

Magistra

REVISTA DE LA ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA
AÑO 6 - Nº 1 - 2012



República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Escuela Nacional de la Magistratura

Magistra

REVISTA DE LA ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

AÑO 6 • N° 1 • 2012

Caracas

© ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA
Tribunal Supremo de Justicia

ISSN: 1856-8865

Depósito legal pp 200702DC2838

Portada: Carlos Pérez Cárdenas

Esta revista fue impresa en papel alcalino.
*This publication was printed on acid-free paper
that meets the minimum requirements
of the American National Standard for Information
Sciences-Permanence for Paper for Printed
Library Materials, ANSI Z39.48-1984.*

Diagramación e impresión: Ediciones Astro Data, S.A.
Telf.: 0261-7511905 - Fax: 0261-7831345
E-mail: edicionesastrodata@cantv.net
Maracaibo, Venezuela

Consejo Directivo

Escuela Nacional de la Magistratura

Director General

Magistrado Dr. Arcadio Delgado Rosales

Directora General Adjunta

Dra. Nely Vásquez de Peña

Secretaria General (E)

Abg. Rosanna Gallo

Directora General de Administración

y Recursos Humanos

Lic. Miguel Ángel Lucas

Directora General de Carrera Judicial

Abg. Dilcey Cortez

Directora General Docente (E)

Abg. Dilcey Cortez

Director General de Información

y Documentación Judicial

Prof. David Jaimes Berutti

Director General de la Oficina de Cooperación

Técnica y Proyectos Especiales (E)

Dr. Nelson Mata

Consejo Editorial de la Revista

Director

Magistrado Dr. Arcadio Delgado Rosales

Subdirectora

Dra. Nely Vásquez de Peña

Revisión y Corrección

Dra. Nely Vásquez de Peña

Mg. Sc. Dhayana Carolina Fernández

Lic. Domingo Medina Gutiérrez

La Revista **Magistra** es una publicación de la Escuela Nacional de la Magistratura, cuyo objetivo es dar publicidad a artículos de carácter científico-jurídico desarrollados principalmente por los miembros del Poder Judicial venezolano, pero abierta a las colaboraciones de expertos nacionales e internacionales siempre que cumplan con los requisitos de rigurosidad y objetividad propios del quehacer científico-jurídico. La Revista **Magistra** verifica que se cumplan las *Normas para los colaboradores* que ha establecido y lleva a cabo las labores de edición propias de una publicación de este tipo, pero las opiniones y afirmaciones contenidas en los artículos son responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

Índice

	Pág.
Presentación: <i>La Jurisdicción Contencioso Administrativa</i>	7
 Tema Central: La Jurisdicción Contencioso Administrativa	
 Emilio Ramos González y Lilians Lara Albarez	
La conservación de los actos administrativos en el sistema jurídico venezolano <i>Maintaining the Validity of Administrative Acts in the Venezuelan Legal System</i>	13
 Alexis José Crespo Daza	
Breves consideraciones sobre los actos administrativos autorizatorios <i>Brief Considerations on Administrative Authorizing Acts</i>	39
 Marilyn Quiñones	
La buena administración y la moralidad administrativa <i>Good Management and the Administrative Morality</i>	65
 Igor Villalón y Raúl Velásquez	
Comentarios sobre el arreglo amigable en el procedimiento expropiatorio <i>Comments on Amicable Settlement in Expropriation Procedures</i>	85
 Jonás Aponte y Karla Ziegler	
Los embates del mercado y su presunta inmunidad ante las regulaciones <i>The Market and its Immunity to Regulations</i>	111
 Efrén E. Navarro Cedeño	
Las patologías preexistentes en los contratos de seguros de salud y de medicina prepagada, frente a los derechos de las personas en el acceso a los bienes y servicios <i>Pre-existing pathologies in Contracts of Health Insurance and Prepaid Health, compared to the rights of People's Access to Goods and Services (consumer law)</i>	153

Recensiones

Juan Pablo Echeverría Useche

El Expediente Judicial Electrónico de Corazón Mira Ros.....171

NORMAS PARA COLABORADORES(AS) 179

Presentación

La Jurisdicción Contencioso Administrativa

Hace ya dos años entró en vigencia la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA). Desde ese mismo momento la Escuela Nacional de la Magistratura ejecutó un ambicioso programa de capacitación y actualización para todos los servidores y servidoras de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Del mismo modo, y en vista del papel asignado al poder popular y lo concerniente a la participación popular estipulada por la novísima ley, la Escuela Nacional de la Magistratura también desarrolló un conjunto de talleres, charlas y foros, entre otras actividades, con distintos consejos comunales a nivel nacional para dar a conocer las nuevas herramientas de las que gozarían a partir de entonces y también para que se informaran acerca de las implicaciones de la ley para los consejos comunales.

Un año después de la entrada en vigencia de la LOJCA, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia realizó el Primer Encuentro Internacional "A un año de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", en el que se expuso y debatió acerca de los avances y nuevos procedimientos de los que disponía la ciudadanía luego de la entrada en vigencia de la LOJCA. A este evento asistieron invitados nacionales e internacionales, y abordó la temática en cuatro mesas: La Mesa 1 abordó la estructura de la jurisdicción contencioso administrativa y la participación popular; la Mesa 2, los nuevos procedimientos de esta jurisdicción; la mesa 3, el régimen probatorio; y la Mesa 4 los servicios públicos y la LOJCA.

Continuando con esos esfuerzos, la Escuela Nacional de la Magistratura ha decidido dedicar el *Tema Central* de la presente edición de su Revista *Magistra* a la Jurisdicción Contencioso

Administrativa. Así, en este número los lectores y lectoras hallarán seis colaboraciones dedicadas a este tema, abordándolo desde distintas perspectivas. El primero de ellos a cargo de Emilio Ramos González y Lilians Lara, quienes analizan los fundamentos teóricos y jurisprudenciales de la conservación de los actos administrativos, y concluyen que la aplicación de dicho principio o idea es un mandato derivado del Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia previsto en nuestra Constitución.

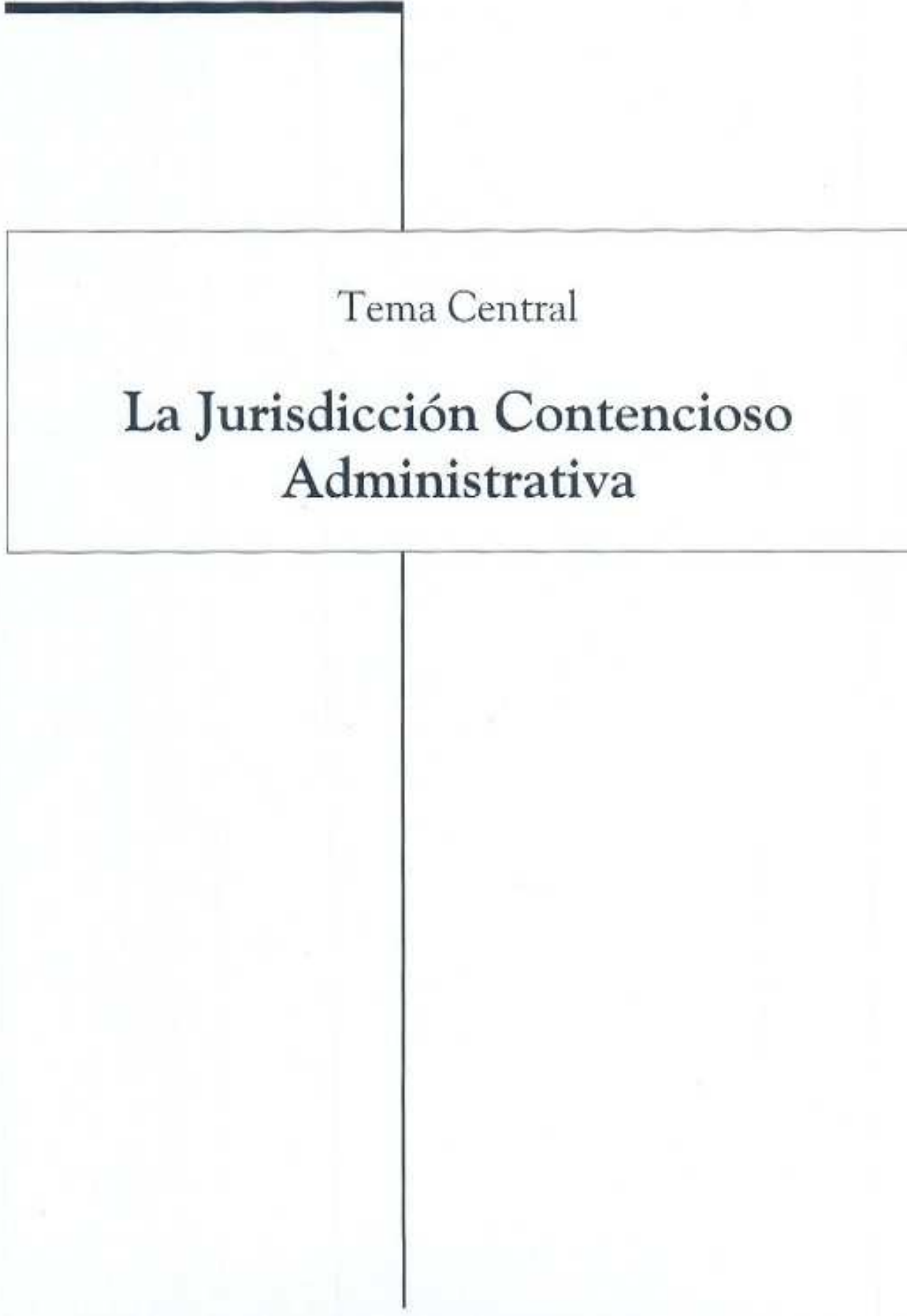
Seguidamente, Alexis José Crespo analiza los actos administrativos autorizatorios, de los cuales dispone la Administración como un límite necesario al ejercicio de ciertos derechos particulares y como ordenador de la actuación de los administrados y administradas en materias sujetas a control, con el fin de organizar tales escenarios, y evitar el acaecimiento de desequilibrios y lesiones del sistema de que se trate. Por su parte, Marilyn Quiñones al abordar el tema de la buena administración y la moralidad administrativa concluye que la tarea de la jurisprudencia es dotar a la moralidad administrativa y a la buena administración de los elementos constitutivos que formen su contenido, que sirvan de pauta de juicio para los jueces y juezas, y que brinden la posibilidad a cualquier ciudadano de acudir a la órganos del Poder Judicial, en especial a la jurisdicción contencioso administrativa, para defender los derechos colectivos y fortalecer el principio de democracia participativa previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Le siguen dos artículos que analizan la siempre compleja relación entre la Administración y el sistema económico, y más propiamente sobre los derechos económicos de los y las particulares. En el primero de ellos, Igor Villalón y Raúl Velásquez estudian el arreglo amigable en los procesos expropiatorios como un medio alternativo de resolución del conflicto distinto a la vía jurisdiccional, revelando la posibilidad de resolver de manera rápida y expedita la determinación del justo precio de los bienes o derechos afectados por el procedimiento expropiatorio y la entrega formal del bien inmueble que se pretende expropiar. Por su parte, Jonás Aponte Villalón y Karla Ziegler realizan un estudio sobre el comportamiento de algunos agentes económicos en el mercado para evidenciar cómo las leyes del mercado son maleadas a los fines de evadir las regulaciones impuestas por la Administración.

Para finalizar la sección *Tema Central* del presente número de *Magistra*, Efrén Navarro Cedeño lleva a cabo un análisis sobre la situación jurídica actual, a la luz del Derecho venezolano y de la jurisprudencia reciente, de las denominadas preexistencias o patologías preexistentes en los contratos de seguros de salud o de asistencia sanitaria.

Como siempre, hemos incluido en esta edición de nuestra revista una recensión, esta vez sobre la obra de Corazón Mira Ros, en especial su libro *El Expediente Judicial Electrónico*. Esta recensión la realiza Juan Pablo Echeverría y en ella pasa revista a los distintos temas tratados por la autora en su obra, los cuales van desde la presentación electrónica de documentos hasta los sistemas de protección de datos electrónicos y los medios de certificación de datos provenientes de la Administración para su respectiva valoración en el ámbito judicial.

CONSEJO EDITORIAL



Tema Central

**La Jurisdicción Contencioso
Administrativa**

La conservación de los actos administrativos en el sistema jurídico venezolano

Maintaining the Validity of Administrative Acts in the Venezuelan Legal System

Emilio Ramos González *

Lilians Lara Albarez **

* Juez Presidente de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Magistrado Suplente de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Profesor del Postgrado de Derecho Procesal Administrativo en la Universidad Central de Venezuela.

** Adjunto al Secretario del Magistrado en la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Profesora del PFG en Estudios Jurídicos de la Universidad Bolivariana de Venezuela (UBV).

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto analizar los fundamentos teóricos y jurisprudenciales de la conservación de los actos administrativos. La esencia y significado ético del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, determina que el bien o fin último tutelado jurídicamente no es la legalidad en sí misma, ni la validez del acto jurídico como tal sino su legitimidad fundada en el valor superior merecedor de tutela jurídica en el marco de la concreción efectiva de la justicia material. Pese a los diversos usos de significado e interpretación de la naturaleza y alcance constitucional de la idea o principio de la conservación de los actos jurídicos, es un hecho notorio que actualmente, todos los ordenamientos jurídicos democráticos poseen como denominador común, la aplicación de esta idea o principio, y en especial de los actos administrativos. Las interpretaciones y decisiones de los jueces deben atender fundamentalmente a los principios y valores que integran el vigente orden constitucional, dado que el proceso constituye un instrumento clave para la realización de la justicia. En el caso del juez contencioso administrativo, la aplicación del principio o idea de la conservación de los actos administrativos, es un mandato derivado del modelo de Estado mencionado previsto en nuestra Constitución. Finalmente intentamos, bajo estas ideas señalar y comentar algunas sentencias emanadas del contencioso administrativo mediante las que se ha aplicado la idea o principio de conservación de los actos administrativos, atendiendo a la tipología del vicio de nulidad en que ha incurrido el mismo, en el caso particular, al momento de su impugnación.

Palabras clave: actos jurídicos, actos administrativos, intereses individuales, intereses colectivos.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyze the theoretical and jurisprudential foundations behind maintaining the validity of administrative acts. The mere essence and ethic significance behind constituting a nation as a Democratic and Social State of Law and Justice determines that the values protected by the law are not those of legality itself, nor just the validity of administrative acts, but instead its legitimacy based upon the principle of effective judicial protection to attain material justice. Despite the many uses and interpretations regarding the nature and reach inherent to the constitutional ideal of maintaining the validity of juridical acts, it's a given fact that currently almost every democratic legal system possesses, at least, some way of employment to this principle, especially

when it comes to administrative acts. Therefore, being as it is that procedure represents a fundamental instrument for the administration of justice, any legal interpretation made by judges, as well as their decisions, must abide to the principles and values upon which constitutional order is built. Specifically, when it comes to contentious administrative judges, enforcing the ideal of maintaining administrative acts is a derivative order from the State model contemplated in our Constitution. Finally, it must be pointed out that it is under these precise ideas that we'll try to comment some of the administrative court rulings through which the principle of maintaining administrative acts has been applied, while considering the reasons for annulment that have been accounted for on each particular case.

Key words: juridical acts, administrative acts, individual rights, collective rights.

1. La idea de la conservación en el Derecho

La idea o principio de la conservación de los actos jurídicos tiene una especial relevancia en el ámbito del Derecho Administrativo; y, en particular, en la teoría general de los actos administrativos. Al tener todos los actos administrativos un fin público que cumplir, la finalidad que se persigue con esa conservación no se dirige sólo a la satisfacción de intereses individuales, sino también generales o colectivos. En este orden de ideas, presentamos algunos usos e interpretaciones del principio o idea de la conservación de los actos jurídicos e intentamos señalar y comentar algunas sentencias dictadas por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, en la cuales se ha interpretado y aplicado tal principio o idea en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

Con respecto a la conservación de los actos jurídicos, señala Beladiez Rojo que a todo ordenamiento jurídico le es común el deber de garantizar la permanencia y estabilidad de las relaciones creadas a su amparo, pues, como es obvio, todo el sistema de derechos y obligaciones descansa sobre la base de la conservación de los actos o negocios de los que son causa. Esta idea, a decir de la referida autora, ha sido ya expresada por Merkel en la llamada pretensión de eternidad del ordenamiento jurídico, según la cual, en defecto de una limitación espacial-temporal expresa, es inherente al ordenamiento, en todas sus partes, en todos sus preceptos, una pretensión de vigencia temporal y local ilimitada (Beladiez, 1994: 42).

Cabe apuntar que de la conservación se desprenden algunos deberes para los sujetos jurídicos, por ejemplo: el de tener que interpretar los actos jurídicos de la forma más favorable para que estos produzcan efectos; el de tener que corregir un vicio o defecto para evitar así la anulación de un acto, cuando éste ha cumplido con su fin; o, en los casos en que la invalidez afecte sólo a una parte del acto, el de tener que consentir que se conserve la parte del mismo no afectada por la invalidez. Estas son, entre otras, algunas de las principales implicaciones que tiene la idea de la conservación de los actos que impregna todo el orden jurídico (Beladiez, 1994: 46-47).

En el Derecho Privado (Civil), se encuentra –por ejemplo– el principio *favor testamenti*, que implica la tendencia a declarar válido un testamento, en caso de dudas, con el fin de hacer cumplir la voluntad del testador. Además de ello, tenemos el principio de conservación de los contratos (*favor contractus*), conforme al cual: cuando exista duda si el contrato en su conjunto (o alguna de sus cláusulas individuales) debe surtir algún efecto o no producir ninguno, se entenderá que la ineficacia puede afectar sólo a una parte o cláusula del mismo, manteniéndose el resto en vigor, en aplicación del principio de conservación de la voluntad negocial. A decir de Antonio Serrano Acitores, se trata de una regla interpretativa aceptada en todos los sistemas jurídicos occidentales modernos, esto es, tanto en el *civil law* como en el *common law* se aplica dicho principio, deviniendo por tanto un principio jurídico universal y esencial (Serrano. 2010: 5).

En el ámbito del Derecho Público, se habla -verbigracia- del principio de conservación de la norma jurídica. Según el profesor italiano Riccardo Guastini, sucede frecuentemente que cierta disposición legislativa es susceptible de dos interpretaciones diferentes: la primera, contradice a una norma constitucional, mientras que la segunda, por el contrario, es del todo conforme con la Constitución. A esta segunda interpretación se le suele llamar “conforme”, y es aquella que adecua o armoniza la ley con la Constitución. El efecto de tal interpretación, según Guastini, es obviamente el de **conservar** la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional (Guastini, 2003: 56-57). La interpretación “conforme” de las leyes es característica de los Estados Constitucionales como el que establece nuestro Texto Constitucional. Así lo admite la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en reiterada jurisprudencia.

Por su parte, la Sala Electoral de nuestro Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 139 de fecha 10 de octubre de 2001 reconoció la necesidad de conservar los actos electorales en la medida en que se preserve la voluntad de los electores, **siempre y cuando los posibles vicios de los mismos no alteren el resultado de las elecciones.**

Es útil recordar que en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, en su último aparte, se establece que: *"En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado"*. Esta misma idea se encuentra presente, en nuestra opinión, cuando la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia N° 04577 de fecha 30 de junio de 2005 conserva la validez de una sentencia que presenta el vicio llamado *silencio de pruebas*, al considerar que la valoración de la prueba omitida no hubiese modificado el resultado del juicio. Por otra parte, el principio *favor probationes* exige conservar las pruebas producidas en el juicio con las garantías procesales, lo cual coadyuva al juez en el momento de sentenciar para la realización de la justicia.

A este panorama debe agregarse lo que la doctrina ha señalado sobre el tema en el Derecho Administrativo. El autor español Jesús González Pérez establece como fundamento del ordenamiento jurídico administrativo el principio de *favor acti*, que aconseja el mantenimiento del acto en los supuestos de duda sobre su validez al enjuiciar si se dan los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o si no da lugar a indefensión (González, 2002: 87).

En Venezuela, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos recoge en su artículo 21 una manifestación de esta idea de conservación de los actos, al prever que: *"Si en los supuestos del artículo precedente, el vicio afectare sólo a una parte del acto administrativo, el resto del mismo, en lo que sea independiente, tendría plena validez"*.

Se trata, en fin, de aspectos particulares de la idea de conservación de los actos jurídicos. Y si bien no supone lo mismo la conservación de un testamento, de un contrato, de una ley, de un acto electoral o incluso de un acto administrativo; sin embargo, ahora lo que interesa destacar es que existe en nuestro ordenamiento jurídico un valor que implica la conservación de todos aquellos actos jurídicos que puedan cumplir con su finalidad, y del que se desprende un correlativo deber para todos los sujetos jurídicos de respetar dicho valor.

2. La conservación de los actos administrativos y el modelo de Estado Social

Lo puntualizado en el acápite anterior nos conecta con la importancia de la idea de la conservación de los actos administrativos en los tiempos que corren, pues bajo la actual concepción de Estado Social se le atribuye a la Administración Pública importantes potestades con el fin de realizar aquellas prestaciones que demandan las exigencias sociales. En efecto, ahora los poderes públicos desempeñan un rol activo en la configuración del orden social, pues deben asegurar a los ciudadanos un inmenso caudal de prestaciones para satisfacer sus necesidades. Así, en la actualidad, la función del Derecho Administrativo no puede ser sólo la de constituir una garantía frente a la actuación administrativa, sino que también va a ser una garantía de que la Administración cumple los fines de interés general que tiene asignados (Beladiez, 1994: 106-107).

Bajo la concepción filosófica del Estado Liberal, las leyes imponían rígidas formas a la actuación administrativa, como una garantía de defensa de los derechos e intereses individuales de los ciudadanos. Esta concepción formalista-individualista sobre la cual se construyó el Derecho Administrativo de esa época reflejaba -de forma clara- el limitado alcance que se le otorgaba a la idea de conservación de los actos administrativos. Y es lógico que así sea, pues bajo la concepción liberal las formalidades del Derecho Administrativo no son garantías para la consecución del interés general, sino técnicas que -sin atender a otra consideración que la legalidad formal- actúan como barreras de defensa de los derechos e intereses individuales frente a los actos administrativos (Beladiez, 1994: 106-107). En nuestro país, observamos que el artículo 21 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos circunscribe el deber de conservación a la parte del acto que no se encuentra afectada por algún vicio.

Este rígido formalismo que se imponía a la actuación administrativa en el Estado Liberal, en la práctica terminaba privilegiando los intereses individuales y, por lo tanto, subordinando a éstos los intereses generales y colectivos; que, en palabras de Alejandro Nieto, no son la suma de los intereses individuales. En efecto, ya en el año 1975, el citado maestro español denunciaba que la ideología liberal había encontrado en el Derecho Administrativo uno de sus últimos reductos, y que los administrativistas son quienes mejor han sabido

afinar las técnicas de paralización del Estado, por muy paradójico que parezca. La Administración moderna, expresa Nieto, semeja el gigante de Gulliver inmovilizado por los enanos de las normas administrativas, las cuales esconden instrumentos que, debidamente manejados, colocan los intereses particulares en una situación de prevalencia (Nieto, 1975: 22).

En definitiva, nos interesa destacar la importancia que tiene la conservación de los actos administrativos en la actualidad, para el cabal cumplimiento de los fines del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia; en razón del papel activo que este modelo de Estado asigna a la Administración Pública para la satisfacción de los intereses generales y colectivos. En nuestra opinión, esta transformación que ha sufrido el modelo de Estado implica que estas decimonónicas rígidas técnicas de control de los actos administrativos (el régimen de nulidades, por ejemplo) deben adecuarse a los nuevos paradigmas jurídicos, de manera de permitir una justa armonización de los intereses particulares y los generales de la comunidad, lo que resulta esencial para el Derecho Administrativo.

3. Supuestos de procedencia de la conservación de los actos administrativos

Ahora bien, que los actos jurídicos tengan una vocación de eternidad **no supone, obviamente, que deban ser conservados en todo caso**. La conservación, de acuerdo con Beladiez, sólo estaría garantizada cuando ésta sea conforme con el ordenamiento jurídico y exista interés en su mantenimiento. Dos serían, pues, para dicha autora los requisitos para que proceda la conservación de un acto jurídico: el primero, cuando el acto alcance un fin legítimo, esto es, que el Derecho lo estime digno de protección; y, segundo, que exista algún interés en la consecución de esta finalidad. Evidentemente, si a nadie le interesa la conservación de un acto, el ordenamiento dejará de protegerlo, pues si no existen intereses que proteger, el que se mantenga o no el acto deja de ser relevante para el Derecho (Beladiez, 1994: 43).

En cuanto al primer requisito, nótese que la citada autora considera legítima la conservación cuando ésta sea necesaria para el cumplimiento de unos fines que el Derecho pretende alcanzar, **"aunque ello suponga conservar actos que han incurrido en graves ilegalidades"**. En efecto, afirma Beladiez que "...el Derecho no sólo va a

garantizar la conservación de los actos jurídicos cuando éstos no hayan incurrido en ninguna infracción del ordenamiento, sino que su conservación estará también garantizada, **aun cuando el acto incurra en graves vicios**, si a pesar de ello es preciso conservarlo para salvaguardar otro valor jurídico más importante que el de la legalidad. Por esta razón, *“la validez, como presupuesto necesario para que el Derecho garantice la conservación de un acto, ha de estar referida no al acto en sí mismo, sino a si los fines que con su mantenimiento en el orden jurídico se pretenden conseguir son o no merecedores de tutela jurídica”* (Beladiez, 1994: 43).

En este sentido, señala Beladiez que, en el caso de que se expropie ilegalmente unos terrenos para construir una autopista, y cuando se quiere declarar la invalidez de este acto, resulta que ya la autopista está construida. En este caso, la citada autora afirma que, a pesar de que la expropiación es ilegal, será necesario conservarla; de otro modo, se causaría un grave perjuicio al interés general. El derecho de los particulares a obtener la invalidez cedería ante el derecho de la comunidad a conservar la obra pública, sin perjuicio –claro está– de que al no estar obligados a soportar ese acto ilegal, se les indemnice por el daño que dicha expropiación les haya causado (Beladiez, 1994: 43).

Otro ejemplo que da la referida autora es el de los funcionarios de hecho. En estos supuestos, afirma, el acto ha incurrido en una gravísima ilegalidad (incompetencia manifiesta); sin embargo, se considera que dichos actos no pueden ser declarados inválidos. Si así se hiciera, se vulneraría un bien jurídico protegido por el Derecho: la buena fe del destinatario del acto, ya que éste no podía prever la falta de competencia de un órgano que actuaba en el tráfico jurídico como si la tuviese. Otro principio cuya aplicación a un caso concreto puede tener como consecuencia la conservación de un acto que haya incurrido en graves ilegalidades, de acuerdo con la autora, es aquel que impide declarar inválido un acto cuando con ello se pueda causar un daño superior al interés público que el que podría ocasionar su conservación. Se trata, pues, del principio que determina la prevalencia del interés general sobre el particular y, en definitiva, no sería sino la aplicación del principio de proporcionalidad (Beladiez, 1994: 65).

En síntesis, si bien la idea de conservación de los actos administrativos no supone que éstos deban ser preservados en todo caso; para Beladiez, esta idea puede resultar aplicable aún cuando los actos hayan incurrido en gravísimas infracciones al ordenamiento jurí-

dico, al menos en los supuestos en los cuales el Derecho pretenda garantizar que se respete algún principio o valor jurídico relevante. Esta idea, sin duda, supera con creces la limitada visión que nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ofrece de la idea de conservación de los actos en su artículo 21, el cual circunscribe el deber de conservar a la parte del acto que no se encuentra afectada por algún vicio.

4. La conservación de los actos administrativos y la teoría general de la nulidad de los actos administrativos

La tesis de la conservación de los actos formulada por Beladiez supondría, sin duda, replantear la teoría general de la nulidad de los actos administrativos, pues el estudio de esta teoría suele centrarse en los vicios invalidantes de los actos, mientras se reduce a su mínima expresión la existencia de vicios no invalidantes. En efecto, son muchas las páginas que la doctrina dedica al estudio de los vicios que generan la invalidez de los actos administrativos (lo cual no es criticable), pero las irregularidades no invalidantes suelen reducirse a pocos supuestos: cuando el acto no se dicta en el lapso establecido, cuando se incumplen deberes formales, etc. Tampoco se estila dedicar muchas páginas al estudio de categorías como la conservación, la subsanación o la convalidación de los actos administrativos; mientras que términos como *ilegalidad* e *invalidez* se utilizan como sinónimos o, al menos, como si la invalidez fuese una consecuencia automática de la ilegalidad. La invalidez, pues, pareciera ser la regla.

Sobre este tema en particular, transcribiremos un interesantísimo *Estudio Preliminar* del maestro español Alejandro Nieto en libro de Margarita Beladiez Rojo (Beladiez, 1994, 10-11), para quien la conservación es una de las claves esenciales del Derecho Administrativo de los actos y sobre la que gira todo lo demás. En efecto, afirma Nieto que los actos administrativos se producen con vocación de permanencia y los llamados fenómenos de la nulidad y de la anulabilidad no son sino episodios excepcionales en su vida, pues la invalidez únicamente se produce cuando resulta imposible la conservación del acto. Con relación a este tema, dicho autor continúa agregando que:

En la doctrina tradicional se viene afirmando que la invalidez se deduce de la discordancia entre el acto y la norma (o sea, con los requisitos exigidos por la norma para el acto). Esta afirmación, sin embargo, no me parece correcta porque lo que se deduce de la discordancia entre el acto y la norma es la ilegalidad de aquél, exactamente igual que se predica de los reglamentos o disposiciones generales. **La legalidad (ilegalidad) es el resultado de una constatación: el operador jurídico contrasta acto y norma y a su vista constata una concordancia (legalidad) o una discordancia (ilegalidad).**

La validez, en cambio, es el resultado de una valoración. Porque es el caso que **el ordenamiento jurídico no califica, sin más y siempre, de inválidos a los actos administrativos ilegales, dado que admite ilegalidades no invalidantes: en unos casos porque la irregularidad es leve, y en otros porque el acto esta enérgicamente protegido por la norma que es inmune incluso a ilegalidades graves.** Y más todavía: también cabe que un acto inválido (en cuanto ilegal) recobre su validez subsanando la ilegalidad y convalidándose.

En definitiva, pues, nos encontramos ante dos juicios sucesivos: un juicio de ilegalidad, primero, que es el resultado de una constatación; y un segundo y posterior juicio de invalidez, que es el resultado de una valoración (o calificación) jurídica sobre el alcance del hecho mismo de la ilegalidad".

"(...) Ateniéndonos a lo dicho, parece que legalidad y validez operan como dos círculos concéntricos, ocupando esta última el interior. Todas las invalideces son consecuencia de una ilegalidad; pero no todas las ilegalidades arrastran la invalidez. La razón de esa falta de concordancia entre ambos círculos (es decir, entre ambos conceptos) consiste —como bien lo explica Beladiez— en la importancia que en ocasiones se da al fin del acto. **El ordenamiento jurídico se encuentra presionado por dos impulsos que pueden ser contrapuestos: de un lado quiere que la legalidad sea respetada y, por ende, sanciona con la invalidez a los actos que la infringen; pero, de otro lado, quiere que la administración consiga sus fines y, por ende, mantiene los actos que puedan alcanzarlos. Ahora bien, como estas pretensiones pueden resultar incompatibles, se impone el sacrificio de una en beneficio de la otra.**

El dilema no es fácil de resolver, pues la aplicación implacable de un solo principio resultaría perturbadora. Si la ilegalidad arrastrara siempre la invalidez, quedarían sin alcanzar ciertos fines públicos y padecería la eficacia administrativa; pero si, por el contrario, la ilegalidad no fuera sancionada nunca con la invalidez, saltaría por los aires el estado de derecho y hasta es posible que el estado y el derecho a secas.

En estas condiciones se impone una fórmula elemental de compromiso: **ponderando las circunstancias del caso, en unos supuestos se dará preferencia a la legalidad, sacrificando a ella los fines, mientras que en otros se sacrificará la legalidad para que el acto, por muy graves que sean sus vicios, pueda alcanzar los fines propuestos.**

Lo más interesante de todo es que, independientemente de los resultados de cada ponderación concreta, para el legislador no es la invalidez la consecuencia ordinaria de la ilegalidad, sino una auténtica y rara excepción. Si juntamos los vicios no invalidantes, los vicios potencialmente invalidantes, pero que no han desembocado en una declaración de invalidez, y los vicios subsanados, el resultado final es un sinnúmero de actos ilegales pero válidos. Cualquiera que tenga una experiencia administrativa o judicial sabe de sobra que no es frecuente encontrar actos administrativos impecables de fondo y forma. El gran ejército de la administración está formado por una colección de tullidos y enfermos que, pese a todos sus defectos, ocupan (y en ocasiones arrasan) el territorio de la sociedad civil. La administración envía muy pocos al hospital y las bajas producidas por los tribunales son cuantitativamente insignificantes.

El ordenamiento jurídico permite este modo de ser y de actuar no sólo por las viejas potestades administrativas, sino porque tiene conciencia de que, de no ser así, y teniendo en cuenta la incapacidad de la administración para elaborar escrupulosamente sus actos, no podría actuar si se adopta una actitud invalidante rigurosa.

En definitiva, la regla de que los actos administrativos se presumen válidos debe entenderse así: mientras un órgano competente para ello declare lo contrario, los actos administrativos, cualesquiera que sean sus vicios de ilegalidad, son válidos y, además, deben ser conservados siempre que sea posible". (Negrillas nuestras).

De estas palabras, nos queda claro el impacto que puede tener para la tradicional teoría general de la nulidad de los actos administrativos la idea de la conservación que aquí se analiza. Particularmente interesante nos resulta la fórmula que plantea el profesor Nieto para ejercer el control de los actos administrativos impugnados. Dicha fórmula supone que, antes de declarar la invalidez de un acto administrativo que haya podido alcanzar sus fines, el juez deberá **ponderar** las circunstancias del caso, por muy graves que sean sus vicios. Semejante fórmula, en nuestra opinión, permitiría que el juez lograra una justa armonización de los intereses particulares con los generales y colectivos; mientras que una fórmula rígida y formalista, en la que el juez estuviese necesariamente obligado a invalidar los actos administrativos que presenten alguno de los vicios de nulidad (absoluta o relativa) previstos en el ordenamiento jurídico, en la práctica podría terminar sacrificando el interés general e, incluso, la justicia como valor constitucional. En nuestra opinión, la fórmula que propone Alejandro Nieto se compadece con la concepción jurídica que ha asumido nuestra Constitución, como veremos de seguidas.

5. La conservación de los actos administrativos y el estado constitucional

Cualquier estudio de las instituciones de Derecho Administrativo debe abordarse a partir de los cánones constitucionales actuales; esto es, debe de ser adaptada a los postulados del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia a que alude el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La Constitución vigente es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico (artículo 7), el cual -en términos de Louis Favoreau- resulta totalmente *impregnado* por las normas constitucionales (Guastini, 2003: 49).

En esta misma línea, Prieto Sanchís habla del “desbordamiento constitucional”, esto es, la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema. Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que ésta (la Constitución) disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil hallar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia **constitucio-**

nal. Según Prieto, **detrás de cada precepto legal hay siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice** (Pietro, 2003: 130).

Por ejemplo, afirma el citado autor, la mayor parte de los artículos del Código Civil protegen la autonomía de la voluntad, bien el sacrosanto derecho de propiedad, y ambos encuentran sin duda respaldo en el texto constitucional. Pero frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como lo que la Constitución denomina "función social de la propiedad", la protección del medio ambiente, la promoción del bienestar general, el derecho a la vivienda o a la educación, y otros muchos principios o derechos que –eventualmente– pueden requerir una limitación de la propiedad o de la autonomía de la voluntad. Esto es lo que se ha llamado el efecto *impregnación* o *irradiación* del texto constitucional; de alguna manera, todo deviene Derecho Constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos (Pietro, 2003: 132).

Es decir, las normas constitucionales ya no despliegan su eficacia a través de la ley, sino lo hacen de forma directa e independiente; y pasan a asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones. Desde luego que las decisiones del legislador siguen vinculando a los jueces, pero sólo a través de una interpretación constitucional que efectúen estos últimos (Pietro, 2003: 131).

Lo antes expresado resulta muy importante a los efectos de nuestro análisis, pues en la actualidad no podría ningún juez decidir caso alguno, sin atender primero a los principios y valores que integran el orden constitucional; y, en particular, a lo establecido en el artículo 257, según el cual: "El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia"... "No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales".

En nuestra opinión, esta disposición supone un cambio de paradigma con relación al sistema de justicia preconstitucional, caracterizado por la preponderancia de un rigor formalista, en el cual la justicia quedaba satisfecha con una solución procesal apegada a la ley. Según Atienza, es características del formalismo jurídico el que: "las decisiones judiciales sólo pueden justificarse deductivamente, esto

es, según el esquema del silogismo subsuntivo que requiere, como premisa mayor, una norma de tipo general y abstracto, y, como premisa menor, los datos fácticos del caso que se “subsumen” en el supuesto de hecho de la norma, para inferir de ahí, como conclusión, la consecuencia jurídica prevista en la norma (Atienza, 2001: 278).

En el ámbito del contencioso administrativo, esto se traducía en que el juez podía, sin más, declarar la invalidez de los actos administrativos con tan solo constatar la existencia de uno de los vicios de nulidad (absoluta o relativa) previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículos 19 y 20). La conservación, como antes se señalara, quedaba circunscrita a la parte del acto que no estuviese afectada por algún vicio. Poco importaba, pues, que el acto administrativo viciado alcanzara el legítimo fin de interés general que la Administración perseguía. Con lo cual, en la práctica, en muchos casos terminaba subordinándose el interés general a los intereses particulares de quienes lograban en tribunales la invalidación de un acto administrativo.

Ahora bien, una vez entrado en vigencia el mandamiento establecido en el artículo 257 de la Constitución, el juez contencioso administrativo ya no puede declarar la invalidez de un acto de manera mecánica, sin tener en consideración la justicia del caso, en términos de respeto a los principios y valores constitucionales. En otras palabras, bajo nuestro sistema constitucional, mal podría un juez decidir la nulidad de un acto administrativo con fundamento en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sin antes **ponderar** si algún principio o valor constitucional exige su conservación. Y, en caso que un precepto constitucional exija la conservación de un acto administrativo afectado por algún vicio, no hay óbice alguno para que el juez decida su mantenimiento, con base nada más y nada menos que en la Norma Suprema y el Fundamento del Ordenamiento Jurídico (la Constitución).

Naturalmente, podría suceder que una norma constitucional exija la conservación del acto y otra norma constitucional exija su nulidad, pues –como dice Pisarello– el Derecho moderno es pródigo en supuestos de colisión entre derechos y principios que han de ser sometidos a la técnica de la ponderación; por eso, se habla de un Derecho dúctil (Pisarello, 2007: 53). En estos casos, el juez deberá decidir cuál de los preceptos de la Constitución que se contraponen en el caso concreto debe de prevalecer; pero no estará obligado a decan-

tarse, en todo momento, a favor del precepto que apunta a declarar la invalidez del acto que presenta vicios, por muy graves que estos sean.

La fórmula propuesta permite al juez buscar la justicia del caso, atendiendo a las especificidades que rodean cada controversia. El modelo formalista se centra en la búsqueda de la justicia a través de la aplicación de leyes generales; de allí que, en nuestra opinión, se trata de un modelo rígido que dificulta la armonización de los intereses en juego, al buscar las soluciones en el campo de lo abstracto. Con este nuevo modelo constitucional, el juez contencioso administrativo ha pasado de ser un pasivo y mecánico aplicador de normas legales y reglamentarias, a convertirse un auténtico garante de la justicia material que emana de los principios y valores fundamentales establecidos en la Constitución.

En conclusión, estimamos que la fórmula propuesta por Nieto es perfectamente compatible con el sistema jurídico asumido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El alcance de la idea de la conservación en los actos administrativos no tiene por qué circunscribirse al supuesto previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Consideramos que, no obstante la gravedad del vicio que afecta un acto que haya cumplido su finalidad, el juez contencioso administrativo puede decretar su conservación cuando así lo exija la justicia derivada de los principios y valores del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia establecido en nuestra Constitución. Sin duda, que esta fórmula permite al juez la **ponderación** y, en consecuencia, la armonización de los intereses en juego (particulares, generales, colectivos), en busca del valor justicia y del bien común.

6. La conservación de los actos administrativos en la jurisprudencia

Como quiera que la aplicación correcta de la idea de la conservación de los actos se verifican caso por caso, corresponde ahora poner de relieve cómo ha operado esta idea en el ámbito del contencioso administrativo, con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. A este fin, ordenaremos a continuación el análisis de la jurisprudencia en función del vicio en que ha incurrido el acto administrativo impugnado.

En este contexto, tenemos que en la sentencia número 00042, de fecha 17 de enero de 2007, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (caso: Inspectoría General de Tribunales contra la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial) se aplicó la conservación del acto administrativo impugnado, en los términos del artículo 21 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Este caso versa sobre una demanda de nulidad ejercida por la Inspectoría General de Tribunales (IGT) contra un acto administrativo mediante el cual la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (CFRSJ) amonestó a una jueza. Entre otros vicios, la IGT denunció que en el acto administrativo impugnado la CFRSJ no se había pronunciado con relación a una de las *"irregularidades"* que la IGT había imputado a la jueza en referencia; infringiendo de esta manera, a su entender, el artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, según el cual la Administración se encuentra en la obligación de resolver todas y cada una de las cuestiones que le hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante su tramitación. Ante este argumento, la Sala expresó lo siguiente:

"...dicha omisión sólo podría conllevar a la anulación del acto administrativo dictado, en el caso de que la misma afecte su contenido, estando esta Sala en el deber de preservar la validez de todo aquello contenido en el acto que resulte independiente; ello, por aplicación del principio de conservación de los actos administrativos, establecido en el artículo 21 eiusdem (LOPA), según el cual: Si en los supuestos del artículo precedente, el vicio afectare sólo a una parte del acto administrativo, el resto del mismo, en lo que sea independiente, tendría plena validez.

...Omissis...

En aplicación de lo anteriormente expuesto, considera la Sala que la omisión en que incurrió la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial no afectó el contenido del acto administrativo en cuestión, toda vez que el pronunciamiento realizado se refiere a hechos distintos e independientes, por lo que no constituye un motivo para su nulidad, resultando procedente conservar su plena validez. En consecuencia, esta Sala al no encontrar vicios de nulidad en el acto administra-

tivo impugnado, debe declarar sin lugar el recurso contencioso administrativo intentado. Así se declara." (Negrillas nuestras).

Se observa, pues, como la Sala Político Administrativa, como órgano cúspide de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha hecho uso de la idea de la conservación de los actos administrativos, aplicando el artículo 21 de la LOPA. En este caso, la Sala desestimó la solicitud de nulidad de un acto administrativo que había, efectivamente, incurrido en violación del artículo 62 de la LOPA; y aunque declaró sin lugar el recurso, ordenó en el dispositivo del fallo a la CFRSJ que, en el plazo de sesenta (60) días contados a partir de su notificación, se pronunciara con respecto a la denuncia de la IGT que resultó ignorada por dicha Comisión. Consideramos muy acertado que la Sala haya conservado la validez del acto en este caso, y, sobre todo, que haya ordenado la subsanación de la omisión en que incurrió la CFRSJ.

Ahora bien, la jurisprudencia no se ha limitado a la aplicación de la idea de la conservación de los actos en el supuesto establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En la Sentencia número 06065 del 2 de noviembre de 2005, la Sala Político Administrativa (caso: Edgar Alexander Zerpa Torres contra el Ministerio de la Defensa), conservó los efectos de un acto administrativo que había sido dictado sobre la base de hechos que resultaron ser parcialmente falsos.

En el mencionado juicio se trataba de un recurso de nulidad contra un acto administrativo, mediante el cual el Ministro de la Defensa confirmó la decisión impuesta por el Comandante General de la Guardia Nacional de dar de baja por medida disciplinaria a un Alférez. Entre otros vicios, la parte actora denunció que el acto impugnado había incurrido en falso supuesto de hecho, ante lo cual, la Sala expresó lo siguiente:

"...el vicio de falso supuesto de hecho que da lugar a la anulación de los actos administrativos, es aquel que consiste en la falsedad absoluta de los supuestos o motivos en que se basó el funcionario que los dictó. Si ciertamente los motivos son totalmente diferentes, de tal manera que la decisión debió ser otra, cabe en consecuencia hablar de falso supuesto de hecho.

Para que pueda una decisión administrativa por falso supuesto de hecho, es necesario que resulten totalmente falsos el o los su-

puestos de hecho que le sirvieron de fundamento a lo decidido. Cuando la falsedad es sólo parcial, pero no absoluta, es necesario verificar si los alcances de aquélla (de la falsedad) son de una entidad tal que puedan conducir a enervar el acto; esto es, en otros términos, que debe evaluarse si abstracción hecha de lo que es falso, el resto de los hechos que sí son ciertos fundamentan adecuadamente o no al acto administrativo; de tal manera que si resultan ciertas y demostradas el resto de las circunstancias de hecho, aun cuando la otra sea falsa, ello necesariamente conduce a que el acto no debe ser anulado.

En el caso de autos, no obstante resultan inciertas tanto una de las circunstancias alegadas la Administración sobre la cual dictó la medida de destitución contra el actor (que la actividad haya estado ligada a alguna actividad política), como una de las agravantes (relativa a la comisión de la falta en forma que perjudique o hayan perjudicado la buena imagen de la Institución), son verídicas el resto de las imputaciones y circunstancias agravantes que se le imputan.

...Omissis...

Es la veracidad de estas infracciones llevaron al órgano administrativo a adoptar la decisión contra el impugnante, las que ponen en evidencia que los fundamentos de hecho del acto impugnado que se revelaron como falsos, constituyan un vicio no invalidante del acto administrativo; lo cual impide en consecuencia su nulidad. Así se declara".

En torno a lo anterior, vale destacar que la anulación del acto administrativo impugnado, parcialmente viciado de falso supuesto de hecho, habría supuesto exonerar de responsabilidad al demandante, cuando los hechos que sí se comprobaron resultaban suficientes para imponer la sanción. De allí que la Sala conservara los efectos del acto administrativo impugnado, no obstante detectar la existencia del vicio antes mencionado.

Hay también un conjunto de casos en los que la jurisprudencia ha aplicado esta idea de la conservación de los actos administrativos cuando la Administración ha incurrido en el vicio de falso supuesto de derecho. Comentemos, en primer lugar, la sentencia N° 2009-728 de fecha 5 de mayo de 2009 dictada por la Corte Segunda de lo Con-

tencioso Administrativo (caso: Johammers Alfredo Núñez Dávila contra la Procuraduría Agraria Nacional).

En este caso, la referida Corte decidió una querrela funcional ejercida contra la Procuraduría Agraria Nacional, por un ciudadano que fue removido del cargo de Procurador Agrario Auxiliar, por ser considerado de *"Alto Nivel"*. En este caso, la Corte estableció que el acto impugnado se había fundamentado indebidamente, pues el cargo de Procurador Agrario Auxiliar no es de alto nivel, sino de confianza; no obstante, conservó los efectos de la remoción, al considerar que el acto había cumplido con un fin legítimo, pues al tratarse igualmente de un funcionario de libre nombramiento y remoción. Consideró la Corte que la anulación de la remoción habría supuesto reconocer al querellante una estabilidad que el ordenamiento jurídico no le otorga, pues dicho derecho está reservado para los funcionarios de carrera.

La anterior sentencia no resulta contraria a los criterios vinculantes fijados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ni incurrió en violación constitucional alguna, tal y como se estableció en la sentencia N° 1041 de fecha 28 de junio de 2011, que declaró **No Ha Lugar** la revisión solicitada por el citado ciudadano Johammers Alfredo Núñez Dávila, estableciendo la Sala lo siguiente:

"En relación a la revisión solicitada y en atención de los argumentos expuestos, esta Sala considera que la sentencia objeto de la presente solicitud no incurrió en violación constitucional alguna al apreciar, con base en las actas que conforman el expediente y el análisis de las funciones del cargo que venía desempeñando el solicitante, que el cargo de Procurador Agrario Auxiliar era un cargo de confianza y concluir, por lo tanto, que era de libre nombramiento y remoción de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Ahora bien, en cuanto al argumento esgrimido por el solicitante relativo a que la Administración cuando lo removió y lo retiró del cargo que ocupaba, no tomó en consideración los reposos médicos consignados en su oportunidad, lo cual le violentó el derecho constitucional a la salud consagrado en el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala desecha el referido alegato, pues, como fue señalado, la referida Corte se fundamentó en la circunstancia de que el cargo

ocupado por el querellante era de libre nombramiento y remoción.

Igualmente, observa esta Sala que la decisión cuya revisión se planteó no contraría los criterios vinculantes fijados por esta Sala y tampoco advierte que haya incurrido en un grotesco error de interpretación de la norma constitucional". (Negrillas nuestras).

En otro caso, resuelto por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en Sentencia número 2008-1958 de fecha 30 de octubre de 2008 (caso: Raquel Castillo De Pinto contra el Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (IAAIM)), se declaró la conservación de un acto administrativo de destitución viciado de falso supuesto de derecho. En el caso en cuestión, la Administración destituyó a una funcionaria que no asistió seis (6) días a su lugar de trabajo, de manera injustificada; calificando dicha conducta como una *"falta de probidad"*. El Juzgado de primera instancia declaró con lugar la querella, alegando que la Administración no debió utilizar la causal de destitución alusiva a *"falta de probidad"*, sino la relativa a *"abandono injustificado del cargo"*. No obstante, la Corte Segunda resolvió conservar los efectos del acto impugnado, al considerar que el acto había alcanzado una finalidad legítima, que era sancionar una conducta legalmente prevista como causal de destitución, y demostrada a lo largo del juicio. Particularmente, agregaríamos que faltar seis (6) veces al lugar de trabajo sin justa causa también constituye una falta de probidad del funcionario. No obstante, la Corte utilizó la idea de conservación para mantener los efectos de un acto afectado por el vicio de falso supuesto de derecho, como se señaló.

Es importante destacar que la aludida sentencia también fue objeto de un recurso extraordinario de revisión ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; recurso que fue desestimado mediante Sentencia número 1127 de fecha 3 de agosto de 2012.

Resulta también interesante destacar un grupo de casos en los que se ha apelado a la idea de la conservación cuando el acto ha incurrido en el vicio de *"ausencia de base legal"*. Dicho vicio se verifica cuando un acto administrativo no es capaz de fundamentarse en un instrumento normativo determinado, careciendo del sustento jurídico necesario. Se produce cuando no existe norma que le sirva de fundamento al acto o cuando dicha norma ha sido desaplicada o declarada inconstitucional.

Entre ellos, tenemos la sentencia número 2008-1095 dictada en fecha 18 de junio de 2008 por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (caso: Luis Javier Ramírez Molina contra la Alcaldía del Municipio Chacao). Se trata de una querella introducida por un funcionario que fue removido del cargo de Director, adscrito a la Dirección de Servicios Administrativos y Legales del Concejo Municipal de Chacao; cargo considerado de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con un Reglamento. En este caso, el Juez de primera instancia ordenó la reincorporación del ciudadano alegando que la norma que constituía el fundamento de la remoción (el Reglamento mencionado) era inconstitucional por violar el principio de reserva legal.

La Corte consideró ajustada a Derecho la desaplicación de la referida normativa; sin embargo, conservó los efectos del acto impugnado, al entender que el mismo había cumplido con un fin legítimo, que era el de remover a un funcionario de libre nombramiento y remoción, de conformidad con la Ley de Carrera Administrativa. Aquí el principio de conservación de los actos implica que la invalidez de la norma desaplicada o declarada inconstitucional no arrastra, necesariamente, la nulidad de los actos dictados a su amparo. Se consideró que la validez de estos actos dependerá de que exista una norma que les dé cobertura jurídica, contenida en otra ley, reglamento o principio jurídico.

Así, se estimó que la desaplicación del reglamento en cuestión no podría llevar a la conclusión que todos los funcionarios de la institución eran de carrera; razón por la cual, para cubrir esa *"laguna jurídica"*, se acudió a la entonces vigente Ley de Carrera Administrativa, la cual consideraba que los Directores eran cargos de libre nombramiento y remoción.

De igual modo, encontramos la sentencia número 2008-525 de fecha 15 de abril de 2008, dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (caso: Pedro Ramón Oliveros Flores contra la Fiscalía General de la República). Se trata de una querella que ejerció un ciudadano que fue destituido del cargo de Fiscal del Ministerio Público, por haber ordenado el arresto de dos ciudadanos fuera del ejercicio de su cargo, a consecuencia de una discusión en un local de apuestas hípcas. En este caso, el Juez de primera instancia declaró la reincorporación del ciudadano a su cargo, desaplicando la norma que dio fundamento a la sanción, con base en una sentencia de la

Sala Constitucional. No obstante, desestimó el pago de los sueldos caídos, por considerar que estaba demostrado el abuso de autoridad en que había incurrido el querellante.

Aquí la Corte ratificó la desaplicación por inconstitucional de la norma que sirvió de fundamento al acto impugnado; empero, conservó los efectos de la destitución al considerar que el acto cumplió un fin legítimo: sancionar a un funcionario público que había incurrido en grave abuso de autoridad. A estos fines, se fundamentó en la Ley de Carrera Judicial, aplicable por remisión expresa de la Ley Orgánica del Ministerio Público vigente para la época.

Incluimos aquí otro supuesto en el cual ha encontrado aplicación la idea de la conservación, cuando está presente el vicio de incompetencia: la Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo número 2009-226 de fecha 11 de febrero de 2009. Se trata de un recurso de nulidad ejercido por un banco contra el Consejo Directivo del antiguo INDECU, que confirmó una multa impuesta por el Presidente de dicho organismo. Entre otros vicios, alegó el banco que el acto del Consejo Directivo había sido suscrito sólo por dos (2) de sus cinco (5) miembros, lo cual lo afecta de incompetencia.

Si bien la Corte estimó que el acto impugnado adolecía del vicio de incompetencia, se conservó los efectos de la sanción impuesta, al considerarse que el banco en cuestión había incurrido en violación de los artículos 15 y 95 de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y Usuario, al eludir su responsabilidad frente a un cliente a quien le fuera sustraída la cantidad de cuatrocientos ochenta y ocho mil doscientos veintiún bolívares con noventa y nueve céntimos (Bs. 488.221,99), equivalente al régimen monetario actual la cantidad de cuatrocientos ochenta y ocho con veintidós céntimos (Bs. 488,22), como consecuencia de la clonación de una tarjeta de débito.

La Corte determinó la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión que regulaba la relación cliente-banco, y que trasladaban a aquél todo el riesgo por el uso indebido de tal medio de pago electrónico. Según la Corte, los bancos deben contar con sistemas de seguridad a prueba de errores para cumplir con su deber de custodia del dinero de los clientes. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala Político Administrativa en sentencia número 01152 de fecha 17 de noviembre de 2010.

En otro caso interesante se conservó los efectos de un acto de destitución dictado con vicios en el procedimiento administrativo seguido para imponer la sanción. Es este el supuesto de la sentencia número 2012-144 de fecha 8 de febrero de 2012 emanada de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (César Augusto Yusti contra la Dirección General de Seguridad y Orden Público del Estado Trujillo).

Se trata, en efecto, de una querella interpuesta por un Inspector de Policía que fue destituido de su cargo por haber acumulado una serie de faltas gravísimas en el ejercicio de sus funciones como policía; entre ellas, el dejar en libertad –a cambio del pago de una suma de dinero– a mujeres indocumentadas que arrestaba en un hotel de la localidad, lo cual quedó plenamente comprobado en el expediente. No obstante ello, el juez de primera instancia acordó la reincorporación del policía en cuestión alegando que la sanción había sido impuesta siguiendo un procedimiento administrativo contenido en un reglamento, y no de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

La Corte revocó la sentencia de primera instancia y decidió conservar los efectos de la destitución, al considerar que el acto administrativo había cumplido con un fin legítimo: sancionar a un policía que comprobadamente había incurrido en graves irregularidades. En cuanto al procedimiento administrativo seguido para imponer la sanción, se estimó que no se siguió el procedimiento debido, pero se verificó que el querellante pudo ejercer, de manera efectiva, su derecho a la defensa.

Por último, comentaremos dos casos polémicos, aunque excepcionales, donde la jurisprudencia conservó actos administrativos dictados en ausencia absoluta del procedimiento administrativo legalmente establecido, lo cual constituye uno de los supuestos de nulidad absoluta establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer término, tenemos la sentencia número 2007-1987 del 12 de noviembre de 2007 dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (caso: Lixido José Solarte contra la Alcaldía del Municipio Libertador del Distrito Capital). Se trata de una querella mediante la cual se impugnó una destitución impuesta a un ciudadano incurso en la causal de destitución establecida en el numeral 10 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, por ha-

ber sufrido "*condena penal*". A pesar que se admite que, en estos casos, la Administración debe sustanciar un procedimiento administrativo, la Corte conservó los efectos de la destitución por entender que el acto cumplió con un fin legítimo, al determinarse que estaba plenamente probado en autos la aludida condena penal, mediante sentencia definitivamente firme.

La Corte consideró, por otra parte, que en este caso concreto no tendría utilidad la anulación del acto de destitución para reponer el asunto al momento en que la Administración sustancie el debido procedimiento, pues resultaba evidente que la conclusión de este procedimiento sería imponer la misma sanción. Se trataría pues de una reposición inútil prohibida por el texto constitucional de forma expresa en el artículo 26.

De otra parte, tenemos la sentencia número 2007-1666 de fecha 8 de octubre de 2007 dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (caso: Ircia Meradri Milano Rodríguez contra la Alcaldía del Municipio Juan Germán Roscio del Estado Guárico). Se trata de una querella ejercida por una ciudadana a quien se le revocó una jubilación mal otorgada, lo que suponía su reincorporación como funcionaria activa, sin que la Administración procediera a abrir un procedimiento administrativo. Al igual que en el caso anterior, la Corte conservó el acto atacado por entender que había cumplido con su finalidad: revocar una jubilación ilegal.

A tal efecto, se verificó que la propia recurrente admitía que sólo tenía diecinueve (19) años de servicio en la Administración Pública, cuando es sabido que la Ley del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones aplicable exige un mínimo de veinticinco (25) años. De hecho, la Administración revocó la jubilación en atención a un informe de la Contraloría Municipal que advertía que la jubilación en cuestión debía ceñirse a lo establecido en la referida Ley y no a la Convención Colectiva. En este supuesto también se estimó que la anulación del acto para reponer el asunto al momento en que la Administración abra un procedimiento administrativo no tendría utilidad alguna, pues constituiría una reposición inútil prohibida por la Constitución.

Los dos casos antes mencionados son decisiones excepcionales, pues lo usual es que se anulen los actos dictados sin el debido procedimiento administrativo. Lo cual no impide que la Administración

pueda subsanar el vicio dando apertura a un procedimiento administrativo y dictando un nuevo acto. Empero, en los supuestos comentados, se daban circunstancias muy particulares: en el primero, nunca hubo controversia alguna con relación a la existencia de una sentencia de condena penal definitivamente firme; en el segundo, la recurrente admitía que sólo tenía diecinueve (19) años en la Administración Pública. Debido a ello, se estimó que la participación de los querellantes en la instancia judicial supuso la **subsanación** de la indefensión acaecida en sede administrativa. Esta tesis de la subsanación de la indefensión, aunque también de manera excepcional, ha sido utilizada por la Sala Político Administrativa, verbigracia, en sentencia número 01094 de 20 de junio de 2007, caso: Fisco Nacional contra las Agencias Generales Conaven, S. A.

Los comentarios a las sentencias aquí mencionadas son muy breves debido a las exigencias de espacio del presente trabajo. Lo importante, sin embargo, es poner de manifiesto el alcance que ha imprimido la jurisprudencia administrativa a la idea de la conservación de los actos; y, sobre todo, lo que supone la aplicación de esta idea para la superación de la justicia formal y la búsqueda de la justicia material que en nuestro criterio preconiza nuestro Texto Constitucional.

Referencias bibliográficas

- ATIENZA, Manuel (2001). *El sentido del Derecho*. Madrid. 1era.edición Editorial Ariel S.A.
- BELADIEZ, Margarita (1994). *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.
- GUASTINI, Riccardo y otros (2003). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid. Editorial Trotta, S.A.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2002). *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas.
- NIETO, Alejandro (1975): *La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo*. RAP N° 76.
- NIETO, Alejandro (2000). *El Arbitrio Judicial*. 1ra.edición. Barcelona. Editorial Ariel, S.A.
- PISARELLO, Gerardo. (2007). *Los Derechos Sociales y sus Garantías*. Madrid. Editorial Trotta.

PRIETO SANCHÍS, Luis y otros. (2003). *En Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid. Editorial Trotta.

SERRANO ACITORES, Antonio (2010). *El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad*. Texto recuperado el 14 de septiembre de 2012 en la página web <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201006-83473947392.html>.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. [On line] Página: <http://www.tsj.gov.ve>

Breves consideraciones sobre los actos administrativos autorizatorios

Brief Considerations on Administrative Authorizing Acts

Alexis José Crespo Daza*

*Abogado, Especialista en Derecho Administrativo,
Profesor universitario. Actualmente Juez Vicepresidente de
Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de
Venezuela.

Email: aledaza1@hotmail.com

RESUMEN

Según la doctrina y la jurisprudencia, los actos autorizatorios no son más que aquellos actos interventores empleados por la Administración, los cuales son dispuestos como un límite necesario al ejercicio de ciertos derechos particulares y como ordenador de la actuación de los administrados en materias sujetas a control, con el fin de organizar tales escenarios, que sin un verdadero control, potenciarían el acaecimiento de desequilibrios y lesiones del sistema de que se trate. Siendo así, la autorización es una técnica propia de la policía administrativa al servicio del mantenimiento del orden público y da solución a un hipotético conflicto de intereses entre el derecho del particular y la autoridad de la Administración Pública, que tiende a tutelar un interés público amenazado y presumiblemente lesionado con un inmoderado ejercicio de aquel derecho. En este sentido, el objetivo del presente trabajo es analizar el tratamiento que se le ha hecho a este tipo de acto administrativo, ello con el fin de poder comprender sus implicaciones en el contexto regulatorio por parte de la Administración en el ámbito nacional.

Palabras clave: actos administrativos, actos autorizatorios, control administrativo.

ABSTRACT

According to the doctrine and the jurisprudence, authorizing acts are those administrative acts implemented by Public Administration, in order to establish a limit to the exercise of rights by citizens and to organize their actuation in matters subject to State or Public Administration control. Otherwise, they would promote imbalances and injuries to the system itself. So, this authorization works as a tool of administrative police in order to maintain public order. This also provides a solution to the hypothetical conflict of interests between the right of individuals and Public Administration authority. The aim of this paper is to analyze the administrative authorizing acts and understand its implications regarding the nationwide regulatory functions of Public Administration.

Key words: administrative acts, authorizing acts, administrative control.

I. A MANERA INTRODUCTORIA:

Las siguientes notas están destinadas a tratar un particular tipo de Acto Administrativo: Los Autorizatorios, pues se ha considerado como un tema que merece ser tratado a la luz de las nuevas tendencias tanto doctrinarias como jurisprudenciales surgidas dentro del fértil campo del Derecho Administrativo; ello así, previo a efectuar algunas breves reflexiones respecto de este tipo particular de Acto Administrativo, resulta, sin duda alguna necesario, referirse al Acto Administrativo en general, para posteriormente sí entrar en concreto al asunto bajo análisis.

Definiciones hay, como autores existan, por lo que me limitaré a transcribir algunos conceptos aportados por la doctrina. Así, para Lares Martínez, se entiende por acto administrativo "(...) las declaraciones de voluntad, de juicio o de conocimiento, emanadas de los órganos de la administración y que tengan por objeto producir efectos de derecho, generales o individuales" (Lares, 2001: 139 y ss.).

Por su parte los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, partiendo de una delimitación conceptual efectuada a partir de la teoría general del acto jurídico en su aplicación al Derecho Administrativo (actos del administrado, contratos, reglamentos, ejecuciones coactivas, actos sometidos a ordenamientos distintos del Derecho Administrativo), concretan una definición positiva del acto administrativo partiendo de la formulación clásica de Zanolini, estableciendo lo siguiente: acto administrativo será "la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria" (García y Fernández, 2001: 540.).

De otro lado, no podemos obviar que el legislador en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos incorporó una definición del acto administrativo (desde antaño muy criticada por cierto), al prescribir en el artículo 7, lo siguiente:

Artículo 7: Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la administración pública.

Finalmente, es menester mencionar lo que sobre este punto ha referido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

...tanto la doctrina más calificada en la materia, como la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, han definido a los 'actos administrativos' –en términos generales– como: toda declaración de voluntad, de juicio o de conocimiento, emanada de los órganos que integran la Administración, en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria, los cuales producen efectos de derecho, generales o individuales en la esfera jurídica de los administrados; los cuales han sido clasificados generalmente por la doctrina de la siguiente manera: a) desde el punto de vista del procedimiento en: actos de trámites, actos definitivos, actos firmes y actos de ejecución; b) por el alcance de sus efectos en: actos generales y actos particulares; c) por la amplitud de los poderes de la Administración en: actos reglados y actos discrecionales; d) desde el punto de vista del contenido en: admisiones, concesiones, autorizaciones y aprobaciones.¹

Así pues, se pueden enmarcar las "autorizaciones" como un tipo o categoría de acto administrativo, que se corresponde a la clasificación de acuerdo a su contenido.

Vista de manera breve la conceptualización del acto administrativo, toca ya entrar a referirse a lo que se corresponde a las reflexiones que aquí se plantea: el Acto Administrativo Autorizatorio.

II. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS AUTORIZATORIOS:

a) Definición

Como se indicó precedentemente, dentro de las diversas clasificaciones del que puede ser objeto el acto administrativo como manifestación de unilateral de voluntad de la autoridad administrativa que crea o modifica situaciones jurídicas, se encuentra aquella, propuesta por un importante sector de la doctrina, que lo divide desde el punto de vista del contenido en: admisiones, concesiones, **autorizaciones** y aprobaciones.

1 Sentencia N° 1249, del 16 de junio de 2005, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en el marco de una controversia surgida entre la sociedad mercantil Industrias Iberia y el Instituto Nacional de Cooperación Educativa.

Ahora, en lo que concierne al concepto y naturaleza de las autorizaciones, puede comenzarse por indicar que autores como O. RANELLETTI (1893) sostienen que los sujetos ostentan derechos cuyo ejercicio se halla subordinado por ley a la necesidad de obtener un acto de consentimiento previo de la Administración que declare la compatibilidad del ejercicio del derecho, tal y como el particular pretende utilizarlo, con el interés público. La autorización sería un acto administrativo de liberación, eliminando el obstáculo al ejercicio de un derecho preexistente; tendría carácter declarativo del contenido de dicho derecho y de su carácter no lesivo para los intereses generales (Ranelletti, 1893).

Asimismo, un sector de la doctrina (*v.gr* O. MAYER) ha reconocido que las conductas particulares que pueden incidir negativamente sobre los intereses públicos se consideran inicialmente prohibidas por la norma: la Administración puede levantar esta prohibición en casos concretos, comprobando que la forma en que pretende ejercerse la actividad no entraña riesgo real alguno para los referidos intereses.

De tal modo, el mecanismo de la autorización es esencialmente el mismo: la norma jurídica califica determinadas actividades como potencialmente lesivas para los intereses públicos; por ello, subordina su ejercicio a un acto de la Administración en el que se comprueba y declara que el ejercicio que el particular pretende no produce lesión, o se establecen las condiciones específicas bajo las que puede ser desarrollada para evitarla.

Para el autor Marienhoff la autorización

...es el acto administrativo en cuya virtud un organismo administrativo, o una persona particular, pueden quedar facultados: a) para emitir un acto jurídico; b) para desplegar cierta actividad o comportamiento. Trátase de un medio de control preventivo a priori, vale decir, de un control que debe producirse antes de que el acto pertinente sea emitido por el órgano o persona controlados, o antes de que el 'comportamiento' sea realizado: una vez otorgada la autorización por el órgano controlante, el acto puede emitirse o el comportamiento realizarse válidamente... (Marienhoff, 2003: 657 y ss.)

Por su parte Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, consideran que la autorización

...se perfila hoy como un acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente... (García y Fernández, 2002: 137 y ss.)

Asimismo, para el autor Martín Mateo, se entiende por actos administrativos autorizatorios

...la declaración administrativa de la concurrencia de las condiciones necesarias para el ejercicio de una actividad, aun a costa de reconocer la posible equivocidad de tal concepto aplicado a casos extremos. Sin prejuzgar, pues, la preexistencia de un derecho, su ejercicio vendrá supeditado a la correspondiente declaración administrativa sobre su compatibilidad con el bien público, declaración que a estos limitados efectos al menos, puede tener una cierta trascendencia constitutiva... (Martín, 1965: 214.).

En este sentido, García-Trevijano estima que los actos Autorizatorios se constituyen en un instrumento por medio del cual

...la Administración, una vez que ha limitado el ejercicio de una actividad, exige la obtención de previa autorización, caso por caso, con el fin de que la misma se ejercite lícita y legalmente (García, 2002: 246).

Así pues, es dable afirmar que el acto de autorización es unilateral y *previo al hecho que realizará la persona autorizada*, siendo importante destacar, que debe ser expreso, es decir, que debe hacerse por escrito y, como todo acto administrativo, revestido de las formalidades y requisitos tipificados en la Ley. De tal modo, la autorización administrativa se considera un presupuesto de eficacia para el ejercicio de un derecho subjetivo preexistente en el sujeto autorizado. Con ella se actúa una remoción de límites (*ut removeatur prohibitionem*) al ejercicio de un derecho que se encuentra con un obstáculo previo a su realización, sólo superado una vez constatado que resulta compatible con el orden y seguridad pública.

Desde esta perspectiva, la autorización es una técnica propia de la policía administrativa al servicio del mantenimiento del orden (conservación del bien u orden público general) y da solución a un hipotético conflicto de intereses entre el derecho del particular –que

tiende a ser ejercitado— y la autoridad de la Administración Pública que tiende a tutelar un interés público amenazado y presumiblemente lesionado con un incontrolado ejercicio de aquel derecho.

Bajo este contexto, es dable afirmar que la autorización constituye un acto interventor empleado por la Administración, estrictamente vinculado con actividades de las cuales se deriva un nexo fatal con el orden público, o bien por la necesidad de evitar que se produzcan lesiones que afecten intereses de extensiones generales. Dichos actos, son dispuestos como un límite necesario al ejercicio de ciertos derechos particulares, y como coto a la iniciativa privada, con el fin de ordenar tales escenarios, que sin un verdadero control, potenciarían el acaecimiento de estancamientos, rupturas, desequilibrios y lesiones del sistema de que se trate.

b) Características

Una vez revisadas algunas definiciones de este particular tipo de acto administrativo, toca hacer mención a algunas de las características que doctrinaria y jurisprudencialmente se le han reconocido a los actos autorizatorios, a saber:

- Se consideran como **técnicas de control** ejercidas por la Administración Pública a los fines de condicionar el ejercicio de un derecho a una previa actividad.
- Tienen carácter **declarativo** y no constitutivo, debido a que los referidos actos sólo implican la eliminación de un obstáculo legal para el ejercicio de un derecho preexistente y en consecuencia no producen un cambio en el contenido del status jurídico de la persona o ente controlado.
- De ordinario no se otorgan de **oficio** por el órgano respectivo, sino que por el contrario debe ser requerida por el particular interesado.
- Se consideran esencialmente **temporales**, debido a que la Administración debe comprobar si subsisten las condiciones y los supuestos de hechos por medio de los cuales fue otorgada.
- Pueden ser **revocados** por la Administración, cuando haya lugar a un cambio en las condiciones y requisitos para el ejer-

cicio de la actividad autorizada que dieron lugar a su otorgamiento.

c) Clasificación

Ahora bien, corresponde ahora referirse a algunas de las clasificaciones que la doctrina comparada ha realizado del acto Autorizatorio:

- **AUTORIZACIONES REGLADAS Y DISCRECIONALES:**

Según el autor Santamaría Pastor

En las primeras, el poder de decisión de la Administración se encuentra vinculado, por cuanto la ley determina las condiciones o requisitos de ejercicio de la actividad intervenida, que la Administración no puede hacer sino comprobar (de manera más o menos mecánica, en función de la objetivación y grado de detalle que los requisitos posean en la norma que los define). En las segundas, en cambio, dichas condiciones de ejercicio no se encuentran preestablecidas, de manera que la ley remite a una valoración libre por parte de la Administración de la compatibilidad con el interés público de la actividad que pretende ejercerse. (...) Sin embargo, y como ya se expuso en su lugar, la distinción no puede entenderse en términos absolutos. Salvo casos rigurosamente excepcionales, en los que la labor de la Administración se aproxima mucho a la comprobación mecánica de requisitos objetivos y muy detallados (supuestos que deberían encajarse en una categoría diversa, la de las comprobaciones) (...). En toda autorización existen elementos reglados y elementos discrecionales, distribuidos en proporciones distintas según los casos; no hay, pues, autorizaciones absolutamente regladas ni absolutamente discrecionales (Santamaría, 2002: 268 y ss).

- **AUTORIZACIONES SIMPLES Y AUTORIZACIONES OPERATIVAS:**

Según los autores Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, las autorizaciones simples

...se proponen únicamente controlar la actividad autorizada y, como mucho, acotarla negativamente dentro de unos límites determinados. Su ámbito más propio, es por ello el del orden público y las zonas más o menos próximas al mismo (...). Las autorizaciones operativas, en cambio, sin renunciar a la función primaria de control, que también canalizan, pretenden ir más allá de

ella, encauzando y orientando positivamente la actividad de su titular en la dirección previamente definida por planes o programas sectoriales, o bien, aunque de forma esquemática o, incluso, implícitamente, por la propia norma en cada caso aplicable (García y Fernández, 2002: 145 y ss.).

Al respecto, el antes mencionado autor Santamaría Pastor, ha sostenido con respecto a este tipo de actos administrativos que, las autorizaciones simples son aquellas que tienen por objeto una conducta aislada y concreta, que se realiza por el sujeto autorizado y que por ende, determina la extinción por consunción de la autorización misma; mientras que las autorizaciones operativas, son aquellas que se refieren a una actividad privada que se desarrolla de modo continuado y tendencialmente permanente en el tiempo, de manera que la autorización integra el régimen jurídico de realización de dicha actividad, manteniendo su vigencia el mismo tiempo que la actividad sobre la que recae (Santamaría, 2002: 269 y ss.).

- **AUTORIZACIONES PERSONALES, REALES Y MIXTAS:**

Con respecto a las Autorizaciones personales, el autor Santamaría Pastor, considera que son

...aquellas cuyo otorgamiento se realiza en atención preferente a las características o aptitud singulares de la persona a cuya favor se otorgan (p.ej., el permiso de conducción); estas autorizaciones son, salvo previsión normativa en contra, intransmisibles (García y Fernández, 2002: 145 y ss.).

En este mismo orden de ideas, los autores Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, consideran con respecto a las autorizaciones personales que

Si el centro de atención se sitúa en la persona del peticionario, en sus cualidades personales, cuya positiva valoración desde la perspectiva del interés público en juego viabiliza el otorgamiento de la autorización, es natural que los efectos de ésta se hagan depender de ese dato. Es lógico por ello que la norma exija que la actividad autorizada se ejercite precisamente por el titular de la autorización (...), y que las excepciones a esta regla deban ser expresamente aprobadas por la Administración previa comprobación de la concurrencia en el representante de las mismas cualidades exigidas al titular (...). Por la misma razón es igualmente lógico que la transmisión de la autorización no pueda en princi-

pio hacerse libremente, supuesto que, en realidad, la entrada en juego de un nuevo titular equivale a un otorgamiento ex novo de la autorización primitiva (Ibid).

Ahora bien, las autorizaciones reales, son aquellas que son otorgadas en atención preferente a las características de los bienes a los que se refieren, por lo cual en este tipo de autorizaciones no hay limitaciones a la libre transmisión de las mismas, sino sólo un deber de comunicarla a la Administración que las otorgó.

Por su parte, según los autores Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, en las autorizaciones mixtas

...el centro de atención es doble, con lo que viene a sumarse las limitaciones propias de los dos tipos de autorizaciones aludidos, que aquí se combinan. Un ejemplo típico de autorización mixta es la requerida para la creación de Bancos, ya aludida. El Real Decreto de 14 de julio de 1995 incluye entre los requisitos necesarios para ejercer la actividad bancaria, esto es, para obtener y conservar la correspondiente autorización, tanto la exigencia de un capital mínimo y un programa de actividades (elementos objetivos), como la <honorabilidad comercial y profesional> y los <conocimientos y experiencia adecuados> de los miembros de su Consejo de Administración y de sus Directores generales y asimilados (Ibid).

• AUTORIZACIONES POR OPERACIÓN Y POR FUNCIONAMIENTO:

Al respecto, los autores Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, señalan en cuanto a este tipo de clasificación de actos autorizatorios, que:

...Desde el punto de vista de su objeto, es importante distinguir, también, dos tipos de autorizaciones, según se refieran a una operación determinada (la importación o exportación de un producto, la construcción de un edificio, la realización de una corta en un monte, etc.), o al ejercicio de una actividad llamada a prolongarse indefinidamente en el tiempo (instalación de una industria, creación de un Banco, apertura de un hospital, etc).

La importancia de la distinción radica en la distinta naturaleza de las relaciones que a través de cada una de ellas se establecen entre la Administración y el sujeto autorizado. En el primer caso (autorizaciones por operación) esa relación es episódica y no crea ningún vínculo estable entre las partes. Realizada la operación

comercial o construido el edificio autorizado, los efectos de la autorización otorgada se agotan y la relación establecida por el acto de otorgamiento se extingue pura y simplemente.

La cuestión se plantea de modo muy diferente, sin embargo, cuando el objeto de la autorización es la apertura de una instalación o de un establecimiento o el ejercicio de una actividad por tiempo indefinido. En estos casos la autorización, que, lógicamente, prolonga su vigencia tanto como dure la actividad autorizada (...), hace surgir una relación permanente entre la Administración y el sujeto autorizado, con el fin de proteger en todo caso al interés público frente a las vicisitudes y circunstancias que a lo largo del tiempo puedan surgir más allá del horizonte limitado que es posible avizorar en el momento de otorgar el permiso (Ibid).

d) Extinción

En este aspecto, es oportuno destacar que, la doctrina mayoritaria ha admitido que los actos administrativos autorizatorios se extinguen por las siguientes razones:

- Por su **ejecución**, debido a que se tratan de actos, a través de los cuales se faculta la realización de una determinada actividad, por lo cual una vez realizada la misma, el mismo cumpliría con su objeto. Por ejemplo la autorización para la construcción de una determinada obra.
- Por el **transcurso del plazo** por el que fueron otorgadas, debido a que como se mencionó *supra* las autorizaciones tienen carácter temporal. Un ejemplo claro de esto son las licencias de conducir, las cuales constantemente hay que renovarlas.
- Por su **revocación**, esto es en el caso que se incumplieren con las condiciones a las cuales estuviera sujeta la autorización otorgada, o cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevengan otras que de haber existido habrían justificado la denegación.
- Por ser **anuladas** cuando hayan sido otorgadas erróneamente.

e) Diferencia entre aprobaciones y autorizaciones

En primer lugar, es necesario acotar que, de acuerdo al autor Lares Martínez, la aprobación

...es la manifestación de voluntad mediante la cual un órgano del Estado declara su conformidad con un acto ya formado por otro órgano estatal (Lares, 2001: 147.).

Asimismo, según el autor Martín Mateo, las aprobaciones

Suelen definirse como actos producidos por un sujeto distinto que confieren eficacia a otros anteriores válidos. Los actos aprobatorios tienen virtualidad propia y no constituyen, contra lo que en ocasiones se ha admitido, por partes integrantes de un acto complejo (Martín, 1965: 214).

Ahora bien, una vez señalado esto, es menester acotar que, conforme al autor Marienhoff, la aprobación se diferencia de la autorización ya que

...la autorización, se produce a priori, vale decir, antes de la emanación del respectivo acto y la otra, la aprobación, a 'posteriori', o sea después de la emanación del acto en cuestión, pero antes de que el mismo adquiera eficacia. No es posible, entonces, equiparar o identificar 'autorización' con 'aprobación'. Trátase, en suma, de dos actos autónomos entre sí, aunque pertenezcan al control preventivo. La autorización le confiere 'validez' al acto que se emita en mérito a ella, en tanto que la aprobación sólo le confiere 'eficacia' al acto aprobado, el cual, de por sí ya era válido (Marienhoff, 2003: 668 y ss.).

En virtud de lo anteriormente expuesto, se observa que, mientras que la autorización le otorga la validez a un determinado acto administrativo –ya que para su otorgamiento debe cumplirse con las pautas establecidas en la Ley–, la aprobación le otorga la eficacia al acto aprobado, ya que, es a través de esta que surtirá efectos jurídicos.

Adicionalmente, cabe destacar que, tanto la aprobación como la autorización poseen carácter declarativo y no constitutivo, dado a que ambas en ningún momento crean derechos, sino que por el contrario se limitan a facultar a una determinada persona a realizar una actividad.

Asimismo, ambas deben ser requeridas por la persona interesada ante el determinado órgano competente, por lo cual no se otorgan de oficio.

f) Diferencia entre concesiones y autorizaciones

Al respecto, cabe advertir que el autor Ayala Caldas, ha señalado con respecto a las concesiones que

...son disposiciones que confieren a una o más personas extrañas a la Administración nuevas capacidades o nuevos poderes y derechos, con los cuales queda ampliada su esfera jurídica. Se ha sostenido a veces que los derechos derivados de la concesión deben ser propios del Estado, o en general, de la Administración Pública concedente. La concesión consistiría, en otras palabras, en una transferencia de facultades del ente público al privado (Ayala, 1999: 314).

Según Ossorio, las concesiones son

...un acto de Derecho Público, mediante el cual el Estado -o, en su caso, las provincias y los municipios- delega en una persona o en una empresa particular (concesionaria), una parte de su autoridad y de sus atribuciones para la prestación de un servicio de utilidad general; como el transporte urbano, el ferroviario, el alumbrado de las poblaciones, la limpieza de las calles, allí donde no son suministrados o no se encuentran explotados directamente por las entidades públicas estatales, provinciales o municipales que estarían obligadas a hacerlo para llenar necesidades de la colectividad (Ossorio, 2000: 143).

Ahora bien, es oportuno mencionar que, el autor Santamaría Pastor, ha expresado en cuanto a la diferencia de estos dos actos administrativos que:

-la autorización, en primer lugar, operaría sobre un derecho preexistente del que sería titular el sujeto autorizado; al constituir una mera remoción de límites, tendría naturaleza meramente declarativa del contenido del derecho y de su compatibilidad con el interés público; y, por lo mismo, la intervención de la Administración sería mucho más leve, limitándose a señalar externamente las condiciones de ejercicio del derecho y dejando al particular, una vez emitida la autorización, ejercer libremente dicha actividad;

la concesión, en cambio, se referiría a derechos o actividades asumidos como propios por la Administración, inexistentes en el patrimonio de los sujetos privados; la concesión trasladaría la

posibilidad de ejercicio de dicho derecho al sujeto concesionario, creando en su patrimonio una facultad antes inexistente y, por lo mismo, poseería eficacia constitutiva; y, precisamente porque el derecho cuyo ejercicio se cedería sigue siendo de titularidad de la Administración, ésta ostentaría poderes continuados y permanentes de vigilancia y dirección sobre el concesionario (Santamaría, 2002: 267)

Como puede observarse las concesiones, a diferencia de los actos administrativos autorizatorios crean un derecho inexistente a favor del particular, por lo tanto tienen carácter meramente constitutivo y no declarativo.

g) Revisión Jurisprudencial

En este contexto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado con respecto a la técnica autorizatoria que

Con ella se condiciona el ejercicio de la actividad privada a la comprobación previa de su adecuación al ordenamiento jurídico y a la valoración del interés público afectado. De ese modo, cuando se trata de una actividad que se prolonga en el tiempo, se establece una relación duradera entre la Administración autorizante y el particular autorizado que desencadena en una intervención pública sostenida en el tiempo, en virtud de que el órgano administrativo debe comprobar de forma periódica el cumplimiento de tales parámetros.²

De igual forma, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, acorde con las referencias doctrinarias citadas *supra*, señaló que

...los actos autorizatorios suponen el cumplimiento de una exigencia o la remoción de un obstáculo sin lo cual no puede ejer-

2 Sentencia N° 1644, del 2 de diciembre de 2009, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en el marco de una controversia surgida entre la sociedad mercantil Postes Publicitarios Viales 2002 y otros.

cerse determinado derecho o verificarse los efectos jurídicos de determinada actuación.³

En ese mismo orden y proyección la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en sentencia N° 2010-1651, de fecha 8 de noviembre de 2010, caso: Juan Carlos Briquet Mármol *contra la Comisión Nacional De Valores*, indicó que:

...la autorización constituye un acto interventor empleado por la Administración, estrictamente vinculado con actividades de las cuales se deriva un nexo fatal con el orden público, o bien por la necesidad de evitar que se produzcan lesiones que afecten intereses de extensiones generales. Dichos actos son dispuestos como un límite necesario al ejercicio de ciertos derechos particulares, y como coto a la iniciativa privada, con el fin de ordenar tales escenarios que, sin un verdadero control, potenciarían el acaecimiento de estancamientos, rupturas, desequilibrios y lesiones del sistema de que se trate.

En este sentido, resulta oportuno destacar que, según el autor Bermejo Vera, la naturaleza jurídica bajo la cual se sume la autorización, en todo caso, procura la

...<remoción de límites para el ejercicio de derechos particulares>. Es decir, algunos derechos subjetivos necesitan, para ser ejercidos en plenitud y válidamente, el permiso de la Administración pública correspondiente, quien, antes de otorgarlo, comprueba que el derecho preexistente ejercitable se va a ejercitar de manera correcta (Bermejo, 2005: 58).

En refuerzo de lo anterior, es oportuno hacer referencia a ciertos casos decididos tanto por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia como por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en los cuales el análisis de los mismos, ha conle-

3 Sentencia N° 00215, del 18 de febrero de 2009, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en el marco de una controversia surgida entre la Federación de Trabajadores del Estado Miranda (Fetramiranda) y el Estado Bolivariano de Miranda.

vado a realizar consideraciones respecto al tema de los actos autorizatorios.

En primer orden, debe destacarse que, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 61, de fecha 23 de enero de 2002, caso: *Inversora El Rastro C.A. y Promociones La Pintoresca C.A. contra la Sociedad Mercantil Regalos Coccinelle C.A.*, el cual versaba "sobre la solicitud de ejecución del acto autorizatorio contenido en la Resolución N° 0553, dictada por la Dirección General Sectorial de Inquilinato del Ministerio de Fomento, el 6 de marzo de 1995". En los términos que a continuación se describe:

...esta Sala ha establecido en reiterada jurisprudencia que los actos autorizatorios dictados por la Dirección General Sectorial de Inquilinato del Ministerio de Fomento, facultan al arrendador para que acuda ante la jurisdicción ordinaria a demandar el desalojo del inmueble arrendado, toda vez que, en ningún momento constituye a los órganos de la administración en la obligación de cumplir coactivamente con el dispositivo de la resolución dictada.

Efectivamente, es de principio que las actuaciones de los órganos del Estado que se concretan en actos administrativos, son recipientarias de la potestad y deber que tiene la propia administración en ejercicio de la presunción de legalidad o carácter ejecutivo de los mismos, de ser realizados inclusive a costa del propio órgano del cual emanó el acto, sin intervención de los particulares sobre los cuales recaigan sus efectos, en virtud del carácter inquisitivo de la actividad administrativa y sin necesidad de aprobación o autorización por parte de órgano jurisdiccional alguno.

Sin embargo, los actos autorizatorios constituyen una excepción al referido principio, por cuanto su ejecución se encuentra regida por el principio dispositivo y en consecuencia depende de la acción efectiva de los sujetos sobre los cuales recaen sus efectos jurídicos.

De lo expuesto se colige que, cuando la administración dicta un acto de carácter autorizatorio, abre para los particulares interesados en la verificación de sus efectos, la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, a los fines de la tutela de sus derechos.

Al respecto, el ejercicio de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses de los particulares, a través de la solicitud de ejecución de una resolución administrativa de carácter autorizatorio, desnaturaliza la actividad de heterocomposición de los conflictos intersubjetivos inherentes a los tribunales, toda vez que, los convierte en simples órganos de ejecución de la administración.

En este sentido, la solicitud de ejecución de la Resolución N° 0553, dictada por la Dirección General Sectorial de Inquilinato del Ministerio de Fomento el 6 de marzo de 1995, tal como señaló la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, escapa a la jurisdicción de los tribunales de la República, por cuanto la acción correspondiente para satisfacer la pretensión de las sociedades mercantiles **INVERSORA EL RASTRO C.A.**, y **PROMOCIONES LA PINTORESCA C.A.**, es la solicitud de desalojo, por ser la vía procesal correcta para lograr la pretensión deducida en autos.

Por lo tanto, el Poder Judicial carece de la facultad para tramitar una solicitud como la planteada en el presente caso por no ser la vía procesal correcta para lograr la ejecución del acto autorizatorio dictado por la Dirección General Sectorial de Inquilinato del Ministerio de Fomento y así se decide.

Finalmente, observa esta Sala que el juez a quo al observar la imposibilidad de los órganos jurisdiccionales en ejecutar resoluciones administrativas como la de autos, debió tal como señala la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y en correcta aplicación de las pautas procedimentales derivadas del principio de legalidad que rige la actividad jurisdiccional, declarar su falta de jurisdicción respecto de la Administración Pública, y no haber declarado inadmisibile la solicitud planteada". (Mayúsculas y negrillas del original, subrayado del texto).

De igual modo, es relevante traer a colación, que la referida Sala al conocer de un recurso de apelación, interpuesto por los representantes judiciales de la sociedad mercantil "*Blue Note Publicidad, C.A.*", contra decisión proferida por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, cuestionada por éstos, por cuanto a su entender "la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo consideró erradamente que para la colocación de la valla publicitaria removida, su representada requería la autorización del Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre (INTTT), hoy Instituto Nacional de Trans-

porte Terrestre (INTT), por encontrarse ubicada en una vía nacional". Al respecto la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, señaló:

Bajo estas premisas, considera oportuno la Sala analizar la normativa que rige la controversia planteada a efectos de determinar el órgano administrativo competente en la materia bajo análisis. Al efecto, observa que el Decreto N° 1.535 con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.332 del 26 de noviembre de 2001, Ley especial aplicable *ratione temporis*, deja a su Reglamento la especificación de las distancias, densidad, tamaño de los signos de la escritura y los colores y sus combinaciones, de toda la publicidad institucional y comercial que se autorice para colocarlas en las inmediaciones de carreteras y autopistas (artículo 64).

(...omissis...)

En efecto, se aprecia la asignación de competencias en materia de publicidad comercial a los tres niveles territoriales del Poder Público, específicamente, al Ministerio del ramo, a las Gobernaciones de los Estados y a los Municipios.

Asimismo, se evidencia que entre esas competencias se encuentra la de autorizar la colocación de vallas, señales, carteles, dibujos, avisos luminosos o no, pancartas y elementos similares en las carreteras y autopistas, así como en sus inmediaciones (determinables conforme lo establece el citado artículo 367).

Igualmente, se observa que el ámbito de aplicación de la potestad autorizatoria por parte los distintos órganos administrativos mencionados dependerá de la vía de que se trate.

Así, conforme a la normativa vigente para la época de los hechos, corresponde al Ministerio competente en materia de tránsito terrestre –a través del Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre (INTTT)– emitir las autorizaciones para la instalación de medios publicitarios en las vías nacionales, entre las cuales se encuentran “*las autopistas, aunque se encuentren dentro de los límites de un estado*”, como lo establece el numeral 4 del artículo 90 del antes mencionado Decreto N° 1.535 con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre.

(...omissis...)

Observa la Sala del texto del mencionado oficio que si bien el Director del Centro Regional de Coordinación del Distrito Federal y Estado Vargas consideró *'procedente'* la instalación de la valla, en la misma oportunidad advirtió que **la autoridad competente para otorgar la autorización requerida es el Instituto Nacional de Transporte Terrestre (INTTT), por lo que exhortó a los solicitantes a gestionar dicha autorización ante la mencionada autoridad administrativa.**

De manera que, determinada como fue la competencia del Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre (INTTT) en materia de publicidad comercial en las vías nacionales y visto que no consta en las actas que conforman el expediente prueba alguna que demuestre que la sociedad mercantil accionante le haya solicitado la respectiva autorización ni que dicho ente la haya otorgado, debe la Sala concluir que en el caso bajo análisis la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo no incurrió en el vicio de falso supuesto de derecho denunciado; razón por la cual debe desecharse ese alegato. Así se declara". (Sentencia N° 1309, dictada por la Sala Político Administrativa el 19 de octubre de 2011, caso: Blue Note Publicidad, C.A. contra el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre (I.N.T.T)). (Mayúsculas y negrillas del original, subrayado del texto).

Asimismo, es oportuno señalar, que con respecto a la posibilidad o potestad que tiene la Administración de revocar Actos Autorizatorios, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, se ha pronunciado en sentencia N° 2010-1651, dictada en fecha 8 de noviembre de 2010, caso: *Juan Carlos Briquet Mármol contra la Comisión Nacional de Valores* –anteriormente citada–, refiriendo que:

...aprecia esta Corte que la revocatoria de la autorización responde en función al eminente interés general que reporta tal actividad, y la necesidad de conservar el orden propuesto por la estipulación de requisitos para su ejercicio, o bien en amparo de las situaciones reguladas en la Ley de Mercado de Capitales.

Por ello, la revocatoria de la autorización responde al decaimiento de los requisitos que dieron lugar a su otorgamiento, y no producto de la imposición de una sanción.

En este sentido, resulta propio subrayar, que la Comisión Nacional de Valores, podrá imponer sanciones administrativas, contempladas en los artículos 136 y siguientes de la Ley de Mercado de Capitales, sin que ello constituya óbice para revocar el acto autorizatorio, o en interpretación a contrario sensu, **es previsible que se imponga una sanción y se mantenga la autorización.**

(...omissis...)

Es imperioso resaltar y tener en cuenta, que la autorización al ser revocada producto del decaimiento de los presupuestos fácticos que dieron lugar a su nacimiento, no puede ser reputada per se como sanción, su efecto es asociado a un antagonismo fulgurado entre la conducta o circunstancias que ciernen a la persona del autorizado, y el deber ser propuesto en la norma, que reflejan un incumplimiento de los requisitos que la Ley ordena se mantengan. Dicho en otros términos, el acto que revoca la autorización advierte en prospectiva que uno de los supuestos por los cuales se otorgó la misma dejó de dársele cumplimiento, y con ella la necesidad de mantenerla funcionalmente.

(...omissis...)

Partiendo del hecho que el acto revocatorio de la autorización para actuar como Corredor Público de Títulos Valores no tiene carácter sancionatorio, sino que el mismo es producto del decaimiento de los presupuestos fácticos que motivaron su otorgamiento, se concluye que la propia dimensión del acto conduce a su ejecución inmediata. Por ende, la revocatoria de estas clases de autorizaciones no está sujeta a la directa suspensión del acto (...). Así se declara. (Negrillas del texto).

A mayor abundamiento, es pertinente citar extracto de la sentencia dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, publicada el 12 de abril de 2011, bajo el N° 2011-586, caso: *Arenera La Mina Seca, C.A. (ARENAMINCA), contra el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente*, donde se resolvió en relación a la autorización otorgada a dicha empresa, en fecha 13 de julio de 1987, por el entonces Director General Sectorial de Administración del Ambiente, para la realización de actividades inherentes al aprovechamiento de minerales no metálicos en el cauce de un río:

Así pues, con base en las consideraciones precedentemente expuestas, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo advierte que la Administración en labores de actividad administrativa de policía, limitadora de derechos y creadora de deberes, a los fines de encauzar la actividad privada dentro de los parámetros que fija el interés público, en virtud de esa labor, está constreñida a comprobar si el ejercicio de la actividad privada se ajusta al ordenamiento jurídico vigente y de no ser así propender a la adecuación de la actuación de los particulares, pues de no hacerlo la actividad desarrollada por el particular, estaría fuera del orden legal.

(...omissis...)

Ahora bien, visto que el caso de autos se trata de un acto administrativo autorizatorio, el cual si bien es cierto no tenía lapso expreso de vigencia, ello no debe interpretarse otorgada a perpetuidad; en virtud, que el Derecho es cambiante no es estéril, ni inmutable, pues varía de acuerdo a las necesidades y realidades del momento, al cual debe adaptarse no sólo el actuar del particular sino también de la Administración; y visto que desde la fecha en que fue otorgada la autorización para la realización de actividades inherentes al aprovechamiento de minerales no metálicos en el cauce de la Quebrada Seca, esto es, desde el 13 de julio de 1987, ha entrado en vigencia innumerables instrumentos legales que conllevan la modificación del ordenamiento jurídico que enmarcó la relación jurídica concreta con ocasión de la cual se otorgó la tantas veces aludida autorización, que fue lo que le permitió a la accionante explotar la actividad por un lapso superior a dieciocho (18) años.

(...omissis...)

En esta perspectiva, es menester señalar que el impacto ambiental ocasionado por la actividad desarrollada por la empresa recurrente en el cauce de la Quebrada Seca, sin el debido cumplimiento de los planes de rearborización de las áreas explotadas, puede conllevar no sólo la posibilidad de devastación de superficies, sino también la modificación de la morfología y curso de los ríos, contaminación del cauce receptor, alteración del balance hídrico y de calidad de las aguas subterráneas, lo cual obra en detrimento del medio ambiente y el equilibrio ecológico, debiéndose observar muy especialmente su implicación respecto del re-

curso natural de transcendental importancia para todos los seres vivos, como lo es el agua.

(...omissis...)

Ahora bien, al circunscribirnos al caso de marras esta Corte observa, que los actos administrativos autorizatorios conforme a las consideraciones expuestas con antelación, pueden ser perfectamente revocados por la Administración, cuando haya lugar a un cambio en las condiciones y requisitos para el ejercicio de la actividad autorizada que dieron lugar a su otorgamiento, ya sea por vía constitucional, legal o reglamentaria; y siendo que en el caso de marras se evidencia que los actos administrativos impugnados tuvieron como fundamento –entre otros– lo establecido en los artículos 24 y 25, numeral 3, de la Ley Orgánica del Ambiente, y en lo señalado en las inspecciones técnicas realizadas por el Ministerio del Ambiente en fechas 30 de marzo, 15 de abril, 18 de junio, 21 de junio, 1º de septiembre y 21 de septiembre, todas del año 2005, –lo cual no fue desvirtuado por la parte recurrente–, lo cual conllevó a que la Administración determinara que la sociedad mercantil Arenera La Mina Seca C.A., (...).

(...omissis...)

Así pues, visto que la mencionada prohibición obedeció al incumplimiento por parte de la recurrente de las obligaciones mencionadas en el Oficio Autorizatorio N° 43-01075 de fecha 13 de julio de 1987, emitido en ese entonces por la Dirección General de Administración del Ambiente, anteriormente mencionadas, por tanto, la imposición de la medida de ‘prohibición definitiva’, tuvo sustento en el referido incumplimiento, aunado a que la actuación de la Administración en ejercicio de sus potestades, está dirigida a proteger el ambiente, ello con fundamento en la normativa legal y sublegal aplicable, y en ejecución de las normas constitucionales que consagran los derechos ambientales, razón por la cual este Órgano Jurisdiccional desecha el alegato efectuado por los apoderados judiciales de la empresa accionante referentes a ‘que la actuación administrativa está viciada de ilegalidad’ al haber aplicado retroactivamente disposiciones actuales a las conocidas y aceptadas por su mandante en el momento que le fue otorgada la autorización, que con ello se violó lo dispuesto en los artículos 24, 25, 49 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referidos al derecho a la defensa, debido proceso y a no ser sancionada

por actos u omisiones no previstas como infracciones en leyes preexistentes.

Continuando con la misma línea argumentativa, es menester mencionar que, a nivel internacional puede señalarse la decisión dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-115/09, a través de la cual se resolvió una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 10 bis de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Ello así, es importante acotar que esta controversia se planteó en una acción sobre la concesión de una autorización para la construcción y explotación de una central térmica en Alemania, que se encontraba a ocho kilómetros de cinco áreas designadas como zona protegidas. En este sentido, es conveniente citar de la referida decisión lo siguiente:

Con carácter preliminar, procede señalar que el artículo 10 bis, párrafo primero, de la Directiva 85/337 prevé que las decisiones, acciones u omisiones recogidas en dicho artículo deben poder ser objeto de un recurso jurisdiccional para impugnar la legalidad en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento, sin limitar de ninguna forma los motivos que pueden ser invocados para apoyar dicho recurso.

(...omissis...)

De lo anterior se desprende que, cualquiera que sea el criterio de un Estado miembro en cuanto a la admisibilidad de un recurso, según el artículo 10 bis de la Directiva 85/337, las asociaciones de protección del medio ambiente tienen la posibilidad de presentar un recurso ante un tribunal de justicia o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento, de decisiones, acciones u omisiones recogidas en dicho artículo.

(...omissis...)

Así pues, si bien es cierto que corresponde a los Estados miembros determinar, cuando es así su sistema jurídico, cuáles son los derechos cuya vulneración puede dar lugar a un recurso en materia de medio ambiente, dentro de los límites precisados en el artículo 10 bis de la Directiva 85/337, no lo es menos que estos

Estados no pueden privar a las asociaciones de defensa del medio ambiente, que cumplen los requisitos exigidos por el artículo 1, apartado 2 de esta Directiva, de la posibilidad de desempeñar el papel que les reconocen tanto la Directiva 85/337 como el Convenio de Aarhus.

Tratándose de una legislación como la controvertida en el litigio principal, si bien el legislador nacional tiene la posibilidad de establecer que los derechos públicos subjetivos son los únicos derechos cuya vulneración puede ser invocada por un particular en el marco de un recurso jurisdiccional contra las decisiones, actos u omisiones contemplados en el artículo 10 bis de la Directiva 85/337, la aplicación de tal limitación a las asociaciones para la defensa del medio ambiente supondría incumplir los objetivos perseguidos por el artículo 10 bis, párrafo tercero, última frase, de la Directiva 85/337.

Así pues, puede observarse que la jurisprudencia ha sido acorde con el desarrollo que en doctrina se ha realizado respecto de los actos autorizatorios, los cuales como bien fue señalado *supra*, suponen el cumplimiento de una exigencia o la remoción de un obstáculo sin lo cual no podría ejercerse un determinado derecho, por lo cual dichos actos administrativos son considerados como un límite necesario al ejercicio de ciertos derechos particulares, de ahí la importancia de que las autorizaciones posean un control, el cual es empleado por la Administración Pública a través de la actividad de policía administrativa, con el fin de garantizar de esta manera la seguridad ciudadana y el orden público.

Continuando con la misma línea argumentativa, es oportuno acotar que, las autorizaciones son esencialmente de carácter temporal, ya que la Administración debe comprobar si subsisten las condiciones y los supuestos de hechos por los cuales fue otorgada y en caso de no cumplirse con los mismos, dicha autorización podría ser revocada, por lo que es importante entender que, la revocatoria no es producto de una sanción, sino es consecuencia del decaimiento de los requisitos que dieran lugar a su otorgamiento, de ahí la importancia de conocer los efectos y alcances de este tipo de técnicas de control.

III. Referencias bibliográficas

- AYALA CALDAS, J (1999). *Elementos de Derecho Administrativo General*. Editorial Doctrina y Ley Ltda. Colombia.
- BERMEJO VERA, J (2005). *Derecho Administrativo, Parte Especial*, Editorial Thomson-Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, R (2002). *Curso de Derecho Administrativo II*. Civitas Ediciones, S.L.
- GARCIA TREVIJANO, J (2002). *Los Actos Administrativos*. Editorial Civitas. 2da Edición.
- LARES MARTÍNEZ, E (2001). *Manual de Derecho Administrativo*. XII edición. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas-Venezuela.
- MARIENHOFF, M (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot,
- MARTIN MATEO, R. (1965). *Silencio Positivo y Actividad Autorizante*. Revista de Administración Pública, N° 48, Madrid, España.
- OSSORIO, M (2000). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Argentina. Editorial Heliasta.
- RANELLETTI, O. (1893). *Concetto e natura delle autorizzazione e concessioni amministrative en 'Giurispmdenza italiana', III.*
- SANTAMARÍA PASTOR, J. (2002). *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- SANTAMARÍA, J y PAREJO, A (1992). *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, España. Pág. Cfr. Por MELLARDO, L (2002). *Derecho de la Biotecnología Vegetal La Regulación de las Plantas Transgénicas*. Instituto Nacional de Administración Pública-Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, España.

La buena administración y la moralidad administrativa

Good Management and the Administrative Morality

Marilyn Quiñones*

*Abogada, Especialista en Derecho Administrativo,
Jueza Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo
de la Región Centro Occidental

*"Una administración pública eficiente, como ha señalado Joan Prats¹, es la que se asienta en un funcionariado bien capacitado técnicamente, sujeto a la ley y que dispone de garantías frente la discrecionalidad política. Una administración eficaz, es decir, que cumple los objetivos institucionales para los que ha sido creada, no tiene por que ser una administración grande y complicada, sino más bien lo contrario: sencilla de entender, objetiva en sus procedimientos, transparente en su forma de actuar, ágil en sus resoluciones, responsable de sus propias acciones y rendidora de cuentas a la ciudadanía y a sus representantes democráticos, y capaz de promover la participación y el compromiso cívico y activo de la ciudadanía"*²

RESUMEN

El fortalecimiento de los principios del Derecho Administrativo resulta necesario no sólo por lo dinámico de la actuación administrativa sino ante el alto nivel de corrupción existente en el sector público, expresada no sólo en el abuso de recursos públicos sino en sobornos o en el hermetismo en la toma de decisiones, de lo cual no escapan números países, conforme se desprende del "Índice de Percepción de la Corrupción 2011 de Transparency internacional". De manera que la tarea de la jurisprudencia es dotar a la moralidad administrativa y a la buena administración de los elementos constitutivos que formen su contenido, que sirvan de pauta de juicio para los jueces y que brinden la posibilidad a cualquier ciudadano de acudir a la órganos del Poder Judicial, en especial a la jurisdicción contencioso administrativa, para defender los derechos colectivos y fortalecer el principio de democracia participativa previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Palabras clave: administración, moralidad administrativa, derecho administrativo.

Joan Prats i Catala nació en Benicolet, un pueblo de Valencia, España el 9 de noviembre de 1942. Comenzó su carrera académica en la Universidad de La Laguna. Se doctoró en Derecho por las universidades de Barcelona y de la Sorbona y diplomado en Altos Estudios Internacionales, en la universidad de Niza (Francia), en 1968. Ejerció como profesor de Derecho Administrativo en la UAB y en ESADE. Militante socialista desde 1962. Fue autor de diversos artículos y libros en el campo de la Administración Pública, la Gobernabilidad y el Desarrollo Institucional. Entre sus títulos académicos había obtenido el de Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona y de Doctor en Derecho de la Universidad de la Sorbona en Francia. Falleció, el 29 de abril de 2010.

<http://aigob.org/numero-21/222-el-derecho-a-una-buena-administracion>

ABSTRACT

Good administration and administrative morality, as originally understood principles, seeking to define the public to what is legal, and more meaningful, adequately protect citizens from corruption, introducing effective legal tools to defend collective rights. Hence, transparency and accountability to adequately serve as foundations, while public participation and access to information increases the effectiveness of governance through social control. The task of jurisprudence is to provide administrative morality and good administration of the constituent elements forming its content, which serve as guidelines for trial judges and to provide the possibility for any citizen to go to the organs of the judiciary, especially to the administrative court, to defend the collective rights and strengthen the principle of participatory democracy under the "Bolivarian Republic of Venezuela Constitution.

Key words: management, administrative morality, administrative law.

El Derecho Administrativo ha evolucionado considerablemente en las últimas décadas, ha pasado de ser un derecho meramente formalista a un derecho significativamente subjetivo, imperativo de los derechos e intereses colectivos y ello debe ser así, pues parafraseando al autor Jesús González Pérez (1996), los excesivos formalismos o controles no resultan compatibles con las necesidades de las modernas administraciones públicas.

Es claro que la actividad administrativa debe desarrollarse en primera instancia dentro del marco constitucional y legal previamente establecido, con el fin de generar en el administrado la certeza legal o la seguridad jurídica de que esa actuación de la Administración Pública corresponde a parámetros certeros, definidos anteriormente, ello no es más que el respeto al principio de legalidad y el control al abuso de poder.

No obstante, tal como lo señala el autor Hazel Díaz Meléndez (2003: 89), en diversas ocasiones las leyes no son claras, ante lo cual la Administración hace uso de su poder discrecional que le permite cumplir con sus objetivos. Sin embargo, este poder discrecional no puede ser usado de manera arbitraria, inobservándose la certeza legal que requieren los ciudadanos en los actos administrativos que afecten sus intereses. De allí que esta actuación de la Administración sea desarrollada bajo principios, que han ido evolucionando ante la

propia modernidad que ha adquirido la Administración, análisis del cual se ha encargado la doctrina y la jurisprudencia.

Así, el contencioso administrativo ha ido encaminándose hacia ese conjunto de postulados y principios que abogan por un Estado Social de Derecho y de Justicia, que a su vez enmarcan la actuación de toda la Administración Pública y que deben ser respetados por ésta en cuanto que realice procedimientos de naturaleza contenciosa. Como se dijo, ellos han sido ampliamente analizados doctrinaria y jurisprudencialmente de manera individual, tales como el principio de independencia e imparcialidad del órgano decisor, contradicción, proporcionalidad, racionalidad, publicidad, confianza legítima, o el derecho a obtener una tutela judicial efectiva, a la asistencia jurídica, entre otros.

No obstante, existe dos figuras fundamentales en el Derecho Administrativa sustantivo o material, como son la buena administrativa y la moralidad administrativa, que pasan a dibujarse como alma de la nueva administración, vinculados entre sí, cuya naturaleza sugiere una dualidad pero que *a priori* el primero, puede considerarse como un derecho de los ciudadanos, y el segundo, como un instrumento castigo a la inobservancia de la actuación proba.

Como se extrae de la obra de Jaime Rodríguez Arana, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, el pueblo, individual y conjuntamente considerado, es el soberano, el dueño de los poderes públicos; de allí que la Administración Pública debe actuar con diligencia sirviendo con objetividad los intereses generales, disponiendo el ciudadano del derecho a que los asuntos de interés general se administren y gestionen con equidad, imparcialidad y en plazo razonable, siendo ésta la causa que fortalece la posición jurídica del ciudadano en relación con los poderes públicos (Rodríguez, 2012).

Considerado lo anterior, debe señalarse que la buena administración, entendida como principio, deriva a su vez de una diversidad de principios -discrecionalidad, objetividad, coordinación, eficacia, eficiencia y economía-, los cuales son conectados con el procedimiento administrativo, estableciéndose deberes de comportamiento de los organismos administrativos.

Para algunos no abarca solo un principio, sino que constituye los principios de buena administración, definiéndose como *"vagas normas legales. Como ellos son parte de la ley, pueden ser considerados*

como tales, son vagas reglas legales de conducta de los cuerpos administrativos y otras entidades públicas" (Lanbroek, 2002: 48).

Ha sido vinculado con el principio al buen gobierno o incluso entendido como tal, estableciéndose como *"una forma de gobierno transparente, responsable, que reconozca la obligación de rendir cuentas y participativa, que respondan y se ajusten a sus necesidades y aspiraciones"*³.

Desde este enfoque resulta interesante transcribir lo expuesto por la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica, en su informe Anual 1997-1998, presentado ante la Asamblea Legislativa, quien acertadamente alude lo que pretende abarcar el buen gobierno, indicando:

"Es criterio de la Defensoría de los Habitantes –conforme se indicó en el Informe Anual 1997– que uno de los instrumentos que contribuirían decididamente en este proceso sería el desarrollo de una cultura de rendición de cuentas que funcione en una doble dimensión: la de las autoridades públicas y la de la sociedad civil.

Desde el punto de vista de las instituciones públicas y sus funcionarios, ello exige el cumplimiento legal y moral de las responsabilidades que derivan del ejercicio de una función pública y la consiguiente obligación de dar cuentas sobre el resultado de la gestión. Se trata de adoptar medidas que sirvan como mecanismos para prevenir no solo la corrupción, sino el manejo eficiente y equitativo de los recursos transitoriamente depositados en los gobernantes de turno.

Ahora bien, desde el punto de vista de la sociedad civil, el desarrollo de una cultura de rendición de cuentas implica asumir como propio el derecho, y aún más la obligación, de exigir cuentas a los órganos y autoridades públicas sobre los resultados de su gestión y el respeto a los derechos fundamentales de los habitantes. Es en este punto en el que adquiere especial relevancia el papel de la educación".

Así, el principio de buena administración ha adquirido una creciente importancia como principio rector de la actuación de las administraciones públicas tanto que se ha llegado a formular como de-

3 Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 58/172. El derecho al desarrollo, del 11 de marzo de 2004.

recho fundamental, es decir, la jurisprudencia ha ido decantando el contenido y funcionalidad del llamado principio a una buena administración, principio del que más adelante se derivaría, como su corolario necesario, el derecho fundamental a la buena administración (Rodríguez, 2011: 23)

En ese sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en diciembre de 2000, resultó un gran logro porque se hizo pensando en los ciudadanos y es la primera en el mundo que incluye un derecho a la buena administración como derecho fundamental.

Específicamente el artículo 41 de la mencionada Carta, en parte establece que:

"1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

. el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,

. el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,

. la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones".⁴

Como complemento, en el artículo 42 se reconoce el derecho de acceso a los documentos.

Algunos de estos enunciados están ligados al "*principio del deber de cuidado*", asomándose ligeramente que se encuentra definido como la obligación de preparar una orden administrativa u otro acto

4. Agrega además dicho artículo que *"3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua".*

legal, cuidadosamente, respetando precisamente principios y derechos del administrado durante el procedimiento administrativo (Rodríguez, 2011: 107).

La buena administración se nos presenta por tanto, como un principio rector de la actuación de las administraciones públicas y como un derecho fundamental, pero en definitiva conteniendo principios y derechos, aplicados en el contencioso administrativo, cuyo objetivo final no es más que el fortalecimiento de la participación ciudadana, dejándose en sus manos las herramientas necesarias para hacer prevalecer los mismos.

Ahora bien, los principios de la buena administración que enumera la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que son especialmente relevantes, son los siguientes:

- i. El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, preservando su intimidad. Más que un principio es acogido como un derecho de acceso a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en los registros oficiales o privados, conforme al artículo 28.
- ii. El debido proceso aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en el contexto del artículo 49 de la Carta Magna. Resulta necesario un procedimiento administrativo común en todos los niveles de la Administración Pública.
- iii. Dirigir peticiones ante cualquier autoridad, sobre los asuntos que sean de la competencia de los correspondientes funcionarios públicos, y de obtener oportuna y adecuada respuesta, artículo 51.
- iv. Recibir información oportuna y veraz de la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular, artículo 143.
- v. La imparcialidad del personal de la Administración en el ejercicio de sus funciones. Específicamente el artículo 145 del texto Fundamental contempla que los funcionarios públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna.

Nuestra Constitución contempla un sistema de valores y principios en defensa de la buena administración, en algunos casos inicialmente concebidos como principios pero finalmente consolidados como derechos, que de manera individual forman las bases del dere-

cho a la buena administración pero que agrupados en uno solo aún no configuran en nuestra legislación ese derecho.

Esta nueva forma de concebir la posición de la Administración en su relación con los ciudadanos requiere instrumentos para que la buena administración pueda ser una realidad, y es aquí donde juega un papel fundamental, en nuestro caso, la Defensoría del Pueblo, ya que por su naturaleza, funciones y poderes es la institución llamada *"a la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos, de los ciudadanos y ciudadanas"*, artículo 280 de la Carta Magna.

Por su parte, la jurisprudencia extranjera ha ido delineando y configurando con mayor nitidez el contenido del derecho fundamental a la buena administración atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población. Tal es el caso de la jurisprudencia española que ha incluido en sus sentencias de forma creciente el principio de buena administración, entre éstas la Audiencia Nacional de 7 de junio de 2007 y las del Tribunal Supremo de 19 de junio y de 3 de julio de 2007. En la primera de dichas sentencias, y en relación con el hecho de tener que motivar las decisiones administrativas, el Tribunal señaló que:

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestra ordenación jurídica, y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), así como también el art. 13.2 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, que tiene como finalidad que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada a tal efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE, sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa)".

Más recientemente, el Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, rec. 593/2008, en fecha 27 de julio de 2011, de manera más explícita argumentó:

“Desde una perspectiva administrativa la exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el artículo 54 de la LRJPA (antes, artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo EDL1992/17271 de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 Constitución Española EDL1978/3879 (CE) y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el artículo 24.2 CE EDL1978/3879, sino también por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al “Derecho a una buena Administración”, entre otros particulares, “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”.

En nuestro ordenamiento jurídico no podemos extraer de manera expresa la definición o desarrollo del derecho a la buena administración, sin embargo ello no implica su inexistencia, pues constantemente nuestra jurisprudencia, al interpretar la Constitución y las leyes o en caso de una ley clara sobre el asunto que se ventile, alude a sus principios, vislumbrándose la idea de la buena administración como principio (Vid., entre otras, sentencia 332/2001, del 14 de marzo (caso: INSACA C.A. de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).

Así, a los efectos de comparar la motivación analizada por el Tribunal Español en el contexto del derecho a la buena administración, se observa la sentencia N° 318 del 7 de marzo de 2001, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se analizó:

“...Al respecto cabe señalar que la motivación del acto atiende a dos circunstancias: la referencia a los hechos y la indicación de los fundamentos legales en que se basa la Administración, es decir, su justificación

fáctica y jurídica, lo que constituye un elemento sustancial para la validez del acto, ya que la ausencia de causa o fundamentos abre amplio campo para el arbitrio del funcionario, pues en tal situación jamás podrán los administrados saber por qué se les priva de sus derechos o se les sanciona. Corolario de lo anotado es que la motivación del acto permite el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos, constituyéndose en garantía de los derechos de los administrados.

(...)

En fin no se trata de una exposición rigurosamente analítica o de expresar cada uno de los datos o de los argumentos en que se funda de una manera extensa y discriminada, puesto se ha llegado a considerar suficientemente motivada una resolución cuando ha sido expedida en base a hechos, datos o cifras ciertas que consten de manera expresa en el expediente o incluso, cuando la motivación aparezca del mismo expediente administrativo, siempre por supuesto, que el destinatario del acto haya tenido el necesario acceso a tales elementos" (Negrillas agregadas).

Por lo que no cabe dudas que nuestra jurisprudencia analiza individualmente los principios que dan origen a la buena administración, no obstante, esta en el desarrollo de nuestra jurisprudencia concebirlo en sus propios términos.

Ante ello, corresponde pasarse por el tema de la moralidad administrativa, inicialmente denominada moralidad de las autoridades públicas, difícilmente definida pero que en su generalidad se encuentra dirigida contra toda actuación que no responda al interés general o colectivo, que transgreda el principio de legalidad o los valores superiores del derecho positivo, y específicamente, que afecte el desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que ejecuta la actuación, es decir, se encuentra particularmente enlazada con las funciones públicas.

Ésta se aproxima a una naturaleza dual, fungiendo como principio de la función administrativa, orientadora de la producción normativa infra-constitucional e infra-legal, como derecho o interés colectivo, creando expectativas en la comunidad, susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular.

A esta conclusión dual se llegó luego de la definición propuesta durante los debates de la Ley de Acciones Populares en el Congreso de la República de Colombia y, posteriormente, bajo los conceptos

de norma penal en blanco y concepto jurídico indeterminado. Es decir, la adopción de estas vertientes surge como consecuencia de la imposibilidad de dar una definición concreta a la moralidad administrativa.

Ante la ausencia de una definición concreta, el Consejo de Estado colombiano se concentró en el desarrollo de criterios o elementos que permitieran identificar en el caso la transgresión de este derecho. Especialmente desde la entrada en vigencia de la Ley 472 de 1998⁵, se señaló de manera expresa entre los derechos e intereses colectivos, asumiéndose en este caso como una acción popular, que tenía dentro de sus características un incentivo económico del quince por ciento (15%), el cual fue eliminado por el último artículo de la Ley 1425 de 2010⁶.

En tal sentido, el Consejo de Estado de Colombia, en la Sección cuarta, de la Sentencia del 20 de abril de 2001. C.P. Ortiz Barboza, María Inés., estableció que:

"(...) la moralidad administrativa entre otros, persigue el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente".

Por su parte, el mismo Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. C.P. Ballesteros Carrillo, Jesús María. Radicación: 13001-23-31-000-2000-0005-01 (AP-163), indicó:

"Para evaluar la moralidad administrativa, no existen fórmulas de medición o análisis se debe acudir al caso concreto, para sopesar la vulneración a este derecho colectivo, derecho que en todos los casos debe estar en conexidad con otros derechos o principios legales y constitucionales para que pueda ser objeto de una decisión jurídica, a su vez debe existir

- 5 Conforme a su artículo 1, esta Ley "tiene por objeto regular las acciones populares y las acciones de grupo de que trata el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. Estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo o de un número plural de personal".
- 6 Diario Oficial No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010. Específicamente deroga los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998.

una trasgresión al ordenamiento jurídico con la conducta ejercida por la autoridad. Sin estos elementos no se configura, la vulneración de este derecho colectivo y las afirmaciones de los actores pasarían a ser meras abstracciones, y los casos analizados se transformarían en dogmas. Sin embargo, como ya lo había manifestado esta Sala, no toda ilegalidad atenta contra el derecho a la moralidad administrativa, hace falta que se pruebe la mala fe de la administración y la vulneración de otros derechos colectivos. A su vez las ilegalidades ayudan a determinar el alcance de la moralidad administrativo en un caso concreto, en esta valoración el juez se nutre de los principios constitucionales con los cuales se determina el contenido de la norma en blanco: la moralidad administrativa"

Cabe agregar una sentencia de fecha 29 de agosto de 2011, del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, Sala Segunda de Decisión, Colombia, la cual expuso el criterio desarrollado en ese país, esto es:

"La Ley 472 de 1998 en su artículo 4º consagra la moralidad administrativa como un derecho e interés colectivo (literal b).

Por su parte la Carta Política en su artículo 209 consagra la moralidad como uno de los principios rectores de la función pública, al señalar:

"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la descentralización de funciones.

(...).

Sobre el concepto de moralidad administrativa no hay criterios para definirla pues la jurisprudencia ha precisado que es una norma en blanco (...).

De otra parte, no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración del derecho a la moralidad administrativa y por consiguiente es al demandante a quien le corresponde, en la acción popular, la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión.

(...).

Para que se configure la violación al derecho a la moralidad administrativa deben imputarse cargos en la demanda que correspondan a conductas contrarias a los fines de la administración como sería la deshonesti-

dad o la corrupción. Atendiendo los precedentes jurisprudenciales enunciados, en este caso no se observa la trasgresión a la moralidad administrativa que endilga el actor popular por la omisión de la entidad hospitalaria de reportar los cargos vacantes en la planta de personal pues no aportó ningún medio probatorio idóneo que acredite que existieran dichas vacantes antes de que se iniciara la convocatoria efectuada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, siendo su deber tal como lo prevé el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, lo cual no fue acatado ni justificó su inobservancia por razones económicas o técnicas”.

Del fallo parcialmente transcrito y en general del amplio desarrollo en el derecho comparado, puede desprenderse que la moralidad administrativa se sustenta en la conducta proba que todo funcionario público debe ostentar ante la Administración Pública y el correcto manejo que debe darle a los recursos públicos de la misma.

En tal sentido, se ha ido delineando como el derecho que tienen los ciudadanos a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la ética de un buen funcionario, e igualmente se ha dirigido a brindar herramientas y pautas de acción que contribuyan a objetivizar el análisis que realiza el juez con miras a determinar los casos en que procede el amparo de la moralidad administrativa por vía de acción popular, de allí la dualidad de su esencia.

Puede señalarse igualmente que a los fines de verificarse la vulneración de la moralidad administrativa debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico, a los principios legales y constitucionales que inspiran su regulación, especialmente a los relacionados con la Administración Pública, a través de prácticas corruptas, de desviación de poder o de mala fe por parte del funcionario llamado a actuar con la debida probidad.

En el ámbito venezolano, tenemos que predomina un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, conforme a los artículos 2 y 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, siendo que la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, de modo que prevalece la participación ciudadana.

En tal sentido, así como la Constitución exalta la buena administración, honra y asienta la base de la moralidad administrativa, visualizando las sanciones frente a las conductas que irrumpen una sociedad democrática basada en la valoración ética que propugna la misma Carta Magna; sólo basta pasearse por los artículos 2, 46, 102,

104, 106, 141, destacándose especialmente el artículo 274 que expresamente dispone:

“Los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo, de conformidad con esta Constitución y con la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado; e, igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo”:

Considerando dicho artículo tenemos que la Constitución igualmente afirma que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas, de allí que la figura del Defensor del Pueblo se hace especialmente intensa, necesaria e insustituible para tratar de hacer realidad estos principios rectores de la actuación administrativa, pues requieren aproximarse a los ciudadanos y tener como objetivo superar viejas concepciones del Derecho Administrativo situando al ciudadano en el centro de las preocupaciones de la Administración, es decir, es ésta la que debe remover los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio de estos derechos y debe facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Con fundamento en ello, el 10 de diciembre de 2010, se sancionó la Ley Orgánica de Contraloría Social, la cual fue publicada el día 21 del mismo mes y año en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.011 Extraordinario, recogándose la figura de “La contraloría social”, sobre la base del principio constitucional de la corresponsabilidad, que es una función compartida entre las instancias del Poder Público y los ciudadanos, ciudadanas y las organizaciones del Poder Popular, para garantizar que la inversión pública se realice de manera transparente y eficiente en beneficio de los intereses de la sociedad, y que las actividades del sector privado no afecten los intereses colectivos o sociales, siendo la finalidad de la misma, la prevención y corrección de conductas, comportamientos y acciones contrarios a los intereses colectivos. Así pues, la contraloría social es la vigilante y controladora de la moralidad administrativa.

Ahora bien, sin apartarnos del hilo analítico, es importante señalar que existen ordenamientos, como el de Holanda, que hacen una diferencia entre las reglas éticas de conducta para administradores y funcionarios públicos y el principio de buena administración, lo cual puede ocurrir con la moralidad administrativa. Ciertamente es posible entender que existen normas éticas de conducta que regulan el comportamiento de los funcionarios públicos en sus relaciones con los ciudadanos y que existen principios a los cuales debe adecuarse la conducta de la Administración en pro del administrado, pero a nuestros efectos, considerando la moralidad administrativa más allá de una acción popular, como ciertamente es consagrado en otras legislaciones, y la buena administración como un derecho, cabe traer a colación lo expuesto por el catedrático Jesús González Pérez, aduciendo que la moral, moralidad o buena conducta ofrece en sus relaciones con la Administración Pública dos aspectos, uno, la ética como exigencia de todos y cada uno de los servidores públicos, cualquiera que fuese la actividad administrativa que realicen, y dos, la ética como fin de la acción administrativa (GONZÁLEZ, 1996: 121), es decir, la moralidad administrativa puede concebirse en nuestro caso como uno de los principios rectores de la función pública.

Ello es así, pues al *"abordar el tema de la moralidad administrativa, implícitamente se hace referencia a la corrupción, pues su significado conecta íntimamente, en uno de sus extremos, la idea de degradación, natural en un principio, y valorativa en un segundo término, de manera que, al menos desde esta última perspectiva, la corrupción está relacionada con el menoscabo de la integridad moral"* (Fabian, 2000: 17).

Tal aclaratoria era clave para aludir a otras normas legales, e incluso jurisprudencia, en los cuales ciertamente se ataca a la ética del funcionario público pero que en su contexto general es parte de esa moralidad administrativa –y de esa buena administración–.

Es así, que el artículo 22 de la Ley contra la Corrupción exhorta a los funcionarios y empleados públicos a ceñir sus actuaciones a las disposiciones del Código de Ética para el Funcionario Público, y especialmente esta Ley fortalece la participación ciudadana dejando a disposición de los particulares el derecho a solicitarle a los órganos y entes indicados en los artículos 4 y 5 de ese cuerpo normativo, cualquier información sobre la administración y custodia del patrimonio público de dichos órganos y entes (artículo 10).

Por su parte, el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, cuyo contenido además de definir ética pública, conceptualiza la moral administrativa como *“la obligación que tienen los funcionarios, empleados y obreros, de los organismos públicos, de actuar dando preeminencia a los intereses de Estado por encima de los intereses de naturaleza particular o de grupos dirigidos a la satisfacción de las necesidades colectivas”*, estableciendo la sanción correspondiente en su artículo 45.⁷

En lo que concierne a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa claramente se inclina por la protección de los derechos colectivos y auspicia la participación popular (artículos 10 y 58), no así, la moralidad administrativa no se consagra de manera expresa como una acción popular, no obstante, ella no puede dejar de observarse en el contencioso administrativo al ser objeto de control de esta jurisdicción *“la actividad administrativa desplegada por los entes enumerados en el artículo anterior, lo cual incluye actos de efectos generales y particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicios públicos, omisión de cumplimiento de obligaciones y, en general, cualquier situación que pueda afectar los derechos o intereses públicos o privados”* (artículo 8) Negrillas agregadas).

En nuestro contexto jurisprudencial, cabe en principio señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisión N° 1117, publicada en fecha 5 de junio de 2006, ratificada por la Sala Político Administrativa, mediante decisión N° 01449 de fecha 11 de noviembre de 2008, estableció lo siguiente:

*“De la lectura del artículo parcialmente transcrito, la Sala como máximo intérprete de la Constitución, establece que el Consejo Moral Republicano es un órgano de sustrato constitucional y naturaleza jurídica única, que responde y encuentra su fundamento en la necesidad de garantizar que el ejercicio del Poder Público responda a valores superiores como el respeto a “(...) la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la **responsabilidad social** y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la **ética** y el pluralismo político*

7 *“Artículo 45. Se entenderá que atentan contra la ética pública y la moral administrativa, los funcionarios públicos o funcionarias públicas, que cometan hechos contrarios a los principios de honestidad, equidad, decoro, lealtad, vocación de servicio, disciplina, eficacia, responsabilidad, puntualidad y transparencia”.*

(...)” (Cfr. Artículo 2 de la Constitución), que ejerce sus competencias de forma independiente de los demás órganos del Poder Ciudadano y que los actos que se producen en su seno se justifican en la obligación constitucional de resguardar **la ética pública y la moral administrativa de los funcionarios públicos o funcionarias públicas**, que cometan hechos contrarios a los principios de honestidad, equidad, decoro, lealtad, vocación de servicio, disciplina, eficacia, responsabilidad, puntualidad y transparencia, los cuales son de naturaleza jurídica, política e institucional; valores superiores éstos que además vinculan y orientan las funciones de control del mencionado Consejo, en directa ejecución y desarrollo del **patrimonio moral de la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador** (Cfr. Artículo 1 de la Constitución)” (Negrillas del original).

La moralidad administrativa tiene como referencia inicial la definición de moral, de allí que el Máximo Tribunal introduce diversos instrumentos dirigidos a la protección de la moralidad administrativa, entrelazada con la buena administración, procurando garantizar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas, mecanismos inicialmente en manos de algunos órganos del poder público –la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de la República y Contraloría General de la República–, pero contemplados para los ciudadanos. Es la participación ciudadana la que debe ir en defensa de la moralidad administrativa, de allí que sea concebida en el derecho comparado como una acción popular, autónoma e independiente de cualquier otro derecho, concepción que podría ir perfilando nuestra legislación.

Por su parte, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo ha incorporado este concepto jurídico al contencioso administrativo venezolano, mediante Sentencia N° 2011-0935, del 9 de junio de 2011, caso: *Marcelino Carrera* contra la “Alcaldía del Municipio Vargas del Estado Vargas”, reiterando su análisis en la sentencia N° 2012-0266, de fecha 23 de febrero de 2012, caso: *Silenia Emperatriz Echenique González*, contra la “Alcaldía del Municipio Barinas del Estado Barinas”, destacando:

“En concordancia con lo anterior es oportuno realizar algunas consideraciones con respecto al alcance de la moralidad administrativa, que si bien lo vemos examinado en el derecho comparado como derecho colectivo, las reflexiones efectuadas en ese contexto resultan igualmente válidas a los efectos aquí tratados; así, el desarrollo de este derecho y la po-

sibilidad de su protección individual dentro de la órbita de las acciones populares, puede potencializar su efectividad y convertirlo en un instrumento eficaz en la promoción de la participación ciudadana en los asuntos públicos y la lucha contra la corrupción.” (Negrillas agregadas).

La aludida Corte reconoce la existencia de la moralidad administrativa en el ámbito del derecho colectivo y de su ejercicio a través de una acción popular, no obstante, tal como ella misma lo señala, estas acciones populares tienen el potencial de convertirse en una herramienta efectiva de lucha contra la corrupción, que puede ser utilizada de manera directa por los ciudadanos como medio de control social procurándose así su participación en el mejoramiento del ejercicio público, extendiéndose su alcance hacia el fuero interno de los servidores públicos, potencializado por la ciudadanía; esto se debe a que la moralidad administrativa abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos públicos, de la colectividad, y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud, rectitud y honestidad.

Para finalizar merece señalarse el voto concurrente de la Magistrada Evelyn Marrero Ortiz, expuesto en la sentencia N° 00123, de fecha 1° de febrero de 2011, a través del cual vislumbró en un asunto de contenido funcional, la necesidad de una administración de justicia que rebase *“los límites netamente formales de la norma”* en virtud, para ese caso, de la profunda significación de la función pública dentro de la sociedad y el perfil moral y ético que deben cumplir rigurosamente quienes integren la función pública, destacándose que:

“Una norma que ordene reincorporar a funcionarios que con sus actuaciones públicas o privadas, han puesto en entredicho la transparencia, la moral, el decoro y las buenas costumbres en el ejercicio de la función pública, es una norma que se ha distanciado de su fuente ética, de su raíz primordial, a espaldas de los principios y valores que informan el orden constitucional y legal de la función pública en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desarrollados, además, en diferentes cuerpos normativos; por lo que será una norma desaplicable por atentar contra esos principios, valores y directrices”.

Igualmente agrega que:

“En diferentes leyes y estatutos nacionales referidos a la función pública, las palabras moral, ética, moral administrativa, ética pública, tratan

de asegurar que el proceder de los servidores públicos sea ética y jurídicamente correcto en su desempeño funcional".⁸

La buena administración y la moralidad administrativa constituyen figuras esenciales que procuran que los ciudadanos conserven la confianza en el Estado y se apersonen de él, no siendo esto más que la participación ciudadana que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por su parte, el funcionario público en el desempeño de sus funciones debe tener presente que su función está orientada por el interés general, el cumplimiento de la ley y el mejoramiento del servicio, conducta de no ser realizada puede ser cuestionada a través de principios o de instrumentos normativos de rango constitucional en manos del colectivo, como sucede en el derecho comparado. Si el funcionario público o inclusive, el particular, actúan favoreciendo sus intereses personales o los de terceros en perjuicio del bien común, u omiten las diligencias necesarias para preservar los intereses colectivos, o transgreden la ley en forma burda, se está ante una inmoralidad administrativa y en detrimento de la buena administración.

Referencias bibliográficas

ARANGUREN NIÑO, Nadya Libertad y RUBIANO CUENCA, Alejandro. (2010). "Moralidad Administrativa como Derecho Colectivo: Análisis desde la Jurisprudencia Colombiana". Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Colombia.

- 8 Continúa señalando el voto salvado en análisis que *"Actualmente, - y nunca debió ser así -no puede el juez soslayar en su razonamiento jurídico la existencia de principios y directrices políticas claramente identificables que se extraen del ordenamiento mismo y que han llegado a ser clamor en todos los intersticios del tejido social; por lo que el juez, en estos tiempos de disolución de instituciones, valores y conductas, en algunos casos deberá apartarse de la literalidad de la ley para lograr identificar, en el caso concreto, estos principios y directrices y hacerlos prevalecer. (...) Desde hace muchos años la jurisprudencia constitucional de diferentes ordenamientos jurídicos, ha calificado los comportamientos que infringen leyes disciplinarias como contrarias a la moral o a la ética. Obviamente, cualquiera de estos comportamientos revela significados en las diversas manifestaciones culturales de las instituciones y de quienes las integran y representan en una comunidad organizada"*.

- DÍAZ MELÉNDEZ, Hazle (2003). "El Ombudsman y la aplicación del principio del deber de cuidado administrativo en sus resoluciones: análisis comparativo de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica y el Ombudsman Holandés". En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Análisis comparativo de las Instituciones del Ombudsman en América Central y Holanda*. Pp. 83-196. San José, Costa Rica. Universidad Utrech.
- FABIAN CAPARROS, Eduardo A. (2000) "La Corrupción política y económica. Anotaciones para el desarrollo de su estudio; en La Corrupción: aspectos jurídicos y económicos". Editorial Ratio Legis, Salamanca, España.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. (1996). *"Ética en la Administración Pública"*. Editorial Madrid - Cívitas, 1996. España.
- LANBROEK. P. (2002). *Derecho Administrativo en una Perspectiva Comparada*. Universidad de Utrecht. [On line] Página: www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.
- RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. (2011) *"Derecho Administrativo Global y Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública"*. [On line] Página: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/derecho-administrativo.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. (2012). *"El Ciudadano y el Poder Publico el Principio y el Derecho al Buen Gobierno y a la Buena Administración"*. Editorial Reus, S.A. España.
- Defensoría de los Habitantes. Informe Anual 1997-1998. Pág.VI. [On line] www.nacion.com/ln_ee/defensoria/1998/.
- Transparency Internacional. Índice de Percepción de la Corrupción 2011 de Transparency Internacional [on line] Página: <http://www.transparencia.org.es>
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1117, de fecha 5 de junio de 2006.
- Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 01449 de fecha 11 de noviembre de 2008.
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 2011-0935, del 9 de junio de 2011, caso: *Marcelino Carrera* contra la "Alcaldía del Municipio Vargas del Estado Vargas".
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Sentencia N° 2012-0266, de fecha 23 de febrero de 2012, caso: *Silenia Emperatriz Echenique González*, contra la "Alcaldía del Municipio Barinas del Estado Barinas".

Comentarios sobre el arreglo amigable en el procedimiento expropiatorio

Comments on Amicable Settlement in Expropriation Procedures

Igor Villalón *
Raúl Velásquez **

* Abogado Mayor del Despacho del Juez de la Corte
Segunda de lo Contencioso Administrativo.

** Abogado Asociado II del Despacho del Juez de la Corte
Segunda de lo Contencioso Administrativo.

RESUMEN

La expropiación destaca como una de las formas de intervención estatal, y sus procedimientos son densos y delicados. El profundo sentido que rodea a la potestad expropiatoria deviene de la íntima conexión que ésta mantiene con el derecho de propiedad, así como con los principios que forman la regulación de las políticas económicas, en este caso representados por los parámetros constitucionales que determinan el ámbito legítimo de intervención de las potestades administrativas sobre el patrimonio de los ciudadanos. En el presente trabajo destacaremos la posibilidad que tiene el ente expropiante y el sujeto expropiado para de mutuo acuerdo negociar y dejar de un lado el siempre carácter coactivo de la Administración para la adquisición final de los bienes objeto de Decreto expropiatorio, dando muestras entonces de unas evidentes connotaciones negociales. Emerge la figura del arreglo amigable como un medio alternativo de resolución del conflicto distinto a la vía jurisdiccional, revelando la posibilidad de resolver de manera rápida y expedita, no sólo la determinación del justo precio de los bienes o derechos afectados por el procedimiento expropiatorio, sino la entrega formal del bien inmueble que se pretende expropiar sin acudir a la vía judicial para solicitar la expropiación del bien afectado.

Palabras clave: expropiación, arreglo amigable, contratos.

ABSTRACT

The expropriation is one of the many forms that Government has to intervene in society's development. Its procedures are quite delicate. It is also deeply connected to the right to property, as well as to the principles of economic policies, and constitutional arrangements on intervention of Government and Public Administration on individuals' property. The aim of this paper is to highlight the possibilities of reaching an agreement between the Public Administration and individuals, leave aside the always coercive character of Public Administration. The amicable settlement emerges as Alternative Dispute Resolution.

Key words: expropriation, amicable settlement, contracts.

I. Introducción

En el campo de las afecciones de los derechos patrimoniales de los ciudadanos, la institución expropiatoria se sitúa como la más incisiva de las prerrogativas administrativas y a su vez, como una de las más sensibles al sistema de garantías que consagra el Estado de Derecho.

Sin necesidad de hacer un análisis de los registros históricos de la figura de la expropiación, lo que sí es cierto es la evidente discordancia que existe entre la concepción liberal del Derecho de la propiedad de nuestra génesis constitucional y las exigencias que derivan de un modo de Estado que pugna por asegurar, entre otros objetivos, la convivencia democrática conforme a un orden económico socialmente justo.

En ese sentido, tenemos que en la actualidad existe una gran necesidad de conciliar entre los intereses particulares y los intereses generales, o dicho en otras palabras, el interés privado con el público, el cual se encuentra en una constante tensión dinámica entre fuerzas opuestas.

Así, la propiedad prevista en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe ser entendida como un poder funcional en el que las facultades de goce y disposición, para ser merecedoras de la tutela de derecho, no pueden ir acompañadas de cualquier interés, sino sólo de aquellos predeterminados por el marco que brinda la propia Constitución, en virtud de lo cual el derecho da satisfacción superando la concepción individualista y liberal, que partiendo de un plano estrictamente *iusprivatista*, se fija principalmente en la idea de poder, por otra concepción social que contempla la propiedad no sólo como institución jurídica, sino también como institución económica, destacando en ella la idea de función social.

En el modelo de Estado actual, tiene entre fines prioritarios la dirección y control de la vida económica nacional, imponiendo limitaciones al propietario, además de una serie de deberes de inexcusables observancia en el ejercicio del derecho, sin que ello deba entenderse como un desconocimiento del derecho a la propiedad.

Todo ello, debe entenderse como un fenómeno del mundo moderno, el cual debe traducirse en un crecimiento urbano o la moder-

nización de las infraestructuras de desarrollo, que hacen que se recurra con asiduidad al tradicionalmente expropiatorio.

Conforme a ello, puede deducirse que el hoy artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye el régimen jurídico de las garantías que existen en materia expropiatoria, en el que se indican aquellas garantías que no pueden ser desconocidas ni por el legislador al dictar reformas de leyes, ni por la Administración al dictar y ejecutar actos de afectación con fines de expropiación.

Asimismo, debe indicarse que la Ley de Expropiaciones del año 2002, en el Derecho Administrativo venezolano constituye el régimen jurídico común de la expropiación en los tres niveles político-territoriales de gobierno. Ello implica, en pocas palabras que el procedimiento que debe aplicar todo ente público que tenga atribuida por la Ley la potestad expropiatoria, sea la República, los Estados, los municipios o entes públicos descentralizados de cualquiera de estos niveles políticos territoriales, cuando decidan ejercerla, lo harán de acuerdo a lo previsto en la Ley de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública o Social.

Dentro de este contexto, tenemos que la Ley Especial que regula el campo de la expropiación, se encuentra la figura del arreglo amigable o convenio expropiatorio prevista en el artículo 22 de la vigente Ley de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública o Social, sin embargo, la misma ha sido abandonada e inclusive podría decirse que hasta inaplicable por los sujetos que forman parte del proceso expropiatorio.

Es precisamente partiendo de ello que queremos manifestar en las páginas que siguen, nuestra inquietud y opinión, respecto a esta particular figura jurídica, la cual de aplicarse y entenderse correctamente podría resultar útil, conveniente y expedita al menos como mecanismo para llevar a su final, mediante un acuerdo, la traslación de propiedad por parte del particular al sector estatal.

Para respaldar la idea antes expresada, se tratará de reconstruir sistemáticamente el régimen jurídico del convenio expropiatorio o arreglo amigable, fijando su naturaleza jurídica y precisando los límites del objeto que persigue, fundamentalmente por lo que respecta a la capacidad de las partes intervinientes para fijar –según el caso– la indemnización expropiatoria. Se trata, por tanto de estable-

cer un marco conceptual no sólo desde el análisis del Derecho vigente, sino de los concretos y reales problemas que el arreglo amigable plantea ante los órganos jurisdiccionales, y a su vez superar un estudio meramente dogmático sobre este tema.

Finalmente, debemos indicar que es inocultable que en la actualidad, la institución expropiatoria es una realidad viva, que en nuestra sociedad demanda cada vez más estudio; y es esto lo que pretendo en estas líneas, aportar un grano de arena al mundo académico, en esta oportunidad intentando explicar al menos un poco una figura poco estudiada por la doctrina patria como lo es la figura del arreglo amigable.

II. La expropiación: una visión general

Aunque el tema a desarrollar en estas líneas no será la expropiación en todo su amplio espectro, es importante definir al menos conceptualmente dicha figura, en ese sentido, se tiene que la expropiación surge como un mecanismo o medio de privación de un bien singular que está sujeto a un procedimiento formalizado y a cambio de una compensación económica. La expropiación sin duda alguna es una de las instituciones más típicas y peculiares del Derecho Administrativo, la Administración esta investida de *imperium*, de prerrogativas de Derecho Público, en una materia que, como la propiedad, se considera incluida en la llamada zona de reserva legal; y sin embargo el afectado por ella, es decir, el expropiado, puede combatirla por motivos casi meramente formales o crematísticos en relación con el *quantum* de la indemnización a percibir, encontrando muchas dificultades a la hora de combatir la expropiación por motivos de otra índole, precisamente por la aceptación y reconocimiento constitucional de la propiedad sujeta y supeditada al bien común, plasmado en el interés público y la utilidad pública necesitada de mayor protección que el interés privado, con los matices que posteriormente se irán señalando.

En ese sentido, el autor Jorge MAIORANO, define a la expropiación como el "*instituto jurídico en virtud del cual el Estado extingue el derecho de propiedad sobre un bien, mediando una previa indemnización, para destinar el mismo a la satisfacción del interés público, dado que el efec-*

to principal de la expropiación es aquel que responde a su naturaleza: la transferencia de la propiedad". (Maiorano: 2003:496).¹

Por su parte, el autor de origen cubano BRUZON Sergio, al referirse a la expropiación, señaló: "La expropiación forzosa, medida interventora de la Administración por la que se priva al administrador de la propiedad privada de determinados bienes, derechos o intereses de naturaleza patrimonial, a cambio de una indemnización, llamada justiprecio" (Marco Jurídico de la Expropiación Forzosa: 2012).

DROMI Roberto, la define como "el Instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente única y justa". (Dromi, 2004:951).

Para el venezolano Antonio ARANGUREN, la expropiación "es un proceso y es el proceso más omnicomprendivo de todos cuanto el Derecho Público conoce [...] consiste en privar de un bien o de un derecho, entregando una indemnización por causa de utilidad pública o social". (Aranguren y Benzo: 2011: 17).

Visto lo anterior, es oportuno traer a colación lo consagrado en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; el cual prevé lo siguiente:

"Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce y disfrute de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes". [Subrayado nuestro].

De la norma citada, específicamente en la primera parte consagra el derecho de propiedad, pero a su vez la mayor de sus obligaciones la ceder la propiedad en ciertos casos, a someterse la expropiación.

1 Inconstitucionalidad del artículo 56 de la Ley de Expropiación. Año 2003. Tomo IV. Página 496. España.

Como se observa, no hay una definición constitucional de la expropiación, pues de ello se ocupa la vigente Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, pero si hay algunos requisitos de procedencia que pueden desprenderse de la misma norma constitucional, esto es, la denominada causa *expropiandi*, la sentencia firme y el pago de la indemnización.

Precisado lo anterior, es importante destacar que en la actualidad se mantiene definido con claridad el derecho a la propiedad, pero también el nuevo modelo de Estado pone en relieve la función social de la propiedad que rodea al Estado Social de Derecho y de Justicia consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De manera que en un Estado Social de Derecho como el nuestro, la propiedad, además de cumplir con los objetivos de satisfacción personal, a menudo debe satisfacer necesidades de interés común o social, superándose con ello la teoría clásica que la concebía como un derecho subjetivo absoluto.

Es así como la introducción de la noción de la función social del derecho de propiedad supera la individualista concepción clásica de derecho subjetivo exclusivo y excluyente del titular, en cuyo favor se consagran facultades irrestrictas de uso, abuso y disposición, que ahora aparecen reemplazadas por la concepción de solidaridad que encuentra un campo abonado para su desarrollo en el Estado Social de Derecho y Justicia, posibilitando así acciones e intervenciones estatales encaminadas al mejoramiento económico de los sectores marginados de la comunidad y a dar soluciones a los conflictos sociales que afectan a la sociedad civil.

Es precisamente esta función social del derecho de propiedad la que da lugar a que determinado bien (de propiedad privada) se ponga al servicio del interés general mediante el empleo de la institución de la expropiación que pasa de "(...) *ser el medio de solventar el conflicto entre la propiedad privada y la exigencia concreta de una empresa administrativa, a ser, (...) un instrumento generalizado de conformación del mundo social de los bienes*" (Enterría, 1989a: 85).

Y es que la expropiación se constituye un medio o instrumento del cual dispone el Estado para incorporar al dominio público los bienes de los particulares, previo el pago de una indemnización, cuando éste requiera de ellos para atender o satisfacer necesidades de utilidad pública o social, reconocida o definida por la Ley, con in-

intervención de la autoridad judicial. Es así como la función social del derecho de propiedad se manifiesta en las expropiaciones, en la medida que ella tiene por finalidad la redistribución de la propiedad para un fin distinto al que ha perseguido hasta entonces, o para alcanzar explotar los medios de producción en forma eficiente, con arreglo a programas de producción diseñados por el Estado. Ahora bien, **la expropiación debe verse como una institución jurídica que no anula el derecho de propiedad, sino que pone en evidencia, y hace operativo el principio de prevalencia del interés público o social sobre el interés particular.** Se trata pues, de una yuxtaposición de bienes jurídicos coexistentes, donde existe una justa indemnización a la afectación de los derechos del propietario, en virtud del conflicto sobrevenido sobre el uso y función de determinados bienes.

Así, para el autor español GARCÍA Enterría, Eduardo, la "(...) Expropiación forzosa se nos presenta bajo un doble faz: por una parte, supone un poder de la administración de abatir y hace cesar la propiedad y las situaciones patrimoniales de los administrados; y por otro lado, su regulación se articuló en muy buena medida como un sistema de garantías ofrecido a estos administrados que sufren sobre su patrimonio la violenta inmisión administrativa" (Enterría, 1989a). Dentro de este contexto tenemos que la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, específicamente en su artículo 2, define a la expropiación como "(...) una institución de Derecho Público, mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una utilidad pública o de interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad o algún derecho de los particulares, a su patrimonio, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización", como mecanismo de realización y protección del interés general.²

En este mismo orden de ideas, es necesario traer a colación, sólo a fines ilustrativos, el artículo 7 *eiusdem*, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 7. Solamente podrá llevarse a efecto la expropiación de bienes de cualquier naturaleza mediante el cumplimiento de los requisitos siguientes:

2 Sentencia N° 2012-1419 del 16 de julio de 2012 dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, caso: *República Bolivariana de Venezuela contra el Complejo Industrial Sideroca-Proacero*

1. *Disposición formal que declare la utilidad pública.*
2. *Declaración de que su ejecución exige indispensablemente la transferencia total o parcial de la propiedad o derecho.*
3. *Justiprecio del bien objeto de la expropiación.*
4. *Pago oportuno y en dinero efectivo de justa indemnización". (Destacado nuestro).*

Lo expuesto, permite destacar que la expropiación consta de varias etapas o fases, debiéndose verificar en la fase inicial: *i)* una etapa previa la cual se denomina "Declaratoria de Utilidad Pública o Social"; y *ii)* una segunda etapa, correspondiente al "Decreto de Expropiación", que viene a ser el acto administrativo dictado por el órgano de la rama ejecutiva; facultad que en el orden nacional, le corresponde al Presidente de la República, en el orden estatal al Gobernador, y en los municipios a los Alcaldes; *iii)* una tercera etapa que corresponde al justiprecio; y *iv)* una cuarta etapa dirigida al pago oportuno de la Justa indemnización.

Los anteriores requisitos, si bien no son objeto de estudio del presente trabajo, permiten conocer y analizar un poco más en el amplio mundo de la expropiación, ya que si bien no forman parte del arreglo amigable, sí viene a traducirse en una importante generalidad.

III. Naturaleza jurídica del arreglo amigable

Cuando hablamos de acuerdos celebrados con anterioridad a la iniciación de un procedimiento expropiatorio debe conceptuarse como acuerdos o contratos en los que la transmisión de la titularidad carece de carácter coactivo propio de la expropiación. En consecuencia los mismos están regidos plenamente por la normativa jurídica pública.

En Venezuela la Ley de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública y Social, exhorta a las partes a que intenten llegar a un acuerdo sobre el precio de adquisición de los bienes o derechos con carácter previo a la fijación administrativa del justiprecio, dejando claro el legislador en la misma redacción de la norma que si el mutuo acuer-

do no se materializa, corresponde dar inicio al procedimiento contradictorio legalmente previsto para la fijación del justo precio.

Sobre este particular, desde 1979, el Profesor García-Trevijano Fos, en su trabajo pionero denominado *"Los Convenios Expropiatorios"*, ha afirmado que: *"Los convenios expropiatorios oscilan en la doctrina y en la jurisprudencia entre dos polos opuestos: el contrato y la coacción expropiatoria. Llama la atención que se puedan conectar ambas instituciones. A mi juicio, asistimos a unos tantos despropósitos jurídicos que han llegado a culminar en la adulteración de las instituciones fermentadas a través de los siglos"* (García-Trevijano Fos, 1979: 107-109).

De cara a lo manifestado por el maestro Trevijano, es importante mencionar que para el derecho comparado el arreglo amigable, conocido en países de Europa como acuerdos amigables o convenios entre expropiante y expropiados, se ha visto considerablemente marginados del estudio jurídico, tan así es, que en la actualidad es poco lo que se conoce sobre ésta importante fase de la expropiación.

En ese sentido, en una indagación del tratamiento de la figura del arreglo amigable, es pertinente hacer un breve recorrido por algunos de los sistemas más importantes e influyentes de Europa, entre los que figuran el Sistema **italiano**, Sistema **francés** y el Sistema **español**.

En **Italia**, el arreglo amigable es entendido como el negocio jurídico de derecho público que convienen las partes, es decir, entra dentro de los actos transaccionales en virtud de los cuales las partes evitan el litigio que podría surgir con la impugnación del justiprecio, haciéndose recíprocas concesiones, lo que en principio reviste al mismo con la apariencia de un vínculo obligacional común.

Sin embargo, Ardizzone *"califica los acuerdos amigables entre el expropiante y expropiado, invariablemente, como negocios de derecho público que no asumen la categoría de contratos, sino que son momentos relevantes pero carentes de autonomía jurídica independiente"* (Ardizzone, 1950).

En ese sentido, la Jurisprudencia de la Corte de Casación Italiana ha establecido lo siguiente respecto al tema: *"Los convenios entre expropiante y expropiado, después de declarada la utilidad pública y siempre que la expropiación sea el motivo determinante del mismo, no tienen naturaleza privada sino pública, no pudiéndose adoptar las normas de derecho civil"* (Landi, 1955).

De esta forma, tenemos que la postura del derecho italiano respecto a la naturaleza del arreglo amigable debe entenderse como una transferencia coactiva cuya causa es normal y se incrusta en el procedimiento previsto en la Ley de Expropiación Italiana, un convenio que se sobrepone a la idea de una causa contractual típica y lo transforma en una relación de derecho público, al cual, evidentemente, no le resultan aplicables las normas del derecho privado.

Por su parte, en **Francia** el arreglo amigable puede proceder en todo momento, incluso antes de que se declare la utilidad pública, aunque, en dicho supuesto se trataría más bien de una simple compra-venta. Por ello, los autores Duez y Debeyre no dudan en distinguir *"la cesión amigable que tiene por objeto la transferencia de propiedad, la fijación de indemnización o ambas cosas a la vez"* (Duez y Debeyre, 1952: 846 y ss.).

En ese mismo sentido, Allard, distingue los siguientes *"supuestos de acuerdos amigables"*:

- Acuerdos previos a la declaración de utilidad pública que son ventas ordinarias.
- Cesiones posteriores a esta declaración que producen los mismos efectos que la Ordenanza de expropiación.
- Cesiones amigables anteriores a la designación del Juez de expropiación.

La Ordenanza de 1958 prevé acuerdos amigables después de la notificación de la cantidad ofrecida por el expropiante, acuerdos amigables después del depósito de la memoria del expropiante al expropiado y anteriores a la decisión del juez de expropiación". (Allard, 1963: 55 ss.).

Del sistema francés se podría decir que la Ley procura a toda costa que las partes acuerden amigablemente, pero preferiblemente con anticipo a la intervención de órganos jurisdiccionales en el asunto, objetivo que en nuestro punto de vista tiene perfecto sentido, pues el fin mismo del arreglo amigable es materializarse antes de la terminación del procedimiento expropiatorio.

Finalmente, nos encontramos con el sistema **Español**, sobre el cual, Rodrigo Moro reseña que *"el acuerdo amistoso es un negocio de derecho público, pero sin carácter contractual, puesto que la ocupación tiene lugar por un acto de imperio pero no por la voluntad de los particulares"* (Moro, 1953: 165).

Al respecto, la Ley General de Expropiación Forzosa del 16 de diciembre de 1954, en palabras más o palabras menos, consagra lo siguiente *"la Administración y el particular a quien refiera la expropiación, podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado"*.³

Circunscribiéndonos al ámbito local, tenemos que en **Venezuela**, los trámites procedimentales necesarios para lograr la adquisición del bien o bienes a expropiar se inician una vez declarada la utilidad pública y con la entrada en vigencia el Decreto de Expropiación correspondiente.

En términos generales, Carolina Balasso Tejera aclara como *"la Ley dispone que en este estado del ente expropiante procede a intentar la transferencia por vía de arreglo amigable, el cual persigue la adquisición por vía administrativa y sin necesidad de acudir al procedimiento judicial para la expropiación propiamente dicha. De esta manera, su objeto no es otro que el de evitar la instauración del juicio de expropiatorio cuando la situación pueda ser resuelta extrajudicialmente"* (Tejera, 2002: 124).

Vista las diversas tendencias, comenzamos a ver con un poco más de claridad la finalidad del arreglo amigable en la Ley Especial que regula la materia expropiatoria, es decir, una vez incoado el procedimiento expropiatorio caracterizado por la cautividad sobre el sujeto expropiado, cabe preguntarse, si resulta posible suscribir, al margen e independientemente del procedimiento, un acuerdo no coactivo que articule la transmisión de la propiedad. En ese sentido la respuesta debe ser afirmativa⁴ desde la lógica de la aplicación del principio de proporcionalidad del derecho de propiedad⁵. En otras

3 Capítulo III. Título II. Artículo 24 de la Ley General de Expropiación forzosa.

4 VARA, Julio Jesús (2006) admite la existencia de convenios celebrados con posterioridad al inicio del expediente expropiatorio, si bien al margen e independientemente de éste, aunque no fundamenta esta posición. España.

5 Hay quienes piensan que la propiedad no tiene carácter de derecho fundamental, sino que debe entenderse, en todo caso, como un derecho económico y social que guía al actuar del legislador. En el caso de varios países de Europa, cuyas constituciones de mediados del siglo pasado no incluyeron la propiedad entre los derechos fundamentales e inviolables. En España, por ejemplo, la disputa surge por cuanto la propiedad no cuenta con las garantías de regulación a

palabras podrá producirse implícitamente su finalización, siendo suficiente que al arreglo se incorpore una cláusula que determine la finalización del procedimiento expropiatorio. (Vara, 2006: 321).

IV. Del marco jurídico del arreglo amigable

Precisados algunos aspectos teóricos que permiten adentrarnos mejor en nuestro estudio, conviene reiterar que la expropiación es aquella institución, de derecho público, mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de utilidad pública o interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho a la propiedad en arreglo a lo estipulado en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este mismo sentido, se tiene que la figura de la expropiación y su procedimiento se encuentra regulada en Venezuela con mayor amplitud por la Ley de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública o Social en el Título IV denominado "Del Procedimiento Expropiatorio", artículos del 22 al 33.

Ahora bien, acerca del punto específico cuyo análisis hemos asumido –el arreglo amigable–, el texto íntegro del artículo 22 *eiusdem*, contempla lo siguiente:

"El ente expropiante, una vez publicado del Decreto de expropiación, procederá a iniciar el trámite de adquisición del bien afectado por vía del arreglo amigable y, a tales efectos, lo hará valorar por peritos designados de conformidad con el artículo 19 de esta Ley, los cuales deberán cumplir con los requisitos del artículo 20 ejusdem.

través de leyes orgánicas ni de protección reforzada por medio del amparo constitucional. Como expresa Parada Ramón, "Derecho Administrativo I", Madrid Marcial Pons, 2002. Lo que diferencia un derecho fundamental del resto de los derechos subjetivos es su oponibilidad frente al legislador, que es resistente frente a las pretensiones que lo afecten o que transgredan su contenido esencial o núcleo duro. En ese sentido no hay duda actualmente, en ese país, como en el resto de los países de Europa, que la propiedad, a pesar de ser un derecho relativo e incluso, como se le ha calificado "debilitado o claudicante", porque acepta su sustitución por una suma de dinero equivalente, tiene el carácter de un derecho fundamental, es decir la proporción del derecho.

A los fines de la notificación a los propietarios, poseedores y, en general, a todo el que tenga algún derecho sobre el bien afectado, ésta se hará mediante la publicación de un aviso de prensa, publicado por una sola vez, en un diario de los de mayor circulación nacional y en alguno de la localidad donde se encuentre el bien, si no la hubiere, para que dentro de los treinta (30) días continuos siguientes contados a partir de su publicación, concurren ante la entidad expropiante.

El justiprecio del bien a expropiar será notificado por el escrito a los propietarios o sus representantes legales, quienes deberán manifestar en el acto de la notificación o dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes por escrito, si aceptan o no la tasación practicada.

En el caso de no concurrir ningún interesado o de no aceptación por alguna de las partes del justiprecio practicado, se dará por agotado el arreglo amigable y el ente expropiante podrá acudir a la vía judicial para solicitar la expropiación del bien afectado".⁶

Conforme se aprecia del contenido de la norma antes citada, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social contempla una **fase previa** al planteamiento de la solicitud de expropiación antes los órganos jurisdiccionales, dirigida a lograr la adquisición del bien afectado por vía de un arreglo amigable. Es importante destacar que el agotamiento de dicha etapa preliminar, está condicionado a la aceptación, por parte de los propietarios o sus representantes legales, del justiprecio establecido por los peritos que a tal efecto hubieren sido designados, es decir, que se trata de un acuerdo celebrado entre el ente expropiante y aquellos que demuestren ser los propietarios del inmueble donde, aunque en forma muy limitada, existe alguna manifestación de la voluntad de contratación.

En mayor abundamiento, y a los fines de garantizar un mayor entendimiento de la norma analizada, consideramos oportuno esquematizarla de la siguiente manera:

1. El ente expropiante debe publicar el Decreto de Expropiación.
2. Procurará la adquisición del bien por vía de arreglo amigable, previa valoración de acuerdo a lo previsto en los artículos 19 y 20

6 Ley de Expropiaciones por causa de utilidad pública o social. Gaceta Oficial N° 37.475. 1º de julio de 2002.

de la Ley de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública o Social.

3. Se notificará al propietario, poseedores y en general, a todo aquel que ostente algún derecho sobre el bien afectado.
4. Notificación por escrito del justiprecio del bien a expropiar; en caso de no aceptación, se dará por agotado el arreglo amigable.

A mayor abundamiento, sobre el arreglo amigable, la Corte Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo han tenido oportunidad de pronunciarse, mediante sentencia del 22 de mayo de 1997, en la cual se estableció lo siguiente:

"El arreglo amigable, al cual se refiere la norma transcrita, constituye un modo de autocomposición de la litis, mediante el cual la voluntad de las partes determina la solución del conflicto de intereses.

Tal modo de resolver las controversias constituye un acuerdo de voluntades, el cual si bien es un convenio sus características especiales no permiten limitar la discusión a la determinación de su naturaleza pública o privada, y, por tanto, al establecimiento de si se trata o no de un contrato administrativo, pues arregla un conflicto de intereses entre partes que se suscita desde que se inicia el procedimiento expropiatorio, con la declaratoria de utilidad pública (...)".

Visto lo anterior, y en interpretación de la norma citada, surge el cuestionamiento relativo a en qué momento debe entenderse como perfeccionado el arreglo amigable. En ese sentido se tiene que el procedimiento gradual para llegar a la adquisición por mutuo acuerdo, abarca desde la propuesta del ente expropiante, hasta el punto en el que se concreta la avenencia administrativa sobre el acuerdo alcanzado con el expropiado, que se adoptará tras el informe de los técnicos correspondientes y de la oportuna fiscalización del gasto.

Sin perjuicio a lo establecido en la norma citada –artículo 22–, en nuestra opinión nada impide acudir a otras instituciones jurídicas, que representen de alguna manera los acuerdos alcanzados por los funcionarios técnicos o expertos que actúan en nombre de la Administración, aunque no se hubiese cumplido expresamente con lo previsto en la norma en referencia, –salvo violaciones de orden público– el momento en que debe entenderse perfeccionado el mutuo acuerdo es el del acta de arreglo con el expropiado, pues en ella se

manifiesta y perfecciona el acuerdo de voluntades, al que atañe el procedimiento recogido en el artículo 22.⁷

V. De los requisitos del arreglo amigable

Es importante destacar que el arreglo amigable no está sometido en principio a ningún procedimiento definido dentro de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, por lo que debe considerarse que tal acuerdo debe apegarse al derecho común para poder fijar algunos estándares mínimos para la conclusión de la negociación.

Por tanto, nos permitimos concluir que efectivamente los requisitos para la celebración del arreglo amigable no están sometido en principio a ningún procedimiento o normas definidas dentro de una ley formal, por ende, debe considerarse que tal arreglo amigable debe apegarse a la normativa general que gobierna en los contratos ordinarios, especialmente en materia consensual.

Dado el carácter del arreglo amigable, es importante destacar que para la elaboración y suscripción del acuerdo, deben ser considerados los requisitos para la validez de los contratos, los cuales se encuentran regulados, específicamente en el artículo 1.141 del Código Civil de Venezuela.

"Artículo 1.141.- Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son:

- 1. Consentimiento de las partes;*
- 2. Objeto que pueda ser materia de contrato;*
- 3. Causa lícita."*

Precisado lo anterior, tales condiciones deben regirse todo arreglo amigable y en ese sentido se tiene que:

a) Debe exigirse el consentimiento de las partes en forma escrita

La fijación bilateral de una situación incontrovertida mediante la interpretación unitaria que logra el convenio expropiatorio se perfecciona por la simple concurrencia del efectivo y pleno consenti-

7 Sentencia de la Corte Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo. Año 1997.

miento de las partes que lo suscriben pero sobre la determinación del precio.

Desde esta óptica se puede afirmar por una parte, que el arreglo amigable no puede considerarse perfeccionado o válido, si el mismo se realiza de manera verbal, o cuando no exista pleno consentimiento de las partes de lo arreglado, o donde no quede fijado el precio, toda vez que éste último, se traduce en una garantía constitucional para el sujeto expropiado, pues de no exigirse un precio no estaríamos en presencia de un arreglo amigable sino de una figura jurídica distinta. (Vrg. La donación).

Debe insistirse que no es posible un convenio en donde no quede constancia expresa del consentimiento de las partes, toda vez que el mismo es un requisito *sine qua non* del arreglo amigable, resultando inaceptable en nuestra opinión la posibilidad de arreglo distinto al previsto en la Ley Especial.

Por lo tanto, la falta de formalización escrita del convenio determina, en consecuencia, la inexistencia material del arreglo, por lo que deberá continuarse con la tramitación del procedimiento expropiatorio previsto en los artículos 22 y siguientes de la Ley de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública o Social.

b) Que el objeto pueda ser objeto de contrato; c) Causa lícita.

En este punto, quizás el más controvertido de las condiciones toda vez se estaría aceptando la posibilidad de que el arreglo amigable pueda denominarse contrato consensual, situación que apoyamos, pero con el agregado de que tales convenios o arreglos deben regirse también por las reglas y principios del Derecho Administrativo General.

Respecto a la condición licitud, es poco lo que puede señalarse toda vez que, la misma Ley Especial, autoriza a la Administración para realizar este tipo de convenio o arreglo previo al inicio del procedimiento expropiatorio.

c) La existencia del presupuesto para el pago del arreglo amigable

Finalmente, hemos decidido agregar un requisito adicional, como lo es la existencia real del presupuesto mediante el cual se pueda hacer efectivo el pago de lo convenido, condición que nuestra opinión, resulta vital para la suscripción del arreglo amigable, toda vez que la idea del mismo, es la conclusión rápida y sin procedimiento de la traslación de la propiedad objeto de expropiación, pues

no tendría sentido que se suscribiera un convenio entre parte que no pudiese cumplirse o materializarse a corto plazo.

En correspondencia con lo anterior, debe precisar que el mutuo acuerdo aparece configurado legalmente como un convenio expropiatorio que plasma el negocio jurídico administrativo por el que se da por concluido el expediente iniciado para definir el justiprecio, sin embargo, en caso de incumplimiento, el expropiado se encuentra legitimado para instar su completa ejecución a la Administración competente para que consume en sus propios términos el acuerdo inicialmente alcanzado.

VI. Del alcance del arreglo amigable

En este punto, es importante tratar de lograr determinar cuál sería el alcance de arreglo amigable, y para ello, se nos hace imperioso recurrir una vez más al derecho comparado y su jurisprudencia, y en ese sentido tenemos que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Castilla la Mancha, mediante sentencia del 3 de mayo de 1999, se refirió al alcance del arreglo amigable y en ese sentido expresó que:

"Sobre este aspecto, es importante advertir que el precio convenido por mutuo acuerdo es comprensivo de la totalidad del bien y de los distintos conceptos indemnizables que resultan de la expropiación. Consecuencia que se deriva, según el Tribunal Supremo, de la forma de fijación del precio de los supuestos de mutuo acuerdo, pues hay que entender que, salvo pacto o prueba en contrario, éste se concierta como partida alzada conjuntamente por todos los conceptos indemnizables y consiguientemente, no cabe solicitar posteriormente por el expropiado indemnizaciones por otros conceptos respecto del mismo bien expropiado".⁸

- 8 **Caso:** el recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre y representación de D^a Angelina, debemos declarar y declaramos nulas por contrarias a Derecho las resoluciones de 30 de noviembre y 16 de diciembre de 1992 de la Consejería de Política Territorial de la Junta de Comunidades de Castilla - La Mancha, y de 10 de septiembre del mismo año de la Delegación Provincial de Albacete de dicha Consejería, debiendo tramitarse por el procedimiento legalmente establecido en los términos establecidos en el fundamento de derecho quinto del que corresponda en su caso por daños y perjuicios al acotado y a la

El fallo citado básicamente recoge el principio generalmente aceptado de que “el contrato es ley entre la partes”, o sea, en materia de arreglo amigable, una vez manifestado el libre consentimiento de ambas partes en base al justiprecio determinado, además de las particularidades que conciernan al caso, poco o nada queda por discutirse entre las partes, no pudiendo solicitar contraprestaciones o indemnizaciones por la misma causa que dio origen a la conformación del arreglo, verbigracia, la expropiación de determinado bien.

Lo que sí podría debatirse aún incluso cuando ya exista un arreglo amigable pactado, serían todas aquellas obligaciones que, si bien se hacen exigibles en razón del arreglo suscrito, hallan su causa en hechos ajenos a la expropiación como tal. Cabrían pues en este supuesto, por ejemplo, las reclamaciones por vicios ocultos en el bien afectado por la expropiación, entre otras.

VII. De la invalidez del arreglo amigable

Dado el carácter definitivo del arreglo amigable, su régimen de invalidez se rige, en primer lugar, por las causas de invalidez del derecho administrativo, y a su vez, por los principios generales que imperan en materia de expropiación. Para el autor Juan Antonio Chinchilla Peinado, en su importante y nutrida obra “El Convenio Expropiatorio, Teoría y Práctica Administrativa”, al referirse a la invalidez del arreglo amigable o convenio expropiatorio señaló que:

“Una de las causas más comunes alegadas por el sujeto expropiado para atacar con posterioridad la validez del arreglo suscrito, es la existencia de un vicio de la voluntad de las partes en la suscripción del arreglo amigable. Aquí resulta oportuno realizar dos precisiones, en primer lugar, el que la forma negociar adoptada se inserte en un procedimiento donde la Administración expropiante o el beneficiario conserva en todo momento la facultad de concluirlo mediante el ejercicio unilateral del poder público, el cual no implica que el consentimiento prestado por el sujeto expropiado haya de reputarse viciado por la existencia de una intimidación” (Chinchilla, 2009: 319 y ss.)

riqueza cinegética de la finca propiedad de aquélla; todo ello sin expresa condena en las costas procesales causadas.”

Se hace interesante la precisión realizada por el autor español Chinchilla Peinado, quien analiza en su obra la posibilidad de que el convenio expropiatorio pueda declararse inválido luego de suscrito por las partes, ante lo cual podríamos preguntarnos:

¿Qué sucedería si en un arreglo amigable, pudiese encontrarse en un error del consentimiento en la suscripción del acto?; ¿Conllevaría ello a la invalidez del mismo?; ¿cuándo queda perfeccionado el arreglo amigable, si sólo es necesario el acuerdo de voluntades de las partes?

Vista las interrogantes planteadas, queda por aclarar por ejemplo, qué sucedería si el sujeto expropiado estima primigeniamente que la cantidad ofrecida se ajusta perfectamente al valor del terreno y celebra el arreglo con la Administración, pero con posterioridad cuestiona la calificación del terreno (vg. su extensión), alegando un error de cálculo, lo que variaría el valor del terreno expropiado.

En este caso, resulta evidente que, sólo será atribuible el error exclusivamente al sujeto expropiado, toda vez que la fase previa del arreglo amigable resulta suficiente para que las partes presente y revisen todo lo concerniente al pago del bien expropiado.

Lo mismo aplica para aquellos casos en los que la parte expropiada pretende la invalidez del arreglo amigable argumentando un vicio de su consentimiento, e invocando su desconocimiento del derecho en la suscripción del arreglo amigable. En este aspecto, es evidente que es única y exclusiva voluntad de la parte expropiada asistirse tanto técnica como jurídicamente respecto al contenido del arreglo que pretenda celebrar, no pudiendo alegarse como vicio de invalidez del arreglo tal situación.

En busca de una respuesta, y dada la oscuridad que existe sobre el tema, es meritorio hacer referencia a la decisión dictada con fecha 20 de julio de 1994 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona, en el cual alude a la imposibilidad de revertir los efectos del arreglo aceptado por el expropiado, explicando que:

“En la Sentencia de esta misma Sala y Sección del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1992 (R.J.1993/370) se declara que « el convenio expropiatorio sobre la conformidad en el justiprecio es un acto administrativo específico que pone fin al expediente, de conformidad con dicho precepto legal. Por ello, una vez producida la aceptación por el ex-

propiado de la oferta de valoración hecha por la Administración, no es posible la revocación o modificación unilateral de tal convenio, careciendo de validez y efectos jurídicos cualquier manifestación o reserva en tal sentido formulada por el expropiado. Y como dice la STS 29/3/1979, al superar el convenio expropiatorio las diversas fases a las que se subordinó su perfección, alcanzó la plena validez y engendró un derecho subjetivo en la sociedad recurrente a obtener la cantidad fijada como contraprestación a la adquisición de los bienes expropiados y, como tal negocio jurídico es un acto administrativo regido por la normativa específica de tales actos, la Administración no puede desligarse del convenio ni revocarlo más que declarándolo lesivo para el interés público e impugnándolo ante esta Jurisdicción como establece el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo".⁹

En un orden de ideas relacionado, también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español, mediante sentencia del 13 julio 1999, en la cual revocó un fallo emitido por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 5 de noviembre de 1991, en la cual se analizó, aunque de manera somera, los requisitos y efectos de la representación en la suscripción del mutuo acuerdo, expresando lo siguiente:

"La certeza del apoderamiento y su vigencia en el momento de la suscripción del acta son, en este sentido, los elementos decisivos para la validez de un acta de mutuo acuerdo firmada por medio de representante, de modo que una actuación efectuada con representación suficiente no puede ser desvirtuada por un desapoderamiento posterior al mutuo acuerdo al que pretende darse eficacia retroactiva en perjuicio de tercero. Esta manifestación de desapoderamiento continua argumentando la citada sentencia- habrá de ser tenida en consideración en los sucesivos trámites del expediente, pero en modo

9 Vid. recurso Contencioso-Administrativo nº 535/90 interpuesto por el Procurador D. ANTONIO MARIA ANZIZU FUREST, actuando en representación de la SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA, contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la petición de ejecución por el Ayuntamiento del acuerdo suscrito el 27 de enero de 1.987 en expediente de expropiación de parte de la finca sita en los números 99 a 105 de la RONDA DE GUINARDO, declarámos tal mutuo acuerdo como OBLIGATORIO, y CONDENAMOS a la Administración a su cumplimiento, todo ello con el fundamento que se deduce de la presente resolución y sin hacer especial condena en costas».

alguno puede determinar retroactivamente la invalidez y plena eficacia de los actos y trámites efectuados con anterioridad".¹⁰

De la jurisprudencia citada se desprende una situación bastante interesante, que es la posibilidad de obtener certeza de los elementos decisivos para la validez de un acta de mutuo acuerdo firmada por medio de representante judicial, punto que incide claramente sobre la legitimidad del consentimiento necesario para acordar un arreglo amigable.

Otra situación hipotética fácil de imaginar, es en los casos en que por error se incluya una cláusula en la que se plantee la posibilidad de pago y a la vez de reversión del bien expropiado, es este caso, el arreglo respecto a la cláusula que plantea la reversión debería considerarse inválida *ipso facto* por violentar el orden público y el fin al cual estaba destinada la expropiación por parte de la Administración.

Por otra parte, podríamos plantear algunas situaciones imaginarias en las cuales sí pudiésemos estar en presencia de un convenio expropiatorio o arreglo amigable inválido, por ejemplo, en los casos en que se ha suscrito un arreglo en el cual no coincide ni la superficie del terreno ni la valorada, existiendo también una discrepancia total de los datos registrales existentes, situación que en nuestra opinión resulta grave, toda vez que podría afectarse derechos directos de terceros, aunado al hecho de que tal convenio no sería ejecutable en ningún sentido.

Otro ejemplo ilustrativo, es el caso en que algunas de las cláusulas del arreglo amigable celebrado encuentre alguna disconformidad, es de advertir que según sea el caso, no será posible en principio su invalidez, pues se tendrá que evaluar si la cláusula viciada es capaz de satisfacer objetivamente el fin público mínimo al que sirve, es decir lograr la adecuada compensación ponderando cada caso en particular.

10 **Caso:** el recurso "interpuesto por Dña. Verónica contra Acta de mutuo acuerdo para la adquisición de la parcela n° NUM000 del Proyecto de Acondicionamiento de la Rambla de DIRECCION000".

Visto lo anterior, toca concluir que el arreglo amigable puede ser invalidado, pero bajo circunstancias muy especiales y concretas, siendo una excepción su invalidez, ya que la preservación de su vigencia es propia al verdadero sentido de la figura del arreglo como medio alternativo para culminar las disputas relativas a la indemnización.

VIII. Notas finales

En Venezuela, a pesar del interés que en los últimos años ha generado el tema expropiatorio para los estudiosos del Derecho, los mismos han dejado a un lado la figura del arreglo amigable previsto en el artículo 22 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, fórmula esta de terminación expedita del procedimiento expropiatorio, la cual persigue primordialmente satisfacer tanto los intereses del expropiado, como del expropiante.

Las notas que hoy asomamos, ofrecen algunos argumentos y fundamentos jurídicos breves, todo ello con el propósito de conducir al lector al camino firme y certero frente a un problema en concreto que es el tedioso procedimiento expropiatorio, resultando en nuestra opinión, una posibilidad real de finalizar el procedimiento expropiatorio por vías menos conflictivas a las acostumbradas.

Mentiríamos al afirmar en la parte conclusiva de estas reflexiones que hemos explicado todo lo relacionado con el arreglo amigable, la verdad es que en la actualidad seguimos investigando sobre el tema, sin embargo, lo que sí podemos constatar es la oscuridad y escaso desarrollo que sobre este han producido la doctrina y jurisprudencia patria, ello a pesar de que lo contrario facilitaría enormemente las gestiones propias del procedimiento expropiatorio, evitando así un proceso judicial que se prolonga en el tiempo en una medida impredecible, y que a su vez incide directamente tanto en el detrimento del interés público y social que a todas luces está obligado a preservar la institución de la expropiación, como en los derechos de los particulares afectados.

En conclusión, lo pretendido es dar una visión, quizás arriesgada y hasta criticada, pero con la intención de que la figura del arreglo amigable sea la regla y no la excepción, en el procedimiento expropiatorio cualquiera sea la situación, por supuesto, respetando los principios Constitucionales y el contenido de la Ley Especial que re-

gula la materia, la cual se traducen en garantías de los derechos y deberes tanto del expropiante como el expropiado.

Finalmente, debemos mencionar que es mucho lo que falta por desarrollar en el tema expropiatorio e inclusive respecto al arreglo amigable, que hoy no fueron desarrollados, pero en los cuales seguiremos indagando, tales como el procedimiento expropiatorio, el pago del justiprecio, la ocupación, las garantías constitucionales y jurisdiccionales, entre otras.

Referencias bibliográficas

- ARANGUREN Antonio y BENZO Gustavo (2011). *La Expropiación en Venezuela*. Caracas, Ediciones Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BALASSO TEJERA, Carolina (2002). "Aspectos procedimentales de la expropiación". En *Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social*. Caracas, Universidad Central de Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana.
- CHINCHILLA, Juan Antonio (2009). *El convenio expropiatorio. Teoría y Práctica Administrativa*. Madrid, Editorial Wolters Kluwer España, S.A.
- DROMI Roberto (2004). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires-Madrid. Ediciones Ciudad de Argentina.
- ENTERRÍA, Eduardo García (1989a). *Los Principios de la Nueva Expropiación Forzosa*. Madrid, Editorial Civitas. S.A.
- ENTERRÍA, Eduardo García (1989b). *Los Principios de la Nueva Expropiación Forzosa*. Madrid, Editorial Civitas. S.A.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio (1979). *Los Convenios Expropiatorios*. Madrid, Edición Revista de Derecho Privado.
- LANDI, Fiorenzo (1952). *Rassegna di giurisprudenza sulla esp. Per pubblica utilità*.
- MORO, Rodrigo (1953). *La Expropiación Forzosa*.
- VINCENZO, Salamone (1950). "Accordo sulla indennità di espropriazione e sua natura giuridica in Giur. Cass Civile I". Enciclopedia del Diritto. Vol XV.
- VARA, Julio Jesús. *Principios Civiles*. España. 2006.

Referencias normativas y jurisprudenciales

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinaria N° 5.453 del 24 de marzo de 2000.

LEY DE EXPROPIACIONES POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O SOCIAL. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.475 del 1° de julio de 2002.

Sentencia de la Corte Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo. Año 1997.

Sentencia N° 2012-1419 del 16 de julio de 2012 dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

Jurisprudencia: Derecho Comparado: España.

Los embates del mercado y su presunta inmunidad ante las regulaciones

The Market and its Immunity to Regulations

Jonás Aponte *

Karla Ziegler **

* Abogado Asociado III de la Corte Segunda de lo
Contencioso Administrativo.

** Coordinadora de las Secretarías de la Corte Primera y
Segunda de lo Contencioso Administrativa.

RESUMEN

El presente artículo realiza un breve estudio del comportamiento de algunos agentes económicos en el mercado donde interactúan de cara a lo expresado por la jurisprudencia como instrumento para evidenciar, percibir y medir desde un plano frontal la realidad como fenómeno social, y de qué forma, las leyes del mercado son maleadas a los fines de evadir las regulaciones. En ese sentido, se analiza la materia de servicios públicos y su estrecha vinculación con la procura existencia; en neo constitucionalismo, como paradigma constitucional de nuestros días y forma como se disciplinan las relaciones entre el ciudadano y el Estado, y por último, se examinan reflexivamente ciertos casos, extrayéndose de los mismo la sustancia que irradia nuestro Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia.

Palabras clave: servicios públicos, neoconstitucionalismo, mercado.

ABSTRACT

This article a briefly study the behavior of some economic agents through the jurisprudence as a tool to demonstrate, perceive and measure from a frontal plane reality as a social phenomenon, and how the laws of the market are adapted to evade the purposes of the regulations. In this regard, it analyzes the matter of public services and its close link with the procurement existence, in Neoconstitucionalism as constitutional paradigm of our days and how relations are disciplined between the citizen and State, and finally, it discusses reflexively certain cases, from the topical and are extracted from the same substance that exudes our Social Democratic State of Law and Justice.

Key words: public services, neoconstitutionalism, market.

La jurisprudencia es hoy por hoy en un Estado Constitucional de Derecho y de Justicia –no sólo en forma sino en materia– uno de los principales medios que permiten evidenciar y percibir desde un plano frontal la realidad como fenómeno social, en todas sus dimensiones, y en especial en el económico. Bien señala Norberto Bobbio, que el siglo XXI es el siglo de los jueces, refiriéndose a una evolución –si podemos hablar de tal– cambio o alteración de órdenes al momento de medir la funcionabilidad del Derecho como medio y no fin de respuesta a los problemas sociales o del hecho social. Los jueces procuraran conciliar los mandamientos normativos y la forma como se ejecutan, observando en todo momento sus implicaciones en el interés general. Vale decir, el juez no es sólo un tercero imparcial que decide la controversia supuesta entre partes, sino, un agente producto de la sociedad, por ende, sus determinaciones no escapa de aquella (García de Enterría, 1984:22).

Estudiar la sociedad o parte de ella, en función de lo expresado por la jurisprudencia, hace del Derecho un espíritu vivo, capaz de reproducir lo que en esencia subyace a la norma, oculto bajo la abstracción impasible de la intención del legislador. Una realidad que ha supuesto el estudio del Derecho a partir de dogmas, formulaciones generales y abstractas, y del sempiterno método deductivo propio de las ciencias naturales y que desde su centro preconiza resonantemente la igualdad formal, de manera que, se han hecho de éste un instrumento soporífero, impávido, atado por sus propias cadenas, y que sin dudas, ha hecho de la justicia un premio para quien detenta posiciones de poder. Ahora bien, identificado como se mueve el mercado en el modelo económico neoliberal, resulta oportuno realizar ciertas observaciones en relación a la materia de los servicios públicos, su régimen jurídico, y cómo ha sido el tratamiento jurisprudencial que en algunos casos se le ha atribuido al mercado cuando pretende sustraerse de las regulaciones, apelando a principios de la autonomía de la voluntad o las deficiencias que presenta el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, y una vez realizado el correspondiente prolegómeno, se realizarán algunas precisiones a tenor de posibles desregulaciones tópicas precisadas por la jurisprudencia, en las cuales se ha evidenciado la constante presencia de la fórmula Estado Social, el nuevo entendimiento del *pacta sum servanda*; como se muestra la estabilidad macroeconómica, de que forma el mercado afecta los dere-

chos de los consumidores y usuarios y como se dota a los mismos de garantías y defensas; y fundamentalmente, como es realizada vivamente la ponderación cuando se hayan dos o más derechos constitucionales en colisión.

1. Del Servicio Público y su Régimen Jurídico

Ahora bien, precisado lo anterior, como primer elemento a analizar, hacemos un poco de historia, y nos aproximaremos brevemente a la génesis y conceptualización de los servicios públicos y la importancia que el mismo supone en la actualidad, en el entendido que existe una conexión dialéctica entre aquel y el mercado. En ese sentido, comenzaremos por precisar –muy brevemente– que en los albores del Derecho Administrativo Francés, existía una conexión estrecha entre lo que era considerado servicio público y el Estado (Escuela de Burdeos), lo cual significó un viraje de babor a estribor del examen de las estructuras formales sobre las cuales se había construido el derecho público, erigido sobre la base de la soberanía como explicación racional de las relaciones de poder y sumisión entre gobernantes y gobernados.

Se diría entonces que el Derecho Administrativo es cabalmente un derecho público, que se ocupa del régimen jurídico de las manifestaciones de voluntad que se produce con ocasión de la gestión de los servicios públicos, definidas por el propio Jeze citado por Parejo Alfonso, como: *«el conjunto de reglas especiales relativas al funcionamiento de los servicios públicos»*, siendo los servicios públicos indispensables en todo país civilizado y su funcionamiento exige ser gobernado necesariamente por reglas especiales, diversas del Derecho común, del derecho privado (Parejo Alfonso, 1984:89-90).

Concebido como fuera el servicio público como una actividad exclusivamente atribuida al Estado, el ente público era el responsable del correcto funcionamiento del mismo, quedando englobada en ese concepto tanto la producción como la distribución del servicio del que se trate. En ese sentido, el servicio público, estaría inexcusablemente ligada a necesidades de interés general. Es por ello que

“Decir que en un determinado caso existe un servicio público, es decir que para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, existe un régimen jurídico

especial y que este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos.

En todo servicio público propiamente dicho, obsérvese la existencia de reglas jurídicas especiales, que tiene por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del mismo, de dar, lo más rápida y completamente posible, satisfacción a las necesidades de interés general". (Parejo Alfonso, 1984:91).

Ello significa que estando los servicios públicos sometidos a un régimen de derecho administrativo, el prestador del servicio debe ajustar su conducta a las reglas que lo organizan y realizan de forma funcional y fundamentalmente sobre la base de un interés social y aún más importante sobre principios de solidaridad.

Luego de múltiples avatares y de trazos inconclusos de los servicios públicos (Matilla, 2008), esta concepción fue irresistible y tristemente superada, y asumida por la empresa ideológica liberal sometiendo la prestación de los servicios públicos a un conjunto de regulaciones de carácter legal que en lugar de cobijarle de un contenido enteramente prestacional, en el cual la satisfacción de necesidades colectivas constituyera el eje cardinal de la actividad administrativa, se impusieron mayores limitaciones a la noción del servicio público, es decir, se dogmatizó su esencia, lo que luego se tradujo en mayores limitaciones a la actividad del Estado sobre las mismas. En ese sentido, se llegaron a dos grandes conclusiones, a saber: (i) que sólo las actividades que la Ley definiera como servicios públicos podría reputarse como tal; y (ii) que debe existir una reserva expresa y con exclusividad la prestación del servicio público por parte del Estado (*publicatio*). De lo cual se derivan otras múltiples consecuencias, por una parte que no todas las actividades que realizaba el Estado eran servicio público, y por otro lado, que podían existir actividades prestadas por el sector privado y que por ello no impedía que fuese catalogado como servicio público; ello así se entenderá como servicio público toda actividad que satisfaga una necesidad de interés general, sin importar quién lo efectúe.

A corolario de lo anterior, confinar a los servicios públicos a un conjunto de reglas e instituciones –generalmente de derecho privado– de espalda a su contenido prestacional y valor teleológico de derechos colectivos, y de pronto, a un incommensurable interés general, terminan reduciendo sus fines y medios a la suspensión de los servi-

cios e indiscutiblemente, el cese progresivo de terreno de lo público frente a lo privado, es decir, una actividad cuya génesis era eminentemente pública resulte hoy día esencialmente privada. Es un poco lo que plantean las tesis de liberalización de los servicios públicos.

Ahora bien, precisado lo anterior, es un hecho que donde haya una Administración o servicios públicos tiene que haber Derecho Administrativo [palabras Jeze] (Parejo Alfonso, 1984:93-94), y donde haya Estado Social debe haber Administración, y donde halla Administración debe existir intervención. Lo cierto es, que siendo que el individuo no puede –por si sólo– resistir los embates del mercado y del fenómeno globalización, que hace de la sociedad una racionalidad cada vez más aislada de los problemas sociales, partidaria de la insolidaridad como función de la escuadra liberal, corresponderá al Estado proponer y generar los espacios y condiciones mínimos para que no sólo el individuo sino fundamentalmente el colectivo pueda llevar y tener una vida digna y supuesta sobre la cooperación y solidaridad, y sobre todo entender que Estado e individuo no pueden ser vistos como racionalidades autónomas, desprendidas de cualquier intento de percibir al Estado como una unidad como una nación.

El sometimiento de la prestación del servicio público al régimen administrativo tiene su razón de ser, toda vez que dichas actividades están íntimamente relacionadas con derechos constitucionales fundamentales, a saber, la salud, educación, seguridad social, vivienda digna, entre otros, y la reglamentación obedece a intereses públicos determinados, quedando reservado su control y vigilancia a los organismos del Estado. Esta idea de servicio público presenta una evidente carga colectiva, es decir, frente a los derechos individuales sin mención de contenido social se oponen los derechos colectivos, directamente vinculados a satisfacer las necesidades del público y necesaria exigencia que su presentación se presente en forma universal.

2. Los servicios públicos y nuestro régimen constitucional

Ahora bien, en relación con la prestación del servicio público, debemos resaltar en primer lugar que nuestra Carta Magna establece en su artículo 302, lo siguiente

“Artículo 302. El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad pe-

trolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”.

En relación al artículo antes transcrito, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la Sentencia N° 2436 de fecha 29 de agosto de 2003, caso: *Arnaldo González Sosa*, indicó que, la Sala aclara que no toda actividad que se declara servicio público se encuentra necesariamente reservada al Estado, y tampoco es cierto que toda actividad, que ha sido reservada formalmente al Estado, es servicio público².

En ese mismo sentido, el autor español Luis Martín Rebollo señala que «lo relevante para calificar una actividad de servicio público no es ya la asunción de su titularidad por el Estado, sino el sometimiento de la misma a la programación y al control y dirección de la Administración Pública» (Rebollo, 1983:2490). Habría que indicar de igual modo, el sometimiento a la Ley no es suficiente para señalar que una actividad es servicio público, bajo la concepción liberal y si se quiere, bajo planteamientos realistas y pragmáticos, existen actividades que por su propio dinamismo, pasan de ser un servicio público, a meras actividades sujeta a controles, y en ocasiones bastante laxos. Una explicación a ese fenómeno, la brinda el catedrático español, Tomás Ramón Fernández, para quien, una actividad para que

- 2 En relación al criterio que subyace a esta sentencia, José Ignacio Hernández, indicó que la misma colabora significativamente por esclarecer el concepto de servicio público y que por ende, «no basta con la simple declaración de una actividad como servicio público para entender que la publicatio o reserva ha sido acordada. Preferencia, en estos términos, por una noción sustancial del servicio público». Empero, para el autor en referencia existe una drástica diferencia entre las actividades reservadas al Estado y las que son confiadas a la libertad de empresa, y que a su criterio, un examen del ordenamiento jurídico permite concluir que a pesar que el artículo 302 de la Constitución exija un reserva clara, explícita y justificada, la catalogación de una actividad como servicio público es superficial, al punto que «la declaración de actividades como servicios públicos no va acompañada de la correspondiente reserva». (Cfr. Hernández José I., *Disciplina Jurídico-Administrativa de la Libertad Económica*, VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías, (2004), Caracas, Editorial Funeda, pp. 199).

pueda reputarse de servicio público deben concurrir tres condicionamientos a saber: i) ideológico; ii) económico y iii) tecnológico (Fernández, 1999:60-61)³.

2.1. Servicio público, noción que se patrocina desde la realidad

Ello implica que, cuando las actividades que en principio se reputaban servicio público, comienzan a prestarse por los particulares por la propia dinámica social, soslayando incluso las regulaciones, o cualquier técnica concesional, diremos entonces que no se cumplen las tres condiciones impuestas por el maestro Fernández, y por ende, no estaríamos en presencia de un servicio público, en sentido formal, pero si dicha actividad tiene un gran influjo en las relaciones sociales, en cuanto a su desenvolvimiento, y su no prestación se traduce en desequilibrios sociales, no importa que no se llenen esas tres condiciones, de igual forma, nos hallaremos en presencia de un servicio público.

En efecto, entender que la noción de servicio público, es ante todo, una institución que opera desde la realidad, permitirá comprender, que el sometimiento a la Ley, constituye –sólo– un requisito formal, y fundamentalmente, supone que ciertas actividades –y aquí lo importante– que prestan los particulares pueden reputarse como servicio público, sin necesidad que previamente lo establezca la Ley. En efecto, León Duguit, gran maestro de la escuela de Burdeos, indicó que la voz de servicio público, sustituyó al concepto de soberanía como fundamento del Derecho Público y se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, naciendo de ese modo la noción en el espíritu de los hombres. Y por ende, «desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la

3 En ese sentido, indicaría Tomás Ramón Fernández, que en ocasiones la *publicatio*, en los servicios públicos económicos, ha sido parcial y ha afectado sólo a una fase o aspecto de la actividad. Por lo que arguyó a renglón seguido, que los gobernantes han tenido que lidiar con circunstancias concretas y cambiantes de tiempo y de lugar para su correcta catalogación, pero lo que sí es invariable es que lo que realmente se procura es encontrar «la satisfacción regular y continua, esto es, sin interrupciones y con un nivel de calidad determinado, de ciertas necesidades que se consideran imprescindibles para la vida».

vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público» (Duguit 1975:27).

Un ejemplo claro de lo anterior, y de la necesaria influencia que tiene la realidad sobre la concepción de los servicios públicos, puede observarse en la sentencia dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 2009-1675 del 15 de octubre del 2009, caso: Sanitas de Venezuela S.A. en la cual se declaró que las empresas de medicina pre-pagada tienen como uno de sus presupuestos básicos, "la prestación de un servicio público", como es el de salud, que ligado a su condición de actividad económica de interés social, está sujeta a la intervención, vigilancia y control del Estado. Otro ejemplo puede observarse, en la sentencia de Sala Constitucional de fecha 24 de enero de 2002, caso: ASODEVIPRILAR, en la cual se señaló que

"(...) hay actividades que son de interés general, de interés público o de interés social, y para que los particulares puedan cumplir esas actividades, es necesario -por mandato legal- que el Estado los autorice o los habilite, lo que también es necesario para prestar servicios públicos, como los que prestan -por ejemplo- la Banca y otros entes financieros, servicio público reconocido como tal por el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, o por el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, en lo referente al subsistema de vivienda y política habitacional (artículo 52 de la última ley citada)⁴".

Es los supuestos que la actividad aseguradora se relaciona a la prestación del servicio salud y afecta a los usuarios de dicho mercado, se produce una interrelación, donde la conducta desplegada por las empresas de seguro es arrastrada a la materia inherente a la salud. De ello dio cuenta la Corte Segunda de lo Contencioso Adminis-

4 La categorización de la actividad bancaria como servicio público fue posteriormente objeto de críticas por Gustavo Grau Fortuol, quien señaló *mutatis mutandi* que la Ley de Protección al Consumidor y al usuario al catalogar la materia bancaria de servicio público supone un *lapsus calami* del legislador que en ningún caso puede suponer llenar de contenido la referida actividad. (GRAU, Gustavo. (2002) Sobre la Categorización jurídica de la actividad bancaria como servicio público, en VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías, (Caracas) FUNEDA, 269 y ss).

trativo, al significar la interrelación entre la concepción de la actividad aseguradora como ente que nace para tutelar relaciones meramente mercantiles, con otras la actividad congénitas a los servicios de salud. Ello se vislumbra desde el momento que la empresa de seguro asume el pago de los gastos causados en el correspondiente tratamiento médico⁵.

Ello así, en sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 2007-387, caso: Aeropostal Alas de Venezuela, C.A. contra el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, de fecha 10 de mayo de 2007, se estableció que la prestación de servicios públicos, que en principio corresponde a la Administración, puede ser encomendada a otra persona para su explotación, mediante títulos habilitadores o autorizatorios, donde el Estado hace uso de sus privilegios y prerrogativas, ante los cuales debe ajustarse el concesionario, todo ello en pro del interés general. Con ello, el servicio público, cuando sea prestado por particulares, se apresta a ser afectado por un periódico y constante monitoreo y seguimiento por parte del Estado, con lo cual se rompe cualquier noción formal que gire alrededor del mismo, y cualquier intención que pretenda sustraer su conexa relación con el interés general.

En efecto, será el interés general, no como expresión con un alto contenido genérico, sino como clara presencia de contornos de afectación universal, la que determine en gran medida la presencia de los servicios públicos. Asimismo, puede leerse de la sentencia examinada que

“(...) la prestación del transporte aéreo comercial tiene el carácter de servicio público (...) [e]n virtud de este carácter, el Estado tiene la obligación de velar por la prestación de un servicio eficiente y efectivo, exigiendo el cumplimiento de las normas y regulaciones, (...) de allí que, el desarrollo del transporte aéreo debe responder, en primer lugar, a las expectativas y necesidades de los usuarios, en función de su naturaleza de servicio público, de servicio colectivo, con fundamento a lo cual se hace ne-

5 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sentencia N° 2010-1584 de fecha 2 de noviembre de 2010, caso: Seguros Caracas de Liberty Mutual C.A, Seguros Pan American de Liberty Mutual C.A y otros.

cesario efectuar un seguimiento riguroso al desarrollo de este servicio y, de ser el caso, corregir sus posibles efectos adversos”.

De la sentencia parcialmente transcrita, aunado a las reflexiones anteriores, se observa que en aquellos supuestos en los cuales cierta actividad sea reputada como servicio público-, requiere del Estado su eficiente gestión, que se concretizará en técnicas tendientes a su control, supervisión, e imposición –para su correcto funcionamiento– de medidas incluso limitativas y sancionatorias. Por lo que se concluye que el servicio público debe prestarse de forma eficiente y efectiva, exigiendo el cumplimiento de las normas y regulaciones.

Bastaría señalar que en materia de servicios públicos, se permite la imposición de medidas correctivas para su eficiente prestación, sin que las mismas necesariamente sean establecidas previamente en una Ley. *Esa potestad de la administración en principio no requiere de textos expresos que la autorice explícitamente*, así queda establecido en sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, supra citada N° 2007-387, en la cual se estableció lo siguiente

“Ello así, se entiende que la concesionaria debe cumplir a cabalidad con las condiciones que la Ley y la Constitución exigen para la prestación del servicio público en cuestión. De no cumplir con ello, el Estado podrá ejercer las prerrogativas respectivas, entre estas, la de modificar unilateralmente los términos de la concesión, mediante un acto administrativo debidamente motivado o aplicar medidas correctivas. En este sentido, cabe mencionar una vez más al tratadista Enrique Sayagués Laso, quien en la obra mencionada *supra*, expresa en este sentido que ‘Si el concesionario no cumple, la administración puede recurrir a la imposición de sanciones como medio de obtener que ejecute el servicio en debida forma.

Una sentencia de gran relevancia terminológica, y de la cual se superpone la noción liberal de servicio público, la brinda la Sala Político Administrativa, en la decisión N° 4933, de fecha 15 de diciembre de 2005, caso: *CADAFE*, que establece no sólo un catálogo de elemento que sirven de referencia para dispensar cierta actividad de servicio público, sino también, el interés general, como motor que impulsa la actividad del Estado, ello así, la referida decisión sostuvo lo siguiente

“En tal sentido, se observa que en tales actividades de interés general se advierte una ausencia de una declaración formal de ser-

vicio público; pero a pesar de ello, en virtud de que encierran un especial interés público, el Estado se reserva unos poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización inicial, con lo cual, puede señalarse que: (i) son actividades que no se encuentran ni atribuidas, ni asumidas por el Estado, por lo que se trata de actividades fundamentalmente privadas; (ii) constituyen actividades dirigidas al público, es decir, a la masa indeterminada de ciudadanos que se encuentran en la necesidad y en condiciones de reclamarlos; (iii) tales actividades se desarrollan en régimen de autorización y no de concesión, pero sometidas, a todo evento, a un régimen reglamentario muy especial y controlador, propio de un régimen de policía administrativa y; (iv) revisten, no obstante, un interés general muy caracterizado por la colectividad”.

En otra sentencia, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, a partir de las características que debe contener todo servicio público, sugeridas por el catedrático Lares Martínez, precisó las siguientes: i) obligatoriedad, una vez prestado el servicio, gestionarlo constituye un deber de las autoridades administrativas; ii) La mutabilidad, la cual consiste en que el interés general es variable, por lo cual el régimen aplicable al servicio debe ser adaptable a las exigencias cambiantes de dicho interés; iii) La continuidad, no pueden ser interrumpidos; iv) igualdad, ante el servicio público todos los individuos son iguales; v) transparencia, todos deben estar informados sobre la manera en que el servicio está organizado y funciona.

2.2. Las actividades de interés y el mercado, relaciones antagónicamente consustanciales

Hoy día cobra una suprema importancia, la relación entre el mercado y algunas actividades reputadas como de servicio público o de interés general. La relación consustancial entre el mercado y ciertas actividades con un alto influjo en la colectividad o colectivizadas, está supuesta por la presencia de dos regímenes, uno de derecho público y otro de derecho privado. Empero, si bien en todas las relaciones sociales se encuentra dicha estructura funcional, al momento que las actividades de los particulares pueden incidir en el colectivo, la presencia de lo público es más acentuada, de forma que, las leyes del mercado, que se proyecta por su propia lógica, tendrían que adaptarse a las regulaciones que le sean impuestas.

Si bien, sobre las referidas actividades reposa una relación consustancial, es un hecho cierto que el mercado puede generar sus propios mecanismos de defensa contra las posibles amenazas a su lógica y que impida que ciertos elementos –que se consideran vitales para su funcionamiento– sean tocados por el Estado. Las formas como se protege el mercado de las regulaciones, no obedecen a una supuesta mano invisible, sino, a las estrategias fraguadas por los detentadores de capital o de aquellos a quienes van dirigidas, para soslayarlas y de esa manera interactuar en dos mundos, uno, con regulaciones y sin operatividad, y el otro, con las regulaciones impuestas por estas. Valga cuestionarse, ¿qué implica dichas situaciones? Y la respuesta parece una perogrullada, que mientras el Estado impone regulaciones, ciertas personas o actividades que las reciben, las conciben como interferencias a su funcionamiento, y tratarán de generar mecanismos para que no le sean aplicadas.

La protección de los servicios públicos puede evidenciarse no sólo por parte de un solo órgano de la Administración Pública, sino por todos aquellos en los que medie la presencia de afectación al interés general. Ello quedó establecido en la sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 2011-1809 de fecha 23 de noviembre de 2011, Sociedad Mercantil La Electricidad de Caracas C.A., en la cual se estableció que el hecho que coexista una estructura bicéfala –dos órganos con un mismo objeto y fin– para garantizar los derechos e intereses de los usuarios del servicio eléctrico, implica mayores niveles de protección, y a su vez, una gama de alternativas en manos del usuario a la hora de exigir la eficiente prestación del servicio público eléctrico.

2.3. Los servicios públicos y la procura existencial

Habría que indicar que en materia de servicios públicos, prevalece necesariamente la noción del interés colectivo y al compás de ésta institución circula otra con gran influjo desde sus efectos en el colectivo, relativo a la necesidad de la intervención del Estado para evitar la disfuncionalidad del sistema, generada por la imposibilidad del hombre de dominar el espacio vital donde convive, lo que ha denominado Forsthoff «la procura existencial». De esa circunstancia dejó constancia la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 2012-0343 de fecha 29 de febrero de 2012, caso: *Sociedad Mercantil La Electricidad de Caracas C.A.*

El profesor Martín Rebollo, en atención a la relación que existe entre las tesis de Forsthoff y Duguit plantea que:

Cuando en nuestros días algún autor propugna abiertamente la vuelta a DUGUIT y la vuelta a FORSTHOFF no hace sino exponer la necesidad de un salto adelante en la nueva encrucijada en la que hoy nos movemos. No es que se trate, pienso, de regresar a las *técnicas* —recalco esta palabra— del servicio público en sentido estricto [una actividad administrativa monopolizada bajo la veste de un régimen jurídico-público para la satisfacción de ciertas necesidades sociales de un modo regular y continuo], sino a la idea larvada que en ellas se albergaba, que no era otra que la idea de solidaridad social plasmada en el Estado que debe asumir las necesidades e intereses colectivos; necesidades e intereses que hoy reaparecen con fuerza en una sociedad masificada en la que no se reclaman de la Administración y del Derecho solamente, con ser importantes y fundamentales, técnicas singulares de garantía. (Rebollo, 1983:2497).

De ello se desprende que, es el Estado a quien le corresponde en ciertas situaciones la responsabilidad de procurar la existencia de los ciudadanos, al no poder «por sí mismo disponer del entramado de bienes y servicios que constituyen la imagen y reflejo de una sociedad en constante crecimiento, esclava del consumo, atrapada en las crecientes barreras de la globalización, tampoco puede dominar el medio de que depende»⁶.

Para Forsthoff, el concepto de procura existencial no es formalmente determinable, y está referido a la esencia y sustancia de la actividad, siendo que «en cuanto a concepto necesariamente referido a contenidos materiales, se sustrae a la sistematización inherente en tan alta medida a las formas y conceptos tradicionales del Estado de derecho». (Forsthoff, 1967:19).

6 Sentencia Cit. N° 2012-0343. Habría que destacar que Forsthoff definió el término de procura existencial alrededor de las funciones prestacionales del Estado moderno, en el cual priva una relación primordial entre el individuo y el Estado, la cual encuentra cobijo y protección en el derecho público de la participación. Esa relación entre Estado e individuo requiere de una concepción material que permita la introducción del elemento jurídico-público, que moviliza las funciones del derecho público en protección de los derechos fundamentales.

Una sociedad dominada por las reglas del mercado y eminentemente industrializada, no es capaz de resolver situaciones que se escapan de sus intereses y de su propia lógica racional, como puede serlo, la educación, la salud, servicio de transporte público, agua potable, gas, electricidad, entre otras, o llanamente, porque ciertas actividades prestadas por los privados, al crecer incommensurablemente, se escapan de las influencias o espacio vital de los ciudadanos, generando entonces la necesidad para que el Estado les brinde efectiva prestación, o las gestiona para lograr el referido propósito.

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

Tampoco, puede obstruirse el acceso a mercados tan esenciales como el de la salud por la exigencia de requisitos que carecen de respaldo normativo, como el otorgamiento de cartas avales y claves telefónicas de parte de las empresas de seguro, las cuales «no pueden fungir como medio o excusa para obtener otros fines, tales como condicionar a sus usuarios a acudir a determinado servicio, o restringir su acceso al mismo»⁷.

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 2008-1005 de fecha 6 de junio de 2008, caso: Carmen Nina Sequera de Callejas contra la Compañía Anónima Hidrológica de la Región Capital, estableció en un caso en el cual, una propietaria aduciendo la propiedad de un inmueble solicitó a la Compañía Anónima Hidrológica de la Región Capital la suspensión del servicio de agua en una de las plantas de su casa en la que residía una señora en calidad de comodataria; ésta última intentó un amparo contra la compañía del servicio de agua por habersele suspendido el referido servicio, a lo que entre otras cosas la Corte concluyó que: i) el derecho de propiedad no es absoluto, y por ende, nadie puede hacer uso de su

7 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sentencia N° 2010-1584 de fecha 2 de noviembre de 2010, caso: Seguros Caracas de Liberty Mutual C.A, Seguros Pan American de Liberty Mutual C.A y otros.

derecho hasta el punto de hacer imposible el simultáneo ejercicio de otro u otros derechos -derecho a la salud, derecho a la vida, derecho a una vivienda digna- por cuanto estaríamos en presencia de un auténtico abuso de derecho; ii) que la propietaria se extralimitó en el ejercicio de su derecho de propiedad, y que ante todo, están otros derechos y principios superiores de nuestro ordenamiento jurídico; iii) las formas arbitrarias de ejercicio de derechos, no pueden ser tuteladas por el ordenamiento jurídico y menos aún cuando van en detrimento de derechos como el de la salud y el de la vida; y iv) para concluir, el agua potable es un servicio público esencial, y la suspensión del servicio -asociado al derecho a la salud y a la vida- no debe medirse en función de un contrato privado y la autonomía de la voluntad.

A corolario de lo anterior, tanto el servicio público como la procura existencial actúan en protección de los consumidores, al hallarse imposibilitados aquéllos de exigir -al menos el respeto formal- la participación en condiciones de igualdad con respecto a los prestadores de bienes y servicios para adquirirlos y obtenerlos en razonables condiciones de seguridad, precios, calidad, entre otros, lo cual se traduce en la negada influencia que tienen sobre el mercado, que como se ha dicho, actúa sobre su propio eje.

En este sentido, Forsthoff, señala la procura existencial nace en ayuda de los consumidores, y es lógico y consecuente que la legislación haya asegurado el derecho de los mismo (en un sentido amplio) a prestaciones en el sector de la economía de la energía, del tráfico (deber de transporte del correo, del ferrocarril, del tráfico de líneas, con arreglo a la Ley de Transporte de personas) y, en el sector de la administración municipal, respecto de los establecimientos públicos. (Forsthoff, 1967: 37).

2.4. Los servicios públicos y los derechos a los consumidores y usuarios

Huelga señalar que, en materia bancaria, en su relación con la protección de las personas que interviene en dicho mercado existe una necesidad de regularlo, ya que desde sus inicios, todo lo relativo al desarrollo del mercado crediticio o en general en el campo de los mercados financieros se «ha generado la necesidad de una regulación que permita limitar la libertad de actuación de las personas que

intervienen en tales mercados, para garantizar un mínimo de seguridad jurídica, por la naturaleza de las operaciones que en ellos se realizan y su impacto en la sociedad»⁸.

En efecto, y en atención a lo anterior, la libertad económica se limita con ocasión de los derechos de los consumidores y usuarios⁹. Los Poderes Públicos pueden regular el ejercicio de la libertad económica para la atención de cualquiera de las causas de interés social que nombra la Constitución, entre las cuales se encuentra la protección del consumidor y el usuario.

3. Neoconstitucionalismo, y el nuevo paradigma constitucional

Habría que destacar, que el nuevo paradigma constitucional, modifica y altera los patrones que habrían definido el sistema jurídico. El legal-centrismo, imponía una sujeción de todo el ordenamiento jurídico a la Ley, incluso, la propia Constitución, conformaba uno de los satélites que giraba sobre su órbita y paradójicamente, su vida se hallaba sujeta a las reglas de aquella. Ello supone, una nueva forma de estudiar los fenómenos sociales, y entre ellos el Derecho, y más precisamente, una forma de interpretar la Constitución, la cual se ha acuñado bajo el neologismo de «neoconstitucionalismo».

Es de hacer notar, que la Constitución puede tener una múltiple complejón que alimente su entendimiento, ello así, tal y como indica Guastini, la misma puede ser estudiada de múltiples formas: i) originariamente, denota cualquier ordenamiento estatal de tipo liberal-garantista, vale decir, encargada de limitar al poder político; ii) en el campo de la teoría general del derecho, la voz Constitución es empleada para designar un conjunto de normas fundamentales, en el sentido de disciplinar la organización del Estado y el ejercicio del poder estatal, en sus función ejecutiva, legislativo y judicial; y iii) la Constitución como materia, que confiere derechos de libertad a los

8 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 794, de fecha 27 de mayo de 2011

9 Sala Constitucional, sentencia N° 2641 de fecha 1° de octubre de 2003 (caso: Inversiones Parkimundo C.A)

ciudadanos, disciplinando de esa forma las relaciones entre los ciudadanos y el poder político (Guastini, 1999: 162).

El nuevo modelo constitucional, ha convertido al Juez en el guardián de la Constitución, incluso, señala Otto Bachof que la protección se justifica por la presencia material de una Ley Fundamental, referente a la existencia y a la vigencia de un orden de reglas y valores anteriores al derecho legislado. Indicaría el autor en referencia que el liberalismo y el constitucionalismo primitivos tenían gran fe en la Ley, que era la Carta Magna de la libertad, siendo el Juez solamente su obediente servidor y ejecutor el «juez esclavo de la Ley» (Bachof, 1985; 45 y ss).

Luis Pietro Sanchís, plantea que el neoconstitucionalismo reúne elementos de dos tradiciones constitucionales que han regido hasta ahora, vale decir, fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. En la primera tradición, se configura el Estado constitucional como una «regla de juego de la competencia social y política» que permite asegurar la autonomía de los individuos, de modo que sean estos quienes desarrollen libremente su plan de vida y adopten las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico (Estado Constitucional de Derechos); por otro lado, la segunda tradición, concibe a la Constitución como la encarnación de un proyecto político, programado para la transformación social y política. En este segundo modelo, «la constitución no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc». (Pietro Sanchís, 2009; 123-137).

En el nuevo paradigma constitucional, el Juez no se halla atado a lo que establezca la Ley, como exclusiva fuente del Derecho, sino básicamente a lo que prevea la Constitución, que está compuesta no sólo de reglas sino, más importante de principios que oxigenan el ordenamiento jurídico y que le brindan perfección automática¹⁰.

10 Cfr. Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sentencia N° 2008-1560 de fecha 12 de agosto de 2008, caso: Banco Exterior, C.A. Banco Universal).

3.1. La Ponderación, mecanismo para garantizar la supremacía Constitucional y los principios que informan nuestro Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia

Estos principios, pueden hallarse en contraposición o colisión y la doctrina ha establecido el mecanismo para saldar dicha deficiencia, denominado «ponderación». Dicha técnica, propia del neoconstitucionalismo, fue aplicada en la sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo N° 2012-1676 de fecha 1° de agosto de 2012, caso: *Moliendas Papelón, S.A. (MOLIPASA)* e indicó como parámetros para su realización que en operaciones de ponderación, al examinar los elementos o presupuestos para fundamentar determinada sentencia, es necesario que el Juez valore las consecuencias positivas y negativas de cara a las diferentes situaciones que traería en el plano socioeconómico, así como la posible afectación directa o indirecta de derechos de orden colectivo, y la colisión o confrontación que podría reproducirse entre los derechos subjetivos o individuales de las partes con aquellos principios o derechos colectivos.

Ello así, la actividad de ponderación es el mejor ejemplo de que la Constitución no sólo es la norma suprema del ordenamiento jurídico, sino que es de aplicación inmediata para todos los agentes que interactúan en la Administración Pública, operadores de justicia y representantes del soberano; incluso, habría que señalar que resulta aplicable para la resolución de conflictos intersubjetivos. En tal sentido, la Ley de Colisión, como la ha denominado Alexy, se manifiesta cuando el juzgador deba establecer en función de dos principios dentro del ordenamiento jurídico, cual de aquellos, que tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en concreto (ALEXY, 2002; 50 y ss.).

En efecto, en el caso MOLIPASA, la Corte determinó que pueden existir ciertos principios en posible colisión, y se cuestionó a título de interrogante, si de declararse o no el comiso de una mercancía, existe la posibilidad de que los derechos a la propiedad, la libertad económica o la seguridad alimentaria, puedan hallarse en posiciones antagónicas. Para ello, introdujo una variable a la ecuación, y es elevar nociones macroeconómicas como principio de orden constitucional, como puede serlo, la estabilidad económica o macroeconómica. En efecto, a pesar de una posible colisión entre principios, el Juzga-

dor tendría que reflexionar y medir sus decisiones al calor de su influencia en el orden económico.

Ello así, otro claro ejemplo, como premisa general y condicionante para la ponderación, en una economía social de mercado, al analizarse conductas deshonestas en materia de libre competencia, el juzgador deberá atender a los intereses colectivos de la población por encima de los comerciales que detentan los agentes económicos¹¹. Pareciera entonces que nuestra constitución es mixta por la confluencia entre los principios de –libertad de empresa y regulación económica–, los cuales se encuentran en la base del sistema político instaurado, no debiendo existir prevalencia de un principio sobre otro, los cuales están llamados a convivir armoniosamente, mediante la producción de mutuas concesiones, así la ha dejado sentado la Sala Constitucional en sentencia N° 2152 de fecha 14 de noviembre de 2011, caso: Antonio José Ledezma Díaz, la cual señaló que «las colisiones o conflictos entre valores o derechos, que lleva inherente el carácter mixto de la denominada Constitución económica, permite mantener la armonía del sistema».

En materia de ponderación en la sentencia N° 2008-1005 supra citada, estableció que es tarea del Juzgador observar la presencia de diferentes bienes jurídicos igualmente protegidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debiendo adoptar una solución que armonice la importancia de cada uno estos, vale decir, derecho a la vida y el derecho a la propiedad, debiendo predominar una justicia material sobre una justicia formal.

La Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal también ha establecido, por medio de la Sentencia Número 1727 del 31 de octubre de 2007, proporcionando reglas para la ponderación, en materia de libre competencia, que la necesidad de que se verifique un daño económico relevante en el mercado es esencial para determinar la existencia de un acto de competencia desleal. El daño económico no será entonces una condición formal para que se verifique una

11 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela Sentencia Número 117 de fecha 6 de febrero de 2001. También puede verse en la sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 2010-331, de fecha 10 de marzo de 2010, caso: CEBRA S.A. e Industrias de Productos para Pintar "INPROPIN".

competencia desleal, sino un elemento a analizar y al cual debe acreditársele cierto peso al momento de declarar la referida conducta dañosa.

Asimismo, ha sido una constante –sin que ello signifique una apreciación axiomática– la aplicación preferente en la escala de derechos constitucionales o bien ha tenido mayor peso el derecho a la salud frente a cualquier otro derecho. En ese sentido se destacó que al ser el derecho a la Salud un Derecho Humano debe estar garantizado por el Estado, pudiendo incluso significar el sacrificio de intereses económicos concretos en aras de prevalecer una necesidad colectiva primordial¹².

En el mismo orden de ideas, a propósito de realizar el referido ejercicio de ponderación la Corte en la sentencia supra identificada MOLIPASA señaló que *«la actividad de ponderación no puede hacerse estrictamente sobre la base de una formulación teórica»* confrontándose derechos desde su revestimiento formal, sino medir las circunstancias fácticas y en función de esto verificar cual derecho o principio tiene mayor peso. En tal sentido, habría señalado la Corte, que un comerciante con *«filosofía liberal capitalista procurará hacer de un lado las regulaciones y de esa forma impedir que las mismas no lo afecten en lo absoluto, por cuanto, su intención es en todo momento accionar de cara a las leyes de mercado»*.

La Corte en la sentencia *in comento* destacaría que ello se ha evidenciado en materia de control de precios, en los cuales los comerciante con filosofía liberal, apelarán a que el establecimiento de precios se realizará por las presuntas fuerzas de una mano invisible, que generará autónomamente un equilibrio y estabilidad macroeconómica, los cuales inciden en el sistema de costos, no importando la inflación o especulación que ello pudiera generar, y que situaciones como éstas, son resultado creciente espíritu de insolidaridad, al evadir las regulaciones –que en principio– fomentan una justa distribución del producto y riqueza.

12 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sentencia N° 2008-2010, de fecha 10 de noviembre de 2008, caso: Aventis Pharma, S.A. contra la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. En dicha sentencia se determinó la validez de los productos genéricos en el mercado venezolano.

De las anteriores observaciones puede leerse que la doctrina liberal a ultranza, lejos de aceptar las regulaciones y siempre que responda a un interés individual, desmedido y de espalda a las necesidades de crecimiento que exige una sociedad en desarrollo, procurará escaparse de aquéllas y establecer las suyas a todo costo. El derecho constitucional a la libertad económica y régimen de mercado no implica el ejercicio desmesurado y arbitrario del mismo, debiendo siempre circunscribirse a las obligaciones y responsabilidades derivadas de la economía y justicia social¹³.

4. Las reglas del mercado y el objetivo de desregulación

Para mayor abundamiento, es de hacer notar que el mercado es un lugar o espacio físico o virtual, donde se encuentran tanto vendedores como compradores con el objetivo de realizar un intercambio de bienes o servicios, en los cuales, las empresas actúan como oferentes y los hogares como demandantes. A niveles macroeconómicos, los principios constitutivos del mercado –en términos liberales– son básicamente tres (3): (i) la no intervención en los mecanismos de precios; (ii) la estabilidad natural de precios por encima de políticas monetarias; y (iii) presión tributaria escasa o inexistente.

Por otra parte, en términos microeconómicos, sin que implique su desconexión con las políticas macroeconómicas, los seguidores de políticas neoliberales, superponen sobre todas las cosas, los siguientes principios: (i) mercados abiertos; (ii) irrestricto y absoluto derechos de propiedad; (iii) libertad contractual; y (iv) libertad de empresa. En ese sentido, cada uno de estos gira alrededor de la no interferencia del Estado, la cual se logrará disponiendo y distrayendo el ordenamiento jurídico a su favor, o bien, estableciendo estrategias a partir de los vacíos que dejan el ordenamiento jurídico.

En el mismo orden de ideas, y antes de profundizar en el tema en examen, habría que destacar que el estudio del derecho público, desde la óptica liberal, se hace siempre, en función de las limitacio-

13 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2009-1775 de fecha 26 de octubre de 2009, caso: Telecomunicaciones Movilnet, C.A. contra la Presidencia del Instituto para la Defensa del Consumidor y del Usuario -INDECU-.

nes al poder político, vale decir, inhibición del Estado a tareas básicas, nulas cualquier interferencia en el orden económico y social, estricta división de poderes y un irrestricto principio de legalidad, institutos que sirvieron y aún lo hacen, como mecanismo para borrar cualquier vestigio al Estado absoluto y de plano al mercantilismo; y por otro lado, el examen del derecho privado, se hace siempre, desde las permisiones y libertades, es decir, principio de capacidad, autonomía de la voluntad, libertad de empresa, libre desarrollo de la personalidad y el *pacta sum servanda*, y el ecuménico principio del laissez-faire lo cual reproduce graves distorsiones, que afectan no tanto los derechos políticos, sino los sociales.

Keynes en un gran ensayo escrito en 1926, denotó grandes deficiencias del Laissez-faire, como doctrina y piedra angular del liberalismo y que se alimentó del individualismo como forma de asegurar las condiciones necesarias para la libertad y de la no interferencia del gobierno, doctrina que durante mucho tiempo estuvo –supuestamente– soportada por una prueba científica y divina. Señaló Keynes que todo lo que hizo el Estado durante el siglo XVIII, por encima de sus funciones mínimas, pareció perjudicial o desafortunado; que el progreso vino de la mano de la iniciativa individual, y que el crecimiento de la empresa privada se produjo por la carencia de trabas, que se tradujo en la mayor felicidad para todos. De esa forma, se construyó una doctrina según la cual: «sobre bases divinas, naturales o científicas, la acción del Estado debe limitarse estrechamente, y la vida económica debe dejarse, sin regular hasta donde pueda ser, a la habilidad y buen sentido de los ciudadanos individuales, movidos por el motivo admirable de querer progresar en el mundo» (Keynes, 1926).

Habría que apuntar lo que Stefano Rodota, refirió a propósito de la propiedad de la tierra campesina en el marco del laissez-faire, ello así tenemos que: «Es verdad que nadie es tan tonto que piense que el requisito de la absolutividad fuera equivalente a una obligación por parte del Estado de no molestar el libre goce de los bienes por parte de los particulares», porque cabalmente el artículo 544 reservaba a las leyes y a los reglamentos la posibilidad de intervenir en esta materia». (Rodota, 1986:116-117). En tal sentido, el liberalismo, propuso que el Estado no podía intervenir, que el sistema era capaz de generar sus propios mecanismos de defensa y rescate, máxime

cuando los ciclos económicos son tan normales como el invierno y la primavera.

4.1. Enfermedades preexistentes. Autonomía de la Voluntad.

Buena Fe contractual

Uno de los casos típicos de cómo se falsea la norma y se distorsiona la relación entre prestadores y usuarios, se ha visto en los casos de la enfermedades preexistentes¹⁴. Apelar a la preexistencia de una enfermedad, ha sido una forma como las empresas aseguradoras han intentado sustraerse de su responsabilidad de cumplir con las estipulaciones contractuales, fungiendo así, como una patente de corso que las habilita para incumplir el contrato ante cualquier siniestro relacionado a afecciones o enfermedades sin necesidad de justificarlo. Apelar a la preexistencia de una enfermedad como medio para incumplir el contrato, no sólo lesiona los principios básicos de buena fe, sobre la cual se monta la teoría general del contrato, sino incluso, supone una negación a los derechos tan fundamentales, como la vida y la salud¹⁵.

Ahora bien, en sentencia N° 2009-1675 dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, del 15 de octubre del 2009, Sanitas de Venezuela S.A solicitó la nulidad de un acto dictado por el para entonces (INDECU), en virtud de una denuncia de un consumidor quien le solicitó a SANITAS la autorización para una intervención quirúrgica *prescrita por un informe médico*. La representación judicial de Sanitas habría señalado que no existiendo aval del traumatismo nasal sufrido por el contratante no puede exigir el cumplimiento de una prestación, a la cual –a su decir– no estaría obligada, y que fue la denunciante quien **deliberadamente la ocultó o no suministró toda la información necesaria para autorizar el servicio requerido**.

14 Para mayor abundamiento léase: sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en sentencia N° 2008-2368 de fecha 17 de diciembre de 2008 caso: Dominga Trotti De Vázquez, contra la sociedad mercantil Seguros Horizonte, C.A.

15 Indica Mélich-Orsini en relación a la función de la buena fe en la interpretación de los contratos que la misma <hace alusión a un patrón de conducta que debe presidir no sólo la ejecución, sino la formación y la interpretación del contrato>. (Mélich-Orsini, 2006: 422-423).

De allí que, puede leerse de la sentencia examinada que de parte de la sociedad mercantil recurrente se intentó llevar la controversia al plano meramente probatorio, no en la formulación dispositiva que recubre a todo proceso, sí en la forma como a partir de la carga probatoria, tuviera el aval suficiente para eximirse de sus responsabilidad apelando –casi exclusivamente– a lo dispuesto en el contrato. En tal sentido, la referida sentencia indica que la sociedad mercantil Sanitas de Venezuela S.A., en atención a las cláusulas expresas del “Contrato de Asistencia Médica”, tenía la obligación de: (i) amparar la intervención quirúrgica del usuario, salvo que previos a la suscripción del mencionado contrato y que no fuese oportunamente puestos de manifiesto por el usuario, se lograra demostrar que se encontraba eximido de cumplir con tal obligación como consecuencias de circunstancias particulares, como enfermedades o padecimientos preexistentes; y (ii) en atención a la salvedad referida en el punto (i) contaba con los medios suficientes para determinar si el ciudadano denunciante efectivamente sufrió un accidente, sometiéndolo a las pruebas de rigor.

Por otra parte, en sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 0708, de fecha 3 de mayo de 2011, Sanitas demandó la nulidad de un acto dictado por el Instituto de Educación y Defensa del Consumidor y el Usuario (INDECU), por una denuncia de una usuaria quien suscribió un contrato familiar de servicios de asistencia médica con SANITAS, a quien desde el mes de julio del año 2004, se le prestó el servicio de terapia respiratoria a domicilio por mal manejo de secreciones secundario a estado de demencia avanzado, hasta que en fecha febrero de 2005, SANITAS decidió suspender el servicio alegado que la enfermedad de la paciente es crónica, y por ende, excluida de las prestaciones contractuales pactadas.

Del referido caso, se pueden extraer ideas de gran interés por el espíritu de justicia que el mismo conserva, así como en la construcción y solidificación constitucional del Estado Social. Desde el plano aleccionador, permite la identificación de cláusulas abusivas típicas en la contratación en masa o en las cuales median relaciones desiguales entre los contratantes; la anulación del riesgo como forma de eximirse de responsabilidad y fundamentalmente la preponderancia del interés general sobre el particular.

La sentencia hizo una enérgica crítica al examen de la autonomía de la voluntad, como fórmula prototípica del liberalismo, y que

hoy día la misma cobra importancia, pero no desde su formulación legalista sino constitucional. El sustrato de dicha enunciación, supone que mientras en el Estado de Derecho propio del liberalismo, imperó un sistema legal-centrista, en el cual la ley, era el centro en el cual orbitaba todo el ordenamiento jurídico, inclusive la Constitución y para ello basta con evocar el conjunto de programas dispuestos en nuestra Ley Fundamental de 1961, los cuales estarían sujetos a la Ley para tener cierta operatividad; en un Estado Constitucional, la Ley Fundamental cuenta con fuerza vinculante propia y no está subordinada a ninguna otra fuente del derecho. En tal sentido, la autonomía de la voluntad, como forma creadora del derecho, no sólo debe acomodarse a lo que establece la Ley, sino, fundamentalmente, a la Constitución y a los principios generales del Derecho.

4.1. Ambigüedad de los contratos, mecanismo para desarticular la autonomía de la voluntad

En el caso concreto, Sanitas se negó a cumplir con el Contrato sobre la base de una cláusula de exclusión o limitación contractual, que establecía lo siguiente: SANITAS, excluye expresamente la prestación de servicios en los casos de: Tratamientos o cirugías para afecciones crónicas, el propio contrato definió las enfermedades o afecciones crónicas en la Cláusula Primera de la siguiente forma: Afecciones Crónicas: Enfermedad habitual, permanente o recidivante, o aquella que permanezca por más de seis (6) meses consecutivos. Con relación a la cláusula indicó en la sentencia en cuestión entre otras cosas que

“La suma de los supuestos que conforman un supuesto único de exclusión, conserva en su núcleo operativo, contenidos y alcances distintos y no expeditamente perceptibles. Así, la dificultad que se manifiesta de la Cláusula de exclusión, no es meramente semántico sino que implica el establecimiento de conceptos generales, que en función a la forma como fueron dispuestos, se abstraen de la concreción, y configuran una *tabula rasa* que permite a SANITAS llenarlos de contenido de manera arbitraria o inicua a propia conveniencia.

Por otra parte, de la lectura de la Cláusula de exclusión se desprenden un programa para el ente asegurador, que le atribuye

altas dimensiones de interpretación, y posibilita ir maleando su forma al calor de la letra que le dicte un determinado riesgo”.

En efecto, como indicaría la Corte, la literalidad de la cláusula «lacera su inteligencia» por cuanto, su interpretación y ejecución dependerá de forma exclusiva del prestatario del servicio; la ambigüedad con la cual fue redactada impide su correcta exégesis, y ello permite que se haga inaplicable a conveniencia de la Empresa aseguradora. Asimismo, estableció que invocar el principio de autonomía de la voluntad y el principio *pacta sum servanda* sin ningún tipo de reserva, « sería asumir que tal práctica pretende soslayar la premisa del Estado Social y sobreponer intereses individuales sobre generales».

Es decir, mientras que los contratos se redacten de la forma menos inteligible posible, pueden condenarlo a la muerte a beneficio de la empresa prestadora del servicio, quien no estaría obligada a cumplir con el mismo cuando ésta lo disponga a su propio interés. Ello, además de justificar la eximición de responsabilidad de la empresa de seguro, lleva a esta clase de contrataciones en los cuales está involucrado un bien tanpreciado como la vida, a la lógica del mercado, no en razón de la no interferencia del Estado en ésta clase de contrataciones, sino, por la necesidad de apelar a la autonomía de la voluntad, para poder moverse con menos limitaciones.

En efecto, maniobrar sobre el principio de la autonomía de la voluntad le brinda un gran beneficio a los prestadores del servicio, quienes habiendo redactado el contrato previamente –y sin la posibilidad de hacerle modificaciones– conocen anticipadamente las falencias del mismo, así como de sus remedios; atavían el contrato de tal modo que todas aquellas cláusulas en la cuales se eximen de responsabilidad, luzcan lo más igualitarias posibles (Kummerow: 75)¹⁶, se colocan en una posición privilegiada, al impedir que la otra parte del contrato puede interpretarlo, o de poder hacerlo, carecerá de relevancia.

16 Diría Kummerow, que: “la libertad jurídica llega a ser una mentira y hay, en realidad, un constreñimiento que la sustituye.”

4.2. Autonomía de la Voluntad y la contratación en masa

En materia de autonomía de la voluntad, contratación en masa y clonación de tarjetas, existe abundante doctrina jurisprudencial. Es una constante en la contratación bancaria, que los bancos de acuerdo con los términos de las condiciones generales de contratación, quedan libres de la responsabilidad y exonerados de acuerdo a las siguientes reglas: (i) Se impone una presunción general por la cual las operaciones realizadas con la tarjeta de débito, se consideran hechas por el cliente; y (ii) en caso de extravío o destrucción de la tarjeta se entiende que, por cuanto sólo el cliente conoce el "*Número de Identificación Personal (PIN)*", ningún tercero puede realizar transacciones; por lo que, en atención a las cláusulas contractuales, el cliente asumiría la responsabilidad por los cargos hechos a su cuenta con motivo de las operaciones realizadas con el (*PIN*).

En tal sentido, señalaría la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en sentencia N° 2009-341, de fecha 10 de marzo de 2009, caso: Banco Mercantil, C.A. Banco Universal contra el INDECU, entre otras cosas que: cuando se trate de operaciones realizadas por medio de los puntos de venta, a través de las tarjetas de débito facilitadas por las entidades financieras a los usuarios, y las cuales son denunciadas como transacciones indebidas, *«corresponde a los bancos la carga de demostrar»* que los mismos se realizaron de manera incorrecta por el titular de la cuenta bancaria a quien le ha sido asignada la tarjeta, a los fines de exonerarse de su responsabilidad. Ello impone una doble carga al banco, por una parte **«deben realizar todas las actuaciones necesarias para el resguardo y seguridad del dinero que les confían los usuarios, adoptando y ejecutando medidas de seguridad suficientemente efectivas»** y en función a la teoría del riesgo, por otra parte, las instituciones financieras, deberán en supuestos de una eventual pérdida o sustracción no reconocida como propia por el cliente, asumir o responderle al cliente **«por ser este quien puede adoptar las medidas necesarias para resguardar el dinero del depositante»**¹⁷.

17 En el mismo sentido, Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Número 134, de fecha 31 de enero de 2007, caso: Banco de Venezuela, S.A., Banco Universal.

En las reglas de la autonomía de la voluntad, las partes –deberían– a partir convenciones o acuerdos poder definir el destino del negocio jurídico, empero, en circunstancias en las cuales la igualdad formal, las coloque en situaciones disimiles o antagónicas, por la evidente y palpable superioridad, no sólo contractual, sino sobre todo económica de una sobre otra, debe mediar necesariamente la tutela e intervención del Estado. Es por ello que, la relatividad de los contratos en materia de derechos al consumo tiene –paradójicamente– una vigencia relativa, pues en tales relaciones no existe igualdad en la forma cómo interactúan las partes.

En tal sentido, la libertad contractual en nuestros tiempos presenta características *sui generis*, toda vez que, existe una desigual posición en la que se encuentran los consumidores y los usuarios frente a ciertas personas detentadoras de un gran poder económico, y por ello, esa desigualdad «hace inaplicable el régimen general de garantías que, a favor de esa categoría de sujetos, contiene ya el ordenamiento jurídico privado: instituciones como la nulidad del contrato por error o la garantía de saneamiento y evicción han sido establecidas, precisamente, a favor de los consumidores y usuarios».

En el mismo sentido, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en sentencia N° 2008-1560, de fecha 12 de agosto de 2008, caso: Banco Exterior, C.A. Banco Universal, en un caso en el cual sustrajeron cierta cantidad de dinero al haber falsificado la firma de un cheque estableció que al banco le incumbe la obligación de examinar atentamente si el cheque está correctamente emitido y si cumple todos y cada uno de los requisitos que lo conforman, en especial, estas actuaciones deben ser extremadas si la suma que se ordena pagar presenta especiales signos que harían presumir su alteración o falsificación.

4.3. Las reglas del mercado, la seguridad alimentaria y el control de precios

En materia de control de precios y seguridad alimentaria, también pueden vislumbrarse ciertos desequilibrios. En ese sentido, en sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 0705, de fecha 03 de mayo de 2011, partes: Sociedad Mercantil Cargill de Venezuela, S.R.L. contra el (INDECU), el cual trató una demanda de nulidad de un acto administrativo que le impuso una

multa por haberse negado a expender ciertos productos sometidos a control de precios, conforme al artículo 16 del Decreto N° 5.197 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y Cualquier otra Conducta que Afecte el Consumo de los Alimentos o Productos Declarados de Primera Necesidad o Sometidos a Control de Precios, publicado en Gaceta Oficial N° 38.862 de fecha 31 de enero de 2008.

Indicaría la Corte, precisando de un concepto de servicio público, y citando al maestro francés León Duguit, que el Estado debe cumplir con ciertas obligaciones esenciales para la sociedad las cuales no pueden ser dejadas al libre juego de la oferta y la demanda precisamente por la trascendencia social que revisten. Debe hacerse notar, que siendo la seguridad alimentaria materia de servicio público, el Estado realizará sobre ésta una actividad de gestión, que la canalizará a los efectos que todas las personas tengan acceso a bienes y servicios de primera necesidad, y garantizar el crecimiento sostenible de la nación.

La seguridad alimentaria está referida a las políticas del Estado, y la necesidad de resguardarla es entendida como aquella condición en la cual la población de una nación satisface diaria y oportunamente sus necesidades alimenticias, en la cantidad y calidad suficiente, con el fin de que pueda desarrollar sus facultades físicas y mentales para lograr a plenitud su desarrollo humano¹⁸.

En el caso MOLIPASA supra identificado, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, con relación a cuál debe ser la participación del Estado ante la omnipresencia de leyes del mercado, como si su comportamiento pasara por entenderlas tal cual las leyes naturales, insistió que dejar que las referidas leyes gobiernen sin limitación alguna, tenderían necesariamente a inclinarse por una de las partes sobre otras, porque lamentablemente dichos códigos –aunque no escritos, sí ejecutorios– favorecen a quienes los logran manipular a partir de su poder.

Señala Ferrajoli que en «los poderes privados vale de hecho la tesis de Montesquieu, de que el poder, a falta de límites legales, tien-

18 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1444, de fecha 14 de agosto de 2008, caso: CAVEDAL.

de a acumularse en formas absolutas» por ello, a diferencia de los poderes regulados, los poderes no regulados son tendencialmente absolutos (Ferrajoli: 2006). E incluso, en los supuestos que los poderes estén regulados –sean públicos o privados–, procuraran hacerse absolutos, maleando las normas a su favor.

Conforme al artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, que prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio, dejó sentado la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que una empresa o un grupo de empresas no puede intervenir notablemente en las condiciones del mercado imperantes, particularmente en el nivel de precios, si sus clientes pueden adquirir fácilmente productos sustitutivos o recurrir a suministradores situados en otro lugar¹⁹.

Los vacíos legales, sombra que propicia introducción de dispositivos óptimos para soslayar las regulaciones y atentar contra la estabilidad macroeconómica.

Como se precisó supra, la desregulación como mecanismo del mercado para formular sus propios cánones, se da ante fallas u oscuridades de la norma, de las cuales se aprovechan y direccionan sus fines por medio de su actividad.

Existen casos, como puede verse de la sentencia N° 2010-1949 de fecha 14 de diciembre de 2010 de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, caso: Belhof Investeringsmaatschappij B.V. contra la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX), en el cual,

19 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sentencia N° 2010-1584 de fecha 2 de noviembre de 2010, caso: Seguros Caracas de Liberty Mutual C.A, Seguros Pan American de Liberty Mutual C.A y otros. *Incluso, socavar la libre circulación de bienes y servicios que intervienen en el ámbito comercial, obstaculizando o impidiendo la existencia de alternativas empresariales mediante actos o prácticas dirigidas a suprimir la participación abierta que debe regir dentro de la competencia empresarial, pretenden mermar las posibilidades de elección del colectivo en general derivado de la disminución ocasionada a la competencia efectiva, repercutiendo de ese modo en su inclinación o preferencia comercial de forma perniciosa e ilegítima en aras de direccionarla a uno o varios actores económicos, los cuales, sin el empleo de estas medidas, no habrían podido conseguir el beneficio ilícitamente obtenido.* (Sentencia citada supra N° 2010-1584).

a partir de la generalidad y ambigüedad de la norma, se pretenda realizar ciertas operaciones comerciales y atribuírseles la connotación de inversión extranjera directa. En el referido caso, la sociedad mercantil Ocelibros, empresa receptora ostentaba desde el año 1998 un registro de una inversión extranjera directa, por una deuda que mantenía con Alburquerque S.A., empresa domiciliada en Uruguay, el cual fue asumido por las empresas Belhof Investeringsmaatschappij B.V. y Belhof Latina America, como accionista de Ocelibros de Venezuela S.A.

Ocelibros de Venezuela, S.A., se encargaba de la comercialización de libros desde Uruguay y lo que pretendía Belhof como accionista de aquella, a pesar de estar consciente que los bienes que traía al país —como forma de inversión extranjera directa— eran bienes terminados, se reducía a que se reconociera el registro de capitalización de acreencias, y de esa manera poder honrar sus compromisos en el extranjero. La parte accionante, señaló en relación a lo dispuesto en el artículo 2 de la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que a su criterio existían *tres (3) condiciones para que una inversión se entienda como extranjera directa: (1) que se realicen aportes provenientes del exterior, (2) que estos aportes sean propiedad de personas extranjeras, y finalmente (3) que ellos se realicen en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, y que lo importante, «es la recepción de aportes extranjeros, aportes estos que en definitiva promueven el desarrollo nacional en tanto que producen empleos y fomentan la riqueza local».*

Ahora bien, la Corte realizó ciertas consideraciones que valdría la pena resaltar; señaló que la **inversión extranjera directa**, adquiere tal denominación, producto de la necesidad de mantener cierto control sobre las inversiones que ingresan al país, de modo que no se traduzcan en un paulatino desmantelamiento del proceso productivo nacional y desequilibrios en la balanza de pagos. Es decir, dicha consagración a grandes rasgos, lo que sugiere es que no toda forma de inversión puede reputarse como extranjera directa, y que la distinción que realiza la Ley, tiene por finalidad fomentar y garantizar el desarrollo de la planta productiva nacional²⁰.

20 A ello habría que añadir, tal y como señaló otra sentencia de la Corte que "será un inversor extranjero toda persona natural o jurídica sin residencia en Vene-

La parte accionante, a partir de la expresión "*tales como*" contenida en el artículo 2 del Decreto 2.095, indicó que el mismo constituye un adverbio demostrativo que no puede restringir el alcance de la Ley, y por ende, bastaría con que reciban aportes extranjeros, y que estos promueven el desarrollo nacional. En dicho aspecto, indicó la sentencia estudiada que

"No obstante, ese carácter enunciativo de la norma, estará circunscrito siempre y cuando la inversión, propenda el aumento, diversificación o optimice tanto la planta productiva como el producto nacional. Así, la inteligencia de la norma, no sugiere que la expresión "*tales como*", abra la posibilidad de que entre aquellas diversas formas de inversión no descritas en la norma y que pudieren reputarse como tal, entren la transferencia de bienes terminados dispuestos para su comercialización".

Ello así, con dicha determinación se impide que por una errónea o falsa interpretación de la norma se pretenda remitir divisas al extranjero, el cual no sería el mal más gravoso, sino, que valiéndose de los beneficios que aporta determinada inversión se repunte como extranjera directa, pretenda desmantelar la planta productiva –verbi gratia, como forma de dumping–, arrasar con el mercado interno y eventualmente apoderarse de él, y por último, remitir divisas al extranjero que comporte una fuga de capital, que afectaría no solo la balanza de pagos, sino también, el mercado de divisas y las reservas internacionales. Es de hacer notar, que la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y nuestra Ley de Promoción y Protección de Inversiones, no establecen criterios de admisibilidad de las inversiones, lo que supone en principio, que cualquier inversionista, sin importar cuál sea la actividad que desarrolle o en la que pretenda destinar su capital, tendría porque ser restringida, sin que

zuela y que invierta en el país recursos provenientes del extranjero; pudiendo poseer parte del capital de una compañía localizada en el país. En este sentido, la Decisión 291, en su artículo 1º define al inversionista extranjero, como el propietario de una inversión extranjera directa. (Cfr. Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2010-1440, de fecha 19 de octubre de 2010, Industria de Diseños Textiles, S.A., Zara Venezuela, C.A contra la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, Sentencia N° 2010-1440).

signifique o importe que ello se traduzca en desventajas técnicas del inversor nacional.

En tal sentido a partir de dicho panorama la Corte estableció lo siguiente:

“Ahora bien, observa esta Corte que del acto impugnado y de aquel que resuelve el recurso de reconsideración que, la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, entendió correctamente que cuando el artículo 2 del Decreto 2.095, define la inversión extranjera directa lo hace sobre la base de que: (i) la capitalización de acreencias por productos terminados no pueden reputarse *per se* como una inversión extranjera directa, por cuanto, el estado que comporta esta clase de bienes, indica que, están aptos para el consumo, y que evidentemente, ya habrían concluido su proceso productivo; (ii) que la (IED) debe producir un impacto positivo en la economía, no sólo, por el marcado hecho de que el importe de libros y obras literarias –como ocurre en el caso de marras–, son inminentemente necesarios e indispensables para lograr el crecimiento intelectual de la nación, siendo que, educación es sinónimo de crecimiento, no obstante, debe ponderarse igualmente que, la Inversión, debe traducirse en el crecimiento de la planta productiva, generación de fuentes de empleo, equilibrio de la balanza de pagos, entre otros; (iii) incorporarse valor agregado, es decir, un bien terminado pasa por múltiples fases, en las cuales, adquiere un valor adicional; y (iv) que exista una mayor eficiencia y competitividad entre la economía nacional y las extranjeras de la región, ya que, uno de los principales propósitos de la (IED), es el relativo a que esa inyección de capital proveniente del exterior, permita hacer al país más competitivo a nivel internacional, es decir, que se cubra el mercado interno, y que además sea tan eficiente el proceso productivo que pueda ser exportado con grandes expectativas de resultar competitivo en el extranjero”.

Concluiría la Corte, que lo que se pretendía era inobservar las reglas imperantes en materia de control de cambios²¹, al invertir la

21 Señaló la Corte en la sentencia supra citada N° 2010-1440, que “(...) en el control de cambios el interés de regulación es garantizar una determinada cotización estable de la divisa limitando las posibilidades de flujos monetarios. [Por otra parte], **“en el régimen de inversiones extranjeras el objetivo es la vigilancia de la soberanía económica nacional o, dicho en otros términos, el segui-**

categoría asignada a los libros, que siendo bienes terminados los mismos «han pasado por todas las fases del proceso productivo»; que son bienes producidos en el exterior, lo que implicaría que, «(i) los factores productivos que han recibido el beneficio o aporte quedan en el extranjero; (ii) que el incremento en términos reales de la renta nacional con incidencia notorias en su producto interno bruto (PIB) son del país de origen; y (iii) que el fomento o incremento de las fuentes de empleo las recibe el país exportador».

4.5. El control de cambios y la fuga de capitales

En efecto, la razón de establecer un régimen de regulación de cambios, es poder mantener de forma equilibrada el flujo de divisas en el país, que le garantice un quantum necesario para cubrir con la demanda del mercado interno y fundamentalmente «impedir que el uso indiscriminado de divisas permita su salida sin ninguna justificación que suponga un mecanismo para trasladar divisas al extranjero y soslayar las regulación en materia de control de cambios o simplemente fuga de capital»²². En el mismo sentido, Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en sentencia N° 2009-1276, de fecha 20 de julio de 2009, caso: Inversiones Copacking, estableció que el control de cambio se origina por ciertas circunstancias y para favorecer y evitar un colapso en las relaciones económicas del país con el extranjero, la estabilización y reducción de las tasas de interés en el país y finalmente; favorecer la producción nacional.

Para concluir, en materia de control de cambios, las salidas regulares y normales de capital refiere *Emilio Medina* que «aunque resulte inverosímil la fuga de capital ocurre bajo controles de cambio». En efecto, la fuga de capital per se está representado por un elemento volitivo, toda vez que, su única intención es la repatriación de capital, con

miento de la entrada de manos extranjeras en los sectores económicos de un país. (Vid. ÁLVAREZ-PASTOR, D. EGUIDAZU, F: "Control de Cambios. Régimen de las transacciones exteriores en España y en la CEE", 8ª ed. Madrid, 1993- GARAU SOBRINO, F. F.: "Régimen legal de las inversiones comunitarias en España y de las españolas en países comunitarios", Madrid, 1990.- MIQUEL CALATAYU, J.: "Estudios sobre inversiones extranjeras en España", 2 vols. Barcelona, 1989.).

22 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sentencia N° 2012-1458 de fecha 19 de julio de 2012, caso: Banesco Holding C.A

fundamento en el principio de libertad de mercado y una irrita valoración de las consecuencias que ello traería en el mercado interno de divisas y en la balanza de pagos²³.

Conclusiones

- Los servicios públicos sometidos a un régimen de derecho administrativo, el prestador del servicio debe ajustar su conducta a las reglas que lo organizan y realizan funcionalmente por estar involucrado un interés social y aún más importante sobre principios de solidaridad.
- Esta idea de servicio público presenta una evidente carga colectiva, es decir, frente a los derechos individuales sin mención de contenido social se oponen los derechos colectivos, directamente vinculados a satisfacer las necesidades del público.
- El sometimiento de la prestación del servicio público al régimen administrativo están íntimamente relacionadas con los derechos fundamentales, la salud, educación, seguridad social, vivienda digna. El servicio público, es ante todo, una institución que opera desde la realidad.
- Es los supuestos que la actividad aseguradora se relaciona a la prestación del servicio salud y afecta a los usuarios de dicho mercado, se produce una interrelación, donde la conducta desplegada por las empresas de seguro es arrastrada a la materia inherente a la salud.
- Cuando el Estado impone regulaciones, las mismas son vistas como interferencias a su funcionamiento, y tratarán de generar mecanismos para evadirlas.
- Una sociedad dominada por las reglas del mercado y eminentemente industrializada, no es capaz de resolver situaciones que se escapan de sus intereses y de su propia lógica racional, como puede serlo, la educación, la salud, servicio de

23 Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sentencia N° 2012-1458 de fecha 19 de julio de 2012, caso: Banesco Holding C.A

transporte público, agua potable, gas, electricidad, entre otras.

- Con el nuevo paradigma constitucional, la constitución no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales.

Referencias bibliográficas

- ALEX, Robert. (2002) Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BACHOF, Otto. (1985) Jueces y Constitución. Traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas.
- DUGUIT, León (1975) Las transformaciones generales del derecho público y privado. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- FERNÁNDEZ, Tomás R. (1999) «Del servicio Público a la Liberalización Desde 1950 Hasta Hoy», Madrid: *Revista de Administración Pública* Núm. 150. Septiembre-Diciembre.
- FERRAJOLI, Luigi. Contra los Poderes Salvajes del Mercado: Para un Constitucionalismo de Derecho Privado (Traducción de Miguel Carbonell) en: [http //biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/160/8.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/160/8.pdf).
- FORSTHOFF, Ernest. (1967) Sociedad Industrial y Administración Pública, Edición: Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP), traducido por Celestino Fernández de la Vega.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (1984) «Principio de Legalidad, Estado Material de Derecho y Facultades Interpretativas y Constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución». Madrid: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4. Núm. 10. Enero-abril.
- GUASTINI, Ricardo. (1999) Sobre el Concepto de Constitución, (traducción del italiano por Miguel Carbonell (IIJ-UNAM), Cuadernos, N° 1, julio-diciembre.
- GRAU, Gustavo. (2002) Sobre la Categorización jurídica de la actividad bancaria como servicio público, en VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", (Caracas) FUNEDA.

- HERNÁNDEZ G., José I. (2004) «Disciplina Jurídico-Administrativa de la Libertad Económica». Caracas: VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", Editorial Funeda.
- KEYNES, John M. (1926) El Final del laissez-faire. Formato html: www.eumed.net/cursecon/textos/keynes/final.htm.
- KUMMEROW, Gert. Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado. Caracas, Editorial Sucre.
- MATILLA C. Andry. (2008) Derecho Administrativo y Servicio Público, Trazos Inconclusos Desde una Perspectiva Histórica. Formato html: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/18.pdf>.
- MÉLICH-ORSINI, José. (2006) Doctrina General del Contrato. Caracas: Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 4ta Edición.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. (1984) El concepto del Derecho Administrativo. Caracas: Editorial Jurídica de Venezuela.
- PIETRO SANCHÍS, Luis, (2009) «Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial». *Neoconstitucionalismo (s)*. Carbonel Miguel (Coordinador) Madrid: Editorial Trotta.
- REBOLLO, Luis Martín. (1983) «De nuevo sobre el servicio público planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica». Madrid: *Revista de Administración Pública* nº 100 102.
- RODOTA, Stefano. (1986). El Terrible Derecho (Estudios sobre la Propiedad Privada). Madrid, (Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas.
- SAYAGUÉS LAZO, Enrique. (1986) Tratado de Derecho Administrativo., Montevideo: Editorial Martín Bianchi.
- VILLABELA ARMEGOL, Carlos M. (2010). «Constitución y Democracia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano». Puebla: *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Nº 25.

Sentencias

- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia Nº 2436 de fecha 29 de agosto de 2003, caso: *Arnaldo González Sosa*.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia Nº 85 de fecha 24 de enero de 2002, caso: *ASODEVIPRILAR*.
- Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia Nº 4933, de fecha 15 de diciembre de 2005, caso: *CADAFE*.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 385 de fecha 27 de marzo de 2001, caso: Polo Isidro Montes y Carmen Teresa López vs. Gerente del Acueducto Metropolitano (Hidrocapital).

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 794 de fecha 27 de mayo de 2011.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 2641 de fecha 1° de octubre de 2003, caso: *Inversiones Parkimundo C.A.*

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 2152 de fecha 14 de noviembre de 2011, caso: *Antonio José Ledezma Díaz.*

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia Número 117 de fecha 6 de febrero de 2001.

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia Número 1727 del 31 de octubre de 2007.

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 134, de fecha 31 de enero de 2007, caso: *Banco de Venezuela, S.A., Banco Universal.*

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2007-387 de fecha 10 de mayo de 2007, caso: *Aeropostal Alas de Venezuela, C.A. contra el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil.*

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2010-1584 de fecha 2 de noviembre de 2010, caso: *Seguros Caracas de Liberty Mutual C.A, Seguros Pan American de Liberty Mutual C.A y otros.*

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

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2011-1809 de fecha 23 de noviembre de 2011, Caso: *Sociedad Mercantil La Electricidad de Caracas C.A.*

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2012-0343 de fecha 29 de febrero de 2012, caso: *Sociedad Mercantil La Electricidad de Caracas C.A.*

- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2012-0241 de fecha 22 de febrero de 2012, caso: Reinaldo Gadea Pérez).
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Sentencia N° 2012-1676 de fecha 1° de agosto de 2012, caso: *Moliendas Papelón, S.A. (MOLIPASA)*.
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2008-1560 de fecha 12 de agosto de 2008, caso: *Banco Exterior, C.A. Banco Universal*.
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2010-331, de fecha 10 de marzo de 2010, caso: *CEBRA S.A. e Industrias de Productos para Pintar "INPROPIN"*.
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2008-2010, de fecha 10 de noviembre de 2008, caso: *Aventis Pharma, S.A. contra la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia*.
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2009-1775 de fecha 26 de octubre de 2009, caso: *Telecomunicaciones Movilnet, C.A. contra la Presidencia del Instituto para la Defensa del Consumidor y del Usuario -INDECU*.
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2008-2368 de fecha 17 de diciembre de 2008, caso: *Dominga Trotti De Vázquez, contra la sociedad mercantil Seguros Horizonte, C.A.*
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2009-1675 de fecha 15 de octubre del 2009, caso: *Sanitas de Venezuela S.A.*
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 0561 de fecha 9 de abril de 2012, caso: *Administradora de Planes de Salud Clínicas Rescarven C.A. contra el Instituto de Educación y Defensa del Consumidor y el Usuario (INDECU)*.
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 0708, de fecha 3 de mayo de 2011, caso: *Sanitas de Venezuela contra el Instituto de Educación y Defensa del Consumidor y el Usuario (INDECU)*.
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2009-341, de fecha 10 de marzo de 2009, caso: *Banco Mercantil, C.A. Banco Universal contra el Instituto de Educación y Defensa del Consumidor y el Usuario (INDECU)*.

- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2008-1560, de fecha 12 de agosto de 2008, caso: *Banco Exterior, C.A. Banco Universal*.
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 0705, de fecha 3 de mayo de 2011, caso: *Sociedad Mercantil Cargill de Venezuela, S.R.L. contra el (INDECU)*.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1444, de fecha 14 de agosto de 2008, caso: *CAVEDAL*.
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2010-1949 de fecha 14 de diciembre de 2010, caso: *Belhof Investeringsmaatschappij B.V. y Belhof Latina America contra la Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX)*.
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2010-1440, de fecha 19 de octubre de 2010, caso: *Industria de Diseños Textiles, S.A., Zara Venezuela, C.A contra la Superintendencia de Inversiones Extranjeras*.
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2012-1458 de fecha 19 de julio de 2012, caso: *Banesco Holding C.A.*
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2009-1276, de fecha 20 de julio de 2009, caso: *Inversiones Copacking*.

Las patologías preexistentes
en los contratos de seguros de salud
y de medicina prepagada, frente
a los derechos de las personas
en el acceso a los bienes y servicios

*Pre-existing pathologies in Contracts of
Health Insurance and Prepaid Health,
compared to the People's rights to
Access to Goods and Services
(consumer law)*

Efrén E. Navarro Cedeño*

*Abogado, graduado de la Universidad Católica Andrés Bello (1996), con Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela (2003), ocupó el cargo de Consultor Jurídico de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (2000-2005), Abogado Asesor en la Procuraduría General de la República (2005-2009), Juez Vicepresidente de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2010-2011), Juez Presidente de la referida Corte, desde enero del 2012.

RESUMEN

El artículo a continuación es producto del análisis sobre la situación jurídica actual, a la luz del Derecho venezolano y de la jurisprudencia reciente, de las denominadas Preexistencias o Patologías Preexistentes en los contratos de seguros de salud o de asistencia sanitaria, así como en aquellos contratos de medicina prepagada, en los que repetidamente se presentan diferencias y controversias durante su ejecución, en particular en el momento en que el responsable de brindar la cobertura requerida por el beneficiario del contrato opone razones justificativas para eximirse de cumplir con su obligación de reconocimiento de gastos y costos médicos, específicamente mediante la alegación de una patología preexistente en el paciente beneficiario, sea o no el tomador de la póliza o el titular del contrato de medicina prepagada.

Palabras clave: patologías preexistentes, seguros de salud, medicina prepagada, cobertura médica.

ABSTRACT

The article below is the result of analysis on the current legal situation in Venezuelan law and recent cases decided by Administrative Courts on the so-called "Pre-existing" or "Pre-existing Diseases" in health insurance contracts or health care, as well as those prepaid health and medical contracts, which are repeatedly disputed during implementation, particularly in the time while the responsible for providing the coverage required by the contract recipient refuses to comply with its obligation to recognize expenses and costs, in filing the claim of a pre-existing pathology in the recipient patient as the cause of exemption.

Key words: pre-existing diseases, health insurance, prepaid health, health care.

I. Introducción

Durante las últimas décadas, el auge de la contratación de seguros privados de salud y planes de medicina prepagada ha estado influenciado a nivel mundial por el incremento poblacional, nuevas y recurrentes patologías de la vida moderna, y por supuesto la dinámica gubernamental en la adopción de medidas alternativas para brindar efectivos y eficientes servicios sanitarios y asistenciales.

No obstante, la mayoría de los ordenamientos jurídicos del Derecho Continental se han ido adecuando a las realidades sectoriales del seguro y la medicina prepagada, vinculando la normativa sobre las actividades prestacionales del aseguramiento y cobertura de riesgos sobre la salud y vida de las personas, conjuntamente con los cuerpos normativos y regulatorios que determinan fundamentalmente el derecho de protección al consumidor, y en nuestro país particularmente lo relativo a la protección de las personas en el acceso a los bienes y servicios.

Así, la idea de este trabajo es ofrecer una breve referencia sobre la actualidad jurídica respecto al tratamiento legal y jurisprudencial que se viene definiendo en la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a las denominadas Preexistencias o más exactamente las Patologías Preexistentes del Beneficiario de los seguros privados de salud y medicina prepagada.

Resulta pertinente anunciar desde este momento que nuestro estándar de protección ante las situaciones de incumplimiento contractual objeto del presente análisis, se encuentra apuntalado en derechos constitucionalmente garantizados y en permanente ajuste jurisprudencial.

II. El seguro de salud y la medicina prepagada. Elementos y requisitos esenciales

El aseguramiento y reducción de los riesgos económicos derivados de la atención médica y sanitaria, frente a la multiplicidad de padecimientos de la era actual, ha adquirido gran importancia y dinamismo. Ante tal situación, desde la perspectiva jurídica, no pasa por alto la diversidad de mecanismos contractuales existentes para brindar a las personas determinadas opciones de resguardo económico por tales motivos.

Sin ahondar en la gama de ofertas que tanto el sector asegurador como el de atención médica colocan a disposición de los ciudadanos, principalmente mantienen capital relevancia los denominados seguros de salud y vida, en sus diversos tipos, y los contratos de medicina prepagada.

El marco legal que ofrece el ordenamiento jurídico venezolano para normar tales expresiones de la actividad aseguradora y de cobertura de riesgos, en la actualidad, se erige en el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguros¹ y en la Ley de la Actividad Aseguradora², y se complementa con las resoluciones, normas prudenciales, dictámenes y decisiones de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (Ente Rector) y del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), cuyos criterios permanentemente son perfilados por la jurisprudencia nacional.

Nuestra legislación, propendiendo a la distinción entre los mecanismos contractuales que aquí se abordan, se impone con la definición del contrato de seguro como

*"...aquel en virtud del cual una empresa de seguros, a cambio de una prima, asume las consecuencias de riesgos ajenos, que no se produzcan por acontecimientos que dependan enteramente de la voluntad del beneficiario, comprometiéndose a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al tomador, al asegurado o al beneficiario, o a pagar un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, todo subordinado a la ocurrencia de un evento denominado siniestro, cubierto por una póliza"*³.

- 1 Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.553 Extraordinario, de fecha 12 de noviembre de 2001. Las normas del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, expresamente son de carácter imperativo, salvo cuando la misma Ley autoriza el convenio de las partes en contrario.
- 2 Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.990 Extraordinario, de fecha 9 de julio de 2010.
- 3 Definición establecida en el artículo 5 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro. No obstante, en lo referido al contrato de seguro de salud para hospitalización, cirugía y maternidad, específicamente, es definido como *"...aquel mediante el cual la empresa de seguros se obliga a asumir, dentro de los límites de la ley y de la póliza, los riesgos de incurrir en gastos derivados de las alteraciones a la salud del asegurado..."*. (artículo 113)

Por su parte, la conceptualización del contrato de medicina prepagada, dio lugar a su definición como aquel relativo a

"...todos aquellos servicios médico-asistenciales prestados en forma directa o indirecta, que sean pagados periódica o totalmente por anticipado por los contratantes y que para la determinación de la prima se consideren factores aleatorios, estadísticos y cálculos técnicos actuariales (...)"⁴.

Claramente, desde el ámbito que nos ocupa, se perciben elementos característicos⁵ en cada modalidad que marcan indiscutiblemente su afinidad, y a la luz del presente análisis, permiten aplicar por igual los criterios para el tratamiento de las denominadas Preexistencias o Patologías Preexistentes.

III. La preexistencia de patologías. Definición. Requisitos esenciales de procedencia

La Preexistencia o la Patología Preexistente, legalmente está definida

"...como toda enfermedad que pueda comprobarse ha sido adquirida con anterioridad a la fecha en que se haya celebrado un contrato de se-

- 4 Definición establecida en el artículo 138 de la Ley de la Actividad Aseguradora.
5 Nos referimos a que son contratos consensuales, bilaterales, onerosos, aleatorios, de buena fe y de ejecución sucesiva, destinados a brindar atención a circunstancias futuras, especialmente sobre los efectos económicos y patrimoniales que surgen con ocasión de situaciones vinculadas con la salud de los beneficiarios contratantes (*concreción del riesgo cubierto*).

La Superintendencia de la Actividad Aseguradora ha sostenido que la medicina prepagada "(...) es similar a la desplegada por las empresas de seguros, a través de sus contratos de Hospitalización, Cirugía y Maternidad (H.C.M.), con lo cual puede reducirse a una actividad propia del mercado asegurador y no de una verdadera medicina prepagada, en vista de que cumple con los requisitos para ser una actividad de seguros, por cuanto en ella encontramos: 1) La mutualidad entre un contratante y la masa de los otros contratantes, ya que lo que se hace es transferir el riesgo que corre esta persona contratante a todo el grupo o masa de contratantes, que son en definitiva quienes van a soportar la pérdida al materializarse el riesgo (enfermedad o accidente que den origen a la obligación de prestar el servicio médico). 2) El lucro que la empresa obtiene con el ejercicio de esa actividad." (Superintendencia de Seguros. Dictámenes 2004, Nro. 22. Consideraciones sobre Medicina Prepagada y sus diferencias con la actividad aseguradora. (En http://www.sudeseg.gov.ve/dict_2004_22.php)

gueros de hospitalización, cirugía y maternidad y que sea conocida por el tomador, el asegurado o el beneficiario. Salvo pacto en contrario los contratos de seguros no cubren las enfermedades preexistentes"⁶.

La definición legal permite extraer que tales circunstancias patológicas para ser consideradas como eximentes del cumplimiento de las obligaciones del asegurador o del prestador de servicios de medicina prepagada, deben cumplir con determinados requisitos para que judicialmente puedan ser aceptadas⁷.

Principalmente, las Preexistencias deben ser:

-Existentes y actuales al momento de la contratación;

-Por ende, diagnosticables de forma previa o simultánea al acuerdo de voluntades que dar lugar al contrato;

-Como tal, de diagnóstico exacto y particular, comprobables desde la perspectiva médica.

Lo anterior no obsta para sostener que *"... ciertas enfermedades, por sus características, no permiten determinar con precisión su origen, como así tampoco el tiempo de evolución"*⁸.

Un aspecto que debe resaltarse es que la definición legal de Preexistencia contenida en el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, anteriormente citada, planteaba como premisa la negativa del contrato de seguros de brindar cobertura automática o incluyente a las enfermedades o patologías preexistentes, salvo que expresa-

6 Definición establecida en el artículo 116 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro.

7 En Sentencia No. 2009-1675 de fecha 15 de octubre de 2009, en el expediente No. AP42-N-2007-000389, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo resaltó que *"...el concepto de enfermedad preexistente o preexistencia puede ser definido como 'aquella padecida por el asegurado anteriormente al momento que se contrata el seguro y que fuera conocida o no por el asegurado (o el tutor, en casos de menores de edad), pero que en todo caso deberá ser diagnosticada con anterioridad a la suscripción del mismo, bien sea mediante los exámenes realizados por las compañías aseguradoras o por la declaración que a tal efecto haga el asegurado', lo cual en ambos casos quedará predeterminado en forma individual y para cada caso en particular en la correspondiente póliza de seguro, a los fines que el asegurado tenga pleno conocimiento de las exclusiones a los cuales se encuentra sometido..."*. (negrillas de la cita).

8 El Contrato de Medicina Prepaga y las Cláusulas Abusivas. Cláusulas Abusivas I. Director Carlos A. Gherzi. Ed. Juris. Buenos Aires. 1999. pág. 29.

mente mediar la voluntad de las partes pactando la atención de dichas patologías preexistentes⁹. Actualmente, el contenido de la norma *in comento* se encuentra en contraste con la novísima disposición contenida en la Ley de la Actividad Aseguradora, en la que expresamente se prohíbe a las empresas aseguradoras y reaseguradoras "... alegar las enfermedades preexistentes o adquiridas, defectos o malformaciones congénitas, como causal de rechazo de siniestros de hospitalización, cirugía y maternidad"¹⁰.

De lo anterior, valga adelantar que hasta el presente no se ha verificado alguna decisión judicial o pronunciamiento de la autoridad nacional encargada de la regulación del sector asegurador, en que se materialice rotundamente la aplicación del numeral 23 del artículo 40 de la Ley de la Actividad Aseguradora, rechazando de pleno derecho cualquier negativa de atención a patologías preexistentes en beneficiarios en general de contratos de seguros, pólizas individuales y colectivas de salud, y contratos de medicina prepagada.

IV. La cláusula de preexistencia en los contratos de seguro de salud y medicina prepaga. Sujeción al derecho de consumo. Requisitos de procedencia. La condición de abusiva. La prueba de la preexistencia jurisprudencia

La previsión contractual de las circunstancias eximentes de la responsabilidad de cobertura y atención de los riesgos de la salud, por parte de los aseguradores y prestadores de servicios de medicina prepagada, durante las dos última décadas ha sido objeto de revisión y delimitación por parte de las autoridades y normativas propias del derecho de consumo o de protección al consumidor, en razón de que los titulares de la obligación característica de tales contratos, mayormente se configuran en entidades jurídicas de gran poder

9 Las Preexistencias no deben confundirse con las patologías o enfermedades cuya cobertura pueda estar sujeta a plazos de espera, entendiéndose por éste el período dentro de la vigencia del contrato, en que la empresa de seguros no brinda cobertura de verificarse tales patologías.

10 Prohibición establecida en el artículo 40, numeral 23, de la Ley de la Actividad Aseguradora.

económico, frente a las personas individuales, quienes no necesariamente deben figurar como tomadores o contratantes, sino que los asiste la calificación de beneficiarios de los servicios contratados, para ser catalogados como débiles jurídicos de la relación contractual.

En consecuencia, existen grandes rasgos de protección, tanto en la legislación especial sobre seguros¹¹ como en las legislaciones de protección al consumidor, y en nuestra geografía el ordenamiento para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios, donde se plantean diversos y elevados estándares de protección para situaciones como la que analizamos. Nos permitimos afirmar que por la relación jurídica de fondo¹² que subyace de los contratos aquí examinados, sus contenidos se encuentran en plena sujeción al derecho de protección al consumidor y de defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios, y más aún, los criterios de aplicación de cualquier norma proteccionista han de derivar de la interpretación constitucionalizada que resulta de los derechos supremos a la salud y a la vida.

Por tal motivo, la aplicación de estas normas ha dado lugar a la talla de una corriente jurisprudencial que vincula las previsiones sobre Preexistencia o Patologías Preexistentes a las denominadas cláusulas abusivas, comúnmente incorporadas en formatos, a contratos de adhesión o mediante mecanismos de referencia convencional, especialmente cuando median controversias derivadas de la aplicación de dichas cláusulas.

11 El artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro establece que "...Los contratos de seguros no podrán contener cláusulas abusivas o tener carácter lesivo para los tomadores, los aseguradores o los beneficiarios. Los contratos de seguros se redactarán en forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas que contengan la cobertura básica y las exclusiones...".

12 En Sentencia Nro. 2011-246, de fecha 21 de febrero de 2011, en el expediente Nro. AP42-N-2005-001008, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo precisó que "...cuando se está en presencia de un contrato de seguros destinado, o vinculado por su finalidad a la actividad de salud, su tratamiento no puede ser analizado desde una visión netamente mercantilista, sino bajo la óptica de la constitucionalización de las relaciones jurídicas, donde el derecho a la salud y el derecho a la vida condicionan la forma en que debe ser implementado o aplicado el contrato de seguro...".

En ejemplo, la jurisprudencia Argentina ha señalado:

*"... La preexistencia de enfermedades son cláusulas de exclusión de cobertura, en las cuales se impone al paciente ingresante la asunción del riesgo ante una posible enfermedad –lo que precisamente constituye su finalidad contractual– dejando librado a la calificación del prestador la calidad de preexistente de una dolencia, es decir se intenta trasladar de este modo una carga demostrativa que es propia de la empresa. (...) Si la entidad prepaga no dispone el examen médico exhaustivo como requisito de admisión, es injusto y contrario al derecho que pueda beneficiarse con su omisión, ya que la obligación del prestador es delimitar específicamente el alcance de la prestación prometida.(...) La negativa a correr con los gastos originados por la asistencia de enfermedades preexistentes conocidas o no por el asociado, aunque fueren hereditarias o congénitas, es claramente una cláusula abusiva, pues la gran mayoría de las enfermedades que padece el ser humano tienen una concausalidad congénita o hereditaria, por lo que la ley determina que sin perjuicio de la validez del contrato se tendrá por no válidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor"*¹³.

Por su parte, la jurisprudencia colombiana ha señalado:

*"... para que una entidad de medicina prepagada pueda liberarse de la asistencia en salud que se le reclama, en razón de que sea una preexistencia, ésta debió haberla determinado médica y científicamente desde antes de suscribir el contrato respectivo, debió haberla dado a conocer específicamente al tomador del contrato y haber obtenido su aceptación sobre la misma, pues no puede establecerla con suposiciones o verificaciones médicas posteriores, de carácter retroactivo, y mucho menos imponerla unilateralmente, a fin de sustraerse de la obligación que adquirió al suscribir el contrato, si no hizo especificación alguna sobre ella"*¹⁴.

13 Causa 1603/2003 ORDEN 4051, CLIO Medicina Prepaga S.A. c/ MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN - DIRECCIÓN PROVINCIAL DE COMERCIO S/ APELACIÓN, Cámara Federal Penal de Apelaciones de La Plata, Sala II.

14 Sentencia No. T-660 de 2006, dictada por la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la República de Colombia.

De modo similar, la Jurisprudencia nacional ofrece un tratamiento jurídico a las Preexistencias sobre la base de los siguientes criterios:

"... las estipulaciones que pretendan alcanzar tal propósito, debe entenderse como auténticas cláusulas abusivas, concepto que se utiliza para justificar el control sustancial del contrato cuando existen cláusulas predispuestas que han sido impuestas al consumidor y su contenido favorece especialmente al predisponente. En atención a ello, debe tenerse en consideración que el parámetro que define el desequilibrio entre las partes no es la desigualdad económica, sino que hay que orientarlo hacia la superioridad funcional que ostenta el predisponente, de manera que es la inexistencia de negociación individual, unida a un funcionamiento defectuoso del mercado, lo que permite al predisponente disfrutar de unos términos más favorables en sus relaciones con el adherente, por lo que, las exoneraciones de responsabilidad, o las condiciones que pretendan ser impuestas a los consumidores en detrimentos de sus derechos, deben considerarlas, entonces, como verdaderas cláusulas abusivas (...)

Así, de la cláusula in commento, ut supra trascrita, se observa que si bien la compañías aseguradoras tienen el derecho de restringir o limitar la cobertura en los contratos de seguros por ellas celebrados, así como establecer los plazos de espera para que el asegurado comience a gozar de la cobertura ofrecida; no es menos cierto que no pueden acudir a tal potestad arbitrariamente, sino que para hacer efectiva tales limitaciones deben cumplir con la obligación de realizar las evaluaciones médicas correspondientes a los fines de determinar el estado de salud del asegurado, toda vez que tal como se señaló precedentemente la carga de la prueba en los casos de exclusión o limitación corresponde al asegurador.

En tal sentido, a criterio de este Órgano Jurisdiccional entraña una ventaja exclusiva del asegurador, someter al asegurado a plazos de espera por enfermedades no declaradas o diagnosticada durante la vigencia de la póliza, toda vez que es responsabilidad de las compañías aseguradoras determinar el estado de salud de los contratantes antes de la suscripción del contrato de seguro, en consecuencia resulta claramente abusivo responsabilizar a los asegurados por las deficiencias u omisio-

nes de las compañías en el deber de comprobar la buena salud de éstos¹⁵. (negrillas de la cita).

Más recientemente, en decisión de alzada dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se sentaron los siguientes criterios:

“... se observa que la empresa recurrente al tener como presupuesto básico la prestación de un servicio público, como es la salud, bajo la modalidad de medicina prepagada, éste debe estar sujeto a la intervención, vigilancia y control del Estado para precisar sus fines, alcances y límites, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 constitucional, según el cual ‘El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud’. (...).

Ahora bien, según lo alegado por la parte actora, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de la Actividad Aseguradora publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.990 Extraordinario del 29 de julio de 2010, la medicina prepagada no se encontraba regulada por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; no obstante, tal como se indicó en las normas constitucionales ya mencionadas, el Estado está en la obligación de regular, controlar, vigilar y supervisar las Instituciones tanto públicas como privadas que presten servicios de salud.

(...) en la actualidad, la medicina prepagada constituye una forma de actividad aseguradora que se encuentra sujeta al control, vigilancia, supervisión, autorización y regulación de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y, por tanto, quienes la prestan deben cumplir con la normativa prevista en dicha Ley, a fin de desarrollar legalmente su objeto principal, el cual es la prestación de los servicios de salud a sus contratantes.

(...) concluye esta Alzada que no erró el a quo al señalar que el Contrato Familiar de Servicios de Asistencia Médica, suscrito entre el ciudadano Fernando Montana y SANITAS, el cual tenía como beneficiaria a la ciudadana Armida Pérez de Montana, denunciante en sede administrativa, se configura como un contrato de adhesión, pues tal como antes

15 Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Nro. 2011-246, de fecha 21 de febrero de 2011, en el expediente Nro. AP42-N-2005-001008.

se indicó, para su formación no interviene en ningún momento la voluntad del asegurado.

(...) la preexistencia consiste en un padecimiento cuya existencia pueda comprobarse antes de la celebración del contrato, siempre y cuando sea conocido por el beneficiario; asimismo, indica la norma que cuando se alegue tal preexistencia esta deberá ser probada, por lo cual el asegurado se encontrará en la obligación de someterse a los exámenes médicos necesarios para tales fines.

En este sentido, ha sido criterio de esta Sala que si una empresa de seguros arguye una enfermedad preexistente, por una parte, deberá probar tal circunstancia por lo cual el asegurado está obligado a someterse a los exámenes que le sean solicitados por la empresa y, en caso de duda, se considerará que la enfermedad no es preexistente; pero, en caso de probarlo, adicionalmente la aseguradora deberá demostrar que la enfermedad era conocida por el asegurado. (Vid. sentencia de esta Sala N° 0035 de fecha 17 de enero de 2007).

Por tanto, la Sala considera que, efectivamente, el aparte 1.3 de la cláusula cuarta del contrato de asistencia médica suscrito por el denunciante en sede administrativa y SANITAS, se constituye como una cláusula abusiva y genérica, pues se excluye del servicio a toda aquella enfermedad o malformaciones congénitas, genéticas o afecciones preexistentes a la fecha de afiliación, hayan sido declaradas o no por el contratante, sin importar si la misma era conocida o no por el usuario.

En atención a lo antes expuesto, estima esta Sala, tal como lo indicó el a quo, que cuando el contrato familiar de asistencia médica establece una forma genérica de determinar la preexistencia de la enfermedad a los fines de excluir la responsabilidad de la empresa prestadora de servicios médicos, esta exclusión prosperará, cuando el usuario al suscribir el contrato declare el padecimiento de la enfermedad o malformación, o en su defecto la empresa practique los exámenes médicos respectivos a los fines de determinar la existencia o no de padecimiento alguno¹⁶.

No obstante los criterios claramente estructurados en nuestra Jurisprudencia, anteriormente citados, sobre la cualidad abusiva de determinadas cláusulas contractuales sobre Patologías Preexistentes,

16 Sentencia No. 01001 de fecha 21 de julio de 2011, emitida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

no puede pasar por alto que los beneficiarios de los contratos de seguros de salud y vida, así como los de medicina prepagada, igualmente tienen una obligación de información respecto de sus condiciones particulares de salud, a fin de que el co-contratante disponga de suficientes datos a fin de realizar los cálculos del riesgo a cubrir, que en definitiva representa el objeto de estos tipos de contratos¹⁷.

En definitiva, la previsión contractual de las preexistencias para que alcance la condición de cláusula abusiva, debe permitir percibir un desbalance entre las cargas obligacionales de los sujetos del contrato de seguros de salud, y de medicina prepagada, que resulte desfavorable para el beneficiario de los servicios.

V. Reflexiones Finales

Es bien sabido que en latitudes como la nuestra, el componente social que procura el aseguramiento de los riesgos de la salud, no sólo lo hace bajo la premisa del resguardo patrimonial, sino que adicionalmente persigue un espacio de atención médica y sanitaria alterna al Sistema Público de Salud, lo que en gran medida se traduce en una importante cantidad de las contrataciones individuales y colectivas de seguros de salud y de medicina prepagada.

Por ello, el manejo de la información relativa al tratamiento legal y jurisprudencial que en la actualidad se brinda a la Preexistencia, o con mayor precisión a la atención de Patologías Preexistentes

17 En Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Nro. 2008-2368 de fecha 17 de diciembre de 2008, en el caso: *Dominga Trotti De Vásquez Vs. Seguros Horizonte, C.A.*, se señaló que "...con base en los principios constitucionales y legales que para el momento del siniestro regían nuestro ordenamiento jurídico, esta Corte considera que si bien el asegurado se encuentra en la obligación de declarar con sinceridad aquellas circunstancias para apreciar la extensión de los riesgos en el contrato de seguro, las empresas aseguradoras que aleguen una enfermedad preexistente, deberán probar tal circunstancia de manera clara, precisa y detallada con *anterioridad* a la contratación de la póliza (...). Es evidente que cuando el asegurado, faltando a la buena fe contractual, incumple su obligación de declarar si padece o no una determinada enfermedad cuando suscribe un contrato de seguro médico, tal proceder sí se califica de doloso o de culpa grave, teniendo en cuenta que tal omisión pueda causar un perjuicio tal a la compañía aseguradora, que ésta puede quedar liberada de responsabilidad, toda vez que, de haber conocido dicha enfermedad, no habría contratado con el afiliado".

frente al alcance del riesgo asegurado en contratos de seguros de salud y de medicina prepagada, resulta de gran importancia para tomadores y beneficiarios de estas.

Nuestra legislación, a partir del año 2010, cuenta con la previsión legal idónea para avanzar hacia el condicionamiento formal y favorable de las preexistencias para los beneficiarios de los contratos de seguros de salud y de medicina prepagada, e inclusive para apuntalar la adecuación de las fórmulas de determinación de riesgos hasta suprimir la exclusión convencional de las preexistencias e incorporar su atención dentro del alcance del objeto de dichos contratos.

Sin lugar a dudas, lo anterior pasa por diversas adecuaciones que han de ser progresivas, desde lo actual hasta el establecimiento de coberturas específicas para Patologías Preexistentes, y de allí avanzar hasta la atención obligatoria de patologías preexistentes, bajo determinados condicionamientos que resulten en la mayor medida posible beneficiosos para los sujetos integrantes de la relación contractual.

Hemos determinado en el presente que las preexistencias como circunstancias eximentes del cumplimiento de las obligaciones de los aseguradores y prestadores de servicios de medicina prepagada, encuentra sus límites en previsiones legales y criterios jurisprudenciales vinculados o derivados al derecho de protección al consumidor, por lo que podemos concluir que:

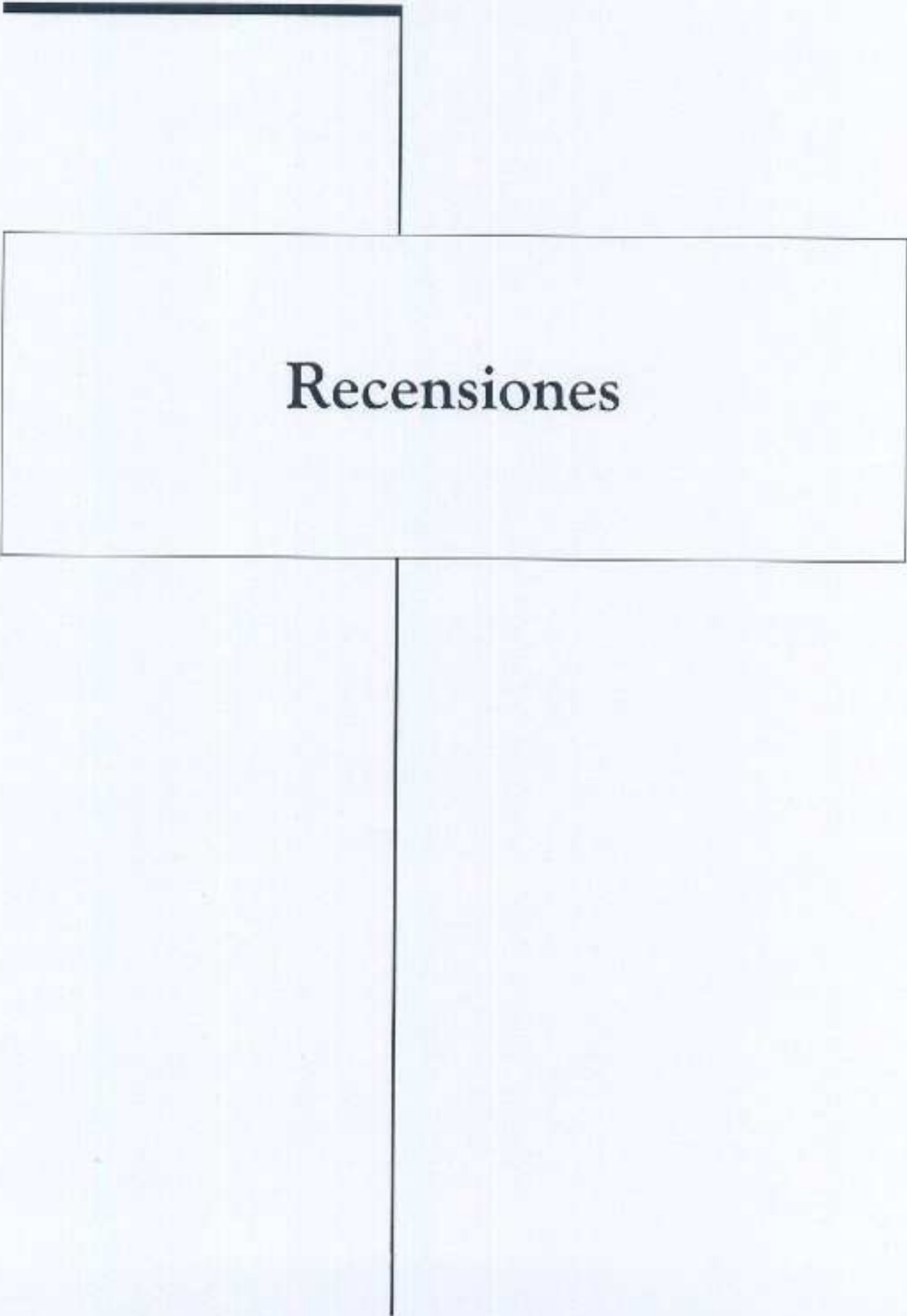
1. La previsión contractual de las preexistencias es necesaria, bajo determinados límites que persiguen el balance entre las obligaciones a cargo de los co-contratantes.
2. Los supuestos de preexistencia deben mantenerse aplicables sólo al inicio de las relaciones contractuales, por lo que no serán admisibles frente a las renovaciones de los contratos derivadas de su tracto sucesivo.
3. Una vez transcurrido el plazo de no cobertura de patologías preexistentes, actualmente definido a tres (3) años, tales preexistencias no podrán ser interpuestas como circunstancias eximentes de la responsabilidad de los prestadores de servicios de seguros y de medicina prepagada.

En definitiva, el desarrollo de la jurisprudencia nacional sobre la preexistencia en contratos de seguros de salud y vida, y medicina

prepagada, permiten sostener que los titulares de la obligación de los contratos de aseguramiento y medicina prepagada, no pueden oponer el padecimiento de una enfermedad preexistente como "causa genérica" para excluir los eventos protegidos o siniestros que hayan sufridos los beneficiarios dentro de los plazos de espera establecidos, y por ende han de cubrir el pago de las indemnizaciones debidamente estipuladas en los contratos de seguro.

VI. Referencias bibliográficas

- CASTELO, Julio y PEREZ, José (2003). *Diccionario Básico de Seguros*. Madrid, Editorial MAPFRE.
- Chartered Insurance Institute (1977). "Elementos del Seguro 6". Madrid, Editorial MAPFRE. 2ª Edición.
- GALLEGOS DÍAZ DE VILLEGAS, J.E. (1997). *Modalidades clásicas y modernas del seguro de vida. Los seguros Unit-Link*. Madrid, Ed. Fundación Mapfre Estudios.
- GARRIDO Y COMAS, J.J. (1986). *Tratado General de Seguros*. Madrid, Ed. Consejo General de Agentes y Corredores de Seguros de España.
- MELICH ORSINI, José (1999). "Las Particularidades del Contrato con Consumidores", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* No. 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- PEÑA Nilo (2004). *Guía de Introducción al Seguro II*. Caracas, Instituto Venezolano de Seguros.
- RANGEL MAGGIO, J.V. (2003). "Pastillas de Contrato de Seguros (Segunda dosis), Primera Parte", en *Revista Internacional de Seguros*, No. 200.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier (2006). "Aspectos Polémicos y Novedosos del Seguro de Vida", en *Documentos del Departamento de Derecho Mercantil*. Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid. España.



Recensiones

El Expediente Judicial Electrónico de Corazón Mira Ros

Juan Pablo Echeverría Useche

Gratificante es comentar la obra de Corazón Mira Ros, *El Expediente Judicial Electrónico*, pues en sus cuatro capítulos y sus 149 páginas se consolida como una obra totalmente innovadora, refiere temas tan sencillos y modernos que van desde la presentación electrónica de documentos hasta los sistemas de protección de datos electrónicos y los medios de certificación de datos provenientes de la Administración para su respectiva valoración en el ámbito judicial.

En la parte introductoria del libro, la autora nos hace referencia al Poder Judicial Español. Explica, que de una manera progresiva se fueron creando diversas leyes y reglamentos que incentivaron la informatización de la justicia, y que fue un proceso de diez años (1997 al 2007) que dio origen a estos cimientos, los cuales alcanzan su cúspide con el Plan Estratégico para la Modernización del Sistema Judicial.

Según la autora:

...[d]e forma gradual, se están sentando las bases legales para que ahora todos los actos procesales y las resoluciones judiciales que conforman el proceso puedan realizarse electrónicamente, o transformarse en documentos judiciales electrónicos (Mira Ros, 2010: 14).¹

1. La Formación del Expediente Judicial Electrónico

La primera parte de este capítulo es una reflexión sobre la evolución de la sociedad de la información a través de las tecnologías de interconexión, y se refiere directamente a la inmaterialidad del documento electrónico, la ausencia de firma manuscrita y menciona al lenguaje autóctono informático, como el idioma propio del mundo de la informática.

Asimismo, nos menciona la firma electrónica y la posibilidad de relacionarla con su titular de manera fidedigna, y la define como "*un medio de identificación del firmante...*" (pp. 21). De este mismo modo, nos enseña que la ley² reconoce validez a los documentos electróni-

1 Las citas y referencias que se hacen en la presente recensión corresponden exclusivamente a la obra *El Expediente Electrónico*, de Corazón Mira Ros (2010). En lo sucesivo sólo se indica el número de la página (Nota del Editor).

2 Entiéndase esta como la ley 11/2004 del 22 de junio de 2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, publicada en Boletín Oficial Nº 150, España.

cos transmitidos en entornos cerrados de comunicación establecido entre las administraciones, los Órganos y Entes de Derecho Público, condicionada solamente a que sea la Administración la que establezca las condiciones y garantías por las que se regirá la comunicación, sentando las bases para que el documento electrónico se transmita con una firma digital reconocida por un funcionario público, dando pie "*documento público electrónico*" (pp. 24).

En este sentido, se engloba dentro de la categoría de documento electrónico a aquellos documentos que se encuentren soportados por documentos firmados electrónicamente, siendo la firma electrónica o cualquier medio que garantice la identidad del firmante, un requisito imprescindible que ha de reunir la transmisión telemática de información en un entorno electrónico.

La segunda parte de este capítulo versa sobre la implantación de las nuevas tecnologías, la autora menciona que:

...el recurso a las nuevas tecnologías en el proceso se vislumbra como la panacea de todos los males, capaz de imprimir celeridad a la justicia y contribuir, al mismo tiempo, al respecto de un proceso justo que se desarrolle con todas las garantías de inmediatez, contradicción, oralidad y publicidad (pp. 33).

Sobre este aspecto, se desarrolla el escrito electrónico, el cual sería un equivalente del escrito en papel, pero con mayor flexibilidad, incluyendo tal característica a los medios de obtención de pruebas, que en el caso de los procesos por audiencias la videoconferencia y teleconferencia redundarían en medios confiables que garanticen la desconcentración y economía de tiempo, pudiéndose realizar incluso desde un lugar seguro y conveniente que no necesariamente se encuentre en los edificios judiciales.

No obstante ello, hay que delimitar el ámbito de aplicación de tales instrumentos, por cuanto no todo el proceso puede ser enteramente electrónico, pues es necesario que exista una convivencia con las formas tradicionales de la oralidad y la escritura, desarrollándose el proceso sólo excepcionalmente totalmente de forma electrónica.

El tercer aspecto analizado en este capítulo viene a ser la realización de los actos procesales por medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, a decir de la autora:

...aunque la implantación del expediente judicial es ya una realidad irreversible, si acudimos a la normativa citada, sin embargo, enseguida se percibe el reto de la electronificación del proceso civil como una cuestión de límites, que aconseja distinguir entre la actividad de las partes en el proceso y la del propio Juez o el Secretario y sus medios auxiliares (pp. 43).

Seguidamente nos hace referencia al sistema denominado Lexnet³, el cual es la base de manejo procesal de tres aspectos como lo son la presentación de escritos y documentos, el traslado de las copias y los actos de comunicación por parte del órgano jurisdiccional.

Con relación a la presentación de escritos y documentos, se vislumbra como requisito esencial de estos que cada uno se encuentre suscrito con la firma electrónica (para la veracidad del mismo). El traslado de copias debe ir acompañado por la firma electrónica del remitente, de igual manera el envío de comunicaciones deberá tener un resguardo electrónico acreditativo de la remisión y puesta a disposición por parte del remitente como del receptor.

La prueba documental electrónica viene a ser una copia del documento original, pues es susceptible de ser digitalizada por escaneado, de modo que conste en físico el documento. Esto representaría un problema a la hora de ejercer el control de las pruebas, pues no es imposible como tampoco complejo el proceso de falsificación de documentos, prevaleciendo la posibilidad de que sean impugnados a través de los medios propios para ello, pues tienen carácter de documentos públicos electrónicos o documentos electrónicos privados según sea el caso.

De igual forma, en materia probatoria son admisibles la utilización de medios técnicos de filmación, reproducción de la imagen y sonido, por ejemplo, la videoconferencia, pues debe haber una interacción visual, auditiva y verbal entre los intervinientes, garantizando el principio de audiencia contradicción, no obstante, debido a que la misma pudiera limitar ciertos principios, la admisión de esta decisión debería tomar forma de auto, previa audiencia de las partes interesadas.

3 El sistema Lexnet, es el sistema de comunicaciones electrónicas para la administración de justicia en España.

La documentación de las grabaciones en soporte audiovisual, es un gran avance en materia probatoria pues la subsistencia de lo alegado y probado en audiencia, permite la pervivencia de las actuaciones mejorando la valoración que se pueda hacer de estas y se mantendría la subsistencia del acta escrita pero a manera de minuta. Debe destacarse el rol que va a tener la firma electrónica del secretario judicial, el cual a través de su firma electrónica garantizara la autenticidad e integridad de lo guardado.

2. Los sistemas de conservación y archivo electrónico del expediente judicial

Ante la masificación del uso de los medios electrónicos y documentos electrónicos durante el transcurso del proceso, se hace necesaria la implementación de sistemas que permitan el resguardo efectivo de la información generada. Así, el almacenamiento electrónico de todos los documentos utilizados debe contar con medidas de seguridad que garantice la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de éstos.

La informatización de los archivos judiciales para facilitar su gestión y transmisión, ha traído como consecuencia una duplicidad en el sistema de conservación de los documentos judiciales, por un lado, está la documentación escrita, y por el otro, encontramos el documento informático, almacenado electrónicamente, con la firma digital del Secretario Judicial, pero dicha existencia dual del expediente físico y electrónico, es una situación temporal, hasta tanto se solucionen los inconvenientes que plantea el almacenamiento de los documentos judiciales informáticos.

Esta informatización de registros judiciales, busca la sustitución progresiva de determinadas actuaciones judiciales, del papel a lo digital, haciendo más accesible la información dentro del sistema judicial.

Los sistemas informáticos diseñados para facilitar la interoperabilidad entre los distintos órganos judiciales, vienen a cumplir un rol importante al momento de transmitir la información, haciendo que ésta sea más confiable, generando necesaria y paulatinamente la obligatoriedad de su uso. No obstante ello, no se encuentra implícita, en principio, la desaparición de los sistemas convencionales para los operadores jurídicos, pero se encuentra ya señalado el camino hacia la creación de un sistema único donde sea recibida y transmitida la

información al tiempo que ésta se aloje de manera segura en el sistema, lo cual requiere primordialmente la adecuada dotación de la Administración Judicial.

3. El acceso por medio electrónicos al expediente judicial

La publicidad de las actuaciones judiciales viene a constituir una manifestación del derecho a un proceso público y con todas las garantías, teniendo las partes acceso público a las documentales, aunque en contraposición a este principio deben limitarse tales documentos por ciertas reglas procesales y de debido proceso, pues no toda información procesal puede ser de disponibilidad pública, pudiendo responder tales restricciones al objeto de la publicidad, es decir, el secreto restricción que puedan tener ciertas actuaciones, o en razón de los sujetos, determinado por la existencia de un interés legítimo para acceder a la información.

En la segunda parte de este Capítulo se encuentra una referencia a la publicidad de las actuaciones judiciales a través de internet, y de los portales de la administración de justicia, aludiendo en primer término a su implicación, en cuanto a las partes, a quienes se le daría un acceso bastante amplio en cuanto a notificaciones, para que puedan tener acceso de primera mano al estado del proceso, a la información de repartos, presentación de escritos, y otras actuaciones, con el fin de garantizar a éstas el mayor acceso a la información.

Ahora bien, la difusión pública de los actos procesales plantea la problemática para la obtención de un sistema seguro de acceso que garantice la protección de los datos alojados en los sistemas oficiales. La implicación que tiene la creación de un portal en internet que permita asegurar la transparencia de la información concursal más relevante para el tráfico debe cumplir con un requisito esencial, que no es más que la protección de datos personales, ello implicaría la creación de ficheros judiciales automatizados en los que toda la información que se encuentre en papel debe también encontrarse digitalizada y clasificada automáticamente.

Para lograr ese cometido se hace necesaria la implantación de medidas de seguridad que estén diseñadas a prever las posibles afectaciones en el ámbito personal de las partes.

El objetivo de la difusión en Internet de los expedientes judiciales está dirigido a que éstos se encuentren al alcance de todas aque-

llas personas que puedan llegar a tener algún interés. Por otro lado, la publicación de los expedientes debe realizarse bajo estrictas normas de seguridad para evitar su uso irresponsable y doloso.

Con respecto a la difusión de las decisiones judiciales a través de la internet, debe realizarse a través de una base de datos automatizada, en la que se encuentren todas las decisiones del Poder Judicial, garantizando así un acceso libre y gratuito, con la única salvedad según la autora que cuando exista un interés mercantil en la reproducción de la información puesta a disposición del público por parte de personas naturales o jurídicas (editoriales), se debe tasar las vista de dichos documentos.

4. El coste del acceso al expediente judicial por medios electrónicos: Hacia un sistema de “pague por visión”

Cualquier sistema de financiación relacionado con el funcionamiento de la justicia siempre va a ser una cuestión polémica. Lo ha sido históricamente, igual vuelve a serlo ahora... (pp. 122).

Refiere aquí la autora la tasa judicial y la tasa administrativa y su naturaleza jurídica desde el punto de vista tributario.

Conceptualizando un poco, la tasa judicial, viene a ser todo pago efectuado a través de las oficinas judiciales, de allí que venga la polémica sobre las tasas consideradas por algunos como una traba inadmisibles frente al derecho de acceso a la jurisdicción, se plantea entonces la tasa ‘por actuaciones judiciales, no se trata de una disquisición solo por un prurito académico, sino que cualquier funcionamiento judicial, incluso colateralmente puede llegar a comprometer el derecho a la defensa. Entonces el cobro por facilitar el contenido de libros, archivos o registro judiciales o el estado de las actuaciones es perfectamente posible.

El cuestionamiento se plantea sobre cuál será la tasa devengada por el acceso telemático a la información judicial, y qué criterio predominará, pues no es lo mismo acceder a la información judicial que a la reproducción del contenido, la tasa entonces a cobrar viene a ser una especie de pago por una copias certificadas, pero se ha planteado anteriormente el punto de “pague por visión” el cual autofinanciase, al menos parcialmente, la interconexión telemática de los servi-

cios llamados a proporcionar la información judicial on line susceptible de consulta por los usuarios a través de internet, de igual forma, cuál sería la incidencia que puede tener en las costas, aunque en principio dice la autora que no debería afectarlas.

A modo de conclusión debemos señalar que la digitalización de la información que pareciera inevitable, tiene muchas ventajas procesales y de aspectos informativos, pero al mismo tiempo se deben tener en cuenta las muchas implicaciones jurídicas subyacentes que aunque totalmente previsibles, deben asegurar la confiabilidad de los datos, por lo que se hace imperativa la implantación de un sistema central y único de información en el que se registre de manera segura toda la información y que el acceso limitado reglamentariamente garantice la proporcionalidad y adecuación de cada acto procesal para que no se viole el derecho a la defensa de las partes y se mantenga el equilibrio debido para constituir un proceso judicial transparente y efectivo.

Referencias bibliográficas

- Federico Carpi y Manuel Pascual (2008). *La prueba documental electrónica: algunas concesiones a la seguridad jurídica preventiva*. Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente (Coloquio de la Asociación Internacional de Derechos Procesales, 2008). Universidad de Valencia.
- GIMENO SENDRA, José Vicente (2005). *La legítima de las asociaciones de consumidores para la impugnación de las condiciones generales de la contratación*. La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 3, 2005, págs. 1726-1736. España. Editores La Ley-Actualidad.
- MIRA ROS, Corazón (2009). *Actos procesales y firma electrónica*. RDU-NED. Revista de derecho UNED, N° 5. España. Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED.
- MIRA ROS, Corazón (2010). *El Expediente Judicial Electrónico*. Madrid, España. Editorial Dykinson.
- MIRA ROS, Corazón (2009). *La información de los archivos judiciales*. Revista General de Derecho Procesal. España. Latindex.
- MIRA ROS, Corazón (2008). *La nueva regulación notarial de los títulos ejecutivos*. Diario La Ley, N° 6931. España. Editores La Ley-Actualidad.

MIRA ROS, Corazón (2008). *Un nuevo enfoque procesal de la ejecución hipotecaria* Revista General de Derecho Procesal, Nº 16, *El derecho del acusado a defenderse por sí mismo a la luz de la Constitución Española y de los instrumentos Internacionales ratificados por España* (2008). Revista General de Derecho Procesal, Nº 15. España. Latindex.

Normas para colaboradores(as) de la revista *Magistra*

Los artículos científicos a ser considerados para su publicación por el Consejo Editorial de la revista *MAGISTRA* deben cumplir con las siguientes recomendaciones:

- La revista *MAGISTRA* sólo considerará para su publicación trabajos inéditos y que no hayan sido propuestos simultáneamente a otras revistas.
- Las propuestas deben incluir el título del artículo, nombre del autor, sinopsis curricular y dirección postal o institucional, un resumen en español e inglés, tres palabras clave utilizadas y el nombre del proyecto de investigación del cual es resultado. En ningún caso los resúmenes pueden exceder los 1.200 caracteres.
- Los artículos propuestos tendrán una extensión entre 20 y 30 páginas escritas a espacio y medio en letra 12 puntos, Arial o Verdana, y en papel tamaño carta, incluyendo las notas, cuadros y referencias bibliográficas. Las propuestas deben ser enviadas en disquete y/o disco compacto y tres copias impresas indicando el programa utilizado; o también como documento al correo electrónico del Servicio Autónomo de Información y Documentación Judicial, Dirección de Recursos Documentales, Investigación y Desarrollo de la Escuela Nacional de la Magistratura (e-mail: revistamagistra@gmail.com)
- Cuando se requiera el apoyo de gráficos, cuadros o mapas, se debe enviar una versión en blanco y negro a la medida de la mancha de la revista como parte del original, indicando el lugar y la página donde serán colocados, o si éstos van a ser incluidos como anexo o apéndice del artículo. Las notas deben colocarse numeradas a pie de página y separadas de las referencias bibliográficas.

- La bibliografía deberá seguir el modelo APA (American Psychological Association) de la siguiente forma:
 Libros: FLORES CAZORLA, M. (1987). *Delincuencia juvenil y familia en la doctrina criminológica*. Valencia, Universidad de Carabobo, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico.
 Revistas o publicaciones periódicas: PALAZZI, P. A. (1999). "El Hábeas Data en el Derecho Argentino". *Revista Internacional de Derecho e Informática*. N° 01: páginas 16-53.
 Artículo en libro compilado: IRAZU SILVA, J.L. (2000). "Las sanciones penales en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente". En MORAIS DE GUERRERO, M.G. (Coord.). *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. pp. 232-240. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello.
 Páginas Web: Tribunal Supremo de Justicia, fecha: 8 de noviembre de 2003. [On line] Página: <http://www.tsj.gov.ve>.
 Ponencia presentada en evento: ORTIZ, R. (1997, octubre). *Una experiencia de formación de postgrado en Derecho*. Ponencia presentada en el Seminario Iberoamericano sobre Formación Avanzada en Derecho. Salamanca, Universidad de Salamanca.
- La presentación de las citas o referencias bibliográficas se realizará con el sistema autor-fecha, incluyéndolas en el texto, indicando el apellido del autor, el año de la publicación y la página (ejemplo: Cedeño, 2004: 12). En caso que se haga referencia a dos autores, deben escribirse los apellidos de ambos (ejemplo: González y Morales, 1997: 26). Si son más de dos autores, deberá escribirse "y otros" (ejemplo: Núñez y otros, 1978: 127).
- Una vez constatado el cumplimiento de las normas, el Consejo Editorial procederá a someter las propuestas al menos a un/a árbitro/a, de manera anónima, entre especialistas o pares investigadores/as. Las sugerencias de éste/a, cuando las hubiere, serán dadas a conocer, con la confidencialidad del caso, a cada autor/a. La revista *MAGISTRA* aceptará artículos para someterlo a arbitraje durante todo el año.
- Los/as autores/as recibirán un ejemplar de la revista *MAGISTRA* en la cual ha sido publicado su artículo.



República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Escuela Nacional de la Magistratura

