración contratante, que, como en el caso de la rescisión unilateral del contrato, derivan de una norma legal expresa (i.e.: art. 155 DLCP), se manifiestan a través de un acto dotado de ejecutoriedad, pues él mismo tiene efectos constitutivos, y puede, por ejemplo, extinguir el contrato sin necesidad de que la Administración lo reclame judicialmente, y además, se trata en este caso de una decisión que se produce luego de la sustanciación de un procedimiento administrativo. La única conclusión posible es entonces que la decisión de la Administración por la cual se rescinde unilateralmente el contrato, en caso de incumplimiento del contratista, es un verdadero acto administrativo.

Ahora bien, si esta decisión está siempre contenida en un acto administrativo, que es, por naturaleza, ejecutorio y está dotado de ejecutividad, entonces resulta imposible negar que dicho acto, gracias a la universalidad del control ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, tal como se deduce del contenido del artículo 259 de la Constitución⁴⁰, no puede escapar del examen de validez que sobre él pueden realizar los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa⁴¹.

³⁹ Rafael Badell Madrid "El Recurso de Nulidad" en *Derecho Contencioso Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Luis Henrique Farías Mata* (Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2006) 15.

⁴⁰ En este sentido apuntó el profesor BADELL lo siguiente: "El impulso que ha tenido el sistema contencioso administrativo en Venezuela y su concepción como verdadero sistema jurídico-subjetivo de protección de los particulares frente a la actuación administrativa, han fortalecido una de las características que hoy en día destaca, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, esto es, su carácter universal, lo cual supone el sometimiento de todos los órganos del Estado que ejercen funciones administrativas al control de los tribunales que conforman dicha jurisdicción, independientemente de la forma como se manifieste esa actuación (hechos, actos u omisiones)": Rafael Badell Madrid "El Recurso de Nulidad"... 9.

⁴¹ La norma constitucional no deja lugar a dudas. De acuerdo con su texto "Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los administrativos generales o individuales contrarios a derecho". Esta norma se encontraba, en términos muy similares, en el artículo 206 de la Constitución de 1961, y bajo la vigencia de este texto constitucional ya la doctrina y jurisprudencia, a partir de su contenido, habían confluído para sentar como principio ineludible la universalidad del control contencioso administrativo. En este sentido, por ejemplo, señaló el profesor BREWER CARÍAS hace ya tiempo lo siguiente: "El artículo 206 [hoy

Por ello, no podemos comprender que en el fallo citado se afirme que “la tendencia de la jurisprudencia ha sido negar insistentemente (...) la idoneidad del recurso contencioso administrativo de nulidad para atacar la terminación anticipada de la convención”. Lo cual no sólo es históricamente incorrecto (sobre lo cual volveré más adelante), sino que, en todo caso, resultaría francamente contrario a la disposición contenida en el artículo 259 de la Constitución, pues sería tanto como admitir la existencia de ciertos actos administrativos excluidos del control contencioso administrativo.

Ahora bien, la Sala observó en este caso que la supuesta inadecuación del medio procesal elegido por la actora no es un motivo que le permita declarar la inadmisibilidad de la demanda (tal y como se preveía en el numeral 3 del artículo 124 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), así que concluye que:

...quedará a criterio de la sociedad mercantil recurrente si continúa sosteniendo la solicitud de declaratoria de nulidad o si, por el contrario, ejerce el señalado medio judicial para demostrar que no incurrió en el supuesto incumplimiento que sirvió de base para dictar el acto administrativo recurrido y, asimismo, satisfacer todas sus pretensión.

Pues bien, es el caso que la parte actora optó por continuar sosteniendo su pretensión de nulidad en contra del acto rescisorio; pretensión esta que fue analizada por la Sala en los términos de cualquier otra demanda de nulidad incoada en contra de un acto administrativo, tal como se evidencia de la sentencia definitiva N° 1.263 del 09-12-2010, frente a lo cual cabe preguntarse: si el acto rescisorio es un acto de ejecución contractual—como lo afirmó en la sentencia-07-2006— ¿es posible entonces examinar la demanda que contra él se deduce a partir de las condiciones de validez de los actos administrativos, teniendo en cuenta que todo acto administrativo es, ante todo, un acto de ejecución de la Ley?

La decisión del año 2006 sentó un precedente que tuvo mucho eco en la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. La doctrina sentada en el fallo del 2006 se repitió en muchas sentencias de la misma Sala, entre ellas, por ejemplo, las siguientes: N° 614 del 13-05-2009 (caso Aliva Stump, C.A.), 1010 del 08-07-2009 (caso Corporación Maite, S.R.L.), 1073 del 15-07-2009 (caso Consorcio Prosigma El Marques "PROMARQUES" S.A.), 1217 del 12-08-2009 (caso

artículo 259] de la Constitución establece que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos contrarios a derecho, por lo que no cabe ningún tipo de distingo respecto de los actos administrativos para pretender que algunos de ellos no están sometidos a control. No existen, por tanto, en nuestro sistema contencioso-administrativo, actos que puedan estar excluidos de control”. Allan Brewer Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo en Venezuela* (Caracas: EJV, 1993) 21-22.

Corporación Siulan, C.A.), 422 del 19-05-2010 (caso Colegio de Contadores del Estado Zulia), 50 del 19-01-2011 (caso Dyanca, C.A.), 603 del 11-05-2011 (caso Petroleum Contractor, C.A.) y 34 del 25-01-2012 (caso Grupo Novoca, C.A.).

El año 2013, por su parte, nos trajo alguna sorpresa en esta materia. En ese año la Sala Político Administrativo produjo algunos fallos contradictorios que vinieron a dificultar aún más la interpretación de la doctrina sentada en esta materia. Así, en las sentencias N° 339 del 2 abril de 2013 (caso Documentos Mercantiles, S.A. -DOMESA-), N° 799 del 19 julio de 2013 (caso Schlumberger Venezuela, S.A.) y N° 488 del 23-05-2013 (caso Clinisanitas Venezuela, S.A.), la Sala aludió al fallo sobre el caso Lirka Ingeniería, C.A. del 09-12-2010, es decir el fallo que decidió sobre el fondo de la controversia, y lo hizo precisamente con la finalidad de explicar y precisar en qué consiste un determinado vicio de los actos administrativos, lo cual puede interpretarse como una ratificación de que el acto rescisorio es un verdadero acto administrativo que, por ende, no debería escapar a la universalidad del control ejercido por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, ese año, la misma Sala, en la sentencia N° 1.434 del 17-12-2013 (caso Inversiones Camejo, C.A.), volvió a ratificar el fallo recaído en el caso de Lirka Ingeniería, C.A. de julio del 2006, reiterando en este caso que –a decir de la Sala– la vía idónea para desvirtuar el supuesto incumplimiento del contratista es la interposición de una demanda por cumplimiento de contrato, con lo cual parece retomarse la tesis que niega que el acto rescisorio sea un acto administrativo.

Luego del 2013 la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia parece no haber tenido más oportunidades en las cuales ratificar la doctrina sentada en el caso Lirka Ingeniería, C.A. del año 2006 al menos en lo que atañe a la naturaleza del acto de rescisión del contrato⁴², aunque esta doctrina tampoco ha sido expresamente negada ni modificada. Es también cierto que desde aquel año la actividad contractual de la Administración parece haber disminuido significativamente, como ha disminuido también la cantidad de litigios relativos a contratos del Estado que se dirimen en la jurisdicción contencioso administrativa⁴³; las hipótesis que puedan presentarse para explicar estos fenómenos tendrán que ser objeto de otro estudio.

⁴² En las sentencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 225 del 07-12-2023 (Sala Especial Primera. Caso: Constructora S. M. G., C.A.) y N° 273 del 13-03-2023 (Caso: Constructora JL ANDMER, C.A.), se hizo referencia nuevamente a la sentencia de 2006 sobre el caso Lirka Ingeniería, C.A., pero tan sólo a los fines de ratificar las características que la Sala considera como definidoras de lo que –para la Sala– es un *contrato administrativo*.

⁴³ En 2016 se dictó Decreto N° 2.198 de fecha 26-01-2016, mediante el cual se crea el Sistema Centralizado y Estandarizado de Compras Públicas para los órganos y

Ahora bien, sobre el fundamento del comentado fallo-07-2006 debo indicar que me resulta incomprensible que se pueda afirmar que “la tendencia de la jurisprudencia ha sido negar insistentemente –tal como hemos visto desde 1991– la idoneidad del recurso contencioso administrativo de nulidad para atacar la terminación anticipada de la convención”. Lo cual no es exacto, dado que sí existen muy reconocidas sentencias que admiten esta posibilidad⁴⁴, como la dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 1-04-1991 (caso Expresos Ayacucho, S.A.).

En la sentencia del 2006, dictada en el caso Lirka Ingeniería, C.A., la Sala comienza su razonamiento a partir de una premisa que no se compeadece con la realidad que la antecedía, y afirma que “las decisiones que hacen referencia a la naturaleza de los actos rescisorios son contestes al considerar que esta especie de manifestación de voluntad de la Administración no puede desvincularse del contrato administrativo de que se trate”.

Lo cierto es que las decisiones anteriores no son contestes en sostener esto. De hecho, uno de las primeras sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en analizar esta materia, la sentencia del 26-06-1990 dictada en el caso Karl Wulff, hace una referencia expresa a la teoría de los actos separables con el fin, precisamente, de identificar a cierta categoría de actos dictados por la Administración Pública que si bien están relacionados con un contrato público, pueden, sin embargo, ser impugnados de forma aislada, sin que ello implique la impugnación del contrato ni la deducción de una pretensión fundada en el contrato mismo.

Hay que destacar, además, la decisión del caso Lirka Ingeniería, C.A. del 2006 se apoyó, de forma destacada y significativa, en la sentencia N°

entes de la Administración Pública Nacional, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.836 de fecha 26-01-2016, y en el año 2018 se dictó el Decreto N° 17 “En el marco del Estado de Excepción y de Emergencia Económica, mediante el cual se establece un Régimen Especial para la Adquisición de Bienes y Servicios Esenciales para la Protección del Pueblo Venezolano, por parte de los Órganos y Entes del Sector Público”, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.362 de fecha 16-03-2018, por medio de lo cual se dispuso la aplicación del procedimiento de consulta de precios para la selección del contratista del Estado, independientemente del monto de la contratación, en las categorías de contratos que allí se indican. Algunas normas de ambos instrumentos podrían interpretarse como muestras de un esfuerzo por incentivar y aumentar la contratación del Estado, facilitando la participación del sector privado como contratista. Sin embargo, como he indicado, las hipótesis que tiendan a explicar el objetivo de estas y otras normas, así como la actividad judicial en la materia, merecen un estudio aparte.

⁴⁴ Como se admitió también, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 06-08-1998, caso Consorcio Aeropuerto del Zulia, C.A.

633 del 30-04-2003 (caso Hipermercado Amigo, C.A.). No obstante, la doctrina sentada en el caso Hipermercado Amigo, C.A. no puede respaldar la conclusión a la que se llegó en el caso de Lirka Ingeniería, C.A.

En el fallo sobre el caso Hipermercado Amigo, C.A. la Sala comenzó por admitir y respaldar la existencia de los llamados actos separables; es decir, ante todo se reconoce que existen verdaderos actos administrativos impugnables aisladamente a través de una demanda de nulidad, aunque están ligados o en conexión con un contrato público. Al respecto señaló la Sala lo siguiente:

Es así, como efectivamente la jurisprudencia ha admitido la teoría de los actos separables según la cual y en palabras del maestro André De Laubadere, las decisiones administrativas unilaterales que puedan ser aisladas de la conclusión misma del contrato en el conjunto del procedimiento contractual son susceptibles de ser atacadas directamente.

Inmediatamente, y sin desconocer la existencia de los propios actos separables, añade la sentencia:

Sin embargo, es importante clarificar que cuando la Administración hace uso de facultades contractuales (como la de extinguir el contrato anticipadamente), dicha actuación se traduce en un acto de ejecución del contrato mismo, de manera que en contra de esa decisión que pudiera lesionar los derechos del co-contratante, la vía de impugnación no es la de atacar por nulidad dicho acto, sino la de definir si realmente la rescisión planteada es procedente, de acuerdo con el vínculo contractual, por lo que ante tal supuesto, no existe la disociación necesaria del acto con respecto al contrato que permita su impugnación separadamente de éste.

Este último párrafo posteriormente se erige como el sustento de la decisión del caso Lirka Ingeniería, C.A. Sin embargo, como he dicho, se trata de un texto que debe ser interpretado en el contexto adecuado en el que se produjo, ya que previamente (en el párrafo inmediatamente anterior) se admite, como se ha visto, que existen actos administrativos, separables del contrato, que “son susceptibles de ser atacad(o)s directamente”.

Por consiguiente, cuando la sentencia citada alude a actuaciones que se traducen en “un acto de ejecución del contrato mismo”, no se refiere a todas las decisiones administrativas que tiene como fin extinguir el contrato. Evidentemente se refiere este texto, tal y como se lee al inicio del párrafo, a aquellos casos en que “la Administración hace uso de facultades contractuales”; es decir, aquí se ha querido establecer una clara distinción entre los casos en que la Administración actúa investida de una potestad pública y, por ende, dicta un acto administrativo (i.e.: acto separable susceptible de ser atacado directamente), de aquellos otros casos en que la Administración hace uso de facultades contractuales; en este último caso, y sólo en este caso, la actuación de la Administración se traduce en “un acto de ejecución del contrato mismo”. Pero, insisto, del texto de la sentencia dictada en el caso Hipermercado Amigo,

C.A. no se puede deducir que *todo* acto de rescisión unilateral del contrato público sea, *per se*, un acto de ejecución del contrato.

Visto de esta forma y con el contexto adecuado, es evidente que el fallo sobre el caso Hipermercado Amigo, C.A. no puede erigirse en fundamento de la idea de que todos los actos de rescisión unilateral de un contrato público son, siempre, actos contractuales. Sin embargo, esto es lo que se deriva de la sentencia del caso Lirka Ingeniería, C.A., al señalar que:

...al ser la potestad rescisoria una facultad propia de la Administración para dar por terminado un vínculo contractual por tratarse de una convención regida por el Derecho Público, el ejercicio de dicha potestad constituye un acto de ejecución del contrato mismo⁴⁵.

Esta afirmación, sin embargo, se enfrenta al ya consolidado deber de la Administración de sustanciar un procedimiento administrativo antes de rescindir unilateralmente el contrato, pues esto conduciría a la absurda conclusión de que en estos casos estamos frente a un procedimiento administrativo aplicado como cauce para una actuación contractual y no para el desarrollo de la actividad administrativa ni para la producción de un acto administrativo.

En definitiva, si se deja de lado la absurda idea de que existen contratos regidos absolutamente por el Derecho Público, y se acepta, por otra parte, la normal interaplicación de regímenes jurídicos, se podrá comprender que, allí donde se ejerza una potestad otorgada por la Ley, que, como en el caso de la rescisión unilateral del contrato, exige, además, la sustanciación de un previo procedimiento administrativo, se entenderá entonces que los actos dictados en ejercicio de esas potestades y que derivan de esos procedimientos, son, sin duda, actos administrativos que no pueden escapar del control que sobre ellos ejerce la jurisdicción contencioso administrativa, tal y como lo establece el artículo 259 de la Constitución. Por el contrario, en todos los demás casos en que se ejecuten o se actúe de conformidad con estipulaciones contractuales, deberá estarse a lo que dispone el propio contrato y las normas y principios del Derecho Común. ■

⁴⁵ Resulta francamente incomprensible la parte final de esta oración: “el ejercicio de dicha potestad constituye un acto de ejecución del contrato mismo”. ¿Cómo puede ser que la ejecución de una potestad –que sólo puede derivar de la Ley de acuerdo con el 137 constitucional– sea un acto de ejecución del contrato?

Alteraciones a la Ley de Contrataciones Públicas por la ley constitucional del 11 de enero y por el decreto ejecutivo n° 3.324 de marzo de 2018

César ESTEVES ALVARADO*

REDAV, N° 28, 2024, pp. 99-126

Resumen: Este estudio trata sobre la intervención de la extinta Asamblea Nacional Constituyente a través de una ley constitucional de 09-01-2018, dictada a los efectos de introducir modificaciones a la Ley de Contrataciones Públicas, en contradicción a las funciones propias otorgadas al Poder Legislativo Nacional por la Constitución de 1999; estableciendo un código de conducta y otras directrices destinadas a la Administración Pública para su aplicabilidad a los procedimientos de selección de contratista para la contratación de obras, bienes y servicios. Paralelamente y, dentro del marco de la emergencia económica de 2016-2018, trata esta monografía, sobre el contenido y la finalidad del decreto N° 3.324 de fecha 16-03-2018, que bajo amparo del decreto de estado de excepción por emergencia económica del año 2016, establece un régimen especial para la contratación de obras, bienes y servicios en abierta oposición a la Ley de Contrataciones Públicas.

Palabras clave: Asamblea nacional constituyente – Estados de excepción – Ley de contratación pública

Abstract: *This study deals with the intervention of the former National Constituent Assembly through a constitutional statute dated January 9, 2018, issued to introduce modifications to the Public Procurement Law in contradiction to the functions granted to the National Legislative Power by the Constitution of 1999; to establish a code of conduct for the public administration organization applicable to contractor selection procedures for the contracting of works, goods, and services. At the same time, and as part of the 2016-2018 economic emergency, this paper deals with the content and purpose of Decree No. 3324 of March 16, 2018, based on the 2016 decree of state of emergency due to economic emergency. That Decree establishes a special regime for contracting works, goods, and services in opposition to the current Public Procurement Law.*

Keywords: National constituent assembly – States of emergency – Public procurement law

Recibido

23-08-2024

Aceptado

02-10-2024

* Universidad Central de Venezuela, Abogado. Eastern Michigan University (Universidad de Michigan Este), MA (Master of Arts) Maestría en Artes en Idiomas y Comercio Internacional. Universidad Católica Andrés Bello e Instituto de Gerencia del Zulia, profesor de postgrado. Miembro del Colegio de Abogados del Distrito Federal; de la American Bar Association, International Associated (Colegio de Abogados Americano. Asociado Internacional) y del Colegio de Internacionalistas de Venezuela.

Introducción

En el mes de enero del año 2018 la extinta Asamblea Nacional Constituyente oficialista dictó un dispositivo que designaron como “Ley Constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes, servicios y obras públicas”, que en lo adelante será referida indistintamente como el “Instrumento” o ley constitucional, como se lee del texto incorporado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela¹ (en lo adelante referida como Gaceta Oficial o indistintamente como GO).

Dicha Ley *sui generis* no fue sancionada por la Asamblea Nacional Legislativa Federal elegida dentro del marco de la legalidad y de la legitimidad por el pueblo venezolano, en pleno ejercicio y en ejecución directa e inmediata del mandato constitucional que determina entre otros, en el N° 1 del Artículo 187 la competencia del Poder Legislativo Nacional para legislar las materias de su competencia.

A nuestro juicio y evitando entrar en consideraciones y en discusiones sobre la legalidad y la legitimidad –cuestionada– tanto de ese intento de “Instrumento”, como de esa Asamblea Constituyente, se presenta éste con la forma o aspecto de un manual de instrucciones distinto a lo que ordinaria o extraordinariamente proyecta y contiene una ley.

Lo que evidencia ese “Instrumento”, es su finalidad, que no es otra que pretender desarticular a la Ley de Contrataciones Públicas que ha estado vigente desde el año 2014², incurriendo así a nuestro entender, en la práctica de una burocracia desordenada y permisible, de populismo facilista y de la posible afectación del patrimonio público, al relajar el exigente procedimiento de selección de contratistas dándole cabida en cualquier contratación, independientemente de su complejidad, a personas naturales y jurídicas sin calificación ni clasificación idónea o lo que es lo mismo, no aptas integralmente para ser contratistas del Estado. Pretende asimismo esa ley constitucional con la propuesta de su contenido, estimular la inversión y participación de factores nacionales y foráneos en los procesos de contratación de las compras públicas.

En paralelo, el Ejecutivo Nacional dictó un Decreto signado con el N° 3.324 de fecha 16-03-2018³, que bajo el influjo en la precitada ley constitucional dictó a su vez el Decreto N° 17 para establecer según su título parafraseado, un régimen especial para la adquisición de bienes y

¹ Gaceta Oficial N° 41.318 de fecha 11-01-2018.

² Vid, Decreto N° 1.399, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas; en Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario de fecha 19-11-2014.

³ Vid, en Gaceta Oficial N° 41.362 de fecha 16-03-2018.

prestación de servicios con exclusión de la ejecución o construcción de obras, que posteriormente fue incorporada en los artículos 1 y siguientes de esa normativa sub legal. Se impone entonces, precisar los efectos que genera tanto ese “Instrumento”, como el aludido decreto ejecutivo con pretensión reglamentaria, –al menos pareciera esa la intención– sobre la preexistente Ley de Contrataciones Públicas.

Ahora bien, a pesar de que la aludida Asamblea Constituyente se extinguió, dejó el producto de su actuación, que comprende entre otros, la mencionada ley constitucional y su conexión con el *supra* referido decreto ejecutivo que será objeto de los comentarios, partiendo *ab-initio* con los relativos a la incompetencia de esa Asamblea, para dictar cuerpos de normas erróneamente calificadas como leyes.

Se iniciará este análisis ubicando en esa ley constitucional, sus desaciertos, ambigüedades y pretendidos efectos sobre la Ley de Contrataciones Públicas vigente, en lo adelante también referida con el acrónimo LCP.

I. Desaciertos y ambigüedades de la ley constitucional del 11-01-2018 (el Instrumento) sobre aspectos de la contratación de la administración pública

1. Artículos 1° y 2° del “Instrumento”

En primer término, se debe comentar sobre el contenido de los Artículos 1 y 2 del “Instrumento” en los términos que siguen:

El Artículo 1, califica su contenido como un código de conducta que deberá orientar la actuación de la Administración Pública y en tal sentido, repite lo ya escrito en la propia Constitución de 1999 –C99– y en varias leyes administrativas como aparece del Artículo 2 de la Ley de Contrataciones Públicas, en conexión con los principios que deberán regir, ser observados y promovidos en el ejercicio de la función pública por la Administración; principios esos referidos, entre otras, en la Ley Orgánica de la Administración Pública, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; con lo cual el aludido “Instrumento” nada añade o nada aporta a lo ya conocido y puesto en práctica por décadas en el actuar de la Administración.

En segundo término, el Artículo 2 *eiusdem*, otorga a las normas del “Instrumento” la condición de “preferentes”⁴ en su aplicación por parte de la Administración Pública. A nuestro juicio, no se trata de normas únicas ya que admite con ese adjetivo y en plural, la presencia y aplicación

⁴ RAE: 1. adj. Que tiene preferencia o superioridad sobre algo. Primacía, ventaja o mayoría.

de otras leyes contrapuestas; a nuestro entender, tales normas del “Instrumento” se aplicarán por encima de las demás categorías de leyes previstas en la Constitución de 1999, aun cuando su contenido pudiera llegar a ser contrario o lesivo a los intereses públicos o violatorio de leyes vigentes.

Al no activarse o no permitirse por razones políticas, ni la discrecionalidad del funcionario o empleado actuando en función pública ni el control difuso (Art. 334 C.99 y el Art. 20 del Código de Procedimiento Civil) por parte de los jueces de la República, para evaluar y determinar la conveniencia, la inconveniencia o la incompatibilidad de esas “leyes constitucionales” versus las auténticas leyes vigentes, presumimos ante este vacío o desconcierto, estar en presencia de una “reforma parcial de facto y sobreentendida” de normas o disposiciones de la LCP vigente, que según el criterio oficialista explicado en el “Instrumento”, contradicen o pudieran contradecir el contenido de esa ley constitucional.

Esta ley tal como se presenta “reforma parcialmente” un grupo de normas de la LCP, que son sustituidas por las disposiciones preferentes, que siendo las mismas por su título o denominación, sin embargo, cambian o alteran el contenido de aquellas; el resto de las normas de la LCP no afectadas por esa reforma de facto, mantienen incólume su vigencia y aplicación.

2. Habilitación y exclusión para contratar con la Administración Pública

A título de ejemplo, basta con revisar la “habilitación para contratar”, resultado del proceso dirigido a establecer las condiciones o requisitos a ser exigidos a un interesado para ser contratista del Estado, léase, a las personas naturales y jurídicas privadas nacionales o extranjeras que aspiren participar en las contrataciones públicas como lo afirma el Artículo 3 de la LCP.

Grosso modo, el “Instrumento” en la disposición transitoria primera prescribe, que sólo se admitirá para su habilitación, las solicitudes de inscripción presentadas por “personas jurídicas domiciliadas en el país” siguiendo el procedimiento descrito en los artículos 8 al 10; valga decir, a partir de la publicación de esa ley constitucional en la Gaceta Oficial.

De esta lectura se deduce además, que según ese “Instrumento” quedarán “excluidas de la habilitación registral, las personas naturales no domiciliadas”; y aquellas “personas jurídicas no creadas o no constituidas en el país o no inscritas en el Registro correspondiente antes del año 2017” valga decir, aplicaría ya no una habilitación sino la “inhabilitación *de facto* e incluso retroactiva (efecto *ex tunc*) de esas personas jurídicas no domiciliadas y activas antes de esa fecha” que, según la Ley de Contrataciones Públicas gozaban antes de la entrada en vigencia de esa

ley constitucional, del registro y certificación emanada del Registro Nacional de Contratistas –RNC– al margen de su condición antes aludida.

En síntesis, “solo las personas jurídicas extranjeras constituidas o domiciliadas y por ende, registradas en el país como sociedades civiles o mercantiles antes del 2017”, serán las beneficiadas con la habilitación registral para participar en las contrataciones de la Administración Pública a partir de la vigencia de ese “Instrumento”.

3. Aplicación preferente del Instrumento y del sistema integrado de contratación del Estado. Inaplicación del Derecho

Sobre esa aplicación preferente ordenada por el “Instrumento” y las implicaciones o la agenda oculta que encierra la misma, el profesor BREWER-CARÍAS al analizar la ley constitucional antibloqueo⁵ que repite ese lenguaje, es de la siguiente opinión;

En la Ley Constitucional, si bien no se previó expresamente en su texto que la misma prevalecía in toto por sobre la Constitución (lo que sin embargo proponía el Proyecto de Ley presentado por N. Maduro), con su contenido puede lograrse un efecto aproximado, al declararse su articulado como de “aplicación preferente” sobre todas las leyes, “de orden público y de interés general” y de aplicación obligatoria por todos los niveles territoriales de gobierno, y por todas las personas (art. 2 L. Antibloqueo). Esa ruptura del ordenamiento jurídico, se observa concretamente en las siguientes previsiones: Primero, en la concepción de la “Ley Constitucional” como un marco normativo de un rango supra-legal, es decir, superior a todas las leyes orgánicas y leyes ordinarias de la República, respecto de las cuales la “Ley Constitucional” se declara como de aplicación preferente (Disposición Transitoria primera), lo que equivale a decir, lo que se expresaba en el Proyecto que le dio origen, que quedaban “suspensas las normas que colidan con lo dispuesto” en la misma (Disposición Transitoria segunda del Proyecto de Ley presentado por N. Maduro). Con la Ley aprobada, en todo caso, se logra un propósito algo parecido, al establecerse que sus disposiciones prevalecen sobre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias⁶ (Paréntesis del autor).

En cuanto a esa “inaplicación” de disposiciones legales, “inaplicación que implica la facultad habilitante del Ejecutivo” (como alerta el profesor BREWER, caracterizaba aquella como un régimen de excepción con vocación de permanencia), derivada del contenido de una ley constitucional con carácter y efectos supraconstitucionales y valga la repetición, sobre la Constitución del 1999; en particular violatoria del aparte IN FINE del Artículo 203, BREWER-CARÍAS comenta lo siguiente:

⁵ Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.583 de fecha 12-10-2020.

⁶ Brewer-Carías, Allan R. El último golpe al estado de derecho: Una “Ley Constitucional” “antibloqueo” para rematar y repartir los despojos de la economía estatizada, en un marco de secretismo y de inseguridad jurídica. Págs. 3-4. <http://allanbrewer-carrias.com/wp-content/uploads/2020/10/2131.-BREWER.-ULTIMO-GOLPE-AL-ESTADO-DE-DERECHO.-LEY-ANTIBLOQUEO.-18OCT-2020..pdf>.

Con la “Ley Constitucional” en cambio, la vía por la cual optó la Asamblea Nacional Constituyente, a petición del Ejecutivo Nacional, para ejecutar ese “cambio” de política económica para buscar obtener “nuevos ingresos,” fue la de establecer un marco “normativo,” para regular una situación de “inaplicación del derecho”, es decir, de todas las leyes orgánicas y ordinarias y los reglamentos que se considere necesario, y en tal sentido, para que pueda tomar todas las medidas que se estime necesarias, sin límites, a medida que el Ejecutivo Nacional lo juzgue conveniente. En esta forma, se ha inventado un nuevo término (“inaplicación”) en el campo de los principios de la vigencia temporal de la ley, y que comporta una delegación legislativa ilimitada al propio Ejecutivo Nacional el cual queda habilitado para llenar el “vacío” normativo que resulte de la “inaplicación” de normas. Agregándole a ello, como ya hemos expresado, la expresa disposición en la “Ley Constitucional” que todo ese régimen de prevalencia de sus disposiciones sobre todas las leyes orgánicas y ordinarias, y de la inaplicación de leyes y reglamentos en casos específicos, con la consecuente delegación del Ejecutivo de la potestad legislativa, se hará en el marco expreso de una ausencia total de transparencia, es decir, en un marco de secreto y confidencialidad, al declararse ahora que la política económica es una materia concerniente a la seguridad de la Nación (arts. 37, 42) (entre paréntesis del autor)⁷.

Sobre lo antes expuesto, se ahondará en la oportunidad de comentar sobre la disposición transitorias primera del Instrumento que afecta a la LCP.

4. Régimen especial de exclusión de las empresas del Estado de la Ley de Contrataciones Públicas. El sistema integrado de contratación pública de aplicación preferente a la LCP

Otro aspecto a considerar, es el relativo a la exclusión que hace el “Instrumento” en relación a las empresas públicas descentralizadas (entes o empresas del Estado) con fines empresariales, cuyo régimen de contratación pública de obras, bienes y servicios afirma el “Instrumento”, será objeto de regulación especial a los fines de contribuir con la agilización y eficiencia de sus contrataciones.

En cuanto a este particular, traemos como referencia los antecedentes de una regulación o régimen especial que se activó en los años 90. La primera Ley de Licitaciones⁸ contemplaba en los Artículos 74 y 75, la exclusión –parcial– de la aplicación de esa ley y la creación de un régimen mediante decreto, que dictaría un reglamento aparte calificado como especial solo aplicable a Petróleos de Venezuela S.A., y sus empresas filiales.

Por lo que concierne a la inaplicabilidad –parcial– de la Ley de Licitaciones, señalaba el Art. 74 que sólo podían excluirse por vía de excepción de su aplicación, aquellas contrataciones que versaran sobre obras, servicios o adquisiciones, encuadradas dentro de las siguientes

⁷ Brewer-Carías... *op. cit.*, pág. 7.

⁸ Publicada en la Gaceta Oficial N° 34.528 de fecha 10-08-1990.

exigencias acumulativas y taxativas, léase: “de significativa complejidad, inherentes a las actividades de exploración, extracción, refinación, procesamiento y comercialización de hidrocarburos y ubicadas en zonas críticas de operación”. Asimismo,, quedaban fuera del marco de aplicación de esa ley, las contrataciones que cumplieran las precitadas exigencias acumulativas, destinadas a las adquisiciones de bienes, ejecución de obras civiles y prestación de servicios cuando debían ser licitadas en forma integral y conjunta con la obra principal, o tales obras eran accesorias de la principal.

El mencionado artículo igualmente advertía, que para las demás contrataciones de la estatal petrolera y de sus filiales, que estaban fuera de esas exigencias, se llevaría a cabo la selección de contratistas correspondiente, siguiendo los extremos contenidos tanto en esa Ley de Licitaciones como en el Reglamento calificado como general de la misma, dictado por el Decreto N° 1.400 publicado en la Gaceta Oficial N° 34.628 de fecha 04-01-1991.

Según el Art. 75 de la Ley de Licitaciones, el “reglamento especial excepcional” aplicable a Petróleos de Venezuela, S.A., y sus filiales debía contener los aspectos descritos en los doce numerales que marcaban la diferencia con el contenido de dicha ley. Ese reglamento fue dictado mediante decreto ejecutivo N° 1.247, publicado en la Gaceta Oficial N° 34.591 de fecha 09-11-1990, titulado “Reglamento que regula los procedimientos de selección de contratistas que realicen Petróleos de Venezuela, S.A., y sus empresas filiales”.

Es igualmente oportuno mencionar, que el resto de las industrias del Estado, entre otras, como era el caso del conglomerado siderúrgico y minero de Guayana, no fueron beneficiadas con un régimen especial similar al antes referido, cuyas actividades para aquella época eran igualmente complejas, inherentes a las labores de exploración, extracción, transformación siderúrgica de los minerales bases en productos, su comercialización nacional e internacional y ubicadas esas empresas e industrias en áreas críticas.

Ahora bien, con el paso del tiempo y las subsiguientes reformas practicadas tanto a la Ley de Licitaciones de 1990 como a posteriori a la Ley de Contrataciones Públicas en los años 1999, 2000, 2001 y 2008; y en el año 2009, con la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, quedaron derogadas tanto la Ley de Licitaciones como los reglamentos general y especial antes aludidos, incorporándose en la Ley de Contrataciones Públicas y su nuevo reglamento, acompañados de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, las normas que le imprimirán agilidad, celeridad y eficiencia a los procedimientos de selección de contratistas por la Administración Pública, para la celebración de contratos de ejecución de obras, de adquisición de bienes y para la prestación de servicios, sin necesidad de recurrir a su

regulación y búsqueda de esa efectividad mediante instrumentos de rango sublegal paralelos.

Si en algún momento se vieron afectadas las actividades operacionales y contractuales de las empresas del Estado con fines empresariales, se debió y se deben buscar al presente sus causas, en el incumplimientos, omisiones, dilaciones de lo que fue o debió ser objeto de planificación; o del diferimiento en el tiempo de la ejecución de esas actividades, tales como, mantenimiento y reparación de instalaciones industriales de alto riesgo⁹, siendo consideradas en consecuencia esas decisiones, violatorias de instrucciones y de recomendaciones de carácter estrictamente técnico contenidas en las normativas internas de esos entes públicos; o en la falta de recursos económicos para enfrentar el gasto público, al reducirse por orden del Ejecutivo Nacional, un porcentaje significativo del presupuesto anual aprobado.

Por ello es incomprensible, la vuelta a ese pasado al estilo sugerido por aludida ley constitucional para intentar dinamizar las actividades de la administración descentralizada con fines empresariales, cuando era y es deber de la Administración Pública y de los órganos de control, con fundamento en la LCP y otras leyes especiales vigentes, darle celeridad a los procedimientos de selección de contratistas y de contratación, así como prevenir y sancionar conductas y prácticas voluntarias intencionales y culposas de los funcionarios y empleados públicos, dirigidas a violentar el orden legal establecido con resultados desastrosos en perjuicio tanto de los bienes públicos, de la integridad de los particulares¹⁰ como de la frustrada expectativa del cumplimiento de los fines del Estado por parte del interés general bajo la tutela de esa Administración.

⁹ Ejemplo de lo contrario a lo esperado fue, el siniestro ocurrido en fecha 25-08-2012 en la Refinería de Amuay (Paraguaná), ciudad de Judibana, Municipio Los Taques del Estado Falcón, atribuido presuntamente a la falta de mantenimiento y de reparación de instalaciones petroleras de conversión de alto riesgo.

¹⁰ Ibidem. El 25-08-2012, a la 01:10 de la madrugada, ocurrió una explosión y posterior incendio en la Refinería de Amuay del Complejo de Refinación Paraguaná (CRP). Este evento fue una de las tragedias de mayor magnitud registrada en las refinerías de petróleo a nivel mundial, en la que perdieron la vida 42 personas, 5 desaparecidas y más de 150 resultaron seriamente lesionadas según cifras oficiales. De igual manera se destruyeron instalaciones industriales dentro y fuera de la refinería y en los locales comerciales, escuelas y viviendas ubicadas en las proximidades del área del siniestro. Se resumen las pérdidas de la refinería en términos económicos y al final atribuibles del Estado, en la cantidad de US\$. 1.200.000. Vid. Situación técnica que describe el estado de riesgo por falta o atraso en el mantenimiento y reparación de instalaciones en el CRP, cinco meses antes del siniestro descrito *supra*: En QBE: Risk Improvement recommendations update report March 5th-8 2012. Ref. 2012/139. PDVSA Centro de Refinación Paraguaná. Estado Falcón. Venezuela. RJG Risk Engineering. Vid. Este reporte en https://www.uru.org/papers/2012_varios/20120305_REPORTE-AMUAY.pdf.

Basado en la supuesta supremacía de la ley constitucional en comento, se pretende crear además del aludido “régimen normativo que regulará las contrataciones de la empresas del Estado”, un sistema integrado de contrataciones públicas que terminaría de derogar la vigente Ley de Contrataciones Públicas, tal como se evidencia del contenido de los Artículos 3 y 4 del “Instrumento” que de darse, reunirá en un mismo texto entre otros por lo extenso, planes, principios, políticas, normas, sujetos, autoridades, contratos, simplificación de trámites, deberes, recursos, acciones, obras públicas, servicios, la estandarización de tecnologías, sistemas de comisiones y de compras centralizadas, etc., toda una especie de “código” por su extensión sobre la contratación del Estado y otros temas que pretende sean conexos con esta última; sistema ese que se materializaría en una “ley marco de aplicación preferente” frente a cualesquiera otras disposiciones existentes. Es prácticamente sentar las bases de una iniciativa de ley con contenido expreso y casi definitivo o valga decir, “hecho a la medida”, cuyo origen se le atribuye a una asamblea nacional constituyente extinta a través de la ley constitucional que se comenta y que vulnera el Artículo 204 de la Constitución de 1999.

II. La disposición transitoria primera de la ley constitucional bajo análisis

Sobre esta disposición transitoria se comentó *supra* sobre la habilitación y exclusión para contratar con la Administración Pública, pasando a ampliar los referidos comentarios como sigue.

1. Registro Único de Contrataciones Públicas vs. Registro Nacional de Contratistas

Se observa del contenido de esta disposición primera, que alude al registro de los participantes en la nueva estructura impuesta por el “Instrumento” referida como Registro Único de Contrataciones Públicas; que tal registro no existe en la estructura orgánica del Servicio Nacional de Contrataciones –SNC–, como se constata tanto de su página web como del Artículo 8 del reglamento interno de ese Servicio publicado en la Gaceta Oficial N° 38.845 de fecha 08-01-2008.

En síntesis, dada esa inexistencia, es el Registro Nacional de Contratistas –RNC– en plena actividad, el designado por la LCP para llevar a cabo las tareas relacionadas con el registro, calificación y clasificación de los interesados en llegar a ser contratistas del Estado; y según el contenido de esta disposición transitoria, le ordena al RNC habilitar a esos interesados o en su defecto, descenderlos a la condición de inhabilitados para participar en el procedimiento de selección de contratista de la Administración Pública, a nuestro juicio, una mezcla de normas que se contradicen. Ahora bien, la regulación destinada a regir la actuación del inexistente registro y que por tal razón se impondrá “*de facto*” al

Registro Nacional de Contratistas está contemplada en los Artículos 8 al 11 del aludido “Instrumento”.

La aludida disposición transitoria primera, vía reforma parcial de *facto*, hace desaparecer aspectos de relevancia previstos en materia de registro de contratistas en los Artículos 41 al 53 de la LCP.

Se observa en primer término, del contenido del Artículo 8 del “Instrumento”, que el procedimiento de inscripción registral de interesados en participar en las contrataciones de la Administración Pública y el otorgamiento del comprobante de registro, serán avalados por una “declaración jurada” contentiva de situaciones o circunstancias tenidas de antemano por cumplidas, cuyo contenido está referido en los numerales 1 al 4 del comentado Artículo 8; esto sin la presentación –previa– de documentos o evidencias que aseguren la veracidad del contenido de esa declaración. En segundo término, quedará a criterio o a potestad (discrecional) de ese Registro Único inexistente, según lo indica el Artículo 9, solicitar la prueba o la demostración escrita de lo jurado cuando a bien lo considere y en tal circunstancia, la inscripción del interesado y la expedición del comprobante de habilitación respectivo no estarán condicionadas ni a la presentación de esos documentos por el interesado ni al examen de los mismos, ya que procederá independientemente de su consignación y de lo que *a posteriori* resulte de la verificación y validez de esos instrumentos, si es que las mismas se llevan a cabo como lo indica el encabezamiento del aludido Artículo 9 del “Instrumento”.

Al margen de lo expuesto, el Servicio Nacional de Contrataciones emitió en fecha 14-05-2020 bajo el N° SNC-0001-2020¹¹, los lineamientos para la aplicación de las disposiciones legales y sublegales en procesos de contrataciones públicas y en cuyo aparte primero relativo al Registro Nacional de Contrataciones, afirma por una parte, el cumplimiento del mandato contenido del Artículo 8 de la mencionada ley constitucional en el sentido de enfatizar que “la habilitación es vía electrónica sin consignación de documentos ante el RNC” (sic), violentado de este modo, el procedimiento de calificación a ser practicado por aquel como lo ordena el Artículo 48 de la Ley de Contrataciones Públicas en concordancia con los Artículos 62 al 68 de su Reglamento.

Queda así de este modo y en nuestro criterio, sin efectos inmediatos las etapas de calificación legal y financiera y clasificación por especialidad o actividad, consideradas previas al otorgamiento del certificado de inscripción como lo exigen los Artículos 47 y 48 de la LCP y los Artículos 64 y siguientes del Reglamento de la LCP. La práctica ha indicado, que el agotamiento y el resultado de las etapas de calificación y clasificación descartan *ab initio* a aquellos solicitantes que esperan obtener un

¹¹ Vid. Boletín Legal N° 70 Gil & Rosas. <https://gilrosas.com.ve/boletin-legal-no-70-sobre-alcance-los-lineamientos-del-servicio-nacional-de-contrataciones>.

certificado de registro pero que no llenan las exigencias legales, financieras y de especialidad para ser considerados contratista del Estado. Precisamente, ya que al analizar y verificar a través de los documentos presentados, el estado de cada interesado versus los requerimientos o matrices de comprobación, podrá la administración determinar *a priori* la veracidad o la inexactitud o fraude en cuanto a las declaraciones sobre su estado, a los efectos de la emisión o de la negativa de expedición del aludido certificado de inscripción, evitando de ese modo, como es lo sugerido por el “Instrumento”, la apertura de un procedimiento de inhabilitación por falsedad de lo jurado y peor aún, accionar en plena ejecución del contrato su resolución por causa de falsedad.

2. Sanciones administrativas por falsa declaración

Este “Instrumento” se reduce a un único ilícito administrativo, configurado en actos de falsedad atribuidos a las personas naturales o jurídicas privadas que así declaren sobre los aspectos o las situaciones previstas en el formulario electrónico, que servirá de base al otorgamiento del comprobante de inscripción contemplado en su Artículo 8.

En el supuesto de que se dictamine a través del procedimiento administrativo descrito en el Artículo 11 *eiusdem*, la falsedad de uno cualquiera de esos aspectos o situaciones declaradas, las personas infractoras serán sancionadas administrativamente con la inhabilitación para contratar con el Estado por un periodo de diez años; y si alguna de esas personas y aquí se presume que ya habían obtenido el referido comprobante, están en plena ejecución de uno o varios contratos de la Administración Pública, tales contratos podrán ser rescindidos unilateralmente por dicha Administración.

No obstante, la Ley de Contrataciones Públicas vigente desde el año 2014 determinó en el Artículo 167, además de la acción intencional y voluntaria de falsedad (numerales 3 y 6) en las declaraciones presentadas por personas naturales o jurídicas privadas ante los órganos y entes públicos contratantes, otras cuatro causas o ilícitos administrativos generadores de sanciones a ser aplicadas, tanto a los particulares o interesados participantes en el procedimiento de selección de contratista como a los contratistas ejecutores de los contratos de la Administración Pública.

Del mismo modo, dicha Ley prescribió en el Artículo 168 las sanciones aplicables a los aludidos participantes y contratistas, por haber incurrido presuntamente en alguno de los comentados ilícitos, con sanciones que van desde la aplicación de multa hasta su inhabilitación para contratar con el Estado, por períodos que oscilan entre cuatro años y seis meses según la gravedad del ilícito cometido. A los efectos de esa inhabilitación, ésta se materializa a través de la suspensión de la inscripción del presunto infractor por ante el Registro Nacional de Contratistas,

siendo extensiva la medida en el caso de personas jurídicas privadas, a los socios, miembros o administradores de las mismas, quedando facultado el Servicio Nacional de Contrataciones para abrir el procedimiento administrativo respectivo garantizando al presunto infractor previa su notificación, el derecho a la defensa y al debido proceso.

3. Limitación y reserva de la habilitación

Otro aspecto enmarcado en la comentada disposición transitoria y que a nuestro juicio contraviene a las disposiciones de la LCP, es el relativo a la limitación o reserva para la inscripción y la habilitación en el RNC. De acuerdo con la referida declaración jurada (Art. 8 del “Instrumento”), como requisito previo que facilita la habilitación del solicitante, su aplicación estará reservada en primer término e interpretamos su contenido, a “las empresas extranjeras –de naturaleza mercantil o civil– que estén domiciliadas en el país” en los términos exigidos por las reglas prescritas por el Derecho privado, léase, el Código Civil y el Código de Comercio¹². Por el contrario, la solicitud de registro presentada por “las empresas extranjeras no domiciliadas en el país” no gozarán de la obtención del certificado de inscripción y menos aún, de la habilitación para actuar como potenciales contratistas del Estado, considerándose la solicitud inadmisibile en el proceso de inscripción.

Tal limitación o negativa de la habilitación registral a que alude el “Instrumento”, contradice y deja sin efecto el espíritu del aparte primero del Art. 47 de la LCP, que a pesar de esa negativa, sostiene y garantiza la obligatoriedad del registro por ante el RNC, de personas naturales y jurídicas con pretensión de convertirse en oferentes del Estado; aun cuando se trate de personas con condición de “no domiciliadas”, sea que soliciten su inscripción o en su defecto, sea gestionada la misma por los órganos o entes de la Administración Pública. En este supuesto, se autorizaba la expedición de dicho certificado que las convertía en potenciales oferentes, sin que ello modificara su condición o estatus de no domiciliadas.

En síntesis, en el supuesto de personas naturales o jurídicas “no domiciliadas”, la Ley de Contrataciones Públicas ordena su inscripción y la expedición del certificado respectivo que las habilita para contratar con el Estado. Cabría esta pregunta, ¿se trata de un conflicto de leyes o de una reforma parcial *de facto* de la LCP por parte de una ley constitucional?

La admisión de esas personas naturales o jurídicas sin domicilio ni filiales en el país, en el escenario de la contratación pública, se evidencia asimismo del contenido de los numerales 6 y 7 del Artículo 49 de la LCP,

¹² Vid., Código Civil: Sociedades Arts. 1.649-1.650; Personas Jurídicas Art. 19; Del Domicilio Arts. 27-28. Código de Comercio: De las Sociedades Extranjeras Arts. 354-358.

al dar por hecho su participación en concursos cerrados, consultas de precios y contrataciones directas; poseedoras además de un certificado de registro y eximidas de la calificación –legal y financiera– por ante el RNC tal como lo ordena el encabezamiento del Art. 49 *eiusdem*.

La comentada disposición transitoria, establece una previsión a nuestro juicio violatoria y discriminatoria entre los participantes en la materia registral, al garantizar la habilitación de inscripción, solo de personas jurídicas privadas constituidas y registradas en el país, habiendo excluido de plano de modo tácito a las personas naturales que hubiesen sido inscritas en el RNC antes del 01-12-2017, generando de este modo confusión, inseguridad jurídica e incertidumbre tanto para las personas naturales como para aquellas personas jurídicas privadas que tengan interés en llegar a ser contratistas del Estado y gestionen su inscripción y obtención del certificado registral con posterioridad a la precitada fecha, por la simple inclusión del adverbio “solo” que hace presumir la inadmisión de las ya indicadas.

Debemos en consecuencia ante ese escenario preguntarnos: ¿Estamos o no frente a una reforma parcial e inconstitucional de la LCP y de su reglamento?

III. La disposición transitoria segunda del instrumento

De la lectura del contenido de la disposición transitoria segunda del “Instrumento”, se hace imperativo aclarar que ésta, a pesar de incorporar a su estilo, propósito y de modo impropio aspectos ya tratados en la Ley de Contrataciones Públicas, no declara la reforma parcial de la legislación especial en materia de contrataciones públicas, como es el deber ser y como lo expone el Artículo 218 de la Constitución de 1999, que es del tenor siguiente:

Las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución. Podrán ser reformadas total o parcialmente. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.

Simplemente, lo que proyecta el texto de esa disposición transitoria segunda, es la aplicación preferente de la comentada ley (*supra*) constitucional, por encima tanto del mandato constitucional como de las demás leyes e incluso de instrumentos de rango sublegal, que encierra una reforma parcial *de facto* y tácita de esas leyes e incluso, contraviniendo la prohibición expresa que surge del propio texto constitucional al haberle atribuido tal competencia a la Asamblea –Nacional– Legislativa.

Por otra parte, a nuestro juicio, es asimismo objeto de observación el contenido de esa disposición segunda, al precisar hasta dónde pueden, tanto el Ejecutivo reglamentista de la Ley de Contrataciones Públicas como los órganos o entes de la Administración Pública, dictar

instrumentos que, alteren el espíritu, propósito y razón de una ley, que no estén enmarcados o no se correspondan con la acción de derogatoria o de reforma parcial permitida por la comentada norma constitucional en cabeza de la Asamblea Legislativa.

En este último supuesto, en nuestro criterio la intención que subyace de esa disposición, es que hasta tanto no se dicte una nueva ley de contrataciones o se reforme la existente (contradictorio con lo plasmado en el texto de esa ley constitucional), se aplicarán en los procedimientos de selección de contratistas por encima de la ley existente y vigente, lo dispuesto en los artículos 6, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del “Instrumento”; quedando autorizado el Ministro de Planificación, para dictar las resoluciones ministeriales transitorias para la aplicación de este articulado, alterando sin lugar a dudas el contenido de una ley hasta por actos administrativos, lo cual es un desacierto, un exabrupto.

Sobre ese particular, se hace imperativo citar a título de ejemplo, algunas referencias de lo que puede hacer un Ejecutivo reglamentista o la máxima autoridad de un órgano o ente de la Administración Pública, actuando en el marco de las contrataciones públicas, posibilidades esas, que están expresamente plasmadas en dos supuestos: en el aparte *in fine* del Artículo 5 y en el Artículo 72 de la LCP, de cuyo textos se evidencia la intención del legislador, que tales autoridades modifiquen en situaciones recurrentes, aspectos de ley sin tener que acudir previa y repetitivamente ante el Poder Legislativo para alcanzar una reforma parcial de ciertas disposiciones de su texto como en el caso de los precitados artículos.

En el primero de los mencionados artículos, se admite la “supresión o exclusión de bienes, obras y servicios” de las modalidades de selección de contratistas (léase, del concurso abierto, del concurso cerrado, de la consulta de precios y de la contratación directa), siempre y cuando repetimos, las obras, los bienes y los servicios excluidos se consideren “estratégicos”¹³. Lo que es evidente de esta norma, es que el legislador admite y permite la posibilidad de excluir de esas modalidades ciertos tipos o clases de bienes, obras o servicios cuando éstos se consideren estratégicos, presumimos, para ser otorgados vía adjudicación directa por la máxima autoridad del órgano o ente público contratante; lo que implicaría que el Ejecutivo dicte un acto motivado que demuestre el carácter o condición estratégica de la obra, bien o servicio sujetos a exclusión como se desprende del contenido del aparte *in fine* del Artículo 5 LCP.

Esta disposición no incluye dentro de su posible exclusión por acto del Ejecutivo, las modalidades de selección de contratista entendiendo por tales, los redundados, concurso abierto nacional e internacional,

¹³ Según la RAE, Estratégico: 3. adj. Dicho de un lugar, de una posición, de una actitud, etc.: De importancia decisiva para el desarrollo de algo.

concurso cerrado, consulta de precios y la excepcional contratación directa, cuyos requisitos de procedencia y finalidad el legislador fijó como fundamentales para alcanzar las metas de la contratación pública. Y solo se descarta la utilización de dichas modalidades en los casos de contratos excluidos total o parcialmente de la aplicación de las mismas a los efectos de la selección de contratistas, como lo prevén los Artículos 4 y 5 de la Ley de Contrataciones Públicas.

En el segundo de los supuestos indicados, admite asimismo el legislador, la modificación en términos de ampliación de los lapsos fijados por la LCP para la etapa procedimental de selección de contratistas, que va desde la recepción de las ofertas hasta la suscripción del contrato, siempre que sea la máxima autoridad del órgano o ente público, la que mediante un acto motivado justifique la ampliación de los lapsos correspondientes.

Por consiguiente, esa ley o “Instrumento” calificado como constitucional no posee la fuerza de una “auténtica” ley, en el contexto de los Artículos 203 y 204 constitucional, para excluir, derogar o reformar parcialmente, en particular, las disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas.

Carecía asimismo de atribución, tanto la extinta Asamblea Constituyente como el “Instrumento” que dictó, para autorizar, validar o delegar en el reglamentista y en los órganos y entes de la Administración Pública la expedición de actos administrativos normativos dirigidos a alterar el contenido de la LCP.

Tampoco la alargada vigencia de un estado de excepción por emergencia económica, que coincidió con la actuación de la aludida Asamblea Constituyente y la producción de las llamadas leyes constitucionales, la habilitaba al margen de la inexistente competencia expresa para derogar o reformar leyes, para “suspender temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho decreto”¹⁴. Sobre este supuesto, transcribimos el Artículo 21 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción descriptivo de lo expuesto, que es del tenor siguiente: “El decreto que declare el estado de excepción suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho decreto”.

Del contenido de esta norma se observa, que debe ser un decreto de estado de excepción que se dicte, que al ser afectado por disposiciones legales perfectamente identificables que resulten incompatibles con su contenido, las declare suspendidas temporalmente y no otro acto o instrumento u otras consideraciones o posibles causas o

¹⁴ Vid, Artículo 21 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (Ley N° 32), publicada en la Gaceta Oficial N° 37.261 de fecha 15-08-2001.

justificaciones como las esbozadas por ese “Instrumento” en su Artículo 1º. Tampoco, la Asamblea Nacional Constituyente, su autora, lo redactó con la intención de “crear un nuevo ordenamiento jurídico” como lo prevé el Artículo 347 constitucional, sino por el contrario, repitió y reformó o modificó lo ya existente en la Ley de Contrataciones Públicas, otras leyes especiales y decretos en los aspectos que trata ese “Instrumento”.

Ahora bien, es evidente que dicha ley constitucional repite aspectos contemplados en la LCP y peor aún, modifica o altera el contenido de los mismos, como ocurre tanto con la unidad para el cálculo aritmético del umbral máximo y mínimo (UCAU), con el valor agregado nacional (VAN); la figura del Registro Nacional de Contrataciones del Estado, la simplificación de trámites administrativos o la suficiencia de la acreditación todos de antigua data; lo relativo a las inhabilitaciones de los participantes, circunstancia preexistente tanto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo (LOPA) como en la Ley de Contrataciones Públicas (LCP), lo cual es indicativo de una excesiva, inútil e inconveniente burocracia estatal en este estado de cosas.

IV. Ley constitucional vs. Ley de contrataciones públicas

Está presente esta disyuntiva ¿existe una ley constitucional capaz de reformar parcialmente el texto de la Ley de Contrataciones Públicas, incumpliendo el mandato constitucional contenido en el párrafo *in fine* del Artículo 218?

Si lo que planteó la extinta Asamblea Nacional Constituyente no fue una reforma o modificación parcial de la Ley de Contrataciones Públicas, ¿cuál es el sentido jurídico de ese “Instrumento” y su aplicabilidad por parte de la Administración Pública?

Es imprescindible aclarar *ab initio*, que no estamos en presencia de la “inaplicación de disposiciones legales y sublegales” que pudiera traducirse en una suspensión temporal de las mismas, como es el caso de la imposición al Ejecutivo Nacional y por ende a la Administración Pública, de la inaplicabilidad de tales instrumentos como lo prescriben los Arts. 19 al 21 de la Ley Constitucional Antibloqueo citada *supra*¹⁵. En el caso de la ley constitucional en discusión, ciertamente no se trata de la inaplicabilidad de normas legales y sublegales reguladoras de la contratación pública; sino de abierta modificación *de facto* a las disposiciones existentes en esas normas vigentes como lo analizaremos de seguida.

¹⁵ Vid, nota 7. Asimismo a la nota 8, comentarios sobre la inaplicabilidad de disposiciones legales en Brewer-Carías... El último golpe al estado de derecho: Una “Ley Constitucional” “antibloqueo”, *op. cit.*, págs.. 4 y siguientes.

Dicho "Instrumento" se describe en su título, como una Ley Constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes, servicios y obras públicas; y a nuestro juicio, en sus Artículos 1° y 3° anuncia *grosso modo* un código de conducta para ser adoptado por la Administración Pública, que reproduce los principios ampliamente conocidos por ésta plasmados entre otras, en la Ley Orgánica de la Administración Pública, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en la Ley de Contrataciones Públicas.

Asimismo, intenta abrir canales para impulsar la inversión pública en las nuevas estructuras integradas en el llamado poder popular y en la búsqueda de una apertura hacia nuevas inversiones hacia el Estado, básicamente, a través del sector privado nacional e internacional de la economía; así mismo, haciendo uso de la contratación estatal de obras, bienes y servicios, iniciar proyectos de modernización o actualización con el uso de tecnología de punta (*State-of-the-art technology*), de las industrias del sector público actualmente en decadencia, precariedad y desactualización técnica operacional, claves para la obtención de recursos en dinero y en bienes como es el caso entre otras, de la industria petrolera, petroquímica, gasífera, de la industria siderúrgica y del aluminio.

Ese código o catálogo de normas de conducta, además de los aludidos principios, incorpora auténticas modificaciones a la Ley de Contrataciones Públicas con la agregación de estructuras tales como:

- (i) Un sistema integrado de contratación del Estado.
- (ii) Una unidad para el cálculo aritmético y fijación del valor UCAU figuras ya existentes.
- (iii) Un registro único de contrataciones públicas que sustituirá al RNC ya previsto en la Ley de Contrataciones Públicas.
- (iv) Inhabilitaciones para contratar con el Estado mediante la activación de un procedimiento *sui generis* y la posible inhabilitación de participantes, que de su lectura apunta hacia a la unilateralidad con la sola actuación de la Administración, sin hacer mención alguna al derecho a ser notificado de la apertura del procedimiento para el ejercicio por parte del administrado del derecho a la defensa y al debido proceso. La comentada inhabilitación también está contemplada en la disposición transitoria primera, que trata sobre el registro de los participantes en el procedimiento de selección de contratistas, con la particularidad que dicha disposición contradice el aparte in fine del Art. 47 de la LCP.
- (v) Igualmente obliga al uso de medios electrónicos en los procedimientos de contratación del Estado, también previstos de antemano.
- (vi) La simplificación de trámites administrativos y la suficiencia en la acreditación ya existentes.

(vii) La inclusión de normas relativas al valor agregado nacional igualmente previsto en la LCP, siendo esas normas una copia fiel y exacta de la casi totalidad de las disposiciones contenidas en el Decreto N° 8.882 de fecha 27-03-2012 publicado en la Gaceta Oficial N° 39.892 de la misma fecha, cuyo objeto fue desarrollar de modo amplio la figura del valor agregado nacional, decreto ese que se extinguió por el vencimiento de su término o lapso de vigencia en el año 2015; y redundancia con respecto a la participación de la pequeña y mediana industria y el conglomerado del llamado poder popular en las contrataciones de la Administración Pública, que fue desarrollado en el Decreto N° 8.880 de fecha 27-03-2012, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.892 de la misma fecha, que abunda sobre los contratos reservados por montos y categorías para las pequeñas y medianas industrias y empresas de propiedad social directa comunal, fabricantes de bienes, prestadoras de servicios y ejecutoras de obra. Este decreto como el anterior mencionado, se extinguió por el vencimiento de su término o lapso de vigencia en el año 2015.

(viii) Suma además, la ya comentada exclusión de los entes descentralizados del Estado con fines empresariales¹⁶, básicamente las concedidas como empresas del Estado del régimen de las contrataciones públicas actual, para ser sometidos a un régimen especial tal como sucedió en los años 90 con la industria petrolera, petroquímica y carbonífera nacional.

(ix) De igual modo como lo prescribió la LCP en su Art. 4, el “Instrumento” en su Art. 20 declara la no afectación de su articulado a los convenios y acuerdos internacionales suscritos por Venezuela, especialmente dentro del marco de las contrataciones públicas.

Ciertamente, del texto de esa ley constitucional surge un dilema entre la aplicación preferente de la misma, vista como norma imperativa, lo cual implica una reforma parcial *de facto* de algunas disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas y su reglamento; o por el contrario, los propios órganos y entes públicos decidan no dictar actos en ejercicio de sus atribuciones, derivados o en conexión con la actuación (cuya legalidad ha sido cuestionada) de la ANC y de las pretendidas Leyes Constitucionales (igualmente objetadas por ilegales), en virtud de la flagrante violación de las normas constitucionales y de la usurpación de funciones¹⁷ –N° 4 Art. 19 LOPA– (sin descartar la usurpación de autoridad según

¹⁶ Vid, Numerales 8 y 9 del Art. 5 en concordancia con los Arts., 62 y siguientes de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público; y Arts. 103 y siguientes de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

¹⁷ “El vicio de usurpación de funciones (...) es también según la jurisprudencia (Vid. Sent. CSJ/SPA de fecha 08-08-1989, Revista de Derecho Público N° 39. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Pág. 123) (...) un vicio de incompetencia que se produce en aquellos casos en que un órgano de una de las ramas del Poder Público ejerce una función que, de acuerdo con la Constitución y las leyes, está atribuida a otra

lo contemplado en el Art. 138 de la Constitución de 1999), al arrogarse la competencia de la Asamblea Nacional Legislativa para crear, derogar o modificar las leyes existentes.

V. Decreto ejecutivo N° 3.324 del 16-03-2018. Régimen especial de adquisiciones y servicios aplicable a la contratación pública

Este decreto ejecutivo N° 3.324 buscó apoyó en el decreto de estado de excepción y de emergencia económica dictado en el año 2016¹⁸, en lo adelante referido como decreto de emergencia económica, que gozó de sucesivas prórrogas hasta la última cuya vigencia finalizó el día 23-04-2021¹⁹.

De igual modo el Ejecutivo justifica el contenido de su decreto n° 3.324 con fundamento, con base, con estricto apego al N° 24 del Artículo 2 del extinto decreto de emergencia económica a nivel nacional y en el N° 12 del Artículo 5 de la LCP relativo a la exclusión de las modalidades de selección de contratistas, léase, el concurso abierto, el concurso cerrado, la consulta de precios y la contratación directa, en caso de haberse decretado un estado de excepción regidos por la Constitución del 99.

Sobre este último aspecto, el Artículo 2 del aludido decreto de estado de emergencia económica, habilitaba al Ejecutivo Nacional para que dictara medidas entre otras, el N° 24 del Artículo 2 que rezaba así:

24. Dictar los lineamientos que correspondan en materia de procura nacional o internacional de bienes o suministros esenciales para garantizar la salud, la alimentación y el sostenimiento de los servicios públicos esenciales, tales como servicios domiciliarios, de salud, educación y seguridad ciudadana, en todo el territorio nacional, en el marco de acuerdos comerciales o de cooperación que favorezcan a la República, mediante la aplicación excepcional de mecanismos expeditos de selección de contratistas y su ulterior contratación, que garanticen además la racionalidad y transparencia de tales contrataciones.

El autor del decreto n° 3.324 justifica en uno de sus considerandos "el contenido y fin del mismo" que parafraseamos así: en o para la búsqueda de la simplificación del procedimiento de selección de contratista de la Administración Pública, para hacerlo más ágil, expedito, diligente y efectivo, suprimiendo trámites y controles burocráticos que entorpecen el funcionamiento del Estado; con la advertencia dirigida a los funcionarios y empleados públicos, de la estricta observancia de una serie de principios del Derecho administrativo, entre los cuales se omitió

de las ramas del Poder Público"; Araujo-Juarez, José. *La Nulidad del Acto Administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas. 2015. Págs. 80-82.

¹⁸ Vid, Gaceta Oficial N° 6.214 Extraordinario de fecha 14-01-2016.

¹⁹ Vid, Decreto N° 4.440, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.615 Extraordinario del 23-02-2021.

(intencional o negligentemente) uno trascendental, el principio de planificación, previsto de modo expreso e imperativo en el Artículo 2 de la LCP e intrínseco de la contratación pública.

Podemos entonces resumir los comentarios a este decreto n° 3.324, con las siguientes observaciones:

Al analizar su contenido y en particular, por lo que concierne a los fines propuestos, entre otros, el de la simplificación de trámites y procedimientos, evitar la burocracia obstaculizadora y los excesivos controles, establecer un mecanismo ágil y libre de tantos requisitos y exigencias legales en la selección de contratista; entre los que no puede obviarse como efectivamente se excluyó del decreto, la ejecución de la etapa previa tanto de la planificación de la selección como de la contratación ordenada por el Artículo 2 de la LCP y por el Artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y la Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular; el decreto impone contradictoriamente la modalidad de consulta de precios regulada por los Artículos 96 al 100 de la LCP a los efectos de la compra de bienes, adquisición de servicios o contratación de obras anunciadas en un catálogo de necesidades descritas en su Artículo 2.

El decreto respalda su contenido en el N° 12 del Artículo 5 (exclusiones parciales) de la LCP, que por sus características, excluye por imperio de la ley, entre otras, la aplicación de las modalidades de selección de contratistas como el concurso abierto, el concurso cerrado, la consulta de precios y la contratación directa cuando estamos en presencia de un estado de excepción decretado en los términos fijados por la Constitución de 1999, como fue el caso del decreto de emergencia económica 2016 ya referido.

Asimismo, el decreto obliga, pese a la advertencia de exclusión, a la aplicación de la modalidad de selección denominada consulta de precios, que es una modalidad procedimental de selección sujeta a las demás condiciones y exigencias fijadas en la LCP y otras leyes especiales²⁰, en particular, respetar y hacer efectivo el principio de planificación que no podrán ser obviado por los funcionarios y empleados de los órganos y entes públicos, lo cual contradice por omisión el texto del segundo considerando de este decreto.

Ahora bien, si el autor del decreto invocó el N° 12 del Artículo 5 de la LCP que hace alusión a los estados de excepción decretados y sus consiguientes efectos en las contrataciones pública de obras, bienes y

²⁰ Léase: Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular.

servicios, debió igualmente, por vía de consecuencia y por imperio de la ley, haber declarado que:

Los contratos a que hacen referencia los numerales anteriores (del 1 al 14) serán adjudicados directamente por la máxima autoridad contratante. En los supuestos contemplados en los numerales 12 (estado de excepción) 13 y 14 se requerirá la autorización previa de la máxima autoridad del nivel central de la Administración Pública Nacional con competencia en la materia (entre paréntesis nuestro).

Ese decreto a su vez, ordena en su Artículo 3, para otros tipos de adquisición de bienes en los rubros agrícolas, textiles y de fabricación de calzado, la utilización de la modalidad de “contratación directa” prevista en los Artículos 101 al 103 de la LCP, asimismo excluida esa modalidad de su aplicación cuando se haya decretado como se indicó, un estado de excepción.

Por consiguiente, ni la consulta de precios ni la contratación directa pueden en el caso de existir ni podían en su momento, utilizarse como mecanismos de selección de contratistas y de adjudicación de contratos por cuanto configurarían a nuestro entender, una abierta y flagrante contradicción y violación de disposiciones legales expresas, incluyendo la ya comentada y prevista en el propio decreto de emergencia económica, sin percatarse de haber violentado tanto el principio de la legalidad constitucional (Art. 137) que sujeta las actividades de los órganos y entes públicos a la Constitución y a las leyes, como a la observancia de la jerarquía de los actos administrativos fijada en los Arts. 14 al 17 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en el sentido de la violación de una ley por un decreto ejecutivo, léase, de rango sub legal.

Sobre los efectos de la extinción del decreto de estado de excepción de emergencia económica en el decreto ejecutivo n° 3.324 y la prórroga y temporalidad de los estados de excepción, se comentó en líneas precedentes, que el Decreto N° 2.184 que declaró el estado de excepción por emergencia económica en el país, dictado en el año 2016 y después de sucesivas prórrogas, más allá de las prevista en el aparte primero del Art. 338 de la Constitución del 99, llegó a su fin por el agotamiento de la última prórroga en fecha 23-04-2021.

Por consiguiente, todas las medidas y decretos dictados con fundamento en ese decreto de estado de emergencia económica correrán la misma suerte del decreto excepcional que le dio su origen. Así, el Decreto N° 3.324 objeto del análisis *supra* que dictó un régimen especial para la adquisición de bienes, la prestación de servicios y de obras públicas cuyo otro respaldo fue el numeral 12 del Art. 5 de la Ley de Contrataciones Públicas relativo a los estados de excepción contemplados en la Constitución de 1999, sujeta en consecuencia las contrataciones públicas, a normas de exclusión de las modalidades de selección de contratistas, ese instrumento sub legal se extinguió el 23-04-2021 fecha del

término de vigencia de ese decreto de estado de excepción por emergencia económica.

En suma, deben resaltarse dos aspectos relacionados con la prórroga de los estados de excepción y la aludida extinción de su vigencia, como lo expone la doctrina constitucional en la persona de la profesora NELIDA PEÑA COLMENARES que es del tenor siguiente:

La prórroga de los estados de excepción, al igual que su declaratoria, se rige por el principio de temporalidad o de provisionalidad de los estados de excepción, puesto que la prolongación de los poderes extraordinarios que se le otorgan al Ejecutivo Nacional en un estado de excepción, y su incidencia en los derechos humanos debido a las garantías constitucionales restringidas, imponen necesariamente la fijación de un término máximo de decaimiento, tanto a su declaratoria como de su prórroga (...) ii. El ámbito de validez temporal y territorial: El ámbito de validez temporal del estado de excepción y también del decreto de prórroga responde a la vigencia del principio de temporalidad de los estados de excepción, que dan origen a un derecho excepcional, por antonomasia temporal o transitorio, sin vocación de permanencia; de allí que ese lapso necesariamente debe ajustarse a la previsión de la Constitución (...) En todo caso, el establecimiento de un plazo variable o fijo para la duración de la prórroga se inscribe dentro del principio de temporalidad de los estados de excepción, conforme al cual ese derecho excepcional originado en el respectivo estado de excepción tiene un término máximo de decaimiento²¹.

Tal temporalidad llegó a su fin provocando el absoluto decaimiento de la excepcionalidad y de sus instrumentos y medidas adoptadas. En síntesis:

...la finalización de los estados de excepción implica la extinción de los decretos leyes dictados por el Gobierno nacional, así como cualquiera otra medida y decisión que haya adoptado bajo los mismos. En este sentido, desapareció el basamento jurídico que sostenía las acciones del régimen de turno que restringieron o limitaron las garantías de los derechos consagrados en la Constitución, por lo que mal puede continuar aplicándose en el país²².

De igual modo cabe expresar en conexión con los efectos inmediatos que derivaron de la extinción o fenecimiento del discutido decreto excepcional que, “lo accesorio sigue (la suerte de) a lo principal *Accesorium Sequitur Principale*”, esto lo enseñan los Principios Generales del Derecho; mal podría entonces, el Ejecutivo Nacional y el Servicio Nacional de Contrataciones constreñir a los órganos y entes públicos a la

²¹ Peña Colmenares, Nérida. “La figura de la prórroga de los decretos de estado de excepción”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 10. 2018. Págs. 551, 559 y 560.

²² Acceso a la Justicia ONG. “Gobierno de Maduro deja atrás los estados de excepción sin resolver los problemas que supuestamente combatiría”, disponible en <https://accesoalajusticia.org/gobierno-maduro-deja-atras-estados-excepcion-sin-resolver-problemas-supuestamente-combatiria>

aplicación de un instrumento de rango sublegal inexistente para manipular a su conveniencia las contrataciones de la Administración Pública.

VI. Estado de las leyes constitucionales promovidas por la extinta asamblea nacional constituyente. Nueva Ley constitucional que amplía indeterminadamente la vigencia de las dictadas por la ANC

Antes del fenecimiento del término de vigencia de la ANC, esta se aseguró de mantener vivo e incólume su trabajo o potestad “legislativa” (sin dudas, jurídicamente cuestionada), el producto de ésta y sus efectos en el tiempo. Así mismo, frente a la incertidumbre planteada con respecto a su legalidad y al sostenido y unánime criterio jurídico pronunciado por la más respetada doctrina constitucional venezolana, la hoy extinta ANC dictó la denominada “Ley Constitucional que regula la vigencia de los actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente”, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.604 Extraordinario de fecha 18-12-2020. Mediante esta Ley se declaran vigentes, en vigor, las Leyes Constitucionales dictadas por la ANC durante su período de existencia (Art. 1), aun cuando las mismas hubiesen establecido un término de vigencia como en el caso de la Ley Constitucional Antibloqueo (parágrafo único de la disposición final), que a nuestro juicio pareciera de vigencia interminable; indica además, que esas Leyes podrán ser modificadas por la Asamblea Nacional Legislativa siguiendo los requerimientos exigidos en el Arts. 2 y 3, fijando para la aprobación de la reforma el número o proporción de votos aplicable a la modificación de las leyes orgánicas (Aparte único Art. 203 C.99).

Dispone así mismo esa Ley Constitucional y le otorga a la Ley Antibloqueo, rango superior o preferente o el ariete sobre las demás leyes o decretos constitucionales dictados por la extinta ANC (Art. 5), además del poder atribuido a esa Ley Antibloqueo para declarar y ordenar la inaplicabilidad de normas de rango legal y sublegal cuando el gobierno estime necesario a sus intereses tal inaplicación (Arts. 19 al 21).

Por consiguiente, la Ley Constitucional objeto de este estudio, que modificó una serie de artículos de la Ley de Contrataciones Públicas, continuará en vigencia a tiempo indeterminado, sin descartar la posibilidad de que el Ejecutivo aplique a su conveniencia, otros mecanismos de contratación al margen de la vigente LCP como lo indica el Art. 28 de la Ley Antibloqueo.

Conclusiones

A modo de epílogo, la analizada “Ley Constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes, servicios y obras públicas” continúa en plena vigencia y vigor para

la fecha de este estudio, ejerciendo absoluta influencia y aplicación, sin oposición o debate alguno en contrario en el ámbito de la Administración Pública en materia de contrataciones del Estado.

No obstante, a nuestro juicio se hace imperativo traer a este estudio, sin entrar en mayores análisis sobre la naturaleza jurídica de las aludidas leyes constitucionales, algunos extractos de la doctrina constitucional elaborada por el Dr. JOSÉ PEÑA SOLÍS²³, de impacto en lo académico, a nivel político y de reflexión con incidencia en un futuro incierto en materia constitucional; que son del tenor siguiente:

Las “leyes constitucionales” dictadas por la “Asamblea Nacional Constituyente” de 2017, no resultan encuadrables en el marco teórico que sirve de base de sustentación a este tipo de instrumentos normativos, ni tampoco en el ordenamiento constitucional venezolano.

...el examen de las pretendidas leyes constitucionales venezolanas, evidencia que no encuadran en ninguna de las categorías de leyes constitucionales previstas en el Derecho comparado, porque no son, aún en la acepción genérica italiana, leyes de revisión, debido a que las únicas figuras de revisión enunciadas en nuestra Constitución en sus artículos 340 siguientes, son la enmienda y la reforma, y esa categoría de leyes constitucionales tampoco encuadra en ninguna de las dos.

...porque evidentemente este tipo de leyes no son sancionadas siguiendo ninguno de los procedimientos particulares delineados constitucionalmente para aprobar una enmienda o una reforma.

En fin, no encuadran en ninguna de las dos categorías conocidas en el Derecho comparado, pero estimamos que esa falta de encuadramiento responde a la intención deliberada de la Asamblea Nacional Constituyente de evitar otorgarle el carácter de ley constitucional, con la connotación conceptual de dicha categoría, porque corría el riesgo –muy improbable– de que fueran anuladas por inconstitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, invocando la tesis de Lavagna (...) acerca del mantenimiento del rango superior de la Constitución frente a las leyes de revisión constitucional, cualquiera que sea su clase, que consideramos extrapolable a nuestro ordenamiento jurídico. Estimamos que ese fue el motivo por el cual de manera subrepticia y desde luego arbitrariamente, decidieron “crear” de facto, bajo la denominación de “leyes constitucionales”, en realidad unas “leyes supraconstitucionales”, “echando mano” a la sentencia de 1999, de la extinta Corte Suprema de Justicia, que explícita o implícitamente le confirió ese “rango” –lo que no dejaba de constituir un oxímoron, en un país donde regía en términos absolutos el principio de supremacía constitucional–, al Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999. Por tanto, la razón por la cual la Asamblea Nacional Constituyente recurre a esas leyes pretendidas supraconstitucionales, bajo la denominación de pretendidas constitucionales, no es otra que la de asumir el poder para derogar o modificar libremente la Constitución de 1999,

²³ Peña Solís, José. “Breve excursio histórico y conceptual sobre las leyes constitucionales, a propósito de las dictadas por la sedicente Asamblea Nacional Constituyente”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 10. 2018. Pág. 597-600.

con la particularidad de que al tratarse de una categoría de instrumentos normativos denominados formal tienen una vocación de vigencia indefinida, pudiendo ser derogadas o modificadas solamente por otras “leyes constitucionales”, las cuales quedan obviamente fuera del control del Tribunal Supremo de Justicia.

...que esa “normativa” constituye per se un exabrupto Constitucional, debido a que produce de facto una ruptura del principio de ordenación de las fuentes del Derecho, construido a partir del principio de supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución), aunque ninguna de las fuentes enunciadas en el texto constitucional pueda conferirle más fuerza normativa a unas leyes que la fuente primigenia de todas las fuentes del ordenamiento jurídico, como es –se insiste– la Constitución, mucho menos si ni siquiera aparece enunciadas en la Carta, como es el caso de la citada “normativa”. Cabe observar que esa normativa constituyente está destinada a vaciar de un significativo número de las competencias que la Constitución de 1999, le atribuye expresa y categóricamente a la Asamblea Nacional, pues sobre la base de las mismas, se le sustrajeron, entre otras las siguientes: i. La de autorizar la continuidad del enjuiciamiento de sus miembros (artículo 200), que fue lo ocurrido en el caso del diputado Freddy Guevara, aunque se hayan invocado los artículos 347, 348 y 349 constitucionales, que evidentemente no regulan para nada el otorgamiento de esa autorización; ii. la de legislar en materia de competencia nacional (artículo 187.1). Ejemplos de esta sustracción, o mejor usurpación, son: la Ley Constitucional contra el Odio, la Ley Constitucional de Precios Acordados, la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico-Financiero 2018, la Ley especial de Endeudamiento Anual, la Ley Constituyente que crea el Conglomerado Agrosur, la Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva, y la Ley Constitucional de la Comisión para la Verdad, la Paz y la Tranquilidad Pública, entre otras. Esta última en su artículo 11.12, fundada en la citada “normativa” le sustrae a la Asamblea Nacional la competencia para dictar amnistías (artículo 189.5); iii. la competencia para autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional en los casos establecidos en la ley, y los de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras (...) (artículo 187.9, de la Constitución), pudiendo afirmarse que recurriendo a estas “leyes constitucionales” puede asumir –*rectius*– usurpar cualquiera otra de las competencias atribuidas a la Asamblea Nacional enunciadas en el citado artículo 187 *eiusdem*, vaciando de esa manera al Parlamento de sus competencias, pero lo que más interesa destacar es que los anteriores ejemplos demuestran de manera casi incontrovertible que “leyes constitucionales” elevadas en la práctica a “supraconstitucionales” modifican y derogan parcialmente a la Constitución de 1999”.

Para cerrar estas citas, el Dr. PEÑA SOLÍS apunta lo que más abajo se transcribe, que a nuestro juicio, además de considerarse un exabrupto jurídico, muestra el actuar y la intencionalidad del Ejecutivo de turno, contraria a los principios democráticos que han caracterizado a nuestras Constituciones desde 1.811, convirtiendo el sistema de derecho en “una dictadura constitucional”; así lo expresa el Dr. PEÑA:

...queremos evidenciar que, aunque parezca insólito en pleno siglo XXI, también globalizado jurídicamente, en Venezuela ha sido creada un tipo de instrumento normativo –“la normativa” *in comento*– según el cual resulta válido predicar la “inconstitucionalidad sobrevenida” de la Constitución de

1999, pudiendo ser declarada por cualquier Tribunal, y principalmente por la Sala Constitucional, cuando las disposiciones de la Carta colidan con una ley de las denominadas por la Asamblea Nacional Constituyente “constitucionales”²⁴.

Cabría agregar al citado texto relativo a esas leyes constitucionales y que interesa por ser parte fundamental de esta monografía, la ya tantas veces referida Ley Constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes, servicios y obras públicas con directa incidencia en la vigente Ley de Contrataciones Públicas, basada en la “aplicación preferente” de su normativa, violentando una de las competencias acordadas por la Constitución del 99 al Poder Legislativo Nacional en cabeza de la Asamblea Nacional.

En otro orden de ideas y con referencia a los excesos incurridos por el Ejecutivo Nacional y por la ANC, debe hacerse alusión por una parte, a las atribuciones concedidas al Ejecutivo Nacional en cabeza del Presidente de la República, inmersas en los Artículos 236 constitucional y en el Artículo 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública; y por la otra, a “las actuaciones auto atribuidas por la extinta Asamblea Nacional Constituyente”, tanto por lo que respecta, a la comentada Ley Constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes, servicios y obras públicas, igualmente referida como el Instrumento; como al analizado y fenecido decreto ejecutivo N° 3.324 que dicta un régimen especial de adquisición de bienes, prestación de servicios y construcción de obras bajo el influjo y cobertura de la aludida Ley Constitucional y por el mencionado decreto de estado de excepción de emergencia económica del 2016.

En tal sentido somos de la opinión, que aun cuando se haya decretado un estado de excepción, tal circunstancia extrema no habilita ni legitima al Ejecutivo Nacional para violentar el principio de separación de poderes²⁵ y pretender a través de una anomalía instrumental, alterar el

²⁴ Ibid. Pág. 602.

²⁵ Apunta el profesor BREWER-CARÍAS: “En todo caso, en cuanto a la separación de poderes, la configuración del principio en la Constitución como instrumento de organización del Estado responde a cierto grado de flexibilidad, tal como lo señaló la antigua Corte Suprema de Justicia en el sentido de que ‘si bien cada uno de ellos tiene definida su propia esfera de acción: el Legislativo, para dictar la ley, reformarla y revocarla; el Ejecutivo, para ejecutarla y velar por su cumplimiento; y el Judicial, para interpretarla, y darle aplicación en los conflictos surgidos, la demarcación de la línea divisoria entre ellos no es excluyente, ya que en muchos casos esos poderes ejercen funciones de naturaleza distinta de las que privativamente le están atribuidas. El principio, ciertamente, impide a unos órganos invadir las competencias propias de otro, pero no les impide ejercer funciones de naturaleza similar a las de otros órganos’. Por ello, la misma antigua Corte Suprema, en sentencia posterior, fue aún más clara y terminante al señalar que ‘lejos de ser absoluto’ el principio de la separación tiene un ‘carácter complementario’ de manera que los diversos órganos del Estado, aparte de sus funciones propias ‘realizan

espíritu, propósito y razón de las leyes vigentes, como se evidencia tal circunstancia, del contenido de los textos, tanto de esa Ley Constitucional como del extinto decreto ejecutivo 3.324 ya analizados.

Sin embargo, cabe destacar la intervención del autor de un decreto de estado de excepción por ser esa una de sus atribuciones (N° 7 Art. 236 C.99) y una de sus funciones propias e inherentes²⁶ al dictado del mismo. Nos referimos a la extensión de esa atribución –a nuestro juicio condicionada– prescrita en el Artículo 21 de la Ley Orgánica (N° 32) sobre Estado de Excepción²⁷ (LOEE), ya antes comentada, mediante la cual se especifican circunstancias que exigen de una motivación racional y jurídica plasmada en el texto del decreto excepcional²⁸, el Ejecutivo Nacional podrá suspender temporalmente a nivel nacional, la aplicación de disposiciones de leyes que se declaren incompatibles con las acciones o medidas que exige ese instrumento. Así reza la norma en cuestión: “El decreto que declare el estado de excepción suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho decreto”.

eventualmente actos de índole distinta a las que por su naturaleza les incumbe’, de manera que en definitiva ‘la división de poderes no coincide plenamente con la separación de funciones’. Conforme a ello, por tanto, desde el punto de vista instrumental, la separación de poderes se entiende en el sistema venezolano, en primer lugar, como una separación orgánica entre los órganos de cada rama del Poder Público; y en segundo lugar, como una asignación de funciones propias a cada uno de dichos órganos; pero nunca como una separación de funciones atribuidas con carácter exclusivo a los diversos órganos. En otras palabras, mediante este principio se reserva a ciertos órganos el ejercer una función en una forma determinada (funciones propias), lo que no excluye la posibilidad de que otros órganos ejerzan esa función en otra forma. Por tanto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 136 de la Constitución, la asignación de funciones propias a los órganos que ejercen los Poderes Públicos, no implica que cada uno de los órganos del Estado siempre tenga el ejercicio exclusivo de alguna función estatal específica”. Vid. Brewer-Carías, Allan R. El principio de la separación de poderes como elemento esencial de la democracia y de la libertad y su demolición en Venezuela mediante la sujeción política del Tribunal Supremo de Justicia. <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2012/09/739.-725>. Vid así mismo, Brewer-Carías. *Los Principios fundamentales del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005; El principio de la separación orgánica de poderes: la división horizontal del poder público y el principio del ejercicio interorgánico de las funciones del Estado, *Ibid.* pp. 71-116.

²⁶ *Ibid.* Indica el profesor BREWER-CARIÁS, “En la expresión constitucional, por ‘función’ ha de entenderse la acción que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea que le es inherente, en el sentido que sólo en ejercicio del Poder Público pueden cumplirse. De ahí que la función es toda actividad de la propia esencia y naturaleza de los órganos estatales y, por lo tanto, indelegable, salvo que exista una autorización constitucional”; p. 79.

²⁷ Gaceta Oficial N° 37.261 de fecha 15-08-2001.

²⁸ Artículos 7 y 15 Acto Administrativo. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Se trata en este caso como máximo, de un supuesto de estado de excepción, de la suspensión temporal de normas contenidas en leyes vigentes, que enturbian o entorpecen las medidas que se dicten en un decreto excepcional y que, así sea declarado motivadamente y valga el exceso, de modo expreso en el texto de ese decreto; y salvo lo precedente, se rechaza cualquier intento del Ejecutivo Nacional de alterar el espíritu, propósito y razón de las leyes vigentes.

Ni el Poder Ejecutivo ni una Asamblea Constituyente podían ejercer la función propia del Poder Legislativo Federal, competencia exclusiva de la Asamblea Nacional para crear, modificar y extinguir leyes, que en opinión del profesor BREWER-CARÍAS, "son actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y de rango legal"²⁹ como lo prescriben los Artículos 202 y 218 de la Constitución de 1999. ■

²⁹. Brewer-Carías, Allan. *op. cit.*, pág. 82-83..

Algunas notas sobre la providencia administrativa 525 del 17-10-2024, dictada por el Servicio Autónomo de Registros y Notarías sobre la implementación de medios electrónicos y biométricos

Sacha Rohán FERNÁNDEZ CABRERA*

REDAV, N° 28, 2024, pp. 127-150

Resumen: El presente trabajo busca efectuar algunas observaciones de manera puntual, a la Providencia Administrativa N° 525 del 17-10-2024, dictada por el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), mediante la cual se implementa la aplicación de medios electrónicos y biométricos para la prestación del Servicio Público Registral y Notarial.

Palabras clave: Medios electrónicos – Notarías – Registros

Abstract: *This work seeks to make some observations to Administrative Ruling No. 525 of October 17, 2024, issued by the Autonomous Service of Registries and Notaries (SAREN), related to electronic means and biometrics for the provision of the Public Registry and Notarial Service.*

Keywords: *Electronic media – Notaries – Registries*

Recibido

26-11-2024

Aceptado

27-12-2024

“La administración pública eficiente es aquella que logra satisfacer las necesidades de la sociedad de la manera más efectiva y justa”. Mahatma Gandhi¹

Introducción

El presente trabajo busca efectuar algunas observaciones de manera puntual, a la Providencia Administrativa N° 525 del 17-10-2024, dictada por el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), mediante la cual se implementa la aplicación de medios electrónicos y

* Universidad Central de Venezuela, Abogado (14/366). Doctor en Ciencias, Mención Derecho. Especialización en Derecho Procesal y Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración; ex profesor de Derecho Administrativo e Introducción al Derecho, profesor de Derecho Civil III (Obligaciones). X: @srfclegal. Correo electrónico: sfernandez_edu@yahoo.com.

¹ Tomado de <https://ecoembes.com/landing/informe-anual-2023/corresponsabilidad/administraciones-aliadas-de-la-circularidad/#:~:text=Mahatma%20Gandhi%20pensaba%20que%20E2%80%99Cla,possible%20la%20vida%20en%20com%C3%BA>

biométricos para la prestación del Servicio Público Registral y Notarial, publicado en la Gaceta Oficial (GO) N° 42.987 del 17-10-2024.

Igualmente, se realizarán comentarios y observaciones en cuanto a la implementación que se piensa dar a este tipo de tecnología por parte del SAREN, su relación con otras normas vinculadas con el uso de estas herramientas, la viabilidad de su aplicación y su concordancia y coordinación con el resto del ordenamiento jurídico sobre este tipo de uso tecnológico.

I. La providencia administrativa N° 525 del 17-10-2024 del SAREN

El 17-10-2024, fue publicada en la Gaceta Oficial N° 42.987, la Providencia Administrativa N° 525 del SAREN de la misma fecha. De esta Providencia se puede destacar los siguientes aspectos:

Que con esta providencia se busca regular la implementación de medios electrónicos en los procesos llevados a cabo por dicho organismo, relativos a la comparecencia y comprobación de la identidad de los otorgantes “a través del análisis biométrico de los elementos de identificación de los usuarios”.

Lo anterior se hace debido a que el acceso a la prestación de los servicios públicos debe ser garantizado por cualquier medio existente, incluyendo la tecnología, para que cualquier actuación de la Administración Pública o del Estado, se efectúe por este medio, pero también sin que las fallas o limitaciones de los medios electrónicos relativos a la comprobación biométrica dactilar de los elementos de identificación de los usuarios sea obstáculo para ello.

De esta manera, cualquier acto o negocio jurídico que se ejecute ante los registros públicos y notarías, registros mercantiles y registros principales, pueden verificarse a través de los elementos de identificación contenidos en la cédula de identidad de los otorgantes, por el examen biométrico de las crestas dactilares, acompañado del registro fotográfico y su firma manuscrita digital o electrónica.

En consecuencia, el SAREN, realizará y formalizará los acuerdos necesarios con el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), en ejercicio de las competencias de ambos organismos, para establecer los procedimientos y mecanismos que garanticen la seguridad y protección en el uso de la base de datos de huellas dactilares del SAIME.

Por lo tanto, de darse alguna discrepancia de identidad durante el proceso de verificación, un personal calificado deberá solucionar dicha situación, siendo que, en caso de no ser posible la comprobación con el uso de los medios electrónicos, el funcionario respectivo realizará la

revisión de los elementos contenidos en la cédula de identidad del otorgante del documento, y, de ser procedente, dará por validada la identidad y continuará con el proceso de otorgamiento del acto.

Si surgen discrepancias en la identificación de la persona, el o los otorgantes deberán estampar su firma y huellas dactilares a través de medio húmedo (tinta) sobre el documento, y el funcionario, dejará constancia sobre este particular.

En los supuestos en que la validación de la identidad del otorgante resultare improcedente por cualquiera de los dos medios (electrónico o físico), el registrador o notario tendrá que emitir un acto motivado en el que especifique los elementos de hecho y de derecho en los que se fundamenta para negar la inscripción del acto jurídico, siendo que contra esta negativa caben los recursos administrativos y judiciales correspondientes.

También señala esta providencia que la implementación de estos medios electrónicos de biometría dactilar será aplicada de forma progresiva, comenzando con las notarías públicas de la región capital, y paulatinamente irlo incorporando el resto de las oficinas notariales y registrales a nivel nacional.

II. Aplicación de la tecnología en la Administración Pública

La providencia dictada y señalada en el punto anterior no surge de manera aleatoria ni casuística. En este sentido, se debe indicar que existen en Venezuela un mandato constitucional previsto el artículo 110, donde el Estado y la Administración Pública en general, deben incorporar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones para facilitar las operaciones y actividades de la gestión de gobierno, dicho artículo 110 consagra que:

Artículo 110: El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional.

Ya la Ley Orgánica de la Administración Pública², en sus artículos 9, 11, 152 y 171³, establecía la posibilidad que tienen los órganos y entes

² Publicada en la G.O. Extraordinaria 6.147 del 17-11-2014.

³ Artículo 11: "Los órganos y entes de la Administración Pública deberán utilizar las tecnologías que desarrolle la ciencia, tales como los medios electrónicos o informáticos y telemáticos, para su organización, funcionamiento y relación con las personas. Cada órgano y ente de la Administración Pública deberá establecer y mantener una página en internet, que contendrá entre otra, la información que se considere relevante, los datos correspondientes a su misión, organización,

administrativos de utilizar nuevas tecnologías, hace referencia a la implementación de los mecanismos electrónicos, informáticos y la tecnología por parte de los órganos y entes de la Administración Pública, para su organización, funcionamiento y relación con las personas, estableciendo y manteniendo una página en internet, para el cumplimiento de sus fines, siendo que los documentos reproducidos por dichos medios gozarán de la misma validez y eficacia del documento original, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por ley y se garantice la autenticidad, integridad e inalterabilidad de la información.

Por otro lado, debe considerarse el Decreto N° 1.204 del 10-02-2001 de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas⁴, concretamente de los artículos 4 al artículo 8 y del artículo 16 al 19 relacionados con el mensaje de datos sobre las firmas electrónicas, así como de su reglamento parcial⁵, en particular en lo vinculado a las condiciones, extremos y requisitos para la creación de los proveedores de servicios de certificación o PSC, quienes en la prestación de su servicio han de garantizar que la firma electrónica cumpla con todos los requisitos de la ley para considerarse con eficacia probatoria, válida y eficaz; que cumplen las solemnidades y formalidades establecidas para ser una firma electrónica que garanticen la integridad y sobre la cual se pueda dar una constancia por escrito, para que pueda surtir efectos jurídicos y pueda certificarse, para que generar las respectivas obligaciones del signatario.

Otro cuerpo normativo a considerar es el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado⁶, en donde los entes sujetos a la aplicación de esta ley –entre otros son los órganos del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal; los institutos públicos, nacionales, estatales, distritales y municipales; el Banco Central de Venezuela; las universidades públicas nacionales autónomas y experimentales, así como cualquier otra institución del sector universitario de naturaleza pública; las fundaciones y asociaciones civiles y demás

procedimiento, normativa que lo regula, servicios que presta, documentos de interés para las personas, ubicación de sus dependencias e información de contactos". Artículo 152: "Los órganos y entes de la Administración Pública (aquí solo se refiere a la Adm. Pública, como digo no soy experto, pero no habla del poder Judicial) podrán incorporar tecnologías y emplear cualquier medio electrónico, informático, óptico o telemático para el cumplimiento de sus fines. Los documentos reproducidos por los citados medios gozarán de la misma validez y eficacia del documento original, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por ley y se garantice la autenticidad, integridad e inalterabilidad de la información".

⁴ Publicada en la G.O. N° 37.148 del 28-02-2001.

⁵ El Decreto Parcial del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas N° 3.335 del 12-12-2012, fue publicado en la G.O. N° 38.086 del 14-12-2014.

⁶ Publicada en la G.O. N° 39.945 del 15-06-2012. No obstante, confiamos que en un futuro cercano las herramientas contempladas en este decreto se empleen por todo el sector público, ya que actualmente, es casi inexistente.

instituciones creadas con fondos públicos–, deben establecer un estándar de interoperabilidad entre todos ellos, así como las condiciones necesarias para el desarrollo y adopción de planes y proyectos que garanticen el acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos, para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, del funcionamiento interno y el desarrollo de una plataforma nacional de servicios de información interoperables que provea un acceso uniforme de datos, información y documentos entre los órganos y entes del Estado. Se debe destacar, que lo establecido en esta ley se considera como un derecho de los ciudadanos a participar y colaborar en la promoción y uso de los servicios de información interoperables. Aunque esta ley señala que con ella se pueden sustanciar las actuaciones administrativas, total o parcialmente, por medios electrónicos, serán aplicables a los expedientes administrativos electrónicos, todas las normas sobre procedimiento administrativo, en la medida en que no sean incompatibles con la naturaleza del medio empleado, consideramos que la misma, dentro de lo posible, también sería aplicable en el ámbito judicial.

Igualmente, está la Ley de Infogobierno⁷, en la cual se establecen los principios, bases y lineamientos que rigen el uso de las tecnologías de información en el Poder Público y el “Poder Popular”, para mejorar la gestión pública y los servicios que se prestan a las personas, y así promover el desarrollo de las tecnologías de información libres en el Estado, aplicable a los órganos y entes del Poder Público Nacional, estatal, metropolitano y municipal, en las dependencias federales, los institutos públicos nacionales, estatales, distritales y municipales, las sociedades de cualquier naturaleza, las fundaciones, empresas, asociaciones civiles y las demás que sean creadas con fondos públicos o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio representen el cincuenta o más por ciento de su presupuesto, además de las organizaciones y expresiones organizativas del “Poder Popular”. Acá se sientan las bases del uso de las tecnologías de la información en la administración pública, su obligatoriedad y el principio de neutralidad de la tecnología.

Del mismo modo está el Decreto N° 1.411 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación⁸, donde se establece la rectoría del Ministerio del Poder Popular de Ciencia y Tecnología, entre uno de los aspectos relevantes. Igualmente, esta ley dispone la generación de una ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, con base en el ejercicio pleno de la soberanía nacional, la democracia participativa y protagónica, la justicia y la igualdad social, el respeto al ambiente y la diversidad cultural, mediante la aplicación de conocimientos populares y académicos. Con tal objetivo, el Estado venezolano debe formular, a través de la autoridad nacional con competencia en materia

⁷ Publicada en la G.O. N° 40.274 de 17-10-2013.

⁸ Publicado en la G.O. N° 6.151 Extraordinario del 18-11-2014.

de ciencia, tecnología e innovación, su aplicación, estando todo enmarcado en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación, siguiendo las políticas públicas dirigidas a la solución de problemas concretos de la sociedad, por medio de la articulación e integración de los sujetos que realizan actividades de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones como condición necesaria para el fortalecimiento del Poder Popular.

Una Ley importante para tomar en cuenta y consideración es la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones,⁹ sobre todo en cuanto al manejo y protección de datos personales, los cuales son recogidos, almacenados y manejados tanto por el SAREN como por el SAIME.

Del mismo modo, se debe observar el contenido de la Ley contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia, del año 2017¹⁰, en cuanto a que la recolección de los datos, elaboración de documentos y demás actividades notariales y registrales no pueden efectuarse de tal manera que pudiese propender a algún tipo de discriminación, debiendo asegurar la tolerancia, la diversidad, respeto mutuo, reconocer la diversidad, entre otros aspectos, como sería el caso de los grupos sexo diversos o de los asilados y refugiados, entre otros.

Finalmente, nos encontramos con la ley especial sobre la materia y que es la Ley de Registros y Notarías¹¹, que es la norma que, por autonomía, rige sus funciones, la cual en sus artículos 2, 24, 25, 33, 34, 35, 37, 38, 68, 77 establece que, para el cumplimiento de las funciones registrales y notariales, de las formalidades y solemnidades de los actos o negocios jurídicos, se aplicarán los mecanismos y la utilización de los medios electrónicos consagrados en la ley; siendo que los soportes físicos del sistema registral y notarial actual se digitalizarán y se transferirán a las bases de datos correspondientes, donde incluso el proceso registral y notarial podrá ser llevado a cabo íntegramente a partir de un documento electrónico; teniendo gran relevancia que se indica que la firma electrónica de las Registradoras o Registradores y Notarías Públicas o Notarios Públicos tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga.

Incluso la ley permite las imágenes de los testimonios notariales y de los documentos que ingresen al Registro, serán digitalizadas y relacionadas tecnológicamente por el sistema, las cuales serán incorporadas en la base de datos y podrán ser consultadas de manera simultánea con los asientos registrales y notariales relacionados, motivo por el cual se indica que los sistemas, programas, aplicaciones y demás componentes informáticos que sirven de plataforma tecnológica a la operación

⁹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 34.863 del 16-12-1991.

¹⁰ Publicada en la Gaceta Oficial N° 41.276 del 10-11-2017.

¹¹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.668 Extraordinario del 16-12-2021.

registral y notarial en todo el país, en sus vertientes jurídicas, administrativas, contables y de comunicaciones, son propiedad de la República. Solamente serán permitidos aquellos cambios y usos de otros sistemas de información autorizados por el Servicio Autónomo de Registros y Notarías.

En el uso de las tecnologías se indica que en las zonas urbanas o rurales donde existan levantamientos catastrales, las inscripciones de bienes y de derechos se practicarán de conformidad con el sistema denominado folio real, de manera que los asientos electrónicos registrales tendrán por objeto los bienes y no sus propietarios. El folio real será elaborado por medios mecánicos o automatizados, y consiste en un detallado resumen de la operación sujeta a inscripción, que permita de manera clara y precisa establecer la tradición legal del inmueble, todas las cargas y gravámenes que se constituyan y sus respectivas cancelaciones, así como las medidas judiciales que pesen sobre el bien y los datos de sus suspensiones. La Registradora o Registrador en la nota de registro, indicará el número del folio real correspondiente.

La recepción, identificación y anotación de los documentos, la digitalización de imágenes, la verificación del pago de tributos, la determinación de la clase y cantidad de operaciones, así como la automatización de estos procesos, serán desarrolladas mediante Resolución de la titular o el titular del órgano del cual depende jerárquicamente el Servicio Autónomo de Registros y Notarías. Las personas que trabajan en las notarías públicas son funcionarios del Servicio Autónomo de Registros y Notarías, que tienen la potestad de dar fe pública de los hechos o actos jurídicos ocurridos en su presencia física o a través de medios electrónicos, indicando en este último caso los instrumentos mediante los cuales le otorga presunción de certeza al acto.

Sin embargo, aunque la providencia analizada no hace referencia a todos los cuerpos normativos que se mencionan en este punto –solamente lo hace en su segundo “por cuanto”, ya que no emplea la fórmula de “considerando”, a la Ley de Infogobierno–, se considera que, aunque no se haga señalamiento expreso de estos cuerpos normativos, es evidente que son de eminente y obligatoria aplicabilidad, sobre todo al considerar que se trata de un acto y norma de rango sublegal.

III. La naturaleza normativa de la providencia

Se debe comenzar indicando que dentro de los distintos actos que pueden ser dictados por la Administración Pública, están las providencias que siguen en jerarquía a los decretos¹² y las resoluciones¹³ y son

¹² Dictados por el presidente según el artículo 15 de la LOPA.

¹³ Dictadas por los ministros según el artículo 16 de la LOPA.

decisiones de cualquier órgano de carácter general o particular, cuando no les corresponda la forma de resolución o decreto, así como también podrán adoptar las formas de instrucciones o circulares, dependiendo del caso y del órgano que la dicta.

En tal sentido debemos observar el artículo 17 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) que indica:

Artículo 17: Las decisiones de los órganos de la Administración Pública Nacional, cuando no les corresponda la forma de decreto o resolución, conforme a los artículos anteriores, tendrán la denominación de orden o providencia administrativa. También, en su caso, podrán adoptar las formas de instrucciones o circulares.

Por lo tanto, se trata de un acto de rango sublegal, que debe cumplir y tener una determinada forma, como que debe ser escrita, tener una publicación (artículo 72 de la LOPA) y notificación de conformidad con lo establecido en los artículos 14 y 18 de la LOPA, salvo que la naturaleza de la actuación no lo requiera, siendo que incluso pueden configurarse como una actuación verbal o de una señal¹⁴.

La providencia cuando es una circular es una orden escrita que no está dirigida a un órgano específico, sino a varios órganos, teniendo un carácter general que prescribe una forma de realizar una actividad o se informa de esta en general, no siendo el acto administrativo de orden interno, sino que es una forma de información del mismo. En cambio, las instrucciones sí tienen un carácter sustantivo y sí constituyen un acto de orden interno, siendo usualmente órdenes de servicio, cuando el superior jerárquico prescribe la conducta de un inferior para una actuación concreta o de instrucciones de servicio, cuando se trata de órdenes dirigidas en general a los funcionarios inferiores en relación a la forma de resolver los asuntos, del funcionamiento de la Administración o las modalidades de los trámites en los procedimientos administrativos y que son manifestación de la potestad jerárquica¹⁵.

En este sentido, se estima que, desde un punto de vista general, la providencia administrativa, como acto de ejecución mediata de la Constitución e inmediata de la ley y los reglamentos, debe iniciar mencionando cuáles artículos de la Constitución, leyes y reglamentos, le dan el fundamento jurídico, pues no se trata de un reglamento autónomo, que no ejecutan leyes, sino que es la realización de un mandato constitucional, legal o reglamentario. Este hecho, no ocurrió con la providencia que se analiza, sin embargo, como señalamos en el punto anterior, ello no significa que no tengan aplicabilidad y sean de obligatorio cumplimiento, sobre todo al tomar en cuenta que se trata de un acto de rango

¹⁴ Allan Brewer-Carias, *Consideraciones sobre la actividad interna de la administración y sus formalidades*, Revista de Derecho Público N° 21, 1985, páginas 39-40.

¹⁵ *Ibid.*, página 41.

sublegal sometido a cumplir lo que en esos cuerpos normativos se establece y, en caso de contradecir alguna norma de rango superior, desaplicar la norma de la providencia que entre en conflicto.

Comprendido lo anterior, se debe tomar en consideración que la jerarquía normativa ha de entenderse en un sentido decreciente: **(i)** Normas constitucionales (Constitución, tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, cuando consagran derechos y garantías más generosos que los previstos en el Texto Magno, y las normas que transfieran competencias desde el poder nacional hacia los estados y los municipios); **(ii)** Normas subconstitucionales (ley orgánica, leyes ordinarias, tratados y decretos-leyes); y **(iii)** Normas sublegales (reglamentos, decretos y resoluciones con contenido normativo).

Por lo tanto, la jerarquización de las normas y fuentes jurídicas en el ordenamiento jurídico se entiende como la existencia de una superioridad de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica, sobre la base de un criterio material que contiene los principios fundamentales de legalidad material y formal, igualmente hay una superioridad de la norma escrita sobre la costumbre y los principios generales del Derecho. Esta jerarquía de fuentes establece una superioridad de la ley y de las normas con rango de ley ante las demás normas administrativas; del mismo modo las disposiciones administrativas se encuentran jerarquizadas en un orden específico; decretos, órdenes de las comisiones delegadas del Gobierno, órdenes ministeriales y disposiciones de las demás autoridades y órganos inferiores de acuerdo con el orden de su respectiva jerarquía que previamente hemos indicado. De allí que se reitera que, en caso de colisión o contradicción entre lo establecido en la providencia y algún texto legal o constitucional, siempre prevalecerá las normas de jerarquía superior.

Para finalizar este punto, se debe destacar lo indicado en el artículo 38 de la Ley de Registros y Notarías, que establece que:

Artículo 38. La recepción, identificación y anotación de los documentos, la digitalización de imágenes, la verificación del pago de tributos, la determinación de la clase y cantidad de operaciones, así como la automatización de estos procesos, serán desarrolladas mediante Resolución de la titular o el titular del órgano del cual depende jerárquicamente el Servicio Autónomo de Registros y Notarías.

Como se puede apreciar de la norma legal transcrita, se indica claramente que lo relativo a este tema que regula la providencia analizada, se debe efectuar es a través de una resolución y no una providencia, pero además, como se trata de una resolución, tal cual lo establece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, debe ser emanada del órgano de adscripción al cual depende el SAREN y que actualmente, es la

Vicepresidencia de la República, por lo tanto, es éste órgano el competente para dictar la resolución que regule la materia¹⁶.

IV. Análisis del articulado de la providencia

En el presente punto, haremos un análisis particular pero no detallado y exhaustivo de varios de los articulados contenidos en la Providencia Administrativa N° 525 del SAREN, en tal sentido, nuestro análisis comienza con el artículo 1 en el que se indica que la providencia tiene por objeto regular la implementación de medios electrónicos en los procesos del SAREN, tanto en Notarías como Registros, para optimizar la comparecencia y comprobación de la identidad de los y las otorgantes a través del análisis biométrico de los elementos de identificación de los usuarios y el manejo electrónico de los procesos registrales y notariales. Como indicamos en los párrafos anteriores, esto se debe realizar en relación, vínculo y cumplimiento a la Constitución y leyes previamente señalados.

Sobre este aspecto, se debe indicar que la Ley de Registros y Notarías de 2021, no es la primera ley especial en esta área que establece el uso de la tecnología e informática, esto se reconoció por primera vez en la Gaceta Oficial N° 37.333 de 27-11-2001; y sus posteriores reformas en la G.O. N° 5.833 Extraordinario de 04-05-2006 y; la de la G.O. N° 6.156 Extraordinario de 19-11-2014, con lo cual se observa que esto existe desde hace por lo menos veintitrés años.

Luego tenemos el artículo 2 donde se menciona que los:

...medios electrónicos a implementar por el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) deberán cumplir con los principios, bases y lineamientos que rigen el uso de las tecnologías de información en el Poder Público, para mejorar la gestión pública y los servicios que se prestan a las personas.

En ese sentido, pudo haberse hecho una referencia concreta al capítulo II de la Ley de Infogobierno que se titula precisamente “Principios y Bases de las Tecnologías de la Información...”, sin embargo, como hemos mencionado, esta omisión no significa que no se deba aplicar lo establecido en este texto normativo, sobre todo en cuanto a que dicha ley habla de la incorporación de la firma electrónica con certificado electrónico, a todos los procesos que se realicen con el Estado y el poder público, siendo que se observa que realmente en esta providencia no se incorpora la firma electrónica con certificado expedido por un ente autorizado por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUCERTE). Igualmente, toda la normativa previamente

¹⁶ Según Decreto Presidencial N° 4.395 del 24-12-2020, se adscribió a la Vicepresidencia Ejecutiva de la República el SAREN, lo cual fue publicado en la G.O. N° 6.605 Extraordinario del 24-12-2020.

mencionada y a la que hemos hecho referencia, es aplicable y así ha de ser entendido de la lectura de este artículo.

El artículo 3, aunque se trata de un artículo de difícil entendimiento, ya que pareciera que se refiere a que en aquellas ocasiones donde no se cuente con la solución electrónica podrá realizarse el proceso de autenticación o registro a través de los medios convencionales u otros mecanismos, esto no queda claro, pero en todo caso, el Estado debería garantizar los medios para poder garantizar el acceso al servicio público de manera permanente. Aunque se habla con cierta redundancia, lo cierto es que, en principio, el servicio no debería fallar y si falla no se debe dejar de prestar el servicio, ya que ese es el criterio que se usa cuando se implementa una solución tecnológica de la información.

El artículo 4, sobre la informática forense, señala que, para lograr los objetivos planteados, el SAREN, asegurará los medios electrónicos relativos a la comprobación biométrica dactilar de los elementos de identificación de los usuarios a utilizar, siendo que en ejercicio de sus funciones permita la aplicación de la informática forense con el objeto de identificar, analizar y presentar los datos objeto de tratamiento tecnológico. Esto significa que se debe permitir el ejercicio de la informática forense para analizar, verificar y presentar los datos objeto de tratamiento tecnológico, disciplina contemplada en la ley de infogobierno¹⁷ y demás cuerpos normativos, siendo que en el caso de las fotos y las firmas digitalizadas estas deberían estar guardadas en archivos, porque de lo contrario, se dificulta esta actividad forense, no obstante, hablaremos de esto más adelante.

Los artículos 5, 6 y 7, hacen referencia a que la solución electrónica a implementar por el SAREN deberá ser susceptible de interoperabilidad, prospectiva tecnológica y seguridad de la información, bajo los principios de confidencialidad, privacidad y disponibilidad de la información. Acá cobran relevancia los artículos 28 y 143 de la CRBV y los cuerpos normativos como la Ley del Infogobierno; la Ley contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia y la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones, entre las otras señaladas. Aunque aún no existe una ley de protección de datos personales y privados propiamente dicha que regule el uso de los medios electrónicos a implementar por particulares y la Administración Pública, es importante y apreciable, que la providencia en varios de sus artículos además de los presentes estudiados, haga señalamiento con relación a la protección de los datos personales en resguardo del honor, la vida privada, la intimidad, la propia imagen, la confidencialidad y reputación de las personas, a lo que se puede agregar la voz, los datos biométricos, filiatorios, patrimoniales,

¹⁷ En este sentido se pueden ver los artículos 5 numeral 9, 55 numeral 11 y 57 de dicha ley.

entre otros aspectos. Reiterando, además, que esto también se vincula especialmente con los medios electrónicos sobre comprobación biométrica, los elementos de identificación de los usuarios, que junto con lo ya señalado agrega que debe existir disponibilidad de la información y preservación de los documentos y comunicaciones electrónicas.

Igualmente, como se puede apreciar del artículo 5 acá analizado, se da importancia y relevancia a la interoperabilidad, la cual ya se aplicó entre el INTT y el SAREN con los casos de registro de traspasos vehiculares¹⁸, siendo que es un aspecto positivo que se avance en este sentido.

El artículo 8 establece el uso de licencias informáticas y aunque repite lo establecido en el artículo 35 de la Ley de Infogobierno relacionado a que serán adoptadas licencias que garanticen “que los trabajos derivados se licencien en los mismos términos que la licencia original” se debe tener en cuenta que el establecimiento de tal condición corresponde al órgano rector que es el Ministerio de Ciencia y Tecnología, en especial por cuanto ello es una excepción del principio de conocimiento libre que establece el artículo 34 de la misma ley especial. Por su parte, en el caso de la interoperatividad, la Ley Sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentación entre los Órganos y Entes del Estado, establece en su artículo 35 claramente que estas licencias deben ser de software libre.

Del mismo modo se debe indicar que, respecto a las licencias informáticas, hay antecedentes sobre los sistemas de identificación de la cédula de identidad hace varios años, en donde se indicó que se respetaría la selección de la plataforma o los contratistas, no obstante, no se debe olvidar que hay normas en las distintas leyes previamente señaladas, en las cuales es importante que se busque la aplicación de software libre para esta materia de seguridad informática¹⁹.

¹⁸ Esto se puede apreciar en el Instituto Nacional de Transporte y Terrestre (INTT). *INTT y SAREN cuentan con interoperabilidad para la realización de traspasos vehiculares*. Tomado de <https://www.intt.gob.ve/inttweb/?p=12022> y de INTT. *INTT y Saren presentan segunda fase de interoperabilidad para verificación de traspasos de vehículos de personas jurídicas*. <https://www.intt.gob.ve/inttweb/?p=12072>

¹⁹ Igualmente hacen mención del software libre la Ley de Telesalud publicada en la C.O. N° 6.207 Extraordinario del 28-12-2015, el Reglamento de la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana; el Reglamento de la Ley de Aguas; el Reglamento Interno de la Defensa Pública, entre muchos otros reglamentos. Del mismo modo se puede indicar que el “Gobierno Nacional promueve el uso de software libre como una herramienta fundamental para garantizar la independencia y hacer frente a las vulnerabilidades que se registran en las plataformas tecnológicas que tratan de dominar el mundo, indicó este lunes la vicepresidenta Sectorial de Ciencia, Tecnología, Educación y Salud, Gabriela Jiménez”, tomado de TelecomVenezuela. *Venezuela prioriza uso del software libre ante vulnerabilidad de sistemas privados desarrollados por las corporaciones*.

El artículo 9 de la providencia establece las condiciones sobre la interoperatividad, siendo que eso se encuentra ampliamente regulado en la Ley Sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentación entre los Órganos y Entes del Estado y, aunque no se limitó a hacer una referencia directa a dicha ley, es evidente que se encuentra sometida en su cumplimiento y ejecución a lo allí establecido, siendo que además respecto al sistema de identificación, se hace referencia también a la protección de datos cuando establece que en ningún caso se puede disponer de la data que obtenga de los mismos para otros fines ni cederlos a terceros, dado que se reputan datos personales de acceso restringido al ser solo de interés del otorgante y del órgano que otorga fe pública, salvo aquellos datos que formen parte de los documentos sujetos a la publicidad registral o notarial.

El artículo 10 referente al examen biométrico dactilar, fotográfico y firma electrónica, menciona que en los registros principales, mercantiles, públicos y las notarías se implementará el examen biométrico de los dibujos de las crestas dactilares, acompañado del registro fotográfico y firma electrónica de los otorgantes por lo que:

...se implementará el examen biométrico de los dibujos de las crestas dactilares, acompañado del registro fotográfico y firma electrónica de los y las otorgantes, para así otorgar celeridad, seguridad y eficiencia a los procesos de validación de la identidad de los y las otorgantes y optimizar el proceso de consulta de la identidad por parte del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN).

Luego el artículo 11 relativo a la interconexión SAREN-SAIME establece “Efectuada la comprobación biométrica, se realizará el registro fotográfico y firma electrónica de los y las otorgantes presentes para formalizar el otorgamiento de los actos”, que se debe vincular igualmente con los artículos 12 y 13 se refuerza la interoperabilidad entre los entes y, finalmente, el artículo 15 establece que, “Por tanto, realizada la comprobación”:

...y arrojada la coincidencia del cotejo, el funcionario o funcionaria competente del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) continuará con la fase correspondiente a la certificación de la identidad y procederá al otorgamiento del acto o negocio jurídico solicitado por las partes, con base al proceso dispuesto en el artículo 11 de esta Providencia Administrativa.

Mencionados estos tres artículos y bajo la premisas de las definiciones contenidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas establecidas en el artículo 2 de dicha ley y el artículo 24 de la Ley de Infogobierno y la parte final del artículo 24 y el artículo 25 de la Ley de Registros y Notarías, pareciera claro que de lo que se trata y hace referencia esta providencia es del uso de

una firma electrónica calificada emitida por un proveedor acreditado por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUS-CERTE).

Como se observa, a pesar de que el procedimiento del artículo 11 menciona el uso de la firma electrónica, todo el capítulo III de la providencia la excluye conceptualmente del procedimiento lo que se refiere a las características de esta, contradiciendo tanto el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, como a la Ley de Infogobierno y a la Ley de Registros y Notarías.

No obstante, es necesario considerar que esta providencia es un avance en el que se establece un procedimiento y el uso del documento digital, por el cual se va a realizar el otorgamiento de documentos ante los registros y notarías, aunque pareciera que se excluye el uso de la firma electrónica propiamente dicha y regulada en la ley especial, a pesar que se menciona la firma electrónica, con lo cual se observa que, existe una confusión con el concepto de lo que es la firma electrónica y otros tipos de mecanismos electrónicos de manifestación de la voluntad de las personas como lo son las firmas digitales, que son menos robustos que la firma electrónica, por ello, se puede decir que en algunos casos, esta providencia contradice el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas y a la Ley de Infogobierno.

Pero también, algunos podrían decir que la providencia vulnera a la Ley Sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentación entre los órganos y entes del Estado cuando pretende establecer normas de interoperatividad distintas a las establecidas en dicha ley, como por ejemplo la unidireccionalidad de la información, cuando al contrario de lo indicado en la providencia, esta ley especial establece la obligatoriedad de compartir datos, información y documentos en su artículo 43, salvo aquellas restricciones que se impongan para garantizar el honor o reputación, vida privada o vida íntima.

No obstante, esta aparente contradicción, puede ser entendida y subsanada en el sentido de que al SAREN le interesa comprobar la veracidad de la identidad e identificación de las partes intervinientes en el acto o negocio jurídico a realizar, sobre el cual deben dar fe pública para que surta todos los efectos legales pertinentes, mientras que al SAIME no le interesa ni tiene porqué saber, quienes firman y qué firman, y mucho menos tener en sus archivos o ficheros los documentos que se suscriben, lo cual no es óbice que en ciertos casos y supuestos el SAIME pueda pedir al SAREN cierta información en particular para realizar sus actividades legalmente establecidas, aunado a que todos los entes públicos deben resguardar los datos privados de las personas y ello es lo que se busca hacer con esta providencia. En definitiva, la interoperatividad significa tener acceso a una información y el intercambio de esta, para lo cual no se requiere que se pueda guardar o copiar la data de otro

ente público y mucho menos la posibilidad de modificarlo, eliminarlo, alterarlo, entre otras cosas.

Sobre este artículo 11, también se puede decir que verificado lo anterior, se habla de la existencia de un registro fotográfico y firma electrónica de los otorgantes presentes, para formalizar el otorgamiento de actos. Frente a esto, se debe reiterar que como este artículo habla expresamente de firma electrónica, eso significa que en un futuro se pudiera usar la misma, empleando a los proveedores que están certificados por SUCERTE²⁰. Igualmente, aunque la providencia habla de una firma digital o digitalizada, como si fuera firma electrónica, a este tipo de firmas también se le puede hacer una experticia forense y grafotécnica a la hora de una impugnación del documento auténtico o público.

Se hace igualmente mención a la fotografía, que también se señala en el artículo 10, pero no se especifica qué se va hacer con dicha imagen, siendo que hasta ahora no se había incorporado esta data como un método de identificación biométrica y pareciera que ahora tampoco, sino que se va a utilizar como un elemento complementario de identificación del acto y que se agrega al documento otorgado, por lo que no se sabe si se tomará en consideración la posibilidad de captura de datos biométricos de la fotografía, aunque ello no obsta para que esa identificación biométrica no se haga posteriormente sobre la base de datos que tenga el SAREN en la que se vaya capturando la fotografía y que se realiza una vez que se ha iniciado el procedimiento sobre las personas que participaron en el otorgamiento del documento, siendo que su uso de forma biométrica pudiera establecerse en una providencia complementaria.

Este artículo también hace la ratificación de los temas de privacidad. Igualmente, este artículo habla de impresiones dactilares, aunque técnicamente no es una huella de conformidad con la criminalística, no obstante, una vez verificada la identidad biométrica dactilar de la persona, se procede al otorgamiento del acto o negocio jurídico. También, se hace una diferenciación en cuanto a cómo se va a digitalizar la firma de la persona junto con una identificación biométrica y la impresión dactilar, siendo que otro elemento constitutivo del acto sería la suscripción

²⁰ Hasta ahora son cuatro las empresas certificadas por SUCERTE para prestar este servicio y que son la Fundación Instituto de Ingeniería para Investigación y Desarrollo Tecnológico (FIIIDT) (público aprobado por primera vez mediante providencia administrativa publicada en G.O. N° 38.976 del 18-07-2008, que se ha renovado hasta la presente fecha), PROCERT (privado aprobado por primera vez mediante providencia administrativa publicada en G.O. N° 38.976 del 18-07-2008, que se ha renovado hasta la presente fecha), AUTHENOLOGY (privado aprobado mediante providencia administrativa) y APASCUANA (privado aprobado mediante providencia administrativa publicada en la G.O. N° 42.957 del 05-09-2024), siendo que además para el momento de realizar este artículo está en el trámite de certificación una quinta empresa.

o la digitalización mediante manuscritos, grafismos de puño y letra de cada otorgante.

Este artículo 11, lo debemos relacionar con el artículo 21 de la providencia, que se analizará más adelante, donde pareciera que se establecen dos tipos de procedimientos posibles de seguir.

Ya en lo relativo a los artículos 12 y 13 de la providencia, se ratifica la interoperabilidad y que el SAREN usará la base de datos del SAIME sin hacer archivo propio, pero quedando archivadas las trazas para identificar el trámite como lo son la fecha y hora, es decir las trazas digitales, asimismo se establece que la comunicación de la base de datos con el SAIME y por parte del SAREN, es por medio de una consulta unidireccional, donde no va haber posibilidad de modificar, alterar o duplicar las bases de datos del organismo encargado de la identificación pero si existirá interoperabilidad.

El artículo 14 se vincula también con la protección de datos al indicar que no se puede ceder la base de datos que maneja bajo ningún título, ni permitir su uso por terceros, dado que dicha data es propiedad exclusiva y excluyente del Estado venezolano, con lo cual quedaría por ley excluida la cesión de esta información tanto interna como internacionalmente, brindando mayor seguridad a los datos contenidos en dicho archivos, repositorios o ficheros.

Luego en el artículo 15 al hablar de la solución biométrica, en su función identificación constituido con el uso de las huellas dactilares de los otorgantes, dice que esta es una herramienta para la verificación de la identidad, por lo que no es la única. Así, cuando se produce la coincidencia del cotejo y comprobada la identidad, el funcionario respectivo pasa a la fase de la certificación de la identidad y procederá al otorgamiento del acto o negocio jurídico solicitado y según el proceso dispuesto en el artículo 11 de la Providencia Administrativa.

El siguiente artículo que es el artículo 17 señala que se puede presentar un documento ante el registro y la notaría, y si al momento de la identificación de los otorgantes no hay coincidencia de los datos documentales con la identificación de la persona, no se podrá otorgar el documento hasta que exista una verificación física o que haya una verificación biométrica digital del otorgante.

Así las cosas, en el artículo 18 establece que, en:

...caso de persistir la objeción una vez agotado el proceso de remediación, el Registrador o Registradora, el Notario o la Notaria, realizará la revisión de los elementos contenidos en la cédula de identidad del o de la otorgante, luego de lo cual, de ser procedente, dará por validada la identidad y continuará con el procedimiento de otorgamiento del acto o negocio jurídico.

Se debe señalar que para evitar que pudiera estarse usurpando las funciones del Servicio de Autónomo de Identificación y Extranjería (SAIME), en caso de que no se pueda validar la identidad de uno de los otorgantes, se establece en el artículo anterior que es a través del SAIME que se realiza esa verificación, que es el órgano que tiene las atribuciones y facultades de identificación e identidad de las personas, lo cual es una condición de orden público y de seguridad y defensa para la nación, siendo este ente a quien se deberá remitir el caso en particular para que se agote la vía administrativa correspondiente para resolverlo por dicho ente y no en ningún otro organismo, aunque el SAREN establecerá un personal calificado para coordinar tales verificaciones.

Los artículos 18 al 20, son los relativos a la objeción del otorgante en cuanto su identidad, y mencionan que, en caso de que el otorgante resulte objetado en el proceso de cotejo mediante la solución biométrica por arrojar alguna discrepancia o error entre la huella dactilar de los otorgantes y la base de datos, se iniciará el proceso de remediación. Una vez verificada la identidad del otorgante objetado, es cuando el funcionario competente procederá al otorgamiento.

Pero, si persiste la objeción, una vez agotado el proceso de remediación, el registrador o el notario realizarán la revisión de la cédula de identidad del otorgante, luego de lo cual, de ser procedente, dará por validada la identidad y continuará con el procedimiento de otorgamiento.

Si la validación de la identidad resultare improcedente, el registrador o el notario emitirá un acto motivado especificando los elementos que justifiquen la negativa de inscripción del acto o negocio jurídico, el cual se notificará al interesado, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En este sentido, se debe indicar que con la firma electrónica ya se dieron y cumplieron todos los pasos de identidad e identificación del titular de la misma (artículos 16 y 19)²¹, con lo cual no haría falta realizar este procedimiento acá indicado y tendría plena certeza legal de los otorgantes del documento.

Igualmente se indica que de conformidad con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se pueden intentar recursos administrativos o contenciosos otorgados por la ley.

Respecto al artículo 21 se habla de un nuevo concepto jurídico que es la “firma manuscrita digital”, sobre este aspecto se debe tener

²¹ Del mismo modo sobre este aspecto y la identificación de las personas se debe tomar en consideración la Norma 032-05-2024 de SUCERTE sobre la Infraestructura Nacional de Certificación Electrónica: Estructura, Certificados y Listas de Certificados Revocados, la cual puede ser revisada en <https://www.sucerte.gob.ve/wp-content/uploads/2024/06/NORMA-032-05-2024.pdf>

presente que el Código Civil sigue teniendo como elemento constitutivo de la manifestación de voluntad la firma hecha de puño y letra o autógrafa (artículos 1.358, 1.364, 1.365, 1.368, 1.369, 1.374, 1.375, 1.379, 1.923 y 1.925), y la impresión dactilar se ha acostumbrado desde hace varios años a incorporarla en los documentos que se hacen ante notarías y registros por instrucciones del SAREN siendo que con esto se busca en los casos de producirse un fraude²², poder identificar a la persona que participó en la suplantación de la identidad de otra, aunque las impresiones dactilares tienen un defecto que es que pueden ser tomadas por una persona que no está consciente o que se encuentra bajo los efectos de sustancias psicotrópicas o alucinantes²³, otro caso particular, sería el de las personas que han sido objeto de una amputación o han perdido las huellas digitales por alguna circunstancia.

No olvidemos que mencionamos que debemos relacionar el artículo 21 con el artículo 11 de la providencia. En este sentido se debe observar el capítulo III intitulado “De la Aplicación de Medios Electrónicos a la Manifestación de Voluntad de los Otorgantes a través de la Firma de los Actos y Negocios Jurídicos Objeto de la Función Registral o Notarial” que es donde se establece en su artículo 21 lo siguiente:

En los actos y negocios jurídicos objeto del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), que impliquen la voluntad del o la otorgante y de su firma, se implementará el uso de medios electrónicos para la ejecución de la firma manuscrita digital, en los términos siguientes.

Así las cosas, cuando se dice que en los actos “que impliquen voluntad del o la otorgante y de su firma”, debe entenderse que son todos los actos que son presentados ante los registros y notarías, por cuanto, ya se traten de actos o negocios unilaterales o bilaterales, las personas acuden a estas oficinas, es para que sus documentos queden revestidos de fe pública, por lo que debe entenderse que, en principio, llevan implícito la manifestación de voluntad de los otorgantes y deben ser firmados, aunque, existen ciertos tipos de documentos en que el otorgante no es el titular del derecho subjetivo sino un representante, como sería el caso la firma a ruego²⁴, de un mandatario o una carta poder²⁵, quien suscribirá en nombre de su mandante tales documentos.

²² Lo relativo a las huellas digitales existe desde la Ley de Registro Público y del Notariado de 2021 antes señalada. y la huella física es algo que existe desde la Ley de Registro Público y del Notariado publicada en la G.O. N° 37.333 de 27-11-2001.

²³ Esto cobra especial relevancia en el caso de la firma a ruego establecido en el artículo 81 de la Ley de Registros y Notarías.

²⁴ Este sería el caso del artículo 856 del Código Civil sobre testamentos y el artículo 81 de la Ley de Registros y Notarías.

²⁵ Esto de conformidad con los artículos 31 y 32 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, publicada en la G.O. N° 6.149 del Extraordinario del 18-11-2014, así como que también se ha convertido en una costumbre mercantil, en cuanto la

Este procedimiento es parecido a los electorales²⁶ en cuanto a que, sin perjuicio de los documentos de identificación utilizados, incluso sobre los expedidos por el mismo Estado se puede aplicar un procedimiento de verificación de impresiones dactilares biométrica y automatizado.

Por otra parte, pareciera que existen dos tipos de procedimientos, uno el establecido en el artículo 11 de la providencia, que destaca que previo al otorgamiento, el SAREN realizará el cotejo y comparación biométrica de las huellas dactilares de los otorgantes contra la base de datos del SAIME, como organismo competente en materia de identificación de las personas, en el cual se utilizarían firmas electrónicas, para documentos que por argumento en contrario no impliquen la voluntad del o la otorgante y de su firma y el procedimiento del capítulo III que estamos tratando.

El numeral 1 del artículo 21 establece que: “1. La manifestación de voluntad mediante la firma manuscrita deberá realizarse (...) de manera presencial y con inmediatez ante el funcionario o funcionaria registral o notarial competente, quien dará fe de ello”. Es decir, la firma será manuscrita y en la sede del registro o notaría pues se afirma que debe existir inmediatez y presencialidad. Esto denota que se trata de una firma digital y no de una firma electrónica, como lo permite el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, lo cual explica el requerimiento de que sea presencial y no de que se pueda efectuar a distancia, lo cual guardaría relación a su vez con el artículo 25 de la Ley de Registros y Notarías.

De otro lado, continua el numeral 2 del artículo 21 señalando que:

La firma manuscrita como expresión tangible de la manifestación de voluntad implicará la ejecución de puño y letra del otorgante de los trazos de la firma sobre el medio electrónico, el cual capturará los signos distintivos y los estampará de manera inmediata sobre los documentos que contienen el acto o negocio jurídico objeto de registro o notaría.

Con este artículo, queda en claro que se refiere a la firma digital o digitalizada y no al uso de la firma electrónica y ello implica que, si el “medio electrónico” es único, se requiere de la presencialidad de la persona de la cual se habla, que es la física, sin el uso de medios telemáticos, lo cual lo que hace es sustituir el papel físico por el soporte digital, lo que es un avance, pero no termina de aplicar las ventajas y beneficios de la firma electrónica.

representación de algunos accionistas en las asambleas ordinarias o extraordinarias que se celebran en las sociedades mercantiles.

²⁶ Para ver estos procedimientos, revisar la Ley Orgánica de Procesos Electorales publicada en la G.O. N° 5.928 Extraordinario del 12-08-2009.

Luego el numeral 3 continúa estableciendo que “La captura y plasmación en el documento de los trazos de la firma por medio electrónico tendrá las mismas garantías de la materialización a través de medio húmedo (tinta)”. En este caso, este artículo pareciera referirse al principio de equivalencia contenido en los artículos 16 de la Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas y 25 de la Ley de Registros y Notarías. Conforme a lo establecido en dichos instrumentos, es la firma electrónica y no la firma digital o digitalizada la que equivale a la firma autógrafa tanto de los signatarios como del registrador o notario, con lo cual, esta norma al extender dicha equivalencia a la firma manuscrita digital, entra en contradicción las leyes mencionadas previamente de manera clara, ya que se estaría excediendo de los límites al darle aparentemente un valor equivalente a la firma electrónica, lo cual es algo que no puede ser reglado y modificado por medio de una providencia, cambiando lo que establecen las leyes que son de rango jerárquico superior.

En general, los numerales 1, 2 y 3 exigen que sea presencial la firma, por lo que no se puede mandar una foto con un PDF de la misma, además así quedan los trazos de la firma sobre el medio electrónico, ya sea este una Tablet o dispositivo de captación digital con un instrumento tipo bolígrafo, porque también existe la posibilidad en muchos sistemas como en Estados Unidos de América (EEUU) de hacer la firma con el dedo²⁷, lo cual cambia gran cantidad de movimientos automáticos y las trazas porque se está cambiando la forma de ejecutar el acto y se sustituye un elemento anatómico por el instrumento escritural, lo cual causa alteraciones. Por ello se indica que este se realizará con los signos distintivos que se estamparán.

En el numeral 4 de este artículo, se indica que esta representación de firma solamente puede efectuarse y estar en el documento una vez, lo que técnicamente es correcto, porque ninguna firma es igual a otra ni porque sean hechas por la misma persona, y en caso de que se trate de hacer un forjamiento de falsificación de otro documento con el uso de otro documento electrónico, pudiera ser detectado por los expertos. Sin embargo, acá se causa un problema técnico sobre las trazas por cuanto esa firma aparentemente no va a quedar grabada en el sistema del SA-REN, pero sí se va a plasmar en la impresión, pero no queda registrada en un repositorio y eso va a en contra un poco de lo que es el Reglamento (UE) No 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, que indica que estas son de tres niveles, la

²⁷ En este sentido se puede observar lo establecido en la Ley de Firma Electrónica (*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act [ESING]*) de 2000 y la Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas (*Electronic Transactions Act [UETA]*) de 1999.

simple, la avanzada y la cualificada, siendo que todo lo que se establece en la providencia, por su característica, sería una firma avanzada dentro del reglamento de la Unión Europea, y en ese reglamento se obliga a guardar los elementos constitutivos de cómo se hizo el trazo, que son datos biométricos²⁸, por lo que no guardar esta información en la providencia bajo estudio no es un acierto, sobre todo al considerar que sólo trabajarán los expertos grafotécnicos en caso de tacha de falsedad con la impresión de algo que presuntamente estuvo en el sistema pero que no quedó registrado.

Igualmente se observa como la norma se aleja aún más del concepto de firma electrónica y se deja más en claro que es una firma digital, cuando establece que:

La exclusividad de la firma para testar la voluntad del negocio o acto jurídico que se otorga implica su fungibilidad, de tal manera que su plasmación en los documentos que contienen la naturaleza del negocio o acto jurídico agota su uso válido.

Más allá del problema de falta de precisión al emplear la palabra fungible distinta a la de fungir, que se refiere el primer término en derecho a los bienes que se consideran según su cantidad, peso o medida y que a su vez se consumen por su uso y pueden sustituir por otros, lo que pareciera querer referir la norma, es que la firma se usa y será válida solo en la transacción que se emplea, por tener características y trazos propios, únicos e irrepetibles; mientras que la firma electrónica puede usarse durante la vigencia del certificado en una o más transacciones sin tener ningún tipo de variabilidad de trazos, solo en cuanto a fechas, contenido, entre otros aspectos.

Luego en el punto 5 se indica que se va a grabar la metadata²⁹ del otorgamiento, relativas a las trazas correspondientes a la fecha y hora

²⁸ En este sentido se puede observar el considerando 61 y los artículos 34 y 40 de dicho reglamento, entre otras normas allí establecidas.

²⁹ En tal sentido un metadato de sería entendida de la manera más común y genera como “datos sobre datos”, es decir, es la mínima información indispensable para identificar un recurso, como puede ser un archivo en la computadora u ordenador, una información extra sobre un tipo de dato, como por ejemplo el autor, la extensión o su formato. Otro modo de entenderlo es que son los datos que se usan para describir el contenido o información de otros datos, es decir, “más allá de los datos” en referencia a esos datos que describen. Los metadatos ayudan a mejorar la estructuración de la información, puesto que describen y catalogan esta, además de mejorar su recuperación, ya que sirven para identificar la relevancia de aquello que se busca, independientemente de sea cual sea su soporte. Los metadatos pueden mostrar información extra de los datos; se trata de una información descriptiva sobre el contexto, la calidad, la condición o las características de un dato, sirviendo para organizar, encontrar y recuperar los datos que se buscan, pudiendo mostrar prácticamente cualquier tipo de información, dependiendo del método o modelo de metadatos empleado. Tomado de Ayudaley. *¿Qué son y para qué sirven los metadatos?*. <https://ayudaleyprotecciondatos.es/metadatos/>

del otorgamiento efectuado por medio electrónico, pero pareciera que no se van a dejar más rastros a nivel de sistema como la firma efectuada, las huellas digitales y la foto tomada.

El *artículo 22*, habla también de la firma manuscrita digital, será incorporada a la nota de autenticación o de registro, destacando que esto se debe vincular con el artículo anterior en cuanto a que en los actos que esté involucrada la voluntad del otorgante y de su firma, se implementará el uso de medios electrónicos para la ejecución de la firma manuscrita digital, en los términos siguientes:

(i) Deberá realizarse respetando y cumpliendo las garantías de libertad contractual y seguridad jurídica, de manera presencial y con inmediatez ante el funcionario registral o notarial competente, quien dará fe de ello.

(ii) La firma manuscrita como expresión tangible de la manifestación de voluntad se hará sobre el medio electrónico, el cual capturará los signos distintivos y los estampará de manera inmediata sobre los documentos que contienen el acto.

(iii) La captura y plasmación en el documento de los trazos de la firma por medio electrónico tendrá las mismas garantías de la materialización a través de medio húmedo (tinta).

(iv) Su plasmación en los documentos que contienen la naturaleza del negocio o acto jurídico agota su uso válido.

(v) En el documento contentivo del acto y en el acta registral, se especificará la condición con que actúa cada otorgante de la firma manuscrita digital, así como la localización de las trazas correspondientes a la fecha y hora del otorgamiento provistas por el medio electrónico.

Finalmente, respecto a este artículo podemos mencionar que aparentemente se reduce el número de firmas a realizar y evaluar, porque antes se tenía la firma al pie del documento que se presentaba u otorgaba al momento de firmar y luego en la nota de autenticación. Esto trae como conclusión, que en realidad la firma pública es la que se otorga ante el funcionario y no la que se coloca en el documento que se presenta ante la notaría o registro, siendo que a veces se ha presentado diferencia entre la firma del documento como tal y el de la nota de autenticación o protocolización del registro.

Hacemos mención igualmente a la disposición transitoria primera, relativa a la aplicación progresiva de la providencia, que destaca que la implementación de medios electrónicos de biometría dactilar se aplicará de manera progresiva, iniciando en las notarías públicas ubicadas en la región capital. Paulatinamente, se irán incorporando el resto de las oficinas notariales y registrales a nivel nacional. Llama la atención respecto a esta disposición transitoria que se colocan al final de todo el

articulado, pero, sin embargo, en la providencia se coloca antes del artículo 23.

En cuanto al artículo 23, sobre la excepcionalidad de la firma húmeda, se indica que la suscripción del acto por parte de los otorgantes se realizará mediante la firma manuscrita incorporada a la nota de autenticación o de registro, a través del medio electrónico dispuesto por el SAREN, y excepcionalmente mediante medio húmedo (tinta). Este artículo y el anterior, dejan en claro que se trata de una firma digitalizada y no de una firma electrónica propiamente dicha.

Finalmente, se observa un error material de numeración en la providencia, donde del artículo 15 pasa al 17 obviándose el artículo 16, lo cual constituye un elemento de forma y no de fondo.

Como se observa estas breves notas dan cuenta de la necesidad que se haga una revisión de la norma, a los fines de adecuarla al ordenamiento jurídico nacional, sin que el presente comentario sea nugatorio del esfuerzo en la búsqueda del gobierno digital y el uso de las tecnologías por parte del Estado.

Conclusiones

Según lo que hemos señalado en el presente escrito, la Providencia Administrativa N° 525 del 17-10-2024, dictada por el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), se trata de un cuerpo normativo que tiene muchas falencias pero que puede ser mejorada, a través de una ampliación, aclaratoria o una nueva providencia que la sustituya, sobre todo ante las dudas de los usuarios y funcionarios que han surgido desde su aprobación, siendo que además existe una irregularidad en cuanto al tipo de acto administrativo dictado y el órgano de quien emana, por entrar en contradicción con la Ley de Registros y Notarías.

No obstante lo anterior, todo esto es en desarrollo del mandato constitucional previsto el artículo 110, la Ley de Infogobierno y todos los cuerpos normativos que se mencionaron en el presente trabajo que, aunque no se haga señalamiento expreso de estos cuerpos normativos en dicha providencia, es evidente que son de eminente y obligatoria aplicabilidad, sobre todo al considerar que se trata de un acto y norma de rango sublegal, aunque tenga ciertas fallas en su redacción y forma. Igualmente, en esta materia particular, el uso de la tecnología viene desde la Ley de Registro y del Notariado de 27-11-2001.

Es innegable que a pesar de las carencias que pueda tener, se trata de algún avance en cuanto al uso y empleo de la tecnología, ya sea mucho o poco, con el que se busca garantizar acceso a la prestación de los servicios públicos sin que las fallas o limitaciones de los medios

electrónicos relativos a la comprobación biométrica dactilar de los elementos de identificación de los usuarios sea obstáculo para ello.

Sin embargo, se observa que existe una confusión entre lo que es la firma digital y la firma electrónica, perdiéndose una oportunidad del uso de la tecnología para la certificación de la identidad de las personas y para la firma de un documento, en donde con el uso de la firma electrónica se pueden realizar actos y negocios jurídicos a distancia de forma electrónica o digital, teniendo por ley una validez igual o tal vez mayor a cuando vamos a un registro o una notaría.

Con esta providencia se da la identificación biométrica de las personas, pero esta pareciera que no se hizo de la manera más adecuada y con desconocimiento de todas las tecnologías que se pueden utilizar para ello, ya que al final no se emplea realmente al máximo la tecnología, se sigue exigiendo la firma autógrafa, pero ahora de forma digital, cayendo en lo mismo en lo que se pretende superar. Del mismo modo, pareciera que se pueden dar limitaciones respecto a la informática forense para analizar, verificar y presentar los datos objeto de tratamiento tecnológico, por no quedar claro si queda guardada toda la información sobre huellas, fotos y firma, ni por cuánto tiempo.

No obstante, se ve de manera muy importante que en relación con los datos que se recopilen y guarden, se establece que toda ello debe ser susceptible de interoperabilidad, prospectiva tecnológica, seguridad de la información, bajo los principios de confidencialidad, privacidad y disponibilidad de la información, siendo que en ningún caso se puede disponer de la data que obtenga de los mismos para otros fines ni cederlos a terceros, por ser datos personales de acceso restringido al ser solo de interés del otorgante y del órgano que otorga fe pública, salvo las excepciones de ley. De esta forma, se busca resguardar los datos personales, el honor, la vida privada, la intimidad, la propia imagen, la confidencialidad y reputación de las personas, a lo que se puede agregar la voz, los datos biométricos, filiatorios, patrimoniales, entre otros aspectos.

Por último, se ha de indicar que toda normativa que se dicte en materia de crear un Estado digital, cibergobierno o cualquier manera de uso de la tecnología en Venezuela, es de suma importancia, sobre todo al considerar que estamos en el último lugar de índice de Estado de derecho³⁰ y esto tiene que ver con la existencia de unos procedimientos que ralentizan y entorpecen los trámites y la administración de justicia, con el derecho o sistemas normativos descentralizados o “alegales”, que son normas que no necesariamente surgen del producto político de los estados que es la ley, lo que amerita un cambio mental. ■

³⁰ Este índice del año 2023 se puede ver en <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/downloads/WJPIIndex2023.pdf>

El derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles

Serviliano ABACHE CARVAJAL*

REDAV, N° 28, 2024, PP. 151-172

Resumen: En el trabajo se revisa, en la primera parte, el concepto y modalidades del procedimiento de determinación tributaria para, en la segunda parte, analizar el derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles, de acuerdo con los artículos 162 y 10 del Código Orgánico Tributario.

Palabras clave: Autodeterminación – Determinación tributaria – Código Orgánico Tributario

Abstract: *In the first part, the paper reviews the concept and types of the tax assessment procedure in order to, in the second part, analyze the taxpayer's right to have all tax assessment actions carried out during business days and business hours, pursuant to articles 162 and 10 of the Organic Tax Code.*

Keywords: *Self-assessment – Tax assessment – Organic Tax Code*

Recibido

15-12-2024

Aceptado

02-01-2025

Introducción

Son varios los derechos subjetivos que el contribuyente puede ejercer en el procedimiento de determinación tributaria¹. En este estudio nos enfocamos –como lo hemos denominado– en el derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles que, en los términos que será desarrollado, se presenta como una guía de conducta para ambos sujetos de la relación jurídico-tributaria, en tanto correlato obligacional de la Administración Tributaria, habilitándose, así, soluciones prácticas en situaciones ordinarias y extraordinarias relativas al cumplimiento de las obligaciones fiscales.

* Coordinador de la Especialización en Derecho Tributario de la Universidad Central de Venezuela. Socio del Despacho de Abogados Miembro de Baker McKenzie.

¹ Al respecto, *vid.* Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, *Carta de derechos del contribuyente para los países miembros del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT)*. Disponible en: http://iladt.org/FrontEnd/docs/Carta_Derechos_Contribuyente_ILADT_aprobada_y_Presentacion.pdf; y Casás, José Osvaldo, *Carta de derechos del contribuyente latinoamericano: para el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, p. 125-141.

Para lo anterior, en la primera parte repasaremos brevemente el concepto de determinación tributaria y sus distintas modalidades o tipologías por el sujeto (autodeterminación, determinación mixta, etc.), con la finalidad de precisar el alcance o ámbito procedimental de ejercicio de este derecho del contribuyente en el procedimiento de determinación tributaria.

En la segunda parte se atenderá de manera resumida la teoría de los enunciados jurídicos, específicamente las normas prácticas y no prácticas, para caracterizar como norma práctica la contentiva del derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles, regulado en el artículo 162 del Código Orgánico Tributario de 2020² (COT/2020), pasando por su concepción como “pretensión justificada” y la correlación “deber-derecho” que supone, cuya utilidad aplicativa resultará evidente. Luego, nos encargaremos de analizar la norma práctica contenida en el numeral 3º del artículo 10 del Código, así como la no práctica referida a las definiciones legales de “días inhábiles” establecidas en el párrafo único del artículo 10 del COT/2020, cuyos sentidos precisaremos.

Finalmente, enfocaremos nuestra conclusión en la extensión de los ámbitos de ejercicio del derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles, y su corolario lógico: los supuestos de prórrogas automáticas de los plazos y términos de los procedimientos de determinación tributaria.

I. El procedimiento de determinación tributaria

1. Concepto

En doctrina son varias las nociones apuntadas y conceptos delimitados sobre el procedimiento de determinación de la obligación tributaria. Según JARACH “la determinación tributaria es un acto jurídico de la administración en el cual ésta manifiesta su pretensión, contra determinadas personas en carácter de contribuyentes o responsables, de obtener el pago de la obligación tributaria sustantiva”³.

Al respecto, GIULIANI FONROUGE considera que éste:

...consiste en el acto o conjunto de actos emanados de la administración, de los particulares o de ambos coordinadamente, destinados a establecer en cada caso particular, la configuración del presupuesto de hecho, la medida de lo imponible y el alcance cuantitativo de la obligación⁴.

² Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario, 29-01-2020.

³ Jarach, Dino, *Finanzas públicas y Derecho tributario*, Editorial Cangallo, 1ª edición, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 1993, p. 402.

⁴ Giuliani Fonrouge, Carlos M., *Derecho financiero*, vol. I, Ediciones Depalma, 2ª edición, Buenos Aires, 1970, p. 481.

Para VILLEGAS este procedimiento:

...es el acto o conjunto de actos dirigidos a precisar en cada caso si existe una deuda tributaria (*an debeatur*), quién es el obligado a pagar el tributo al fisco (sujeto pasivo) y cuál es el importe de la deuda (*quantum debeatur*)⁵.

Por su parte, ILSE VAN DER VELDE llegó a expresar que:

...debemos aplicar el vocablo *determinación* para identificar a esa operación mediante la cual se busca precisar la existencia, o inexistencia, de la obligación tributaria, en cada caso en particular, con todos los elementos referidos al sujeto activo, al sujeto pasivo, a la base imponible, al monto de la deuda tributaria o liberación de ésta⁶.

Y también fue VAN DER VELDE⁷, una de las voces de la doctrina venezolana que se encargó de precisar la diferencia –en no pocos casos obviada– entre la determinación y la liquidación tributarias, siendo ésta la fase final de aquélla: la cuantificación de la obligación.

Conjugando los conceptos anteriores, se puede afirmar que el procedimiento de determinación consiste en la realización de un acto o ocurrir de un conjunto de éstos, por parte de los sujetos de la relación jurídico-tributaria (sujeto pasivo, sujeto activo o ambos de manera conjunta), así como por el propio juez –como se apreciará enseguida–, dirigidos a declarar o constituir (dependiendo de la naturaleza que se le reconozca) la existencia del débito-crédito fiscal a cargo de un sujeto individualizado, por medio de la constatación particular del hecho imponible, y a cuantificar su extensión económica (liquidación).

⁵ Villegas, Héctor B., *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario*, Editorial Astrea, 8ª edición, Buenos Aires, 2002, p. 395.

⁶ van der Velde Hedderich, Ilse, *In Memoriam Ilse van der Velde Hedderich (compilado y adaptado por Alejandro Ramírez van der Velde)*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2001, p. 6.

⁷ “En efecto, en algunos casos se utiliza indistintamente la palabra ‘liquidación’, tal como lo hizo nuestro legislador tributario al definir el concepto en los términos siguientes: (...). Aparece así, frente al lector, la expresión ‘liquidación’ como sinónimo de ‘determinación’, sin embargo técnicamente ello no es correcto, por cuanto si vamos a usar el término ‘liquidación’ como sinónimo de ‘determinación’ debemos distinguir entre la acepción de ‘liquidación’ lato sensu y ‘liquidación’ stricto sensu, es decir, la primera corresponde a identificar al acto o conjunto de actos que conducen a precisar la existencia de la obligación tributaria o su inexistencia y la segunda corresponde al aspecto final del procedimiento, identificada con la planilla o instrumento que contiene la cuenta o resultado cuantificado de aquella ‘operación’. De tal manera que, en una clara y acertada utilización de conceptos, debemos aplicar el vocablo *determinación* para identificar a esa operación mediante la cual se busca precisar la existencia, o inexistencia, de la obligación tributaria, en cada caso en particular, con todos los elementos referidos al sujeto activo, al sujeto pasivo, a la base imponible, al monto de la deuda tributaria o liberación de ésta, etc.; en tanto debemos limitar el uso de la expresión *liquidación*, al acto último de la ‘determinación tributaria’, como ya antes expresamos, a la cuantificación de la deuda tributaria, o su liberación, como resultado de aquel acto o proceso realizado”. *Ibid.*, pp. 5-6.

2. Modalidades

A este respecto, el COT/2020 señala en su artículo 140, que la determinación tributaria podrá realizarse por los sujetos pasivo y activo, de manera autónoma o conjunta, en los términos siguientes:

Los contribuyentes y responsables, ocurridos los hechos previstos en la Ley cuya realización origina el nacimiento de una obligación tributaria, deberán determinar y cumplir por sí mismos dicha obligación o proporcionar la información necesaria para que la determinación sea efectuada por la Administración Tributaria, según lo dispuesto en las leyes y demás normas de carácter tributario.

No obstante, la Administración Tributaria podrá proceder a la determinación de oficio, sobre base cierta o sobre base presuntiva, así como solicitar las medidas cautelares conforme a las disposiciones de este Código, en cualesquiera de las siguientes situaciones: (...).

Como se observa, la primera parte de la norma hace referencia a la denominada autodeterminación (“deberán determinar y cumplir por sí mismos”); la segunda parte regula la determinación mixta (“o proporcionar la información necesaria para que la determinación sea efectuada por la Administración Tributaria”); y, en tercer lugar, el segundo párrafo de la disposición en comentarios establece la determinación oficiosa (“la Administración Tributaria podrá proceder a la determinación de oficio”).

Por lo anterior, se ha considerado que existe un orden de prelación en cuanto a la determinación por el sujeto, de acuerdo con lo plasmado en el referido artículo 140, debiendo realizarse de la siguiente manera: **(i)** por el sujeto pasivo de la obligación tributaria; **(ii)** de forma mixta (sujetos pasivo y activo); y **(iii)** por el sujeto activo, esto es, la Administración Tributaria⁸.

A. Autodeterminación o por el sujeto pasivo

Se podría decir que la autodeterminación tributaria es la forma por excelencia, a través de la cual se declara (o constituye, dependiendo de la naturaleza que se le reconozca, en los términos anteriormente precisados) la existencia y cuantía de la obligación fiscal, modalidad ésta que realiza el propio sujeto pasivo, por medio de la declaración⁹ –y

⁸ Cf. van der Velde Hedderich, Ilse, *op. cit.*, p. 14; y Sánchez González, Salvador, *El procedimiento de fiscalización y determinación de la obligación tributaria. Actualizado a la jurisprudencia*, Fundación Estudios de Derecho Administración, 2ª edición, Carcas, 2012, pp. 31-32.

⁹ Por declaración de impuestos debe entenderse el “acto que manifiesta el saber y la voluntad de cumplir una obligación, sin eficacia definitoria de la obligación sustancial. Su finalidad consiste en colaborar con la administración haciéndole saber el conocimiento y la voluntad del obligado de extinguir una determinada obligación”. Jarach, Dino, *op. cit.*, p. 435. Sobre la declaración de impuestos, también *vid.* Sammartino, Salvatore, “La declaración de impuesto”, en Amatucci, Andrea (Dir.), *Tratado de Derecho tributario*, tomo II, Temis, Bogotá, 2001, pp. 311-348.

autoliquidación¹⁰– de impuestos. Su fundamento suele ubicarse en la incapacidad operativa que embarga a la Administración Tributaria para realizar las determinaciones de cada contribuyente¹¹.

Ejemplos de esta forma de determinación sobran en el ordenamiento tributario venezolano, a saber: impuesto sobre la renta, impuesto al valor agregado, entre otros, en los cuales el contribuyente autodetermina el nacimiento (declaración) y cuantía (liquidación) de la obligación tributaria, a través de su declaración de impuestos.

B. Determinación mixta o por ambos sujetos

En lo que corresponde a la determinación mixta, como su denominación apunta, la misma se realiza conjuntamente por los sujetos pasivo y activo de la obligación tributaria, en la cual el primero suministra la información necesaria y pertinente para declarar la existencia (o inexistencia) y cuantía de su eventual obligación al segundo (e. g., los ingresos percibidos), y éste procede a determinar dicho débito fiscal (e. g., aplicando la alícuota que corresponda).

C. Determinación oficiosa o por el sujeto activo

La determinación oficiosa es la realizada por la Administración Tributaria. En efecto, este tipo de determinación “está previsto para aquellos casos en que ésta, haciendo uso de la facultad que le concede la Ley, sustituye o complementa la determinación que debió realizar el contribuyente o responsable (autodeterminación) y que éste no hizo, o la hizo insuficientemente”¹², lo cual se materializa a través de los cauces formales previstos en el COT/2020 relativos a los procedimientos de fiscalización y verificación, o lo que es lo mismo, tanto fiscalización cuanto verificación tributarias son modalidades de determinación oficiosa¹³ o, bajo la forma de clasificar los procedimientos administrativos por el grado, se identifican como procedimientos de primer grado (o constitutivos) de la voluntad administrativa, por oposición a los de segundo grado (o recursivos), los cuales también gozan de naturaleza determinativa¹⁴.

¹⁰ Al respecto, *vid.* Fernández Paves, María José, *La autoliquidación tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales - Marcial Pons, Madrid, 1995.

¹¹ Cf. Sánchez González, Salvador, *op. cit.*, p. 29.

¹² Sánchez González, Salvador, *op. cit.*, p. 31.

¹³ En igual sentido, *vid.* Ramírez van der Velde, Alejandro, “Los procedimientos administrativos previstos en el nuevo Código Orgánico Tributario”, en Sol Gil, Jesús (Coord.), *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002, p. 558.

¹⁴ Si bien el procedimiento de recurso jerárquico no puede caracterizarse como un procedimiento de determinación oficiosa, entre otras razones, porque además de no ser iniciado por la Administración Tributaria, esa clasificación es sólo viable analíticamente para los procedimientos de primer grado o constitutivos de la voluntad administrativa, no es menos cierto que sí es un procedimiento recursivo o de segundo grado determinativo, en la medida que en el mismo también se declara

A tenor del artículo 140 del COT/2020, la Administración podrá determinar de oficio la obligación tributaria, en los siguientes supuestos:

1. Cuando el contribuyente o responsable hubiere omitido presentar la declaración.
2. Cuando la declaración ofreciera dudas relativas a su veracidad o exactitud.
3. Cuando el contribuyente debidamente requerido conforme a la ley, no exhiba los libros y documentos pertinentes o no aporte los elementos necesarios para efectuar la determinación.
4. Cuando la declaración no esté respaldada por los documentos, contabilidad u otros medios que permitan conocer los antecedentes, así como el monto de las operaciones que deban servir para el cálculo del tributo.
5. Cuando los libros, registros y demás documentos no reflejen el patrimonio real del contribuyente.
6. Cuando así lo establezcan este Código o las leyes tributarias, las cuales deberán señalar expresamente las condiciones y requisitos para que proceda.

Este tipo de determinación oficiosa, se puede llevar a cabo, como indican los artículos 140 y 141 del COT/2020, a través de los métodos conocidos como base cierta y base presuntiva, los cuales integran la clasificación de la tipología determinativa por el objeto.

D. Determinación judicial o por el órgano jurisdiccional

Finalmente, la determinación de la obligación tributaria no es exclusiva de los sujetos activo y pasivo de la misma. Ésta también tiene lugar en sede judicial, indistintamente de que el COT/2020 nada dice expresamente al respecto, cuyo fundamento en el ordenamiento jurídico venezolano se ubica en las facultades de los jueces de lo contencioso tributario –como especie de los contencioso administrativos–, las cuales no se limitan a la declaratoria de la nulidad del acto sometido al control

la existencia y delimita la cuantía de la deuda, esto es, se determina la obligación tributaria. Así lo enseña RUAN SANTOS: “Este concepto (refiriéndose a la noción de determinación tributaria), cuyo núcleo está constituido por el objeto de las actuaciones –declarar la existencia y cuantía de la obligación tributaria– refleja el enfoque global de la actividad determinativa y comprende, a la vez que vincula, todos los actos de gestión administrativa encaminados a ese objeto, desde las declaraciones presentadas por los contribuyentes, pasando por todas las actuaciones administrativas de verificación, fiscalización, liquidación y revisión hasta la decisión definitiva de la Administración”. Ruan Santos, Gabriel, “La función de determinación en el nuevo Código Orgánico Tributario (fiscalización y determinación)”, en Sol Gil, Jesús (Coord.), *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002, p. 410. También resulta oportuno aclarar, que sólo nos referiremos a los procedimientos determinativos indicados por ser los principales –que no únicos– regulados en el COT/2020, debiendo tenerse en cuenta que todas las consideraciones que efectuaremos son igualmente aplicables a los demás.

judicial de legalidad, sino que van más allá, siendo verdaderas potestades de plena jurisdicción¹⁵, tal como lo ha sentado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en los términos siguientes:

De lo anterior se deriva que los órganos jurisdiccionales integrantes de la jurisdicción contencioso-tributaria, pueden llevar a cabo la determinación de obligaciones tributarias así como de sus correspondientes sanciones; es decir, proceder al cálculo de la deuda tributaria y sus accesorios, pues dicha determinación radica en la facultad de control que la Constitución y la Ley reconocen a la jurisdicción contencioso-administrativa –y a la especial contencioso-tributaria– sobre la actividad de la Administración, más aún cuando el objeto controvertido desde el punto de vista de ingresos del Estado, es la certeza en la determinación de la cuota tributaria en un asunto determinado.

En efecto, el control por parte de los órganos jurisdiccionales integrantes de la jurisdicción contencioso-tributaria, no debe limitarse única y exclusivamente a precisar si la determinación efectuada por la Administración Tributaria fue ajustada a derecho o no, sino que puede llevar a cabo la restitución de la situación jurídica infringida por la actividad administrativa, pues la determinación no es un acto constitutivo de un derecho, sino un acto declarativo de la existencia o inexistencia de una obligación tributaria; es decir, lo que se busca es la certeza de la cuota tributaria que debe exigirse, la cual no puede ser ajena al control del órgano jurisdiccional competente.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, puede señalarse que la determinación de la obligación tributaria llevada a cabo por el órgano jurisdiccional, procede en aquellos casos en los cuales exista previamente un procedimiento de determinación realizado por la Administración o por el contribuyente y la cual fuere contraria a derecho. Asimismo, es necesario para que proceda la determinación por parte de los órganos jurisdiccionales que existan en autos elementos que permitan al juez precisar la exactitud de la obligación tributaria y sus accesorios.

En consecuencia, la jurisdicción contencioso-tributaria puede no sólo declarar la conformidad a derecho o no de la determinación que se somete a su examen, sino que podrá, tomando en cuenta los elementos de autos, restituir la situación jurídica infringida, llevando a cabo la determinación o los ajustes de la obligación tributaria y de sus accesorios, estableciendo con certeza la cuota tributaria que corresponde pagar a la contribuyente, tal como ocurrió en el presente caso.

Por ello, no encuentra esta Sala justificación alguna que impida a los órganos jurisdiccionales competentes, la facultad de llevar a cabo la determinación de la obligación tributaria y sus accesorios, más cuando la misma actúa

¹⁵ Artículo 259 de la Constitución (Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario, 19-02-2009): “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

en uso de sus facultades de control de la actividad administrativa, pues de esta manera se le brinda a las partes la efectividad de la tutela judicial solicitada¹⁶ (resaltado agregado).

En los términos expuestos en la jurisprudencia citada, cuando la determinación tributaria es realizada por el órgano judicial, entonces –y sólo entonces¹⁷– el acto determinativo tendrá naturaleza jurisdiccional, pues el mismo es dictado por un tercero independiente de las partes (Administración y contribuyente) del litigio¹⁸.

II. El derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles

Repasadas la noción y las tipologías del procedimiento de determinación tributaria, corresponde atender –de manera bastante resumida– la teoría de los enunciados jurídicos, específicamente las normas prácticas y no prácticas, para caracterizar como norma práctica la contentiva del derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles, establecido en el artículo 162 del COT/2020, así como su concepción como “pretensión justificada” y la correlación “deber-derecho” que supone.

Luego nos ocuparemos de la norma práctica contenida en el numeral 3º del artículo 10 del COT/2020, así como de la norma no práctica referida a las definiciones legales de “días inhábiles” establecidas en el párrafo único del mismo artículo 10 del Código, que habilitará la aplicación de las normas prácticas indicadas, todo lo cual nos permitirá delimitar los supuestos de prórrogas automáticas de los plazos y términos de los procedimientos de determinación tributaria, en respeto del derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles.

1. Las normas prácticas y no prácticas en la teoría de los enunciados jurídicos. Una breve (pero importante) distinción analítica

Dentro de la teoría de los enunciados jurídicos, una clasificación bastante útil desde un sentido práctico, es la correspondiente a las normas

¹⁶ Sentencia de 22-11-2006, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, caso *Editorial Diario Los Andes, C.A.*, consultada en *Revista de Derecho Tributario*, N° 113, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2007, p. 251.

¹⁷ Así lo ha sentado la doctrina argentina, la cual en su momento cuestionó y rechazó mayoritariamente la teoría de JARACH, quien le reconoció naturaleza jurisdiccional al acto administrativo de determinación, argumentando la sustanciación de un contradictorio entre Administración y contribuyente. Al respecto, *vid.*, Ziccardi, Horacio, “Derecho tributario administrativo o formal”, en García Belsunce, Horacio A. (Dir.), *Tratado de tributación. Derecho tributario*, tomo I, vol. II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 226-228.

¹⁸ Cf. *Ibid.*, p. 228.

prácticas y no prácticas. Así, las primeras guían la conducta desde las perspectivas permisivas, prohibitivas y obligatorias, mientras que las segundas establecen definiciones para delimitar la interpretación jurídica de las categorías definidas y, con ello, habilitan la aplicación de las normas prácticas. Las segundas (las no prácticas) sirven para concretar la aplicación de las primeras (las prácticas). Si bien, en principio, los enunciados no prácticos no guían propiamente la conducta –por lo menos no directamente hablando–, lo cierto es que sí lo hacen de manera indirecta al definir la categoría jurídica que es empleada en la norma práctica que guía la conducta directamente, gozando, así, de finalidad práctica.

Como explican ATIENZA Y RUIZ MANERO:

...dentro de los enunciados jurídicos, esto es, los pertenecientes a un determinado sistema jurídico, no todos tienen –o, al menos, no tienen de manera directa– carácter práctico, en cuanto que algunos de ellos (las definiciones) no tienen como función –o como función directa– guiar (o justificar) las conductas, sino identificar el significado de otros enunciados que sí tienen, de una u otra forma, esta última función¹⁹.

Los enunciados prácticos, por su parte, se pueden clasificar en regulativos (dirigidos a guiar la conducta de los individuos) y constitutivos (que también guían la “conducta”, pero de los poderes públicos, mediante la atribución de competencias). A estos efectos basta con precisar que los primeros guían la conducta de los individuos, los particulares (en nuestro caso, contribuyentes y demás sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria), mientras que los segundos hacen lo propio con los órganos que integran los poderes públicos (legislativo, ejecutivo [Administración Tributaria] y judicial), esto es, delimitan su actuación al conferirles poderes o atribuirles competencias.

2. El derecho (o “pretensión justificada”) del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles, establecido en el artículo 162 del COT/2020: Un enunciado jurídico práctico que guía la conducta determinativa

A. El derecho subjetivo como “pretensión justificada” y la correlación “deber-derecho”

Han sido muchas las formas de explicar la categoría jurídica de derecho subjetivo. Así, HOHFELD²⁰ recuerda el uso amplio y sin mayores discriminaciones que se suele hacer de la expresión “derecho subjetivo”, dándole la mayor importancia a hallar algún indicio o pista en el lenguaje jurídico –como él mismo dice– que ayude a lograr un significado

¹⁹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel, 2ª edición, Barcelona, 2006, pp. 189-190.

²⁰ Cf. Hohfeld, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, 3ª edición, México, D. F., 1995, pp. 47-50.

definido y apropiado. Y es en la “relación jurídica fundamental” que ubica, a modo de correlativos, entre el deber y el derecho subjetivo, donde encuentra su pista. En efecto, explica que el “deber” entraña una relación correlativa con el derecho subjetivo, así como el “no-derecho” (la ausencia de derecho subjetivo) traba una relación de oposición al derecho subjetivo. Con lo anterior, HOHFELD califica como sinónimo de derecho subjetivo –con razón– a la palabra “pretensión” o *claim*.

Y es en esa línea que GUASTINI²¹ designa los derechos subjetivos como “pretensiones justificadas”, en la medida que la categoría está integrada por dos elementos: (i) una pretensión o *claim*, y (ii) una justificación de dicha pretensión, que no es otra cosa que una norma. Explica que una pretensión sin fundamento normativo o, simplemente, “infundada”, no pudiera denominarse derecho por su falta de justificación. En definitiva, un derecho subjetivo es una pretensión conferida a un sujeto –por una norma– frente a otro, a quien se le impone una obligación correlativa.

Abonando en similar sentido, también resulta del mayor interés a nuestros fines la acepción de “derecho como correlato de una obligación activa (hacer) o pasiva (no hacer)”. En efecto, ésta consiste –como lo explica NINO²² siguiendo a KELSEN– en enfocar la relación jurídica desde la situación del beneficiario de un deber jurídico, en lugar de hacerlo desde la posición del obligado. En otras palabras, el derecho subjetivo no es más que el correlato de una obligación (de hacer o no hacer), razón por la cual esa categoría no denota una situación diferente de la referida por el deber jurídico.

B. El artículo 162 del COT/2020 como enunciado jurídico práctico, el derecho subjetivo (o “pretensión justificada”) del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles que establece, y la correlación “deber-derecho” que supone

El artículo 162 del COT/2020 regula un enunciado jurídico de carácter práctico en la medida que guía la conducta de la Administración Tributaria y del contribuyente, al establecer la obligación en cabeza de aquella de practicar sus actuaciones y atender las que éstos practiquen ante ella, en días y horas hábiles, correlativamente delimitando que los sujetos pasivos tienen el derecho subjetivo (o “pretensión justificada”) a

²¹ Cf. Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1999, pp. 180-181.

²² Cf. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Editorial Astrea, 2ª edición, 14ª reimpresión, Buenos Aires, 2007, pp. 202-204.

no atender²³ (comparecer o recibir)²⁴, ni realizar, dichas actuaciones en días y horas inhábiles. El enunciado delimita, a tenor literal, lo siguiente: “Las actuaciones de la Administración Tributaria y las que se realicen ante ella, deberán practicarse en días y horas hábiles, sin perjuicio de las habilitaciones que autorice la Administración Tributaria de conformidad con las leyes y reglamentos” (resaltado agregado).

Esta norma práctica es –a su vez– tanto constitutiva como regulativa. En efecto, la primera parte del artículo (“Las actuaciones de la Administración Tributaria”) se puede caracterizar como un enunciado constitutivo, debido a que guía la “conducta”, pero de la Administración Tributaria como poder público, mediante la delimitación del ejercicio de sus competencias administrativas en días y horas hábiles como obligación y concreción del principio de legalidad administrativa, ex artículos 137y 141 de la Constitución²⁵. Luego, la segunda parte del enunciado (“y

²³ “1.4.5. Derecho a no atender actuaciones fiscalizadoras en días y horas inhábiles // Los artículos 152 [hoy 162] y 165 [hoy 175] del Código Orgánico Tributario expresamente establecen la obligación en cabeza de la Administración Tributaria de practicar sus actuaciones (y, dentro de ellas, sus notificaciones) en días y horas hábiles, de ahí que los sujetos pasivos tengan correlativamente el derecho a no atender dichas actuaciones en días y horas inhábiles” (corchetes agregados). Abache Carvajal, Serviliano, “La potestad fiscalizadora”, en Sol Gil, Jesús *et al* (Coords.), *Manual de Derecho Tributario Venezolano*, tomo I, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, p. 560.

²⁴ Unas aproximaciones anteriores a este derecho, si bien planteadas desde una perspectiva distinta a la del procedimiento de determinación tributaria, pero igualmente valiosas y de la mayor importancia como antecedentes del mismo, son las expuestas por FRAGA-PITTALUGA y BLANCO-URIBE. Como lo explicara FRAGA-PITTALUGA hace más de veinte años, en el marco del deber de comparecer del contribuyente: “el administrado tiene el derecho a que su comparecencia sea exigida sólo en días y horas hábiles, a menos que, en su interés, sea procedente la habilitación y asimismo, tiene derecho a que se deje constancia de su comparecencia en forma oficial”. Fraga-Pittaluga, Luis, *La defensa del contribuyente frente a la Administración Tributaria*, Fundación Estudios en Derecho Administrativo, Caracas, 1998, p. 20. Por su parte, BLANCO-URIBE ha reflexionado sobre este derecho del contribuyente, bajo el enfoque siguiente: “Sobre este punto convendría denunciar la práctica administrativa, en consecuencia ilegal, de practicar notificaciones e incluso de inmediato proceder a ejecutar clausuras de establecimientos, en horas inhábiles del mediodía o hasta en días de fin de semana, que además de violar este mandato, pueden ocasionar mayores perjuicios, afectando la debida proporcionalidad y alteran (sic) el principio de presunción de inocencia. // ¿Cómo es posible que no se pueda presentar escritos ni acceder al expediente administrativo a la una de la tarde de un lunes, o a cualquier hora de un sábado, pero la Administración Tributaria esté en esos momentos practicando notificaciones y cierres?”. Blanco-Uribe Quintero, Alberto, “Hacia un estatuto del contribuyente durante la fiscalización”, en Parra Aranguren, Fernando (Ed.), *Ensayos de Derecho administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, p. 141.

²⁵ Artículo 141 de la Constitución: “La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y

las que se realicen ante ella”) es asimilable bajo el rótulo de los enunciados regulativos, en tanto guía la conducta de los sujetos pasivos tributarios, reconociéndoles el derecho subjetivo a no atender –ni realizar– dichas actuaciones en días y horas inhábiles.

Como puede observarse, la Administración Tributaria tiene la obligación –en general– de realizar sus actuaciones (de investigación, comprobación, recaudación, etc.) en días y horas hábiles, por lo que, partiendo de que la actuación –por excelencia– de ésta es su actuación determinativa²⁶, con más razón (argumento *a fortiori*, en su especie *a minore ad maiorem*²⁷), al igual que todas sus demás actuaciones, el ejercicio de la “función de determinación”²⁸ debe –en particular– realizarla también en días y horas hábiles, correlativamente teniendo el contribuyente el derecho a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles.

Ahora bien, en los términos recién explicados sobre la caracterización del derecho subjetivo como “pretensión justificada”, en la norma bajo análisis se observa como la “pretensión” o *claim* se identifica con la realización de actuaciones determinativas en días y horas hábiles, y la “justificación” se ubica en el enunciado mismo contenido en el artículo 162 del Código.

Es importante insistir en que si el contribuyente tiene –como en efecto– el derecho a que toda determinación se lleve a cabo en días y horas hábiles por parte de (y para) la Administración Tributaria, con más

responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”. Artículo 137 de la Constitución: “La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”.

²⁶ Al punto que el maestro Valdés Costa define al propio “Derecho tributario formal” o “Derecho administrativo tributario” desde la perspectiva del procedimiento de determinación tributaria, de la manera siguiente: “8. Derecho tributario Formal o Administrativo Tributario (D.T.F. o D. Adm. Trib.). // Se refiere a la aplicación de la norma material al caso concreto, en los diversos aspectos de la determinación (*acertamiento, lanzamiento*, liquidación), y percepción del tributo, control y decisión de los recursos administrativos planteados por los interesados”. Valdés Costa, Ramón, *Instituciones de Derecho tributario*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 14.

²⁷ “Si está prohibido lo menos, está prohibido lo más. Si no conviene lo menos, tampoco lo más”, siendo “aplicable a deberes u obligaciones”. Vega Reñon, Luis, “A contrario / a fortiori / a pari / a simili, argumentos”, en Vega Reñon, Luis y Olmos Gómez, Paula (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, pp. 15 y 16, respectivamente.

²⁸ Cf. Ruan Santos, Gabriel, *op. cit.*, pp. 405-449; y Abache Carvajal, Serviliano, “La función de determinación. Dialogando con Gabriel Ruan Santos”, en Weffe H., Carlos E., y Atencio Valladares, Gilberto (Coords.), *Liber Amicorum: homenaje a Gabriel Ruan Santos*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2018, pp. 507-537.

razón (argumento *a fortiori*, ahora en su especie *a maiore ad minorem*²⁹) tiene el derecho a realizar sus propias autodeterminaciones en dichos días y horas hábiles (así se desprende del citado artículo 162 del Código: “Las actuaciones de la Administración Tributaria y las que se realicen ante ella, deberán practicarse en días y horas hábiles”), lo que, por argumento a contrario, le permite no materializar actuaciones determinativas en días y horas inhábiles, e. g. presentar sus declaraciones impositivas.

Inclusive, si todas las actuaciones determinativas (administrativas y del contribuyente) deben practicarse en días y horas hábiles, entonces también sería concebible que al igual que la Administración, el contribuyente –además del derecho– tendría la “obligación” de hacerlas en días y horas hábiles, lo que nuevamente por argumento a contrario, significaría que no está obligado (no-obligación) a realizarlas en días y horas inhábiles.

Se presenta evidente, entonces, que al tener la Administración Tributaria la obligación de realizar sus actuaciones determinativas en días y horas hábiles (hacer), o de no realizarlas en días y horas inhábiles (no hacer), correlativamente tienen los contribuyentes el derecho subjetivo –o “pretensión justificada”– de no recibir o atender las actuaciones determinativas de la Administración en días y horas inhábiles. Igualmente, al tener la Administración Tributaria la obligación de recibir y tramitar las actuaciones determinativas que los contribuyentes realicen ante ésta en días y horas hábiles (hacer), correlativamente tienen los contribuyentes el derecho subjetivo –o “pretensión justificada”– de realizar sus actuaciones determinativas en días y horas hábiles, o de no realizarlas en días y horas inhábiles.

Se aprecia de forma bastante manifiesta como el artículo en cuestión es, en efecto, una norma práctica, en tanto guía la conducta de la Administración y del contribuyente, estableciendo a favor de éste el derecho a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles, cuya aplicación (y ejercicio) es habilitada gracias a la norma no práctica establecida en el párrafo único del artículo 10 del COT/2020, en tanto define qué se entiende por “día inhábil” y, por argumento *a contrario*, por “día hábil”. Veamos, entonces, qué establece ese enunciado.

²⁹ “Si vale para lo más, vale para lo menos. Quien puede lo más, puede lo menos”, siendo “aplicable a derechos o autorizaciones”. Vega Reñón, Luis, *op. cit.*, pp. 15 y 16, respectivamente.

3. El artículo 10 del COT/2020 y las definiciones legales de “días inhábiles” contenidas en su párrafo único: Un enunciado jurídico práctico y no práctico de especial relevancia

Llegamos, así, al muy importante –a nuestros fines– artículo 10 del COT/2020, el cual, en tanto norma práctica y no práctica se encarga, por un lado, de guiar la actuación determinativa de la Administración Tributaria y del contribuyente, y por el otro, en su párrafo único define legalmente qué se entiende por “días inhábiles”, delimitando su interpretación jurídica (sentido) de cara a la aplicación de la norma práctica contenida en el recién analizado artículo 162 del Código que, en efecto, guía (directamente) la conducta de ambos sujetos de la relación jurídico-tributaria a propósito del procedimiento de determinación (declaración y liquidación). A tenor literal, la norma en cuestión indica lo siguiente:

Los plazos legales y reglamentarios se contarán de la siguiente manera:

1. Los plazos por años o meses serán continuos y terminarán el día equivalente del año o mes respectivo. El lapso que se cumpla en un día que carezca el mes, se entenderá vencido el último día de ese mes.
2. Los plazos establecidos por días se contarán por días hábiles, salvo que la ley disponga que sean continuos.
3. En todos los casos los términos y plazos que vencieran en día inhábil para la Administración Tributaria, se entienden prorrogados hasta el primer día hábil siguiente.
4. En todos los casos los plazos establecidos en días hábiles se entenderán como días hábiles de la Administración Tributaria.

Parágrafo Único. Se consideran inhábiles tanto los días declarados feriados conforme a disposiciones legales, como aquellos en los cuales la respectiva oficina administrativa no hubiere estado abierta al público, lo que deberá comprobar el contribuyente o responsable por los medios que determine la ley. Igualmente se consideran inhábiles, a los solos efectos de la declaración y pago de las obligaciones tributarias, los días en que las instituciones financieras autorizadas para actuar como oficinas receptoras de fondos nacionales no estuvieren abiertas al público, conforme lo determine su calendario anual de actividades (resaltado agregado).

Como se observa, la norma se refiere en su encabezado y numerales a la forma del cómputo de los plazos y términos legales (y reglamentarios), bien se establezcan por años, meses o días hábiles, teniendo particular relevancia a nuestros fines lo dispuesto en el numeral 3º, sobre el cual volveremos en seguida. Por su parte, el párrafo único contempla, a propósito de la definición legal de “días inhábiles”, dos supuestos generales y uno especial, a los cuales dedicaremos detenida atención.

A. Análisis general del artículo 10 del COT/2020: El cómputo de plazos y términos

Esta norma se ocupa de indicar la forma en que deben computarse los plazos y términos legales (así como los reglamentarios), en la medida que éstos pueden fijarse por años, meses o días, refiriéndose éstos últimos, como lo indica expresamente la disposición (numeral 2º), a “días hábiles”, entendiéndose por los mismos los “días hábiles de la Administración Tributaria” (numeral 4º), salvo que se indique de manera excepcional por la ley que se contarán por “días continuos” (numeral 2º).

Especial mención amerita el numeral 3º, conforme con el cual “En todos los casos los términos y plazos que vencieran en día inhábil para la Administración Tributaria, se entienden prorrogados hasta el primer día hábil siguiente” (resaltado agregado). Luce evidente que esta norma práctica que guía la conducta de la Administración y del contribuyente no fue pensada –en detalle– para una situación de duración prolongada y sucesión consecutiva de días inhábiles de forma indefinida, en tanto en cuanto no sólo es factible que se “venzan” plazos y términos en “días inhábiles determinados”, sino que es perfectamente posible que los mismos transcurran durante un “período indeterminado de días inhábiles”, habida cuenta que, en el caso de plazos establecidos por años o meses, los mismos se computan de forma continua (numeral 1º: “Los plazos por años o meses serán continuos”), en cuyas situaciones también se verán automáticamente “prorrogados hasta el primer día hábil siguiente” esos plazos y términos que venzan en un “día inhábil”.

Lo que se quiere dejar claro es que, por ser los plazos y términos “anuales” o “mensuales” continuos, su vencimiento es el que se prorroga hasta el primer día hábil siguiente, no afectándose su transcurso –conforme las normas bajo análisis– durante “días inhábiles”, mientras que en el caso de los plazos y términos contados por “días hábiles”, evidentemente no sólo su vencimiento en un “día inhábil” se prorroga hasta el primer día hábil siguiente, sino que los mismos no transcurren (no pueden hacerlo) durante “días inhábiles consecutivos”, por ser ésta –precisamente– su medida unitaria temporal de cómputo.

B. Análisis particular del párrafo único del artículo 10 del COT/2020: Las definiciones legales de “días inhábiles”

En los términos que ya lo adelantáramos, la norma no práctica contenida en el párrafo único establece dos supuestos generales y uno especial, dentro de la definición legal de “días inhábiles”, cuales son: (i) los días declarados feriados conforme con las disposiciones legales, y (ii) los días en los cuales la oficina administrativa de que se trate no hubiere estado abierta al público; ambos como supuestos generales; y (iii) “a los solos efectos de” la declaración y pago de las obligaciones

tributarias, los días en que las instituciones financieras autorizadas para actuar como oficinas receptoras de fondos nacionales no estuvieren abiertas al público; como supuesto especial. Analicemos estos supuestos.

a. Días declarados feriados (autodeterminación, determinación mixta, determinación oficiosa y recurso jerárquico)

En cuanto a los supuestos generales de la definición de “días inhábiles”, el primero no exige mayores comentarios, en la medida que éste se refiere –de manera precisa– a los días feriados, abarcando, así, como tampoco será difícil pensar, todos los procedimientos de determinación tributaria, tanto los indicados bajo la clasificación por el sujeto (autodeterminación, determinación mixta y determinación de oficio)³⁰, como el procedimiento recursivo determinativo (recurso jerárquico), debido a que durante días feriados, Administración Pública y sector privado –por igual– simplemente no trabajan, formalmente hablando.

Esto significa que los plazos y términos establecidos en días no corren –ni vencen, como será evidente– por computarse por “días hábiles”, mientras que los fijados por años y meses, si bien en principio “transcurren” –con la salvedad señalada– en la medida que son continuos, no vencen hasta el primer día hábil siguiente.

b. Días en que la respectiva oficina administrativa no hubiere estado abierta al público (determinación mixta, determinación oficiosa y recurso jerárquico)

Por su parte, el segundo supuesto, aunque también es bastante claro (los días en los cuales la oficina administrativa de que se trate no hubiere estado abierta al público), sí merece algunos comentarios. De un lado, el escenario fáctico que el mismo plantea (oficinas cerradas al público de la Administración Tributaria), deja ver que dicho supuesto circunscribe su ámbito de aplicación a los procedimientos de determinación mixta, determinación de oficio y el recurso jerárquico como procedimiento de segundo grado (recursivo), en la medida que no es posible “sustanciar” –salvo que sea a espaldas del contribuyente, con todas las inconstitucionalidades que ello supone– ninguno de los anteriores si la oficina competente está cerrada al público y, con ello, los plazos y términos procedimentales no están transcurriendo (salvo los anuales o mensuales, con la aclaratoria expuesta), ni pueden vencer, en los términos ya precisados.

³⁰ Deliberadamente excluimos la determinación judicial a estos fines, debido a que, como es sabido, los tribunales se rigen por otra tipología de días, esto es, los “días de despacho”.

Por otro lado, teniéndose en cuenta que es un supuesto general y, por ello, no comprensivo del ámbito de aplicación especial de la declaración y pago de las obligaciones tributarias, el mero hecho de que la oficina estuviese abierta durante la pandemia, allende lo criticable de tal medida por el palpable riesgo (de contagio) que ello supondría para la salud³¹ (y hasta la vida³² misma) de las personas, tanto las que estuviesen trabajando como los particulares que asistiesen a las mismas –por demás contrariando lo establecido en el artículo 5³³ del decreto de “estado de alarma”–, significaría que necesariamente estará limitada la atención al público para procedimientos administrativos distintos –y ésta es la clave– de los correspondientes a la declaración y pago de las obligaciones tributarias.

Lo que se quiere dejar claro es que dicho enunciado no se basta por sí sólo para considerar, por el mero hecho de que las oficinas de la Administración Tributaria estuviesen abiertas, que los contribuyentes “pudiesen” –o, peor aún, estuviesen “obligados”– a declarar y pagar los distintos tributos, en la medida que debe tenerse en cuenta, a los efectos de interpretar cuándo se está ante un “día inhábil” para ese caso particular, el tercer y especial supuesto del mismo, conforme con el cual:

...se consideran inhábiles, a los solos efectos de la declaración y pago de las obligaciones tributarias, los días en que las instituciones financieras autorizadas para actuar como oficinas receptoras de fondos nacionales no estuviesen abiertas al público, conforme lo determine su calendario anual de actividades.

Esto es, aun cuando alguna oficina de la Administración Tributaria esté abierta para el público, lo cierto es que para los fines especiales –y expresamente indicados– de la “declaración y pago” de las obligaciones

³¹ Artículo 83 de la Constitución: “La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República”.

³² Artículo 43 de la Constitución: “El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla. El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma”.

³³ Artículo 5 del Decreto N° 4.160: “Las personas naturales, así como las personas jurídicas privadas, están en la obligación de cumplir lo dispuesto en este Decreto y serán individualmente responsables cuando su incumplimiento ponga en riesgo la salud de la ciudadanía o la cabal ejecución de las disposiciones de este Decreto. Éstas deberán prestar su concurso cuando, por razones de urgencia, sea requerido por las autoridades competentes.

tributarias, deben –además– estar los bancos autorizados abiertos al público, como veremos enseguida.

Y en cuanto a que la circunstancia de que la respectiva oficina no esté abierta al público “deberá comprobar[la] el contribuyente o responsable por los medios que determine la ley”, resulta de la mayor importancia tener en cuenta, como con detenimiento lo ha desarrollado la doctrina, que en materia de carga probatoria deben tenerse presentes –a efectos de su flexibilización– los principios *favor probationis* y de proximidad, cercanía o facilidad a la obtención de la prueba, conforme con los cuales la producción de la prueba debe situarse en la parte que esté en mejores condiciones para demostrar los hechos controvertidos³⁴, en este caso, la Administración Tributaria (parte en mejores condiciones) para demostrar el hecho controvertido en cuestión (que la respectiva oficina administrativa no hubiere estado abierta al público)³⁵.

Además, la jurisprudencia³⁶ ha atribuido –exclusivamente– a la Administración Tributaria la carga de la prueba cuando, entre otros supuestos, el contribuyente alega un *hecho negativo absoluto, como lo es que la “la respectiva oficina administrativa no estaba abierta al público”*.

En definitiva, al margen del discurso normativo del enunciado bajo análisis, corresponderá a la Administración Tributaria –por la necesaria

³⁴ Así lo explica GONZÁLEZ PÉREZ: “En aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, con el criterio de la facilidad se puede llegar a desplazar la carga de la prueba a aquella parte a la que resulte más fácil su prueba”. González Pérez, Jesús, *Manual de Derecho procesal administrativo*, Editorial Civitas, 3ª edición, Madrid, 2001, p. 328.

³⁵ En este sentido, se ha indicado que una de las ventajas y consecuencias más importantes de la aplicación del principio *favor probationis*, ha sido la creación de *presunciones hominis de culpa* en contra de la parte obligada a probar –por su facilidad a la obtención de la prueba en cuestión, que esclarecerá los hechos controvertidos–, y no lo hace. Al respecto, *vid.* Quintero Tirado, Mariolga, “Algunas consideraciones sobre la prueba en el ámbito civil con algunas menciones en el área mercantil”, *Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal*, N° 2, Livrosca, C.A., Caracas, 2000, pp. 136 y ss.

³⁶ En materia administrativa, entre otras, *vid.* sentencia de 25-04-1985, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso *Raquel A. Villalón v. República (Consejo Nacional para el Desarrollo de la Industria Nuclear)*, consultada en *Revista de Derecho Público*, N° 22, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 183-184; y sentencia de 24-03-1994, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, consultada en *Revista de Derecho Público*, N° 57-58, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, p. 350. En materia tributaria, *vid.* las sentencias a continuación identificadas y relacionadas de los siguientes Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario: Segundo, de 31-10 y 29-11-1984; Tercero, de 08-10-1984; Quinto, de 01-11-1984; Séptimo, de 11-10 y 29-11-1984; Octavo, de 23 y 29-10-1984; y Noveno, de 8 y 18-10-1984, en Pierre Tapia, Óscar, *Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario*, N° 1, pp. 5-9, 19-26, 15-19, 9-15; y N° 2, pp. 53-58, 5-9, 9-13, respectivamente, inventariadas y citadas en: Blanco-Urbe Quintero, Alberto, “La ejecutoriedad de los actos administrativos”, *Revista de Derecho Público*, N° 27, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pp. 153-154.

flexibilización de la carga probatoria ante la aplicación de los principios indicados–, demostrar en todo caso que su respectiva oficina administrativa “hubiere estado abierta al público”, para lo cual, de haber sido así, no tendrá mayor dificultad de probarlo por tratarse de una dependencia interna de su propia estructura administrativa³⁷.

c. Días en que las instituciones financieras no estuvieren abiertas al público (autodeterminación)

Se hace evidente, entonces, que el tercer y especial supuesto contemplado dentro de la definición legal de “días inhábiles”, delimita su ámbito de aplicación “a los solos efectos de la declaración y pago de las obligaciones tributarias”, que es otra forma de decir “a los efectos de la autodeterminación de las obligaciones tributarias”, que comprende por parte del contribuyente tanto la declaración (existencia) como la liquidación (cuantía) de los tributos, para cuyo caso se entienden “inhábiles” los días en que “las instituciones financieras autorizadas para actuar como oficinas receptoras de fondos nacionales no estuvieren abiertas al público, conforme lo determine su calendario anual de actividades”.

Si bien el “pago” de las obligaciones fiscales no forma parte del procedimiento de determinación, su inclusión en el discurso normativo (“declaración y pago”) de esta definición legal de “día inhábil”, permite desentrañar el sentido contextual de la primera parte de la expresión “declaración” y, con ello, del supuesto especial, en su acepción de sinónimo o equivalente a autodeterminación tributaria, debido a que ésta es la única modalidad determinativa que puede –sin ser ello forzoso– estar acompañada del posterior “pago” de los tributos declarados y liquidados por el propio contribuyente.

Lo anterior supone, entonces, que se encontraría fuera de su ámbito de aplicación la determinación mixta, la determinación de oficio como procedimiento de primer grado (constitutivo) y el recurso jerárquico como procedimiento de segundo grado (recursivo), los cuales, si bien son procedimientos determinativos, no se identifican –por las razones precisadas– con el supuesto definitorio especial de “declaración y pago” de tributos. Si no fuese por el agregado del expediente del “pago”, o si en su lugar se refiriese a la “declaración y liquidación” de tributos, también se ubicarían (conceptualmente) dentro de su ámbito de aplicación la determinación mixta, la determinación de oficio y el propio recurso jerárquico, en la medida que todos suponen la “declaración” de la existencia de la obligación tributaria, así como –en caso de existir– la

³⁷ Sobre la carga probatoria en los procedimientos y procesos tributarios, nuestras consideraciones en: Abache Carvajal, Serviliano, *La atipicidad de la “presunción” de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*, Editorial Jurídica Venezolana - Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2012, pp. 252-274.

“liquidación” de su cuantía, esto es, su determinación tributaria, debiendo tenerse en cuenta, claro está, la consideración del necesario escenario fáctico comentado (oficinas competentes de la Administración Tributaria abiertas al público), como condición necesaria para la sustanciación de esos procedimientos.

En este supuesto especial referido, entonces, a la modalidad de autodeterminación tributaria o por el sujeto pasivo, al igual que fuera precisado en relación con los supuestos generales de definiciones de “días inhábiles” (días declarados feriados y días en los cuales la oficina administrativa de que se trate no hubiere estado abierta al público), los plazos y términos distintos a los fijados por días, si bien “transcurren” –otra vez, con la salvedad presentada–, no vencen hasta el primer día hábil siguiente, mientras que los indicados en días no corren ni vencen, por computarse por “días hábiles”.

Antes de pasar al próximo punto vale precisar, dada la parte *in fine* del párrafo único bajo análisis (“conforme lo determine su calendario anual de actividades”), que si bien la regla general de operatividad funcional regular de las instituciones financieras y, con ello, que las mismas estén abiertas al público, viene dado por su calendario anual de actividades, no es menos cierto que circunstancias excepcionales perfectamente pueden dar lugar a que las autoridades competentes resuelvan, en ejercicio de la potestad de policía administrativa³⁸, que entidades públicas y privadas (e. g. bancos y demás instituciones financieras) no abran sus puertas al público.

Conclusión

La relación entre la norma contenida en el artículo 162 del COT/2020 y la establecida en el párrafo único de su artículo 10, como se ha podido observar, se plantea de la manera siguiente:

El artículo 162 del COT/2020 establece que “Las actuaciones de la Administración Tributaria y las que se realicen ante ella, deberán practicarse en días y horas hábiles”, enunciado éste que califica –en los términos ya precisados– como uno de carácter práctico, en tanto en cuanto expresamente guía la conducta de la Administración (obligada) y del contribuyente (beneficiado). Por su parte, el párrafo único del artículo 10 del COT/2020 define qué se entiende por “día inhábil”, conforme los

³⁸ Que consiste, como es sabido y sin entrar en mayores consideraciones –descriptivas y críticas– sobre su conceptualización, en esa facultad de ordenación y limitación de la Administración pública, mediante la cual se regula la libertad del administrado, con la finalidad de garantizar el orden público en sus tres clásicas vertientes, a saber: (i) seguridad pública, (ii) salud pública, y (iii) tranquilidad (paz) pública. Al respecto, *vid.* Lejarza, Jacqueline, *La actividad de policía administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997.

tres supuestos recién analizados (días declarados feriados; días en que la respectiva oficina administrativa no hubiere estado abierta al público; y días en que las instituciones financieras no estuvieren abiertas al público), calificando, en este sentido, como norma no práctica, porque delimita el sentido de la interpretación que debe dársele a la categoría jurídica “día inhábil” y si bien no guía (directamente) la conducta de los contribuyentes, habilita la aplicación de la norma práctica que sí lo hace, así como el ejercicio del derecho subjetivo que regula. Si no se definiese qué se entiende por “día inhábil”, la norma práctica que reconoce el derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles no sería aplicable –o sería difícil hacerlo–, ante la incertidumbre sobre el sentido de esa categoría.

En suma, las distintas definiciones legales (supuestos generales y supuesto especial) de la categoría jurídica “día inhábil” establecidas en el párrafo único del artículo 10 del COT/2020 y su utilización para lograr la aplicación práctica de su artículo 162 y del numeral 3° del mismo artículo 10, permiten delimitar –en cualquier situación– la extensión procedimental de los ámbitos de ejercicio del derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles que, como corolario lógico, habilitan precisar los tres supuestos de prórrogas automáticas de los plazos y términos de los procedimientos de determinación en dichos “días inhábiles”, a saber:

(i) “Días declarados feriados”: comprenden todos los procedimientos de determinación, tanto los que atienden a la clasificación por el sujeto (autodeterminación, determinación mixta y determinación oficiosa), como el de determinación recursivo (recurso jerárquico), razón por la cual todos los vencimientos de sus plazos y términos –así como los transcurros de los que estén establecidos en días– se prorrogan automáticamente hasta el primer día hábil siguiente.

(ii) “Días en que la respectiva oficina administrativa no hubiere estado abierta al público”: comprenden los procedimientos de determinación mixta y determinación oficiosa (fiscalización y verificación), así como el procedimiento de determinación recursivo (recurso jerárquico), razón por la cual todos los vencimientos de sus plazos y términos –así como los transcurros de los que estén establecidos en días– se prorrogan automáticamente hasta el primer día hábil siguiente.

(iii) “Días en que las instituciones financieras no estuvieren abiertas al público”: comprenden todos los procedimientos de autodeterminación (declaraciones y liquidaciones de impuesto sobre la renta, impuesto al valor agregado, etc.), razón por la cual todos los vencimientos de sus plazos y términos –así como los transcurros de los que estén establecidos en días– se prorrogan automáticamente hasta el primer día hábil siguiente.

Lo anterior supone, por vía de consecuencia, que tampoco se causarán intereses moratorios, ni serán aplicables sanciones, por razón de la (inexistencia de) falta o retardo en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, dado el estado de prórroga automática de los plazos y términos de los procedimientos de determinación. ■

Reflexiones sobre la utilidad práctica y argumentativa de los vicios de inmotivación, indefensión e incompetencia temporal del acto administrativo

Jesús A. VILLEGAS RUIZ* y David MONGIOVI TESTAMARCK^Δ

REDAV, N° 28, 2024, PP. 173-186

Resumen: Es innegable la importancia de la teoría de la nulidad, como fundamento esencial del derecho de los administrados a defenderse efectivamente de aquellas decisiones o actos emanados de la Administración Pública (u otros Poderes Públicos en ejercicio de la función administrativa), que les generen daños, con base en vicios que invalidan su contenido. Tal es el caso de los vicios de incompetencia temporal, inmotivación e indefensión, cuya relevancia ha incrementado, debido a las numerosas deficiencias en la actuación administrativa, constantes en la actualidad venezolana. En este sentido, el propósito del presente artículo consiste en el estudio particular de los mencionados vicios, con el objetivo de ofrecer herramientas eficientes para la defensa de los derechos de los administrados a través de la argumentación jurídica y la perspectiva práctica del abogado litigante.

Palabras clave: Acto Administrativo – Nulidad – Vicios

Abstract: *The importance of the Theory of Nullity is undeniable as an essential foundation of the right of individuals and legal entities to effectively defend themselves against those decisions or acts issued by the Public Administration (or other Public Powers in the exercise of the administrative function), which generate damages, based on defects that invalidate their content. Such is the case of the defects of the lack of temporary legal authority, lack of motivation, and defenselessness, whose relevance has increased due to the numerous deficiencies in the administrative actions, which are constant in Venezuela nowadays. In this sense, this article aims to study the aforementioned defects and offer efficient tools for defending the administrated through legal argumentation.*

Keywords: Administrative action – Nullity – Defects

Recibido

18-10-2024

Aceptado

05-12-2024

* Abogado *Magna Cum Laude* egresado de la Universidad Central de Venezuela. Maestría en Derecho Americano, Universidad de Boston. Maestría en Derecho Comparado, Universidad de Pensilvania. Maestría en Administración de Empresas del IESA. Profesor en las universidades Monteávila y UCAB así como en el IESA. Actualmente se desempeña como Asociado Senior de la firma internacional Baker McKenzie.

^Δ Abogado egresado de la Universidad Metropolitana. Especialización en Derecho Tributario, Universidad Central de Venezuela (tesis pendiente). Diplomados Avanzados en Finanzas Corporativas y Derecho de los Hidrocarburos en la Universidad Metropolitana y Derecho Tributario Internacional en la Universidad de Leiden. Asociado Senior de la firma internacional Baker McKenzie.

Introducción

En la práctica habitual del abogado litigante o consultor en materia de derecho administrativo, de la empresa, y en general, como abogado en ejercicio en la práctica legal venezolana, los vicios de los actos administrativos dictados por la Administración Pública representan una oportunidad de defensa y argumentación en protección a los intereses de nuestros clientes.

Desde el punto de vista de los intereses privados, los particulares se relacionan constantemente con los entes reguladores de su actividad comercial para lograr los fines propios de su negocio e intereses. Es ampliamente estudiado y reconocido que la administración ostenta las potestades de actuar de oficio, de *autotutelarse*, ejecutar forzosamente sus actos, así como sancionar a los particulares por sus infracciones a la ley u órdenes administrativas¹.

Los particulares tienen derecho a tener un proceso (o procedimiento) en su contra, evacuar pruebas para desvirtuar las acusaciones fiscales o aquellas realizadas por entes regulatorios. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa².

Lo anterior se traduce en el ámbito administrativo, en la exigencia de que todo procedimiento sancionador ofrezca a las empresas las vías suficientes para exponer su versión de los hechos y de su fundamento jurídico y de aportar o pedir la realización de las pruebas necesarias para su esclarecimiento³. Por esta razón, serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso⁴. Así las cosas, toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en la Constitución y la ley⁵.

Un adecuado estudio de los vicios del acto administrativo, provee al administrado amplias herramientas argumentativas para sustentar su defensa legal frente a la Administración, quién se encuentra sujeta al principio de la legalidad, y sobre todo por los límites a sus potestades administrativas establecidas de forma general en la Constitución.

¹ Véase en general, Brewer-Carías, Allan / Rondón de Sansó, Hildegard / Urdaneta Troconis, Gustavo & Hernández, José Ignacio, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y legislación complementaria*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011.

² *Id.* Art. 49. 1.

³ Santamaria Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, Madrid, Editorial IUSTEL, 2000, 2^{da} ed, p. 406.

⁴ CRBV, Art. 49.1.

⁵ *Id.*

El objetivo de este trabajo es discutir argumentos prácticos de defensa desde los vicios de indefensión, inmotivación, e incompetencia temporal del acto administrativo por dos razones fundamentales. En primer lugar, los vicios de inmotivación, indefensión e incompetencia temporal se explican, en la práctica, por sí solos: **(i)** en el primer caso, el particular no tiene oportunidad para defenderse, y por ende, genera la nulidad absoluta del acto en concreto; **(ii)** en el segundo caso, el acto no tiene fundamento jurídico que sustente la voluntad de la Administración Pública en concreto; y **(iii)** finalmente, en el tercer caso, el tiempo de la actuación administrativa no se adhiere a las propias limitaciones temporales que la misma ley le impone al quehacer administrativo. Todas estas circunstancias de vicios de la actividad administrativa presentan circunstancias estratégicas desde el punto de vista del abogado litigante o consultor.

En segundo lugar, un abogado estudioso puede encontrar en estos comentarios guías prácticas de cómo efectivamente ejercer estas defensas en el marco de procedimientos administrativos de diversa índole (sancionatorio, tributario, laboral, entre muchos otros), razón por la cual se presenta como la primera línea de defensa ante muchas situaciones adversas de nuestros clientes cuando se relacionan con la Administración Pública en cualquiera de sus formas.

I. Generalidades sobre el acto administrativo en Venezuela

El acto administrativo es una manifestación de voluntad de la administración pública que produce efectos jurídicos, regulando la conducta de los administrados y organizando la actividad del Estado. Este tipo de actos se encuentran regulados por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), la cual establece los principios y procedimientos que deben seguirse para su validez. Más allá de la noción anterior, la doctrina venezolana ha discutido ampliamente la conceptualización del acto administrativo⁶, toda vez que la definición de aquél incluida en el

⁶ En este sentido, BREWER-CARÍAS ha definido al acto administrativo como toda manifestación de voluntad de carácter sublegal, realizada, primero por los órganos del Poder Ejecutivo, es decir, por la Administración Pública, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; segundo, por los órganos del Poder Legislativo (de carácter sublegal) actuando en ejercicio de la función administrativa; y tercero por los órganos del Poder Judicial actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa. En todos los casos, la declaración de voluntad constituye un acto administrativo cuando tiende a producir efectos jurídicos determinados, que pueden ser la creación, modificación o extinción de una situación jurídica individual o general, o la aplicación, a un sujeto de derecho de una situación jurídica general. Allan Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos*

artículo 7 de la LOPA como "toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecido en la Ley, por los órganos de la Administración Pública", ha sido sumamente criticada⁷.

Sin embargo, la eficacia y legitimidad de estos actos pueden verse comprometidas por la presencia de vicios que afectan su legalidad, como la falta motivación (total o parcial), la falta de competencia, el desvío de poder o la violación de derechos fundamentales (como el derecho a la defensa). Precisamente, la manifestación de los mencionados vicios es analizada por la teoría de la nulidad en el Derecho Administrativo, que se refiere al análisis de las distintas ilegalidades que puede contener un acto administrativo, y que conllevan como consecuencia su anulación; por supuesto, lo anterior no es un efecto automático o una consecuencia necesaria derivada de la presencia de los vicios, sino que la nulidad se materializa mediante declaración expresa de un órgano competente a tal fin, sea por medio de autotutela, siendo declarado por el propio ente administrativo que lo dictó u otro órgano competente de la Administración Pública, o como resultado de un procedimiento judicial llevado a tal fin⁸.

Los vicios en los actos administrativos pueden surgir de diversas maneras, afectando tanto la forma como el fondo del acto. Por ejemplo, un acto administrativo que sea emitido por una autoridad que no tiene competencia para ello carece de validez y puede ser impugnado. Asimismo, el desvío de poder, que ocurre cuando la autoridad actúa con un propósito distinto al que le fue conferido, puede generar decisiones arbitrarias que vulneran los derechos de los ciudadanos. Estos vicios no solo afectan la legitimidad del acto, sino que también pueden dar lugar a la responsabilidad de la Administración Pública ante los tribunales.

La existencia de vicios en los actos administrativos es un tema crítico en la Administración Pública venezolana, ya que puede conducir a la falta de confianza en las instituciones y en el Estado de derecho. Para garantizar la legalidad y la protección de los derechos de los ciudadanos, es fundamental que exista un mecanismo eficaz de control y revisión de estos actos. La posibilidad de impugnación ante instancias judiciales y la implementación de procedimientos administrativos que aseguren la transparencia y la participación ciudadana son esenciales para mitigar

Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 141.

⁷ Serviliano Abache Carvajal, *La Atipicidad de la Presunción de Legitimidad del Acto Administrativo y la Carga de la Prueba en el Proceso Tributario*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 68-70.

⁸ José Araujo-Juárez, *La Nulidad del Acto Administrativo*, Ediciones Paredes, Caracas, 2014, pp. 35-36.

los efectos negativos de los vicios administrativos, promoviendo así una gestión pública más responsable y legítima.

Así las cosas, el propósito de este ensayo es analizar y evaluar el tratamiento doctrinal y jurisprudencial, específicamente, de los vicio de inmotivación, indefensión, e incompetencia temporal, así como distinguir sus consecuencias jurídicas con una breve referencia a la jurisprudencia relevante para cada vicio en concreto.

II. El vicio de inmotivación

Desde un punto de vista doctrinario, el vicio de inmotivación supone un defecto en la exposición de las razones de hecho y de derecho que tuvo la Administración Pública para la emisión del acto administrativo⁹. El vicio de inmotivación admite diversos grados, ya sea **(i)** absoluta; **(ii)** insuficiente; **(iii)** contradictoria; o **(iv)** sobrevenida, todas sus especies devienen de la informalidad de la Administración al momento de sustentar las razones de hecho y de derecho de su voluntad o el tiempo posterior de corrección de su motivación que implica una lesión al derecho a la defensa del particular en concreto.

Sobre la Administración Pública pesa la obligación de motivar los actos administrativos de carácter particular, tal y como lo señala el artículo 9 de la LOPA “los actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite o salvo disposición expresa de la Ley. A tal efecto, deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto”. Asimismo, la LOPA señala que todo acto administrativo deberá contener expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes¹⁰.

De esta manera, al momento de dictar un acto administrativo es obligación de la Administración Pública señalar las razones que la llevaron a dictarlo. La racionalidad de esta obligación legal encuentra su fundamento en preservar el derecho al debido proceso del administrado, a cuyo fin se hace necesario permitirle conocer los motivos que llevaron a la Administración Pública a tomar tal decisión.

De esta forma, si el administrado considera que los motivos son erróneos o no se compaginan con lo establecido en la ley, tendrá una verdadera posibilidad de rebatir cada uno de los elementos utilizados por la Administración Pública para dictar el acto administrativo de que se trate. Cuando estos motivos están ausentes, o son confusos, el administrado se encuentra en una situación de indefensión al no conocer la

⁹ José Araujo-Juárez, *Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado, Volumen 3: Acto Administrativo*, Ediciones CIDEP, Caracas, 2024, p. 337.

¹⁰ LOPA, Artículo 18, numeral 5.

base fáctica ni de derecho que fundamenta el respectivo acto administrativo, el cual, en consecuencia, se encuentra viciado de inmotivación.

En cuanto a la motivación de los actos administrativos, reiteradamente la Sala Político Administrativa de nuestro máximo Tribunal ha señalado:

Al respecto, se observa que es doctrina pacífica y jurisprudencia reiterada por este Supremo Tribunal que la motivación es un requisito esencial para la validez del acto administrativo y que la misma comprende los presupuestos de hecho y de derecho en que éste se fundamenta¹¹.

Por ello, el acto administrativo inmotivado es insubsanable, no puede ser convalidado al colocar al interesado en un virtual estado de indefensión¹².

En este sentido, tal y como lo señala la LOPA en su artículo 85:

...los interesados podrán interponer los recursos a que se refiere este capítulo contra todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, cuando dicho acto lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos personales y directos¹³.

¹¹ Sentencia del 03-08-2000, Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso Asociación Cooperativa de Transporte de Pasajeros Universidad vs. Ministro de Transporte y Comunicaciones.

¹² José Araujo-Juárez, *Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado, Volumen 3: Acto Administrativo*, Ediciones CIDEP, Caracas, 2024, p. 341.

¹³ La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado, en su sentencia No. 2.361, del 24-10-2001, lo siguiente que: "Cabe así indicar que la doctrina administrativa ha concebido la motivación como la expresión sucinta de los fundamentos de hecho y de derecho que dan lugar a la emisión de un acto por parte de la Administración, independientemente de la falsedad o no de la fundamentación expresada, siendo así necesario distinguir entre este último, es decir, la motivación y el motivo del acto, el cual forma parte de los elementos de fondo del acto administrativo. De allí que la falsedad del motivo pueda acarrear la nulidad absoluta del acto, mientras que los vicios en la motivación sólo producen su anulabilidad, siendo subsanables en cualquier caso, salvo que afecten el derecho a la defensa del particular. // Hecha la diferenciación anterior, queda claro, respecto de la motivación, la necesidad que existe de cumplir con este requisito de forma para la emisión de todo acto administrativo, a fin de dar cumplimiento con el mandato contenido en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y aún más, con el objeto de permitir al administrado conocer los motivos en los cuales se ha basado la Administración, y a partir de ello, evaluar la posibilidad de ejercer los recursos que tenga a su alcance para rebatir la actuación administrativa. // Ahora bien, entre los vicios que pueden afectar la motivación, cabe distinguir entre la inmotivación o ausencia de motivación y la motivación insuficiente. La primera configurada por un vacío total en la información dirigida a esclarecer los motivos en que se fundamentó la Administración para tomar su decisión, mientras que la motivación insuficiente tiene lugar cuando a pesar de existir una expresión referida a los hechos o el derecho aplicado, ésta se presenta con tal exigüidad que no se logra conocer con exactitud los motivos que dieron lugar al acto administrativo", caso *María del Carmen García vs. Consejo de la Judicatura*, en

Sobre este particular, también se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa¹⁴.

Así, como puede observarse, la inmotivación por motivación insuficiente, entendida ésta en el sentido en el que lo señala paladinamente la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal como el supuesto en que “a pesar de existir una expresión referida a los hechos o el derecho aplicado, ésta se presenta con tal exigüidad que no se logra conocer con exactitud los motivos que dieron lugar al acto administrativo”.

La LOPA no da lugar a dudas sobre la condición de validez que representa el análisis y valoración exhaustiva de los planteamientos de los administrados en los asuntos que se ventilen ante la Administración sobre lo cual están contestes tanto la doctrina nacional¹⁵ como la comparada¹⁶. Ahora bien, la trascendencia del principio-requisito sobre la exhaustividad y globalidad del acto administrativo, se encuentra en estrecha relación con la motivación del mismo, y así, con el derecho a la defensa del administrado, tal y como lo ha expresado la doctrina¹⁷, al igual que la más precisa jurisprudencia patria, al puntualizar que en efecto, la motivación del acto administrativo es condición indispensable para su validez¹⁸.

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/02361-241001-15091.htm>

¹⁴ Sentencia No. 2.361, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, 24-10-2001, caso *María del Carmen García Heredia vs. Consejo de la Judicatura*.

¹⁵ Al respecto, véase, entre otros: Brewer-Carías, Allan., *op. cit.*, p. 306; y Araujo Juárez, José, *Principios generales del Derecho Administrativo Formal*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1989, p. 235.

¹⁶ Al respecto, véase, entre otros: Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo 3, Fundación Estudios de Derecho Administrativo y Fundación de Derecho Administrativo de Buenos Aires, 1ª edición venezolana, Caracas, 2002, pp. IX-28 a IX-31.

¹⁷ Sobre la estrecha vinculación que existe entre la globalidad del acto administrativo y su motivación, véase, entre otros: Brewer-Carías, Allan, y Blanco-Uribe, Alberto.

¹⁸ Sentencia *cit.* En similar sentido, *cf.* Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, del 15-05-1986, con ponencia de la Magistrado Dra. Armida Quintana Matos, caso: *Pedro A. Morales vs. República (Comisión de Apelaciones del Refinanciamiento de la Deuda de Productores Agrícolas)*. Al respecto señala dicha sentencia que “El criterio anteriormente transcrito tiene su fundamento teleológico en que todo procedimiento administrativo (constitutivo o recursivo), en virtud de su función tuitiva y como cauce formal que representa de la voluntad administrativa, dirigida a erradicar del campo jurídico toda posibilidad de arbitrio del funcionario, facilitar el control jurisdiccional del acto y, fundamentalmente, garantizar, de conformidad con el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los derechos constitucionales que forman parte del derecho a la defensa del administrado, cuyo respeto está inmerso en su cabal cumplimiento; dentro de los cuales tiene predominante importancia, en el caso que nos ocupa, el derecho a obtener una decisión adecuada, esto es, plena, global, exhaustiva y congruente en su contenido y que sea fiel reflejo de la ‘totalidad’ de los argumentos esgrimidos en sede recursiva administrativa, permitiéndole al

En este sentido, existe una innegable vinculación entre la globalidad del acto administrativo y su motivación, en el marco del debido proceso y el derecho a la defensa del administrado. Así, la autoridad administrativa está obligada a resolver en el acto definitivo todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como en su tramitación, lo cual abarca el análisis de las alegaciones efectuadas por el administrado, las pruebas aportadas por éste e incluso las incorporadas oficiosamente por la Administración, así como cualquier otra incidencia surgida en el íter procedimental.

Tal análisis forma parte de la motivación del acto administrativo y se inserta en el conjunto de garantías que conforman el debido proceso, aplicable a las actuaciones administrativas según dispone el artículo 49 de la Constitución. Tal principio aplica a los actos administrativos definitivos, como aquellos que crean o modifican situaciones jurídicas subjetivas en la esfera de los particulares, no así a los actos de trámite que, como conjunto de actos tendentes a impulsar u ordenar el íter procedimental previo, no son capaces de incidir directamente en los derechos e intereses de los particulares, salvo las excepciones previstas en la ley¹⁹.

Finalmente, la doctrina administrativa y la jurisprudencia han comentado el carácter de nulidad absoluta del vicio de inmotivación por su eventual y potencial lesión al derecho a la defensa, aun cuando, en sus inicios la jurisprudencia contencioso administrativa le declaraba la sanción de la nulidad relativa²⁰.

De igual manera, resulta importante distinguir, en este particular, el vicio de inmotivación ya ampliamente analizado, del vicio en la causa o motivo. Concretamente, mientras que la inmotivación refiere a la falta (o insuficiencia) de los motivos expresados por la Administración Pública, que la llevaron a tomar una determinada decisión en el acto administrativo, los vicios en la causa responden al fundamento del nacimiento del propio acto. En otras palabras, el desarrollo jurisprudencial ha expresado que todo acto administrativo debe, necesariamente, contar un una justificación intrínseca por la que fue emitido²¹. La necesidad de la presente distinción encuentra su fundamento en que la doctrina ha identificado

contribuyente, en consecuencia, conocer el porqué de la 'improcedencia' total o parcial de sus peticiones", *Id.*

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, No. 558, del 20-03-2006, Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño, caso: *Hato El Milagro, C. A. vs. Instituto Nacional de Tierras (INTI)*.

²⁰ José Araujo-Juárez, *Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado, Volumen 3: Acto Administrativo*, Ediciones CIDEP, Caracas, 2024, p. 339.

²¹ José Araujo-Juárez, *La Nulidad...*, pp. 92-93.

confusiones entre la causa del acto, con la voluntad administrativa o incluso con el fin de interés público que aquél presenta²².

Con base en la discusión planteada, se puede concluir que la causa o motivo del acto administrativo consiste en los presupuestos de hecho y derecho que sirven como fundamento para que se origine y emita el acto administrativo, diferenciándose de la motivación del contenido sustantivo del mismo. Los vicios en la causa se producen cuando **(i)** hay una violación de la cosa decidida administrativa; o **(ii)** la Administración Pública incurre en falso supuesto. Sin embargo, de conformidad con lo establecido en la LOPA y su análisis doctrinal, así como la jurisprudencia, existe consenso en que sólo el primero de aquéllos genera la nulidad absoluta del acto, produciéndose la nulidad relativa en el segundo supuesto²³.

III. El vicio de indefensión

El vicio de indefensión ha sido considerado doctrinariamente como un vicio procedimental que afecta el derecho a la defensa del particular. En efecto, todos los ciudadanos tenemos derecho a la defensa ante todo acto administrativo que se nos notifique. De esta forma, se ha puntualizado que el vicio *in comento* es uno de los principales vicios del procedimiento administrativo²⁴ y con consecuencias prácticas muy evidentes, en particular, en materia de notificaciones defectuosas que imposibilitan el derecho a la defensa.

Así, el vicio de indefensión existe si el derecho constitucional a la defensa ha sido severamente lesionado o limitado en los siguientes supuestos: **(i)** cuando al interesado no se le notificó del procedimiento de ninguna forma; **(ii)** por no ser informado de un procedimiento iniciado en su contra, no concurrieron los interesados a exponer sus razones y pruebas; **(iii)** por defectos en las notificaciones los interesados no conocieron los hechos por los cuales se les responsabiliza; **(iv)** porque se le impidió al interesado el derecho a defenderse; **(v)** la ausencia de notificaciones obligatorias de terceros de interés; **(vi)** se le prohíbe o impide el derecho al libre acceso al expediente administrativo; **(vii)** se le prohíbe al interesado el derecho de alegar y probar lo conducente en beneficio de sus derechos o intereses; **(viii)** se desconoce el derecho a obtener una información final sobre el fondo del asunto; **(ix)** se le desconoce el derecho a ser notificado de cualquier acto administrativo que atente contra sus derechos o intereses; **(x)** determina una grave indefensión al impedir

²² Véase: G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo Vol I, Principi Generali*, 8ª ed., Milano, 1958, p. 190; y M.M. Diez, *Derecho Administrativo, T. II*, Ediciones Plus Ultra, Buenos Aires, 1974/1979, p. 257.

²³ José Araujo-Juárez, *La Nulidad...*, p. 93.

²⁴ José Araujo-Juárez, *Tratado de Derecho Administrativo...*, p. 308.

el derecho a probar; y finalmente (xi) se le desconoce al interesado el derecho a ser informado de los recursos y medios de defensa en vía administrativa o en vía judicial²⁵.

Sin embargo, ha sostenido la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa, con motivo a la notificación defectuosa, ciertas limitaciones. Al respecto, la Sala Político-Administrativa ha reiterado el criterio que los vicios en la notificación e incluso la ausencia de ésta no son susceptibles de afectar el derecho a la defensa del particular, cuando este último haya podido tener conocimiento por cualquier medio de la existencia del procedimiento o de la providencia administrativa de que se trate, y haya tenido también la posibilidad de acudir a exponer los alegatos y pruebas pertinentes, a fin de procurarse una defensa adecuada²⁶. De manera que, con el ejercicio oportuno del recurso, el defecto de la notificación pudiera estar convalidado²⁷.

No obstante, ha sostenido igualmente la jurisprudencia en esta materia que el acto administrativo impugnado en los siguientes términos "notificación que se hace para su conocimiento y fines consiguientes", y donde se evidencie, que efectivamente, en la notificación del acto impugnado se obvió toda mención a la posibilidad que tiene la parte de atacar el acto y, del mismo modo, al tiempo hábil para la interposición de los recursos correspondientes, resultaría evidente lo defectuoso de la notificación apartándose de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de la LOPA, cercenándose el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del particular²⁸. No en vano, dada las características propias de este vicio, la doctrina administrativa y la jurisprudencia han aceptado el carácter de nulidad absoluta²⁹.

El vicio de indefensión se presenta como un vicio fundamental en la gama de argumentos de cualquier litigante frente a los quehaceres de la Administración Pública al ser diverso en su extensión y su configuración en distintos errores que comete la administración al momento de notificar actos administrativos. Por lo anterior, una de las primeras verificaciones que hace cualquier abogado en defensa y representación de sus clientes es si, efectivamente, los actos administrativos han sido debidamente notificados para surtir efectos legales y determinar la

²⁵ José Araujo-Juárez, *Id.* pp. 309-310.

²⁶ Véase, la sentencia No 01742 publicada en fecha 02-12-2009, caso: María Mercedes Prado Rendón v. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

²⁷ Sentencia No. 892/2013 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 25-07-2013, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00892-250713-2013-0369.HTM>.

²⁸ Sentencia No. 696/2015 de la Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia del 04-06-2015, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178177-696-4615-2015-14-0974.HTML>.

²⁹ José Araujo-Juárez, *Id.*, p. 310.

estrategia legal a seguir en el caso en concreto, y por ello, la importancia de nuestros comentarios al incluirlo en este ensayo por su utilidad práctica.

IV. El vicio de incompetencia temporal

Señala ARAUJO-JUÁREZ que se ha sostenido la obligación de la Administración Pública de actuar en un determinado plazo, lo cual, normalmente, solo pretende evitar retrasos injustificados en la actuación administrativa. Sin embargo, por la propia naturaleza del término o plazo da lugar a que su incumplimiento determine la nulidad del acto administrativo³⁰. De acuerdo con la línea sostenida por la jurisprudencia venezolana, los actos administrativos dictados fuera del tiempo solo producirán la nulidad relativa o la anulabilidad, salvo cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, o cuando el tiempo es esencial para la emanación del acto administrativo³¹.

La doctrina administrativa y tributaria difiere sobre las implicaciones del vicio de incompetencia material. En materia administrativa, la doctrina ha considerado como indicativos, y ocasionalmente imperativos, los plazos previstos para la emisión del acto³². En materia administrativa, el incumplimiento de los lapsos procedimentales, solo es motivo de nulidad cuando la falta signifique la omisión de una etapa o fase total del procedimiento administrativo debido a una grave lesión del derecho a la defensa³³.

Por el contrario, la doctrina más autorizada en materia tributaria ha señalado que una de las características esenciales del procedimiento administrativo, como mecanismo de garantía de los administrados frente a la acción administrativa, es la de finitud del procedimiento; o dicho de otro modo, que el administrado debe estar en conocimiento, con carácter previo, de la duración máxima del procedimiento administrativo, de forma que éste pueda conocer con precisión el alcance y extensión de la actividad administrativa que, de una u otra forma, se instruye en su contra. Ello implica, igualmente, una limitación temporal a la posible perturbación de la actividad del particular consecuencia de la investigación administrativa, especialmente en el caso de los procedimientos de fiscalización, en los cuales la Administración Pública tiene las más amplias posibilidades jurídicas de intromisión en la esfera particular.

³⁰ José Araujo-Juárez, *Id.*, p. 324.

³¹ *Id.*

³² *Id.*

³³ *Id.*

En este sentido, DE PEDRO FERNÁNDEZ ha puesto de manifiesto la importancia del derecho a la terminación normal y tempestiva del procedimiento administrativo, en los términos siguientes:

La duración del procedimiento, su tramitación y resolución clara está en el caso de terminación normal, está limitada legalmente. El plazo establecido en la LOPA es de cuatro (4) meses, que puede ser prorrogado, cuando median causas excepcionales dejándose constar las mismas en el expediente, hasta por dos (2) meses más (art. 68). La Ley ha puesto así fin a aquellas actuaciones de la Administración indefinidas, a menudo constantemente y que, en el fondo, lesionaban a los administrados. Pensamos que el incumplimiento del lapso de tramitación y resolución genera las sanciones establecidas en la Ley (arts. 100 y ss) para el funcionario responsable³⁴.

Las anteriores consideraciones tienen particular relevancia en materia de incompetencia temporal del acto administrativo, y plantea una discusión de política pública respecto a que debe permitírsele a la Administración Pública en el marco de sus potestades.

En materia tributaria, por ejemplo, la idoneidad del procedimiento de fiscalización como un procedimiento administrativo, en el marco de las garantías que para esta clase de procedimientos tributarios consagra el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, implica necesariamente que la Administración dé término a los procedimientos administrativos en el plazo legalmente establecido para ellos; ya que de lo contrario (i) o bien debe entenderse terminado el procedimiento, ya que no obtuvo el resultado para el cual fue iniciado –en el caso de la determinación tributaria oficiosa, para declarar la existencia

³⁴ De Pedro Fernández, Antonio, *El procedimiento administrativo en Venezuela*, Editorial M&H, Caracas, 1994, pp. 155-156. Por su parte, BREWER-CARIAS indica que el derecho del administrado a la celeridad administrativa tiene especial vinculación con el derecho al respeto, por parte de la Administración, de los plazos y términos para las decisiones legales: "El derecho a la celeridad se manifiesta, ante todo, en el derecho del interesado a que la Administración respete los lapsos y decida en los términos legales. Por ello, el artículo 41, establece que los términos y plazos establecidos en la Ley obligan, por igual y sin necesidad de apremio, a las autoridades y funcionarios competentes para el despacho de los asuntos. Por tanto, el interesado, puede decirse que tiene un derecho a que la Administración se atenga a los plazos, derecho que, por otra parte, se precisa en las diversas normas que establecen lapsos para decidir (...) y luego, en los procedimientos que requieren sustanciación, el Artículo 60, establece un lapso de cuatro meses, con posibilidad de dos meses más de prórroga (6 meses). En esta forma, hay una certeza del particular de obtener una decisión en estos lapsos consagrados en la Ley; además del silencio administrativo negativo como una sanción indirecta a la no decisión rápida de los asuntos en los lapsos prescritos. Por tanto, transcurridos esos lapsos, sin que la Administración decida, se entenderá, de acuerdo al Artículo 4 de la Ley, que la Administración ha resuelto negativamente el asunto o recurso, por lo que, el silencio equivale, al vencimiento de los lapsos, a una decisión denegatoria del recurso o de la solicitud introducida, para beneficio del particular y de su defensa" (Brewer-Carías, Allan R., *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 118-119).

y cuantía de la obligación tributaria–; o (ii) debe entenderse entonces declarada la obligación tributaria inexistente, toda vez que –como "el recurso o la solicitud introducida" en palabras de BREWER-CARÍAS, son inexistentes en el procedimiento determinativo oficioso, que por su esencia es incoado de oficio por parte de la Administración– es imposible para la Administración en estos casos declarar en forma positiva la existencia o cuantía de una obligación tributaria que, por el incumplimiento de sus deberes, no conoce ni puede apreciar en un todo su extensión y efectos. De otro modo, tal como paladinamente señala DE PEDRO FERNÁNDEZ, la lesión a la seguridad y certeza jurídicas del particular y, en consecuencia, a su derecho a la defensa, son indiscutibles.

Como podemos observar, en materia tributaria, el vicio de incompetencia temporal es particularmente relevante. Así las cosas:

...cualquier actuación de investigación fiscal realizada con posterioridad al vencimiento de dicho lapso, se deberá entender viciada de nulidad absoluta por incompetencia temporal, a tenor del artículo 19, numeral 4º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, precisamente porque, al ejercerse en los procedimientos tributarios potestades de intervención que, en definitiva, pueden afectar negativamente la esfera jurídico-subjetiva de los contribuyentes, debe entenderse de manera restringida la dotación facultativa y el señalado límite por razón del tiempo ha de ser fatal³⁵.

FRAGA-PITTALUGA contundentemente ha expresado lo siguiente: "si la Constitución o la ley han definido un espacio temporal dentro del cual los órganos dotados de potestades administrativas deben actuar, toda actuación realizada antes o después del señalado límite, se estima ejecutada por un órgano incompetente"³⁶. En efecto, la adecuada respuesta o decisión a los planteamientos formulados por los administrados interesados, se circunscribe al debido pronunciamiento de la Administración sobre todas y cada una de las peticiones expuestas para su consideración, en respeto del principio de la exhaustividad y globalidad de la decisión administrativa.

En nuestra opinión, nos acogemos a una visión mucho más garantista del vicio de incompetencia temporal que se alinean con la perspectiva tributaria de la situación *in comento*. En efecto, en el marco de una Administración Pública sujeta al principio de la legalidad, mal puede la propia administración convalidar temporalmente sus actuaciones cuando tiene limitaciones expresas en el tiempo y en su actuación. No obstante las consideraciones administrativas, el vicio de competencia

³⁵ Abache Carvajal, Serviliano, "De la teoría a la práctica: análisis del "procedimiento de determinación oficiosa" regulado en la Ordenanza General de Procedimientos Tributarios del Municipio Simón Bolívar del Estado Anzoátegui (e indirecto del Código Orgánico Tributario)", *Revista de Derecho Tributario*, No. 122, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2009, p. 122.

³⁶ Fraga-Pittaluga, Luis, *La incompetencia en el Derecho administrativo*, Ediciones Funeda, 2ª edición, Caracas, 2007, p. 83.

temporal representa un argumento de defensa sumamente eficaz e ilustrativo en procedimientos administrativos extensos en contra de los intereses de los administrados y que será particularmente ilustrativo, dependiendo de las circunstancias del caso en concreto.

Comentario final

Desde un punto de vista práctico, un adecuado estudio de los vicios del acto administrativo provee al administrado amplias herramientas argumentativas para sustentar su defensa legal integral frente a la Administración, quién se encuentra sujeta al principio de la legalidad, y sobre todo por los límites a sus potestades administrativas establecidas de forma general en la Constitución.

En nuestra opinión, los vicios de indefensión, inmotivación e incompetencia temporal del acto administrativo representan una flexibilidad argumentativa muy importante en el arsenal de argumentos de todo litigante o consultor, debido a su íntima relación con el debido proceso, el derecho a la defensa, y validez propia del acto administrativo.

Finalmente, los vicios estudiados en este ensayo, poseen una amplia jurisprudencia y tratamiento doctrinario que permite la elaboración de defensas muy exhaustivas para nuestros clientes. Aunque existen otros vicios igualmente relevantes y evidentes, no es menos cierto que en la práctica profesional los vicios estudiados en este ensayo presentan una habitualidad "rutinaria" en el quehacer de la Administración Pública. Por ello, argumentos de defensa en este sentido, son sumamente útiles para los litigantes y consultores al existir amplia fuentes jurisprudenciales al respecto y que se basan, en los mismos errores y desaciertos que comete la Administración constantemente. ■



**REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO
ADMINISTRATIVO VENEZOLANO**

Número 28, Enero – Junio 2024
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)