

Fernando Parra Aranguren
-Editor-



TEMAS DE DERECHO PROCESAL

Volumen I

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos N°15
Caracas / Venezuela / 2005

KHW2569

T2783

V.I.

Temas de Derecho Procesal / Fernando Parra
Aranguren, Editor.--

Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2005

690 pp. (Colección Estudios Jurídicos; N° 15)
ISSN 1856-027X

1. Derecho Procesal - Venezuela. 2. Derecho Procesal
-- Historia - Venezuela.

**El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable
por el contenido de los artículos firmados**

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos - N° 15
Fernando Parra Aranguren, Director
Depósito Legal pp
ISSN:

Fernando Parra Aranguren
-Editor-

TEMAS DE DERECHO PROCESAL

Volumen I

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos N° 15
Caracas/Venezuela 2005

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño
*Primera Vicepresidenta del Tribunal
y Presidenta de la Sala*
Dr. Jesús Eduardo Cabrera
Vicepresidente de la Sala
Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz
Dr. Luis Vicencino Velázquez Alvaray
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López
Dr. Marcos Tulio Dugarte Padrón
Dra. Carmen Zuleta de Merchán

SALA ELECTORAL

Dr. Juan José Núñez Calderón
Presidente de la Sala
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba
Vicepresidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Dr. Rafael Aristides Rengifo Camacaro
Dr. Luis Alfredo Sucre Cubas

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero
Dr. Luis Eduardo Frnceschi Gutiérrez
Dra. Carmen Elvigia Porras Escalante

SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz
Presidenta de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Levis Ignacio Zerpa
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Dr. Emiro Antonio García Rosas

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Carlos Oberto Vélez
*Segundo Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala*
Dra. Yris Armenia Peña de Andueza
Vicepresidenta de la Sala.
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández
Dra. Isbelia Josefina Pérez de Caballero

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte
Presidente de la Sala
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores
Vicepresidente de la Sala
Dr.a. Blanca Rosa Mármol de León
Dra. Deyanira Nieves Bastidas
Dra. Miriam del Valle Morandy Mijares

**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
PRESIDENCIA**

Palabras Preliminares

La presente obra, **Temas de Derecho Procesal**, difunde, en dos volúmenes treinta y cuatro ensayos preparados especialmente para esta publicación, la No. 15 de la *Colección Estudios Jurídicos* del Tribunal Supremo de Justicia. Algunos de sus autores están dedicados, principalmente, a la docencia en Universidades, nacionales y extranjeras; otros, son profesionales del Derecho, de los cuales cuatro se desempeñan en este Alto Tribunal.

A grosso modo se pueden clasificar en varias categorías: contencioso administrativo, contencioso funcionarial, procesal civil, internacional, contencioso tributario, derecho mercantil, derecho del trabajo, constitucional e informático, aun cuando la mayor parte puede incluirse dentro del campo del derecho civil y del administrativo. Algunos de ellos comentan jurisprudencia de este Máximo Tribunal; otros, legislación.

Como puede el lector darse cuenta fácilmente, los ensayos que se presentan cubren una múltiple línea de investigación que, esperamos, sean fuente de necesaria revisión para los profesionales del derecho en cualquiera de sus vertientes: ejercicio, docencia, magistratura e investigación. Como todas nuestras publicaciones anteriores, sin embargo, esta obra va dirigida especialmente a quienes se forman en nuestras Universidades, públicas y privadas, con miras a la obtención de un título académico, sea de Abogado, Diplomado, Especialista, Magíster o Doctor.

Agradecemos profundamente a quienes colaboraron para convertir este nuevo libro en realidad. La generosidad de sus aportes la hemos apreciado en su justo valor. Esperamos, finalmente, que sea recibido con el mismo beneplácito con que han sido acogidas nuestras anteriores publicaciones.

Caracas 15 de agosto de 2005.

Omar Alfredo Mora Díaz

Contenido Volumen I

<i>Presentación</i> , Fernando Parra Aranguren	11
La cuestión de la competencia para conocer del recurso contencioso- funcionarial contra los órganos del poder electoral , Ricardo Antela Garrido	23
De las competencias de los tribunales que integran la jurisdicción contenciosa administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia , Ricardo Baroni Uzcátegui	79
Breves consideraciones sobre la impugnación de la experticia comple- mentaria del fallo y sobre algunas decisiones judiciales en materia de honorarios de abogados , Humberto Enrique Tercero Bello Tabares / Isabel Cristina Bello Tabares	135
La regulación de las pruebas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia , Joaquín David Bracho Dos Santos	185
La prueba de experticia en los procedimientos tributarios , Juan C. Castillo Carvajal	205
El Tercero Adhesivo: ¿Podrá Modificar su Condición Dentro del Proceso? , Edilia De Freitas De Gouveia	233
La pretendida compensación legal: notas críticas sobre una noción artificial , Alfredo De Jesús O.	301
La incompetencia del tribunal como causa de inadmisibilidad de los recursos contenciosos administrativos , Alfredo De Stéfano Pérez	325

Costas Procesales y Revocatoria de los Actos por la Administración en el Contencioso Tributario , Valmy Díaz Ibarra y Jorge Jraige Roa	369
Comentarios sobre algunas decisiones judiciales relativas al Defensor <i>ad litem</i> , María Candelaria Domínguez Guillén	417
La queja contra los integrantes de Cortes de Apelaciones o Tribunales Superiores , Olga M. Dos Santos P.	457
Reflexiones sobre los acuerdos de selección de foro en el comercio electrónico , Sara Lidia Feldstein de Cárdenas	467
Las acciones y recursos judiciales ante el Tribunal de Justicia Andino , Sacha Rohán Fernández Cabrera	501
El control de la legalidad. La jurisprudencia y el precedente en la legislación laboral venezolana , Mervy Enrique González Fuenmayor ..	555
La cooperación internacional en materia de Derecho Internacional Privado: ¿éxito o fracaso? Una perspectiva venezolana , Víctor Hugo Guerra Hernández	589
Reflexiones en torno a la legitimación para el cobro de los honorarios profesionales del abogado , Mayra E. Guillermo Izquierdo	621
La vía de hecho en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia , José Ignacio Hernández G.	665

Presentación

I. Este libro, **Temas de Derecho Procesal**, el No. 15 de la *Colección de Estudios Jurídicos*, difunde en dos volúmenes, treinta y cuatro ensayos sobre Derecho Adjetivo, preparados, en su mayor parte, por docentes de nuestras Universidades. Asimismo, participan en él abogados que ejercen su profesión libremente, que se desempeñan en funciones públicas (sea como jueces o como funcionarios de otros poderes del Estado, incluidos en éstos quienes prestan sus servicios en este Alto Tribunal). Igualmente colaboran en la obra docentes y profesionales extranjeros.

II. En orden alfabético, estas son las colaboraciones que se difunden:

1. Ricardo Antela Garrido (**La cuestión de la competencia para conocer del recurso contencioso-funcionarial contra los órganos del poder electoral**) destaca que la creación del Poder Electoral por el constituyente de 1999 modificó “el esquema de competencias para conocer de las acciones contra los actos, hechos y omisiones de los órganos electorales, anteriormente distribuidas entre la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (CSJ-SPA) y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (CPCA)”. La Sala Electoral –señala– afirma tener “competencia exclusiva y excluyente para controlar los actos, actuaciones y abstenciones de los órganos del mencionado Poder, debe precisarse que, si bien estos órganos ejercen, en forma preeminente, una función típica –la función de naturaleza electoral– igualmente ejercen actividad administrativa ordinaria o de contenido no-electoral”, lo que lo lleva a “describir el singular forcejeo entre las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) acerca de la competencia para conocer de las acciones incoadas contra el Poder Electoral, con ocasión de las relaciones funcionariales o de empleo público en dicho Poder, naturalmente, aportando su propia interpretación en cada caso”.

2. Ricardo Baroni Uzcátegui (**De las competencias de los tribunales que integran la jurisdicción contenciosa administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia**) considera que, en la nueva Ley Orgánica del Alto Tribunal, existe “un vacío en cuanto al régimen competencial de los Tribunales que integran la Jurisdicción Contenciosa Administrativa distintos a la Sala Políticoadministrativa”. Aun cuando regló el de la Sala, “omitió regular el régimen competencial del resto de los Tribunales de esa espacialísima jurisdicción”, omisión subsanada por la jurisprudencia. En consecuencia, el objetivo de su estudio es comentar tales decisiones, particularmente, la No. 9/2005, proferida por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, por el impacto causado en el régimen de competencias de los Tribunales Superiores Civiles y Contenciosos Administrativos.

3. Humberto Enrique Tercero Bello Tabares e Isabel Cristina Bello Tabares (**Breves consideraciones sobre la impugnación de la experticia complementaria del fallo y sobre algunas decisiones judiciales en materia de honorarios de abogados**) “abordan los temas de la eventual ejecución de la decisión judicial cuando se ha ordenado una experticia complementaria del fallo, que posteriormente ha sido objeto de impugnación y apelación, así como el criterio que sobre determinados puntos relacionados con la materia de honorarios viene sosteniendo la Sala de Casación Civil y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. Estudian, pues, “la problemática de ejecutar la sentencia cuando ha mediado apelación contra la decisión del operador de justicia recaída sobre una experticia complementaria del fallo, que conforme al texto legal debe ser oída libremente”; lo relacionado con “las costas procesales en materia de honorarios de abogados, la competencia del Tribunal de Retasa, la legalidad del nuevo procedimiento de honorarios ideado por la Sala de Casación Civil y la oportunidad para el ejercicio del derecho de retasa, entre otros aspectos que han sido interpretados por el máximo Tribunal en forma confusa e incluso en algunos casos contradictoria, todo con el objetivo de fijar posición y aportar posibles soluciones ante una inminente revisión del actual criterio sobre la materia”.

4. Joaquín David Bracho Dos Santos (**La regulación de las pruebas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia**) considera que, analizar la regulación de las pruebas en el texto normativo indicado, implica “determinar su ubicación dentro de la Constitución y la ley, sus principios más importantes y la influencia de esa regulación ya en el

procedimiento contencioso administrativo”. En consecuencia, luego de analizar “sentencias relevantes dictadas recientemente por las Salas Constitucional y Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia”, hace “una comparación entre la regulación establecida en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con especial referencia a la desaplicación por control difuso del aparte once del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, realizada por la Sala Político Administrativa”.

5. Juan C. Castillo Carvajal (**La prueba de experticia en los procedimientos tributarios**), con base en la complejidad del fenómeno tributario y la creciente importancia de la experticia en el ámbito de sus procedimientos, ofrece “una *visión tributaria* de este medio de prueba, examinando algunas de sus características y peculiaridades en este ámbito del Derecho”. Obviando la discusión teórica sobre la naturaleza jurídica de la experticia, la considera un método de prueba porque el perito, “con base en sus conocimientos técnicos, percibe hechos no probados” base de un dictamen que contribuye a “formar el convencimiento del encargado de resolver el asunto, en relación con un hecho debatido en materia tributaria”.

6. Edilia De Freitas De Gouveia (**El Tercero Adhesivo: ¿Podrá Modificar su Condición Dentro del Proceso?**) estudia “los diferentes tipos de intervención adhesiva; su naturaleza, (...pues se discute si es o no parte del juicio); y por último plantearnos si una vez que interviene el tercero adhesivo podrá modificar su condición en el proceso”. A estos efectos, con base en el examen de bibliografía, nacional y extranjera, y la jurisprudencia de nuestros tribunales, divide su ensayo en dos partes. En la primera trata la noción de intervención adhesiva y el interés de actuar en el proceso. La otra versa sobre la posibilidad de modificar su situación en el transcurso del mismo.

7. Alfredo De Jesús O. (**La pretendida compensación legal: notas críticas sobre una noción artificial**) retoma una discusión que, a su entender, había sido relegada al olvido: la relacionada con la naturaleza jurídica y los efectos de la compensación, en especial “el que muchos han bautizado como ‘*ipso iure*’, ‘de pleno derecho’ o ‘en virtud de la ley’, cuyo carácter equívoco, artificial e incoherente, intentaremos revelar”. Con su estudio pretende “demostrar que la noción de compensación legal que consagra el Código Civil venezolano es la

legalización de un error de interpretación de las normas sobre la materia en los procedimientos judiciales romanos”, por una parte. Por la otra, “superar la noción de compensación legal y desplazarla por la noción de compensación voluntaria (voluntaria, no convencional) haciendo coherente la exigencia procesal de su oposición en juicio con la naturaleza de este medio de extinción de las obligaciones”.

8. Alfredo De Stéfano Pérez (**La incompetencia del tribunal como causa de inadmisibilidad de los recursos contenciosos administrativos**), con base en la sentencia No. 97/2005 del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, “que consideró contrario a los derechos constitucionales del justiciable” la aplicación literal del artículo 19.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, “específicamente referido a la falta de competencia del tribunal como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, criterio restrictivo que venía siendo aplicado reiteradamente por la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del máximo tribunal”. Luego de delimitar los términos de la controversia entre ambos criterios, examina los cambios habidos en la jurisprudencia de la Sala mencionada en último término que la llevaron a retomar una doctrina anteriormente abandonada. Concluye revisando el fallo de la Sala Constitucional mencionado por considerar que “resolvió la polémica existente sobre este tema”.

9. Valmy Díaz Ibarra y Jorge Jraige Roa (**Costas Procesales y Revocatoria de los Actos por la Administración en el Contencioso Tributario**) consideran que el régimen previsto en el Código Orgánico Tributario vigente “podría ser encuadrado dentro del sistema subjetivo de costas”, según el cual “la parte vencida en un proceso judicial “podrá ser exonerada del pago de los gastos procesales incurridos por su contendor o contraparte, siempre y cuando (...) haya tenido motivos racionales para litigar o lo haya hecho en ausencia de temeridad”. A su juicio, en los supuestos de convenimiento, la Sala Políticoadministrativa, en contra del deber ser, ha acogido una posición formalista al considerar improcedente la condena en costas.

10. María Candelaria Domínguez Guillén (**Comentarios sobre algunas decisiones judiciales relativas al Defensor *ad litem***), con base en las decisiones de los tribunales, no en la doctrina, somete a la consideración del lector algunas reflexiones sobre esta figura tan conocida –por su uso– en el quehacer judicial. A su juicio, nos encontramos frente “a un auxiliar

de justicia que permite la válida continuación del proceso ejerciendo el derecho de defensa de la parte demandada si ésta no ha logrado ser citada personalmente”. En consecuencia, su participación, amén de fundamental e indispensable en el ámbito formal, también lo es en lo relacionado con “la búsqueda y defensa de su representado a los fines del acto trascendental que supone la contestación de la demanda”. En esta última dirección, asevera, se orientan las decisiones de los tribunales que declaran la improcedencia de la confesión ficta y, en este supuesto, ordenan la reposición de la causa.

11. Olga M. Dos Santos P. (**La queja contra los integrantes de Cortes de Apelaciones o Tribunales Superiores**) reflexiona en torno a la posibilidad de accionar con miras a hacer efectiva la responsabilidad civil por una actuación judicial en el ordenamiento jurídico venezolano. A este fin, realiza algunas precisiones sobre el recurso de queja consagrado en los artículos 830 y siguientes del Código de Procedimiento Civil particularmente en lo atinente al ámbito competencial. En relación con éste, ofrece su interpretación de la última parte de la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Considera que, de conformidad con la citada norma, el procedimiento en la acción de queja comprende dos etapas: la no contenciosa (ante la Sala Plena) y el juicio propiamente dicho, a partir de la decisión afirmativa de mérito, que debe ser tramitado, respetando las garantías constitucionales, con arreglo a las disposiciones previstas sobre juicio ordinario en el Código de Procedimiento Civil.

12. Sara Lidia Feldstein de Cárdenas (**Reflexiones sobre los acuerdos de selección de foro en el comercio electrónico**) considera que el espacio cibernético, aunque luce sin fronteras, debe estar regulado, legítimamente, por los derechos estaduales que, en consecuencia, pueden ser aplicados. En su estudio trata de justificar su afirmación, al tiempo que analiza “la posibilidad de impartir justicia en esa esfera”. El tema es de gran interés pues, afirma, aunque se puede “vacilar acerca de si nos encontramos transitando una era que ha recibido muchísimas designaciones tales como postindustrial, neoindustrial, superindustrial, postmoderna, de la información, tecnocrática, de las redes, digital entre tantas otras posibles, lo cierto es que de lo que no nos caben dudas es que estamos conviviendo en lo que ha dado en llamarse, acertadamente, la “aldea global”.

13. Sacha Rohán Fernández Cabrera (**Las acciones y recursos judiciales ante el Tribunal de Justicia Andino**) explicita una materia que, a su juicio, no ha recibido la importancia que merece por la doctrina nacional, a pesar de la conveniencia y necesidad de conocer “los aspectos procesales que deben aplicar en un mundo globalizado en inmerso en varios procesos integracionistas en el ámbito mundial, donde Venezuela no escapa de ello”. En consecuencia, analiza brevemente “qué es el Tribunal de Justicia Andino y lo referente sus procesos judiciales, dentro de la actividad integracionista que más se encuentra relacionada con nuestro país, como lo es el de la Comunidad Andina, en cuanto a las acciones y recursos que podemos ejercer, cuándo proceden y cómo deben ser utilizadas de conformidad con su naturaleza”.

14. Mervy Enrique González Fuenmayor (**El control de la legalidad. La jurisprudencia y el precedente en la legislación laboral venezolana**) –con base en la doctrina, las decisiones judiciales y los textos normativos– desarrolla el tema del control de la legalidad. Su análisis lo lleva a concluir afirmando “que la jurisprudencia además de ser una fuente es una ciencia y que el control de legalidad es una Tercera Instancia, al tiempo que afirma que la fuerza obligatoria del precedente no resulta tan obligatoria como parece”.

15. Víctor Hugo Guerra Hernández (**La cooperación internacional en materia de Derecho Internacional Privado: ¿éxito o fracaso? Una perspectiva venezolana**) divide su aporte en cinco partes. Luego de formular unas consideraciones de carácter general, explica cómo opera la cooperación internacional en el Continente Americano, el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado y la práctica venezolana sobre la materia en estudio. Concluye su estudio exponiendo la necesidad de crear, por el momento, un manual sin carácter normativo que guíe a las autoridades en su diario acontecer. A largo plazo, piensa se deben “debatir en el foro interamericano (...) los logros alcanzados y las dificultades sufridas internamente, con el fin de proyectarlos hacia el exterior y discutirlos con nuestros pares extranjeros, procurando la armonía internacional añorada por nuestros predecesores.”

16. Mayra E. Guillermo Izquierdo (**Reflexiones en torno a la legitimación para el cobro de los honorarios profesionales del abogado**) aborda una materia susceptible de ser controvertida: “la determinación del sujeto legitimado para hacer efectivo el cobro de los

honorarios causados judicialmente, es decir, quién está autorizado para exigir también judicialmente el pago de este concepto”, determinación que “supone dos escenarios: el primero, la determinación de la legitimación activa cuando el legitimado pasivo o sujeto obligado es el cliente del abogado, es decir, el contratante de éste (caso en el cual no se plantean muchas dificultades) y, el segundo, cuando el legitimado pasivo es el vencido en el juicio, o de manera más precisa, el condenado en costas”. Luego de revisar los argumentos fundamento de los precedentes judiciales, su motivación y su interpretación más acertada, la autora pretende aproximarse “a una solución razonable”.

17. José Ignacio Hernández G. (**La vía de hecho en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia**) destaca que, en el conjunto normativo identificado en el título de su colaboración, se contempla la competencia de la Sala Políticoadministrativa “para conocer de las ‘acciones’ que se interpongan contra las vías de hecho de ciertas Administraciones Públicas, lo que constituye una novedad dentro del sistema de justicia administrativa, por la incorporación expresa de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de tal modalidad de la manifestación del actuar de la Administración”. A su juicio, la normativa indicada “supone un avance en la materia, al reconocer que (...) los particulares podrán acceder a la justicia administrativa y formular pretensiones cuyo objeto sea la vía de hecho de la Administración”. Con miras a facilitar el examen de la reforma, divide su ensayo en dos secciones: la primera analiza, sumariamente, la situación del control de las vías de hecho antes de la vigencia de la Ley Orgánica identificada; en tanto que, en la otra, esboza “una propuesta de interpretación de las normas que, en esa Ley, atañen a la vía de hecho administrativa”.

18. Salvador Leal Wilhelm (**La distribución de competencias contencioso-administrativas en la legislación y jurisprudencia venezolanas**) la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia –señala– regula las competencias entre las Salas Políticoadministrativa y Electoral; pero delega en el Alto Tribunal la reglamentación de las propias de las Cortes y Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo, las cuales han sido ampliadas –y restringidas– por la jurisprudencia en nombre de la cláusula general y la unidad del contencioso administrativo, aun cuando existe un único Poder Judicial. Dichas imprecisión y variabilidad, a juicio del autor, han devenido en denegación de justicia e inseguridad jurídica).

Su colaboración busca ofrecer una guía en el laberinto creado con este motivo.

19. Carlos Alberto Matheus López (**El convenio arbitral en el derecho peruano**) afirma “que el convenio arbitral importa un elemento axial y genético del arbitraje, sin cuya existencia no podría tener lugar este último. Asimismo, la figura en estudio posee una obvia concomitancia con la autonomía de voluntad y el principio de oportunidad que informan al proceso arbitral”. Asevera, además, “que si bien –como regla– su formalización ha de ser escrita, este requisito se flexibiliza a la luz de los nuevos medios de comunicación, deviniendo así en un requisito más de carácter *ad probationem* que *ad solemnitatem*”. Para determinar, destaca “que la proyección negocial del convenio arbitral incide tanto en la fijación del contenido de éste –necesario y facultativo–, como en su eficacia –positiva y negativa–, siendo además la falta de algunos de sus elementos la causa de eventuales supuestos patológicos.

20. Eduardo Molina Quiroga (**Valor probatorio del correo electrónico**) luego de destacar la importancia de las telecomunicaciones y su desarrollo en los últimos años, presenta el concepto de correo electrónico, sus antecedentes, su funcionamiento, la estructura de los mensajes y la red internet donde circulan, aun cuando no en forma exclusiva. En la segunda parte de su colaboración, comenta los medios de prueba (documento e instrumento) y el impacto tecnológico que ha dado como resultado el documento electrónico y los certificados digitales. Seguidamente presenta la normativa vigente en el Código Civil Argentino, la Ley Modelo de la Comisión de Comercio Internacional de las Naciones Unidas. Finalmente, compara los documentos electrónicos con otros instrumentos similares y agrega un glosario para facilitar la comprensión de la terminología.

21. Hugo Nemirovsky (**El valor probatorio del documento electrónico**) persigue “delinear algunos criterios que permitan a los jueces venezolanos aplicar con alguna homogeneidad la valoración de la prueba documental, representada, debido a los avances tecnológicos, de forma diferente a la que tradicionalmente estábamos acostumbrados. Aunque técnicamente deberíamos circunscribirnos a su eficacia probatoria, hacemos específica referencia al juez pues es quien en definitiva ‘valora’ al medio de prueba”. Advierte, sin embargo, que podría discutirse la univocidad del vocablo “electrónico” pues –con base en el objeto, soporte o continente del hecho representado– podría variar su calificación.

22. Gonzalo Parra-Aranguren (**Las disposiciones generales sobre conflicto de leyes en el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica [2004]**) divide su estudio en tres ítems: Los antecedentes, el esquema del Código y las disposiciones generales de Derecho Internacional Privado. En el último punto analiza la aplicación del Derecho Extranjero, el Reenvío, el sistema pluri-legislativo, el fraude à la loi, la cláusula de Excepción y las reglas de Aplicación Especial y Excepción de Orden Público. Concluye con unos “Comentarios finales”, entre los cuales destaca el relativo a las decisiones adoptadas, el treinta de junio del año en curso, por la Vigésima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con la activa participación de la Comunidad Europea, en relación con la materia objeto de su estudio.

23. Carlos Pérez Fernández (**Notas sobre la Colisión entre las Leyes Preconstitucionales y la Constitución**) comenta “dos aspectos relativos a la colisión entre las leyes preconstitucionales y la Constitución: su naturaleza y los órganos judiciales competentes para dilucidar este tipo de conflictos normativos”. Antes de explicar la respuesta venezolana, reseña las adoptadas en otros sistemas jurídicos, “las cuales guardan relación directa con el sistema de control de constitucionalidad que existe en cada país”. Posteriormente, se refiere a las adoptadas “frente a estos conflictos normativos en algunas decisiones de la extinta Corte Suprema de Justicia, para pasar a exponer finalmente el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y las razones por las cuales se considera adecuada, a la luz del ordenamiento jurídico venezolano, la postura que este órgano jurisdiccional ha adoptado respecto de este problema”.

24. Gladys J. Rodríguez R. de Bello (**Reflexiones sobre el proceso venezolano de solicitud del beneficio de Atraso**), entre la multiplicidad de tópicos que podría analizar al estudiar este tema, escogió los relacionados con su naturaleza, los sujetos del proceso, quiénes tienen la cualidad de partes, si se pudiere utilizar el vocablo, los libros computarizados y sus efectos, la jurisprudencia, los vacíos que presenta la normativa y la figura del síndico para diferenciarlo del de la quiebra. El atraso, a pesar de su escasa difusión, a juicio de la autora ha tenido gran auge en la época actual por ser propio de economías en crisis.

25. Juvenal Salcedo Cárdenas (**Tres fases del proceso penal**) somete a la consideración “unas reflexiones, en voz alta, sometidas a correcciones

oportunas, que he compartido con mis alumnos del Quinto Año de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central del Venezuela”, con la esperanza de que les sean de utilidad en sus estudios.

26. Beatrice Sansó de Ramírez (**Justicia Administrativa en los cinco años de vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**), luego de referirse a la Justicia Administrativa y la tutela judicial efectiva, analiza temas sustantivo-procesales relevantes a partir de la vigencia de la Constitución de 1999, a la luz de la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Justicia. A su juicio, la Carta Fundamental vigente ha influido “en forma determinante en el desarrollo de la justicia administrativa de nuestro país, debiendo constituirse obligatoriamente en el punto de partida de cualquier decisión.”

27. José Vicente Santana Osuna (**La tacha y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**) afirma que, a pesar del “esfuerzo del Legislador por adecuar el complejo procedimiento de la tacha a los nuevos postulados procesales laborales”, es posible encontrar, “no sólo la existencia de lagunas, sino la presencia de criterios diferentes en cuanto a una misma situación”. Considera que corresponderá a la jurisprudencia “darle solución a muchos asuntos que hoy en día parecen conflictivos” y, de ese modo, ayudará al perfeccionamiento “de una Ley que nació para marcar cambios fundamentales en la administración de justicia de nuestro País”.

28. Carlos J. Sarmiento Sosa (**El principio de economía procesal en el proceso por audiencias laboral**) destaca que “en aras de buscar una justicia rápida para lograr el fin del proceso, la LOPT se nutrió en el derecho procesal iberoamericano recogido en el Código Modelo, de donde incorporó, en líneas generales, los principios del proceso civil, haciendo particular énfasis en el predominio del principio de oralidad sobre el principio de escritura y el principio de economía procesal que lo circunscribe básicamente a la reducción de los lapsos procesales como un mecanismo particular de administrar la justicia en el tiempo más breve posible”. El estudio pretende “constatar si, en efecto, la LOPT adopta el principio de economía procesal con respeto al derecho de acceso a la justicia en el proceso por audiencias que prima en esa ley”. Para ello analiza “el principio de economía procesal para continuar de seguidas su recepción por parte de la LOPT, para luego pasar al estudio crítico del

principio de economía procesal en el proceso por audiencias de la LOPT y finalizar con las correspondientes conclusiones”.

29. H. Eduardo Sirkin (**Presunciones en la violencia psíquica y en los conflictos familiares**) versa sobre la prueba –o falta de ella- para demostrar que los “hechos invocados tiene sustento en el tratamiento de la violencia psíquica y demás conflictos familiares”. No alude, por supuesto a las presunciones legales, sino a aquellas “cuestiones en las que es imposible la prueba directa de los hechos y se debe recurrir a indicios que coincidentes induzcan al juez a extraer consecuencias jurídicas”. Entiende por indicio el elemento que, por sí solo, “no tiene valor alguno pero, al relacionarse con otros”, por su gravedad, precisión y concordancia, configuran una presunción, cuya fuerza “radica en el correcto silogismo que en base a los indicios y el proceso de deducción se logra la probabilidad unívoca al aplicar la experiencia en la interpretación”. Concluye su estudio afirmando que tanto los indicios como “las presunciones y la conducta de las partes son de gran utilidad para acercar al juez la verisimilitud de la existencia de hechos que coadyuvan al otorgamiento de derechos”.

30. Silvia Tanzi y Pablo Jorge Torterolo (**Los principios procesales que emergen de la Audiencia Preliminar introducida en el Art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina**) destacan “la dinámica que ha adquirido el proceso, particularmente a partir de la introducción de la denominada audiencia preliminar que el Art. 360 señala, en tanto articula y torna palpables una serie de principios procesales que en ella se conjugan y sobre los cuales se asienta el ordenamiento jurídico procesal”.

31. Victorino J. Tejera Pérez (**La Ejecución de Laudos Arbitrales CIADI en contra de la República: Referencia a la Sentencia No. 1.942 del 15 de julio de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**) se refiere, como la denominación de su estudio lo indica, “al tema del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, en contra de la República”. El mismo ha adquirido cada día más importancia, particularmente en el campo de las inversiones, de características muy particulares por cuanto “–nos atrevemos a afirmar– siempre la parte demandada es un Estado o alguna dependencia de éste” y ha sido objeto de regulación a través del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, ratificado por Venezuela. Cuando el laudo lo cumple el demandado

voluntariamente no se plantea problema alguno. Éste surge cuando no quiere honrarlo pues cabe preguntarse si es susceptible de cumplimiento no espontáneo. Luego de comentar las normas del derecho nacional y del Convenio, expone la posición sustentada por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en la Sentencia No. 1942 de quince de julio de 2003.

32. Miguel Ángel Torrealba Sánchez (**Algunas implicaciones procesales de la reciente jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa en materia de demandas contra los entes públicos y en el contencioso de los contratos administrativos**) refiere los antecedentes legislativos de las demandas contra los entes públicos y las derivadas de la responsabilidad contractual de la República. Seguidamente, comenta la regulación en materia de demandas derivadas de contratos administrativos y contra entes públicos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, así como los principales criterios jurisprudenciales planteados al respecto. En tercer lugar, examina la regulación de ambos tipos de demandas a la luz de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el tratamiento jurisprudencial que al respecto le ha dado la Sala Políticoadministrativa. Para concluir, enfatiza, la necesidad de examinar la conveniencia de las tendencias jurisprudenciales imperantes, así como de “reflexionar sobre su adecuación con los lineamientos constitucionales de la jurisdicción contencioso-administrativa”.

33. Carolina Turín Ortiz y Alvaro Garrido Lingg (**La presunción de buena fe y su tratamiento en el referendo revocatorio presidencial de 2004**) plantean consideraciones generales en relación con el principio de la buena fe en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo para referirse a dicho principio y a su tratamiento, por el Consejo Nacional Electoral y las decisiones de las Salas Electoral y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. A su entender, el principio *in commento* “rige aún cuando no se encontrare positivizado”, por una parte. Por la otra, al estar consagrado en los Derechos Civil y Administrativo, “dada la ausencia de la base normativa que regulara el supuesto de las planillas planas o de caligrafía similar, el Consejo Nacional Electoral como ente administrativo encargado de garantizar –más no de obstaculizar– el ejercicio de los derechos políticos por parte de los ciudadanos debió aplicar el principio general de la buena fe y presumir la buena fe de los firmantes colocados en observación o desvirtuar dicha presunción”.

34. Francisco Rafael Verde Marjal (**La acción laboral: Un análisis a partir de la competencia material del juez del trabajo y los principios que rigen al nuevo procedimiento laboral**), luego de estudiar la noción de acción judicial en el derecho procesal común, explica cuáles son los contenidos esenciales de la laboral. En este orden de ideas la explicita como fuente de una relación jurídica derivada del hecho jurídico trabajo y como instrumento regulador de las relaciones de conflicto que surgen del mismo.

III. Como pueden darse cuenta los amables lectores, se cubre una gran variedad de materias que, esperamos sean de su interés. Para finalizar sólo nos queda agradecer a quienes participaron en la materialización de esta obra la generosidad de su colaboración.

Caracas, veinticuatro de agosto de 2005

Fernando Parra Aranguren

La cuestión de la competencia para conocer del recurso contencioso-funcionarial contra los órganos del Poder Electoral

Ricardo ANTELA GARRIDO*

Sumario:

Introducción

- 1. Régimen preconstitucional**
- 2. Régimen postconstitucional:** 2.1. *Vigencia de la LOSPP y de la LOCS.* 2.2. *La postura inicial de la Sala Electoral (Febrero del 2000.* 2.3. *Los vaivenes de la Sala Político administrativa (Abril 2000 – Marzo 2001).* 2.4. *La rectificación de la Sala Electoral (Mayo del 2001).* 2.5. *Consecuencias de la Ley del Estatuto de la Función Pública (Julio del 2002).* 2.6. *La Sala Político administrativa actualiza su criterio (Septiembre del 2002).* 2.7. *El aporte de la Sala Constitucional (Agosto del 2003).* 2.8. *Secuelas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Mayo del 2004).* 2.9. *La Sala Electoral retorna a la postura inicial (Mayo del 2004).*

* **Universidad Católica Andrés Bello.** Abogado, graduado *Cum Laude*, *Especialización en Derecho Administrativo*, cursante. **Universidad Nacional Abierta**, Consultor Jurídico.

Conclusiones: 1. *El régimen del recurso contencioso-electoral.* 2. *El régimen del recurso contencioso-funcionarial.* 3. *Situación provisional de la jurisdicción administrativa funcionarial.* 4. *Sobre un anteproyecto de Ley*

INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que en 1999 el pueblo de Venezuela decretó una nueva Constitución de la República “con el fin supremo de refundar la República para establecer una *sociedad democrática, participativa y protagónica...*” (*Vid.* Preámbulo. Énfasis nuestro)¹. A tal efecto, las disposiciones fundamentales de la Constitución de la República erigen a Venezuela como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, entre otros, la democracia (artículo 2); atribuye al Estado como uno de sus fines esenciales, “el ejercicio democrático de la voluntad popular” (artículo 3); hace residir en el pueblo la soberanía, de donde emanan los órganos del Estado y la cual se ejerce directamente a través de los medios establecidos en la Constitución, e indirectamente a través del sufragio (artículo 5); y caracteriza al gobierno como democrático, participativo y de mandatos revocables (artículo 6); todo lo cual se ve complementado por los artículos 62 a 74 del propio Texto Constitucional, amplio en cuanto a la regulación de los derechos políticos.

Como acertadamente lo ha precisado el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Electoral (TSJ-SE), la Constitución de 1999 modificó sustancialmente las bases del sistema político y del ordenamiento jurídico venezolano, reformando las diversas Instituciones del Poder Público, siendo una de las principales reformas, la regulación de los derechos políticos (Título III, Capítulo IV, Sección Primera), no sólo en cuanto al derecho a la participación protagónica de los ciudadanos en los asuntos públicos (artículo 62), sino también, en cuanto a la conformación orgánica de las Instituciones encargadas de instrumentar dicha participación (Capítulo V, del Poder Electoral).²

¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5453 (Extraordinario), Marzo 3, 2000.

² Tribunal Supremo de Justicia: Sala Electoral. (2000, febrero 10). N° 2. Caso: *Cira Urdaneta*. Caracas. Ponente: José Peña Solís.

En efecto, la onda renovadora que produjo el proceso constituyente de 1999 originó que, a la tradicional trilogía del Poder Público –Ejecutivo, Legislativo y Judicial–, la Constitución añadiera dos (2) Poderes: el Ciudadano y Electoral (artículo 136), añadidura esta última que, como se desprende de la referida sentencia del TSJ-SE, no obedeció a meras razones de técnica legislativa o de racionalidad en la distribución orgánica del Poder, sino que expresa coherente y sistemáticamente la nueva concepción del Estado pues, supera claramente la tesis de la Constitución de la República derogada (1961), que mencionaba genéricamente a los órganos electorales, los cuales debían preverse en la Ley, con la única finalidad de permitir el ejercicio periódico –cada tres (3) o cinco (5) años– del derecho al sufragio.

(...) Los dispositivos constitucionales evidencian la intención de la Carta Magna de erigir en una nueva rama del Poder Público, al Poder Electoral, pues así se desprende inequívocamente de su conformación orgánica (Consejo Nacional Electoral, Junta Electoral Nacional, Comisión de Registro Civil y Electoral y Comisión de Participación Política), la cual armoniza con las nuevas funciones que se le atribuyen a dicho Poder (que lógicamente incluye a la clásica electoral antes enunciada), dirigidas a lograr fundamentalmente hacer realidad la participación y el protagonismo del pueblo en ejercicio de la soberanía en lo político, tal como lo preceptúa el citado artículo 70 *ejusdem*, (...) En fin, planteada así la situación podría decirse que la Constitución de 1999 configura, en primer lugar, una organización del Poder Público novedosa en el marco del Derecho Constitucional, y en segundo lugar, una rama de ese Poder (el Electoral), también novedosa, pero sobre todo casi inédita –entiéndase conceptuada como tal Poder para ejercer las mencionadas funciones, y no como un órgano simple de la Administración Pública Nacional en el ámbito de esa rama de la Ciencia Jurídica, lo que en resumen denota un profundo cambio institucional que tiene como norte la promoción de una democracia más directa y participativa como sistema político para todos los venezolanos.³

Desde luego, la fundación de una nueva rama del Poder Público Nacional no supuso, en modo alguno, la quiebra de principios fundamentales que presiden todo ordenamiento constitucional en un Estado de Derecho, como lo son la universalidad del control jurisdiccional sobre el Poder Público, que se extiende

³ *Idem*.

a todos y cada uno de sus actos, derivado del principio constitucional de legalidad (artículo 137), y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26).

En ese orden de razonamiento también el texto constitucional guarda la debida congruencia y armonización lógica, pues *a los fines de ejercer el control judicial de los actos, actuaciones y abstenciones de los órganos del nuevo Poder, crea una jurisdicción especial*, derivada del entramado normativo constituido por los artículos 253, 259 y 262, y muy especialmente el 297 del texto fundamental, que emblemáticamente se refiere a dicha jurisdicción en los siguientes términos: “La jurisdicción contencioso electoral será ejercida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la Ley”. De modo, pues, que la creación del nuevo Poder (el Electoral), originó la voluntad inequívoca de la Constitución de erigir a su vez una jurisdicción especial, *con la competencia exclusiva y excluyente de controlar los actos, actuaciones y abstenciones de los órganos del mencionado Poder* (énfasis añadido).⁴

No obstante la escasez del artículo 297 Constitucional, el desarrollo jurisprudencial posterior ha postulado que la pura creación del Poder Electoral y de la jurisdicción electoral trastocó el esquema de competencias para conocer de las acciones contra los actos, hechos y omisiones de los órganos electorales, anteriormente distribuidas entre la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (CSJ-SPA) y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (CPCA).

A pesar de haberse creado un Poder Electoral y una jurisdicción especializada que, según el decir de la Sala Electoral, tiene la competencia exclusiva y excluyente para controlar los actos, actuaciones y abstenciones de los órganos del mencionado Poder, debe precisarse que, si bien estos órganos ejercen, en forma preeminente, una función típica –la función de naturaleza electoral– igualmente ejercen actividad administrativa ordinaria o de contenido no electoral.

Se trata entonces, de una dualidad funcional de los órganos administrativos electorales, dado que, a la par de ejercer –con carácter de exclusividad– una actividad propiamente de contenido electoral,

⁴ *Idem.*

esto es, directa indirectamente relacionada a un procedimiento comicial, necesariamente deben ejercer *actividad administrativa típicamente institucional, relativa a su funcionamiento u organización* (énfasis añadido).⁵

Una de las dificultades que plantea la creación del Poder Electoral y de la jurisdicción electoral es la atinente a si dicha jurisdicción fue creada con el objeto de controlar todo acto, hecho u omisión de los órganos del Poder Electoral, independientemente de su naturaleza, o por el contrario, fue creada para ejercer el control jurisdiccional sólo de una actividad sumamente especializada: La actividad electoral.

Entre la actividad administrativa típicamente institucional que despliegan los órganos del Poder Electoral está la dirección y gestión de la función pública en el marco de las relaciones de empleo público, o lo que es lo mismo, todo lo relativo al ingreso, ascenso, retiro, situaciones administrativas y demás situaciones derivadas de la aplicación del estatuto funcionarial en el Poder Electoral. Precisamente, “[e]l punto relativo a la competencia para conocer las querellas funcionariales contra el Consejo Nacional Electoral ha sido uno de los más controvertidos en la jurisprudencia posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999”⁶, viéndose peculiarmente sometido a divergencias jurisprudenciales y a rebuscadas interpretaciones constitucionales y legales.

A continuación, el autor se propone describir el singular forcejeo entre las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) acerca de la competencia para conocer de las acciones incoadas contra el Poder Electoral, con ocasión de las relaciones funcionariales o de empleo público en dicho Poder, naturalmente, aportando su propia interpretación en cada caso.

⁵ Urosa M., D. y Hernández G., J. I. (1998). *Estudio analítico de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política: Régimen jurídico de la actividad administrativa electoral*. Caracas: FUNEDA, p. 7.

⁶ Torrealba-Sánchez, M. A. (2004). *El ámbito de competencias de la jurisdicción contencioso electoral en la Constitución de 1999*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. p. 137.

1. RÉGIMEN PRECONSTITUCIONAL

Sobre la evolución del control judicial de los procesos electorales antes de 1993, expone Peña Solís que entre 1830 y 1874 no existió control judicial de los procesos electorales; que posteriormente, entre 1874 y 1936, se desarrolló el control judicial, correspondiéndole primeramente a las Cortes estatales y luego al Supremo Tribunal: la Corte Federal de Casación o la Corte Suprema de Justicia (CSJ), según sea la etapa histórica; y que a partir de 1946 y hasta 1993, la competencia para ejercer el control judicial de los recursos electorales estuvo reservada a la Corte Federal de Casación o a la CSJ, según sea el caso.⁷

La reforma legal de 1993 supuso un cambio importante pues, “[d]e acuerdo con las disposiciones respectivas, se fija una especie de asignación competencial por el grado”⁸, repartida de la manera siguiente: i) A la CSJ correspondía conocer en única instancia de los recursos relativos a las elecciones del Presidente de la República (artículo 215) y del recurso de interpretación (artículo 213); ii) A la CPCA correspondía conocer en única instancia de los recursos atinentes a las elecciones de senadores y diputados nacionales, y de los gobernadores (artículo 216), y en segunda instancia de las decisiones adoptadas por los Juzgados Superiores con competencia en lo administrativo (artículo 217); y, iii) A los Juzgados Superiores con competencia en lo administrativo (JSCA) correspondía conocer en primera instancia de los recursos relacionados con las elecciones de diputados estatales, alcaldes, concejales municipales y miembros de las Juntas Parroquiales (artículo 218).⁹

Finalmente, entre las implicaciones más importantes de la acentuada reforma legislativa de 1998, estuvo la consagración como único mecanismo de impugnación, del recurso contencioso-electoral, un medio breve, sumario y eficaz que procede contra actos, hechos u omisiones de la Administración electoral, así como la modificación del régimen de competencias en materia de control judicial electoral, al establecerse la “instancia única”, independientemente de la elección de que se trate, y la supresión de la competencia electoral a los JSCA.

⁷ Citado por Torrealba-Sánchez, *Op. Cit.*, p. 26.

⁸ Torrealba-Sánchez, *Op. Cit.*, p. 27.

⁹ *Vid.* Brewer C., A. R. (1993). Introducción general al régimen de la Ley Orgánica del Sufragio. *Ley Orgánica del Sufragio*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 7-140, p. 131.

Así, el artículo 240 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (LOSPP)¹⁰ dispuso que el recurso judicial electoral sería conocido “en instancia única” por la CPCA cuando se trate de elecciones en los niveles estatal y municipal, y por la CSJ-SPA cuando se trate de elecciones en el nivel nacional y de otras actividades inherentes a la función electoral, esto es, la constitución, financiamiento y cancelación de los partidos políticos, la designación de los miembros de los organismos electorales, lo atinente al Registro Electoral y, residualmente, las demás materias vinculadas a procesos electorales y referendos.¹¹

No obstante la consagración del llamado recurso contencioso-electoral, la LOSPP fue muy clara al dejar precisado que, en sede administrativa, los actos administrativos relativos al funcionamiento institucional serían revisados con arreglo a los procedimientos [administrativos] ordinarios previstos en la legislación correspondiente (artículo 225.1), y en sede judicial, los mismos actos serían impugnados “de conformidad con los recursos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia o en otras leyes” (artículo. 235, aparte único). Conforme a esta norma todos los actos o actuaciones del Consejo Nacional Electoral o de sus organismos subalternos que puedan afectar el funcionamiento institucional de los mismos son impugnables, mediante el recurso de anulación contra actos de efectos generales y se tramitará conforme a lo dispuesto en las Secciones Segunda y Cuarta del Capítulo II, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; y mediante el recurso contencioso administrativo de anulación de actos de efectos particulares o mediante el recurso de carencia, negativa o abstención y se tramitarán conforme a las Secciones Tercera y Cuarta del Capítulo II, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.¹²

¹⁰ Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. (1998). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 5.233 (Extraordinario). Mayo 28, 1998.

¹¹ Para una lectura pormenorizada del régimen de competencia judicial electoral, previo a la Constitución de 1999, puede consultarse la citada obra de Urosa y Hernández, pp. 213 a 218.

¹² Hernández-Mendible, V. (1998). *La revisión de los actos y actuaciones de los organismos electorales en sede judicial*. (Conferencia dictada el 28 de agosto de 1998, en el marco de las “Jornadas en Materia Electoral”, realizadas en el Instituto de Estudios Superiores de la Fiscalía General de la República). Caracas: [Documento en Línea]. Disponible: <http://hernandezmendible.com>. [Consulta: 2004, Noviembre 06].

Esta distinción establecida por la LOSPP le permitió a Urosa y Hernández afirmar un principio general de la legislación electoral:

(...) la actividad administrativa de naturaleza electoral, será revisada a través de especiales medios de control, mientras que la actividad administrativa ordinaria, desplegada por los órganos electorales, será revisada mediante los medios de control típicos, consagrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.¹³

Por lo demás, no era un principio electoral novedoso pues, como igualmente lo afirman Urosa y Hernández¹⁴, el mismo se manifestaba en la legislación anterior a 1998, que sólo preveía los recursos electorales contra “los actos de un órgano electoral que abarcaran el resultado total o parcial de un procedimiento comicial”, excluyendo, por ende, a “los actos administrativos de los organismos electorales relativos a su funcionamiento institucional, o sobre materias no vinculadas estrechamente a un proceso electoral” (CPCA, sentencias de fechas 08 de mayo de 1996 y 14 de mayo de 1997, ambas citadas por Urosa y Hernández).

Así las cosas y con base al artículo 225.1 de la LOSPP, en concordancia con los artículos 42.12 y 43 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ)¹⁵, la revisión judicial de los actos administrativos relativos al funcionamiento institucional era competencia de la extinta CSJ-SPA, a través de recurso contencioso de nulidad previsto en la mencionada Ley de la Corte. Siguiendo este mismo razonamiento, explica Angeli¹⁶ que durante la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa (LCA)¹⁷, reiteradamente se sostuvo que correspondía conocer –en primera y única instancia– de las reclamaciones

¹³ *Op. Cit.*, p. 7.

¹⁴ *Idem.*, p. 8.

¹⁵ Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. (1976). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 1893 (Extraordinario)*. Julio 30, 1976.

¹⁶ Angeli A., J. A. (2003). Excepciones al ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública. *El régimen jurídico de la función pública en Venezuela: Tomo II*. Caracas: FUNEDA-CEIN. 67-101, p. 87.

¹⁷ Ley de la Carrera Administrativa. (1975). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 1.745 (Extraordinario)*. Mayo 23, 1975.

formuladas por los funcionarios del Consejo Nacional Electoral (CNE), a la extinta CSJ-SPA.

2. RÉGIMEN POSTCONSTITUCIONAL

En criterio de Peña Solís, el artículo 297 de la Constitución de la República, que atribuye el ejercicio de la jurisdicción electoral al TSJ-SE y a los demás tribunales que determine la ley, “creó una nueva jurisdicción, no una nueva Sala, como en el caso de la Sala de Casación Social”, sin embargo, “inexplicablemente no le atribuyó ni una sola competencia”, carencia esta que a juicio del nombrado autor, ha motivado que la Sala se haya autoatribuido casi todas sus competencias y haya continuado perfilando, por vía de ampliación, el perímetro de su esfera competencial.¹⁸

La interrogante que inmediatamente surge es si, con motivo de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, y sólo por ese hecho, *ipso iure* quedó derogado el régimen de competencias establecido en la LOSPP, o si, por el contrario, dicha Ley conservaba plena vigencia hasta que se dictaran las leyes orgánicas sobre el TSJ y sobre la jurisdicción electoral.

2.1 Vigencia de la LOSPP y de la LOCSJ

A juicio del autor, la Disposición Derogatoria Única de la Constitución de 1999, abrogó expresamente la Constitución de 1961 y precisó que “[e]l resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga esta Constitución”, razón por la cual, el régimen de competencias judiciales electorales previsto en la LOSPP mantuvo –o debió mantener– su vigencia en todo aquello que no contradijera al Texto Constitucional.

Por otra parte y como lo explica Torrealba-Sánchez¹⁹, es claro que los artículos 262 y 297 Constitucionales preceptuaron la creación de una jurisdicción electoral orgánica y organizativamente autónoma y seguramente distinta a la jurisdicción administrativa, en cuya cúspide se hallaría el TSJ-SE, máxime si

¹⁸ *Vid.* Presentación en Torrealba-Sánchez, *Op. Cit.*, p. 12

¹⁹ *Op. Cit.*, p. 66.

se considera el recio cambio organizativo y la acentuada ampliación competencial de la Administración electoral, al extremo de convertirse en una nueva rama del Poder Público. Pero –ahora en criterio del autor– ello de ningún modo supuso la abrogatoria inmediata del régimen competencial previsto en la LOSPP, por el contrario, “quedaba a la legislación respectiva, y hasta tanto no se dictara la misma a los propios órganos de la jurisdicción contencioso electoral, desarrollar los mandatos constitucionales en cuanto a la determinación del ámbito competencial de esta jurisdicción”.²⁰

A juicio del autor, el único efecto inmediato que implicaron los artículos 262 y 297 de la Constitución de 1999, fue instituir al TSJ-SE como cúspide de la jurisdicción electoral, en sustitución de la que tradicionalmente fue la cúspide en el conocimiento de las acciones electorales: la CSJ-SPA. Salvo este aspecto, ningún otro efecto produjo la Constitución sobre el régimen procesal electoral preconstitucional, que debió continuarse aplicando *mutatis mutandi*, esto es, atribuyendo a la Sala Electoral el conocimiento de todo aquello que le estaba atribuido a la Sala Político-Administrativa.

Pese a la incongruencia entre la motiva y la dispositiva de la ya citada sentencia N° 002/2000 del TSJ-SE, en dicha motiva se reconoció la postura del autor, señalando que:

En defecto de norma legal concreta, debido a la inexistencia de la referida regulación que deberá ser sancionada por la Asamblea Nacional, la Sala estima que *durante ese período resulta procedente la aplicación supletoria de la legislación preconstitucional, en todo lo que no se oponga a la Constitución y al Estatuto Electoral del Poder Público*, en acatamiento a lo preceptuado en la Disposición Derogatoria Única de la Constitución (énfasis añadido).

Así las cosas, puesta en vigencia la Constitución y designados como fueron los magistrados de la novísima Sala Electoral, la única competencia que ésta debió asumir fue la de conocer en única instancia del recurso contencioso-electoral regulado en la LOSPP, pero sólo cuando se tratara de actos, actuaciones y omisiones relacionados con la constitución, funcionamiento y

²⁰ *Idem.*, p. 67.

cancelación de organizaciones con fines políticos; con la designación de miembros de organismos electorales; con el Registro Electoral; con la postulación y elección de candidatos a la Presidencia de la República y a la Asamblea Nacional, y con otras materias relativas a los procesos electorales y los referendos no atribuidas expresamente a la CPCA (*Ex* artículo 240.2 de la LOSPP).

Por otra parte, la CPCA conservaba –o debió conservar– las competencias que le confería el artículo 240.1 de la LOSPP (recursos en materia de elecciones estatales y municipales), que a partir del 2000 y transitoriamente, hasta que se apruebe la Ley sobre la jurisdicción electoral, continuaría actuando como órgano de la jurisdicción electoral prevista en el artículo 297 constitucional.²¹

Igualmente, la jurisdicción administrativa conservaba –o debió conservar– su competencia para conocer de las impugnaciones contra los actos emanados del CNE, relativos a su funcionamiento institucional (artículo 235, aparte único de la LOSPP), por lo que, el TSJ-SPA debía conservar su competencia para conocer de las impugnaciones contra los actos emanados del CNE, relativos a la materia funcionarial.

En virtud de lo expuesto, mal podía el TSJ-SE “legislar” sobre sus propias competencias, como lo hizo en la sentencia N° 002/2000, mucho menos “legislar” en franca contradicción con la entonces reciente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ)²², como lo hizo en la sentencia N° 077/2004.²³

²¹ Lo curioso es que, el artículo 41 del anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Electoral (*Vid.* Martínez, L. [2004]. Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Electoral. *Revista de Derecho*, 12. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. 387-405. p. 404), reinstituye a la CPCA como órgano de la jurisdicción electoral, al menos en lo atinente a procesos electorales municipales, pudiendo otorgársele otras competencias mediante Acuerdo de la Sala Electoral.

²² Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. (2004). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 37942. Mayo 20, 2004.

²³ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Electoral. (2004, mayo 27). No. 77. Caso: *Julián Niño*. Caracas. Ponente: Luis Martínez.

2.2 *La postura inicial de la Sala Electoral (Febrero del 2000)*

Recién instalado el TSJ-SE, mediante sentencia N° 002/2000, éste determinó que en cuanto a la determinación específica de las atribuciones de la jurisdicción electoral, “sabidamente el Constituyente la remite a la legislación respectiva”.

Ahora bien, no obstante que provisionalmente resultaba procedente la aplicación supletoria de la LOSPP, en todo lo que no se opusiera a la Constitución y al Estatuto Electoral del Poder Público (2000), el TSJ-SE estableció, a manera de recomendaciones *lege ferenda*, los tres (3) criterios básicos que según el Tribunal, deben orientar el desarrollo legislativo posterior. Además de la “preservación de la voluntad popular”, el primero, y la “ampliación del ámbito y modalidades del control por parte de la Jurisdicción Contencioso Electoral, de tal modo que exceda la potestad anulatoria”, el segundo, el Tribunal postula como tercer criterio:

El de la *conjugación de los criterios orgánico y material* a los efectos de la determinación de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Electoral, de tal modo que todo acto, actuación o abstención del Poder Electoral, trátase de *naturaleza electoral* en sentido restringido (vinculado estrictamente a un proceso comicial clásico o de referendo),... o bien en sentido amplio, en lo relativo al *funcionamiento institucional* de los órganos del Poder Electoral, así como el correspondiente restablecimiento de la situación jurídica infringida, de resultar procedente, deba entrar en la esfera de competencia de los Tribunales que integren la Jurisdicción Contencioso Electoral (... , destacados añadidos)

A juicio del TSJ-SE, el artículo 30 del Estatuto Electoral del Poder Público, sólo aplicable al proceso electoral del año 2000, acogió el denominado criterio orgánico, pues allí se estatuye que corresponde a la Sala Electoral el conocimiento de los recursos contra los actos, actuaciones y omisiones que emanen del CNE en ejecución del citado Estatuto Electoral, independientemente del vicio alegado –ilegalidad o inconstitucionalidad–, así como de la clase de actividad que genere la impugnación –acto, actuación u omisión–, bien que esté directamente vinculado con el proceso electoral, o bien con la organización, administración o funcionamiento del CNE.

Basado en lo expuesto, el TSJ-SE hizo valer –según sus palabras– la configuración constitucional del Poder Electoral y su correspondencia con la

jurisdicción erigida por la propia Constitución de la República, la electoral, lo que origina los referidos “criterios básicos” que deben prevalecer en la legislación sobre el Poder Electoral y la jurisdicción electoral, para declarar que, además de las competencias atribuidas por el artículo 30 del Estatuto Electoral del Poder Público –únicamente aplicables en el proceso electoral del 2000–, mientras se dictan la Leyes Orgánicas del Tribunal Supremo y del Poder Electoral, le corresponde conocer, entre otros, “[l]os recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los directamente vinculados con los procesos comiciales, como *aquellos relacionados con su organización, administración y funcionamiento*” (énfasis añadido).

En criterio del autor, el TSJ-SE no sólo usurpó atribuciones de la Asamblea Nacional, al “legislar” provisionalmente sobre la jurisdicción electoral, sino que además obvió lo expresamente previsto en el artículo 235, aparte único de la LOSPP, provisionalmente vigente por mandato de la Disposición Derogatoria Única constitucional, según el cual, el llamado “criterio orgánico” no era atributivo de competencia a la jurisdicción administrativa especializada en lo electoral, ni lo es ahora con respecto a la jurisdicción electoral.

Todo lo contrario, como quedó expuesto *ut supra*, un principio consolidado en la legislación electoral venezolana es que la actividad administrativa de naturaleza electoral debe revisarse, en sede administrativa y en sede judicial, a través de medios especiales de control, mientras que la actividad administrativa ordinaria, referida al funcionamiento institucional de los órganos electorales, debe revisarse a través de los recursos administrativos y judiciales consagrados, respectivamente, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en la LOCSJ.

Así las cosas y considerando que la regulación del perímetro competencial de la jurisdicción electoral quedó remitida a las leyes respectivas, hasta tanto éstas no se dicten, resulta –o debió resultar– aplicable en forma supletoria y provisional, la LOSPP, en todo aquello que no contradijera a la Constitución y al Estatuto Electoral del Poder Público, ello así, el TSJ-SE debió asumir únicamente la competencia que le atribuye el artículo 240.2 de la LOSPP y las demás que le atribuye el Estatuto Electoral del Poder Público.

Empero, no siendo así, y por aplicación del criterio jurisprudencial contenido en este fallo N° 002/2000, el TSJ-SE asumió la competencia para conocer de los recursos por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, incluyendo los relacionados con su organización, administración y funcionamiento, incluso los de naturaleza funcionarial.

2.3. Los vaivenes de la Sala Político administrativa (Abril 2000 – Marzo 2001)

La sentencia N° 002/2000 de la Sala Electoral zanjaba, aparentemente, la duda sobre criterio que tendría el TSJ en torno a si continuaba vigente o no, el régimen competencial judicial previsto en la LOSPP. Empero, decisiones posteriores de la Sala Político administrativa, incluso contradictorias entre sí, oscurecieron el asunto que aparentemente estaba claro.

2.3.1 Sentencia N° 955/2000: Competencia de la jurisdicción administrativa ordinaria²⁴

Al contrario de lo establecido por el TSJ-SE en el aludido fallo N° 002/2000, el 27 de abril del mismo año, el TSJ-SPA determinó que el tribunal competente para conocer de las querellas incoadas contra el CNE, era ese mismo Tribunal, pero en Sala Político administrativa y no en Electoral.

Luego de establecer la Sala Político administrativa que la acción interpuesta en el caso concreto era una verdadera querella, al ser intentada por un funcionario egresado de una administración pública (el CNE) contra una actuación producto de la relación o vínculo de empleo público preexistente entre las partes, agregó la Sala que en Venezuela, la jurisdicción administrativa tiene rango constitucional, correspondiéndole su ejercicio al Supremo Tribunal y a los demás tribunales que determine la ley (artículo 259 Constitucional). Desde el punto de vista organizativo –precisó la Sala–, la jurisdicción

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Políticoadministrativa. (2000, abril 27). N° 955. Caso: *Eduardo Rondón*. Caracas. Ponente: Carlos Escarrá.

administrativa está estructurada tanto por grados como por la materia que tiene atribuida, pudiendo clasificarse los tribunales de esta jurisdicción en Tribunales Generales, Especiales y Eventuales (*sic*), adicionando que, el contencioso funcional, y específicamente, el contencioso de la carrera administrativa, estaba a cargo –en ese entonces– de un tribunal especial: el extinto Tribunal de Carrera Administrativa (TCA), con competencia en primera instancia, en materias derivadas de la aplicación de la derogada LCA, y en segunda instancia la CPCA (artículo 185.4 de la LOCSJ).

Seguidamente, la Sala reconoció que, si bien la derogada LCA regulaba las relaciones de empleo público, tal regulación se encuentra limitada al vínculo existente entre funcionarios de la Administración Pública Nacional y ésta, quedando exceptuados de su ámbito de aplicación, los funcionarios del CNE, y el TCA excluido de realizar el control y conocimiento jurisdiccional de la materia de la carrera administrativa de estos últimos funcionarios, siendo necesario determinar –en criterio de la Sala– cuál era el tribunal competente para conocer de la querella en el caso concreto.

En este orden de ideas, la Sala Político administrativa convino en que una de las innovaciones más importantes de la Constitución de 1999 fue el cambio referido a la organización horizontal y el régimen competencial del Poder Público Nacional, por el cual se dejó atrás la tradicional división tripartita de poderes (en Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y le fue agregado el Poder Ciudadano y el Poder Electoral. Sin embargo, precisó la Sala que:

(...) la actividad administrativa y las atribuciones que constitucionalmente le han sido asignadas a este nuevo Poder ‘Electoral’ en el artículo 293 de la Carta Magna, *son objeto de control no sólo por la recién creada Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y a futuro por los demás Tribunales que determine la ley* (que regule lo relativo a la jurisdicción contencioso electoral).

Por el contrario, “*deben tomarse en cuenta otros elementos valorativos y atributivos de competencia jurisdiccional para el control de la actividad del Poder Electoral*” ya que, en criterio de la Sala, la voluntad del Constituyente de 1999 al crear la jurisdicción electoral, fue atribuirle a un órgano jurisdiccional especial el conocimiento y control de “*asuntos tan importantes como el desarrollo electoral de la República*”, destinado

fundamentalmente a materializar la participación y el protagonismo del pueblo en ejercicio de la soberanía en lo político, tal como lo preceptúa el artículo 70 del texto constitucional.

En función de lo antes expresado, *a la jurisdicción contencioso electoral no le corresponde en función de un criterio eminentemente orgánico, el control absoluto de toda la actividad administrativa del Poder Electoral*, sino que, debe entenderse que si bien es cierto que la jurisdicción contencioso electoral, según el artículo 297 constitucional, la ejercen la Sala Electoral y los demás tribunales que determine la ley, también lo es que *el límite del control que están llamados a ejercer los distintos tribunales que conforman la llamada "jurisdicción electoral" les viene impuesto por el mismo cuerpo del texto constitucional, al limitar dicho conocimiento al control de la legalidad y de la constitucionalidad (vía control difuso), de la actividad del Poder Electoral, únicamente para tornar operativas las diversas modalidades de participación ciudadana y en definitiva de la expresión de la voluntad popular.*

Tal límite igualmente encuentra asidero en las competencias que asimismo le han sido encomendadas a los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa **strictu sensu** (en criterio diferenciador a los tribunales de la jurisdicción electoral que también forman parte de la jurisdicción contencioso administrativa general o **latu sensu**), a tenor de lo establecido en el tantas veces mencionado artículo 259 del texto constitucional, para lo cual, se tiene que *cualquiera de estos tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, son competentes para conocer de actos, actuaciones y abstenciones de cualquiera de los órganos que conforman el llamado Poder Electoral, siempre y cuando dicha actividad impugnada no verse sobre materia eminentemente electoral*, en el sentido de lo que ya ha quedado establecido como "actuaciones de naturaleza electoral", esto es, actuaciones relacionadas con la participación ciudadana y la expresión de la voluntad popular mediante el sufragio, y para la determinación consecuente de los tribunales competentes de dicha jurisdicción contencioso administrativa (y esto es así hasta tanto no se dicte un nuevo instrumento jurídico de rango legal que disponga lo contrario), *deben conjugarse los diversos criterios basados no sólo en función del órgano accionado, sino también en atención a la afinidad de los derechos que se alegan como conculcados y el vínculo por medio del cual se interrelacionan accionados y accionantes* (énfasis nuestro).

De los fragmentos anteriores llama la atención, por una parte, que si bien la SPA omite cualquier alusión o mención a la sentencia N° 002/2000 del TSJ-SE, obviamente el ponente –Carlos Escarrá– estaba pensando en ella al elaborar el proyecto de la sentencia pues, tácitamente, el fallo cuestionó y desechó el criterio orgánico asentado previamente por la Sala Electoral y su consecuencia de atribuirle a la jurisdicción electoral el conocimiento de todo acto que emane del Poder Electoral.

Por otra parte, llama la atención del autor que, según el criterio del TSJ-SPA, tanto los tribunales de la jurisdicción administrativa *strictu sensu* como los tribunales de la jurisdicción electoral, forman parte de la jurisdicción administrativa general o *latu sensu*, y llama la atención pues, como se dejó expuesto *ut supra*, se coincide con Torrealba-Sánchez en que, los artículos 262 y 297 constitucionales estatuyeron la creación de una jurisdicción electoral orgánica y organizativamente autónoma y distinta a la jurisdicción administrativa, en cuya cima debe hallarse el TSJ-SE. Ello así, no comparte el autor la tesis de que los tribunales electorales forman parte de la jurisdicción administrativa especial, como sí lo fueron hasta 1999.

Habiendo desechado el criterio orgánico, seguidamente el fallo determinó cuál era el tribunal competente para conocer de la querella, para lo cual precisó que, en definitiva,

*(...) la jurisdicción contencioso electoral resulta excluida del ámbito competencial para conocer de la misma, por cuanto no se está controlando ningún acto, actuación u abstención de naturaleza eminentemente electoral, sino que es una acción similar a la plena jurisdicción que, en función de la combinación del criterio orgánico, de afinidad y del vínculo jurídico, corresponde al conocimiento de esta **Sala Político Administrativa**, por las razones que a continuación se enuncian:*

- a) Porque tal como quedó expresado, *las pretensiones del accionante son de naturaleza funcionarial, en función de un vínculo de carácter estatutario, afín a la jurisdicción contencioso administrativa*, en contraposición a los mismos fines a que está llamada a cumplir y controlar la jurisdicción contencioso electoral.
- b) Porque *el propio texto de la Constitución vigente dispone en su artículo 259 que la jurisdicción contencioso administrativa*

*corresponde al Máximo Tribunal y a los demás tribunales que determine la ley, los cuales son competentes para anular los actos administrativos generales o **individuales** contrarios a derecho,* incluso por desviación de poder, siendo la Sala Político Administrativa un órgano de la jurisdicción contencioso administrativa competente para decidir (con las excepciones establecidas en la ley) el contencioso de los actos administrativos, de las demandas contra los entes públicos, el proceso contencioso contra las conductas omisivas de la Administración Pública, los recursos de interpretación y finalmente los recursos de plena jurisdicción (entre los cuales se pueden mencionar a las querellas funcionariales).

- c) *Porque del texto constitucional no se desprende que a la Sala Electoral de este Máximo Tribunal o algún otro organismo de la jurisdicción electoral le haya sido atribuido el conocimiento para conocer de las querellas interpuestas por los funcionarios que prestan sus servicios en algunos de los órganos que conforman el denominado Poder Electoral y por cuanto el control de la referida jurisdicción electoral debe ceñirse estrictamente al conocimiento de las materias de eminente contenido electoral, y,*
- d) *Finalmente, porque de un análisis concordado de las disposiciones contenidas en los artículos 42, ordinal 12° y 43 de la Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal, a esta Sala igualmente le viene atribuida competencia para controlar la constitucionalidad o ilegalidad de la actividad administrativa del Consejo Supremo Electoral (hoy, Consejo Nacional Electoral). (énfasis nuestro)*

En fin, quedó claro, en la tesis aquí asentada por el TSJ-SPA, que sólo el criterio orgánico asentado por el TSJ-SE en la sentencia N° 002/2000 no podía servir de base para establecer la competencia de la jurisdicción electoral –y específicamente de la Sala Electoral– en el conocimiento de todas las querellas funcionariales contra el Poder Electoral, siendo necesario combinar dicho criterio –según la sentencia N° 955/2000 *in commento*– con los criterios de afinidad y de vínculo jurídico.

Paradójicamente, uno de los contrastes más evidentes entre este fallo y el precedente de la Sala Electoral –N° 002/2000– es que, en éste, el criterio

orgánico fue razón suficiente para reservar al conocimiento de la Sala Electoral todo acto emanado del Poder Electoral, independientemente de su naturaleza, mientras que, en la posterior sentencia N° 955/2000 de la Político administrativa, el criterio orgánico era razón suficiente para que el TSJ-SPA conociera de actos del Poder Electoral, por aplicación de los artículos 42.12 y 43 de la derogada LOCSJ.

La principal crítica que –en criterio del autor– merece la sentencia N° 955/2000 es que, si es verdad que la competencia viene determinada por una combinación de los criterios orgánico, de afinidad y de vínculo jurídico, como lo estableció dicha sentencia, mal podía concluirse que el tribunal competente era el TSJ-SPA pues, tratándose de un vínculo funcional, la afinidad natural no correspondía al juez administrativo general, sino al juez administrativo especial que en aquel entonces conocía de asuntos funcionariales, es decir, el TCA, siendo éste el tribunal al cual debió atribuírsele la competencia.

En todo caso, conviene acotar que esta postura del TSJ-SPA confirmaba la tendencia jurisprudencial establecida con anterioridad a la Constitución de 1999.

2.3.2 Sentencia N° 1623/2000: Competencia de la jurisdicción administrativa ordinaria²⁵

Poco tiempo después de la sentencia N° 955/2000, el 13 de julio del mismo año, con ponencia de otro magistrado, José R. Tinoco, el TSJ-SPA volvió a resolver sobre una querella incoada contra el CNE, a la cual calificó como una acción típica del contencioso funcional, cuyo conocimiento correspondía al TCA, como tribunal contencioso administrativo especial, en relación con los asuntos que se derivaran de la aplicación de la derogada LCA.

Sin embargo, el TSJ-SPA ratificó que el artículo 5 de la precitada ley exceptuaba de su ámbito de aplicación a los funcionarios del CNE, razón por la cual, las querellas derivadas quedaban sustraídas del control del TCA y correspondía su conocimiento al TSJ-SPA, al menos para la fecha en que se interpuso la

²⁵ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Políticoadministrativa. (2000, julio 13). N° 1623. Caso: *Ana Domínguez*. Caracas. Ponente: José Rafael Tinoco.

querella del caso, por aplicación de los artículos 42.12 y 43 de la derogada LOCSJ.

A continuación, la SPA confirmó que una de las implicaciones más importantes de la Constitución de 1999 fue la creación del Poder Electoral y reafirmó que, para satisfacer el principio de legalidad al cual deben sujetarse los órganos del Poder Público (artículo 137 Constitucional), resultaba exigible el establecimiento de un órgano de control de las actuaciones emanadas de los organismos que constituyen el aludido Poder, a cuyo fin se creó, en los términos que lo expresa el artículo 297 del Texto Fundamental, la Sala Electoral del TSJ.

Ahora, por interpretación de los artículos 70 y 293 de la Constitución, estima esta Sala, tal y como se expuso en sentencia de fecha 27 de abril de 2000 (Caso: Eduardo de Jesús Rondón G. contra el Consejo Nacional Electoral), que la voluntad del Constituyente de 1999 de crear la “jurisdicción electoral”, fue dejar a un órgano jurisdiccional especial el conocimiento y control de asuntos tan importantes como el desarrollo electoral de la República, dirigido fundamentalmente a hacer realidad la participación y el protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía en el ámbito político, previendo como medios al alcance de tal objetivo, los señalados en el precitado artículo 70.

En función de ello se dejó sentado en la precitada sentencia, criterio que ahora se reitera, que:

“a la jurisdicción contencioso electoral no le corresponde en función del criterio eminentemente orgánico, *el control absoluto* de toda la actividad administrativa del Poder Electoral, sino que, debe entenderse que si bien es cierto que la jurisdicción contencioso electoral, según el artículo 297 constitucional, la ejercen la Sala Electoral y los demás tribunales que determine la ley, también lo es que el límite del control que están llamados a ejercer (...) les viene impuesto por el mismo cuerpo del texto constitucional, al limitar dicho conocimiento al control de la legalidad y de la constitucionalidad (vía control difuso) de la actividad del Poder Electoral, únicamente para tornar operativas las diversas modalidades de participación ciudadana y en definitiva de la expresión de la voluntad popular”.

Destacó el fallo que, el acto de remoción de un funcionario electoral, no por esta última circunstancia permite calificarlo como de naturaleza electoral,

siendo evidente que la desincorporación del funcionario del CNE tampoco estuvo precedida ni obedeció a un acto de contenido o de naturaleza electoral. Así las cosas, concluyó el fallo que:

(...) en atención a lo previsto en el artículo 259 de la Constitución, y de conformidad con los artículos 42, numeral 12, y 43, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, conforme a los cuales *corresponde a la Sala Político Administrativa, declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, de los actos administrativos del Consejo Nacional Electoral, corresponde efectivamente a esta Sala conocer de la presente causa* (énfasis nuestro).

El autor consideró relevante insertar y comentar esta sentencia N° 1623/2000 ya que, anunciaba o permitía presagiar que la tendencia del TSJ-SPA sería la expresada en este fallo y en el anterior que se reiteraba —el N° 955/2000—, esto es, que la competencia para conocer de querellas funcionariales contra el CNE era de la jurisdicción administrativa ordinaria, y específicamente el TSJ-SPA, y no de la jurisdicción administrativa especial —la funcional— o de la jurisdicción electoral. Sin embargo, a continuación se verá que *a posteriori*, la tendencia fluctuó en sentidos opuestos a los citados fallos, e incluso opuestos entre sí.

2.3.3 Sentencia N° 1957/2000: Un fallo equívoco²⁶

Tres (3) meses después de la decisión anterior, el 18 de octubre del 2000, el TSJ-SPA profirió la sentencia N° 1957/2000, que el autor considera conveniente comentar pues, como se verá, si bien el asunto no versaba sobre una querella funcional, acoge sin matices los criterios jurisprudenciales establecidos por la Sala Electoral.

En efecto, consideró la SPA que, a los fines de mantener el funcionamiento integral del Estado, el TSJ debe continuar en su labor como máximo administrador de justicia:

²⁶ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Políticoadministrativa. (2000, octubre 18). N° 1957. Caso: *Henry Pereira*. Caracas. Ponente: Carlos Escarrá.

(...) por tanto, aún cuando no haya sido dictada hasta el presente la aludida ley orgánica [la LOTSJ], reguladora de las funciones de este Alto Tribunal, sus Salas están obligadas a conocer y decidir todos aquellos casos que cursaban por ante la extinta Corte Suprema de Justicia, así como aquellos que ingresen, *atendiendo a la afinidad existente entre la materia debatida en el caso concreto y la especialidad de cada una de las Salas* (vid. decisión de la SPA del 17 de enero del presente año, caso: José Ramírez Córdoba vs. Consejo Nacional Electoral).

Inmediatamente, la SPA reprodujo las conclusiones establecidas por la Sala Electoral en la sentencia N° 002/2000, comentada *ut supra*, según las cuales:

(...) *mientras se dictan las leyes Orgánicas del Tribunal Supremo y del Poder Electoral, le corresponde conocer [a la Sala Electoral]:*

1. *Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del poder Electoral, tanto los directamente vinculados con los procesos comiciales, como aquellos relacionados con su organización, administración y funcionamiento* (...)

Seguidamente, la SPA acoge el criterio jurisprudencial de la Sala Electoral y determina:

(...) *corresponde a la Sala Electoral el conocimiento y la declaración de nulidad total o parcial de las actuaciones, omisiones o actos emitidos por el Consejo Nacional Electoral, bien sea de inconstitucionalidad o de ilegalidad. Por tal motivo constituyendo el objeto la presente causa, diversos supuestos de derecho vinculados orgánicamente al Consejo Nacional Electoral y materialmente a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, se declina su conocimiento en la Sala Electoral de este Supremo Tribunal de la República.*

Como puede observarse, el fallo no resolvía sobre una querella funcional, sino sobre un recurso atinente a “diversos supuestos de derecho vinculados orgánicamente al CNE y materialmente a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política”.

Ahora bien, llama la atención del autor que, siendo Carlos Escarrá el magistrado ponente de la sentencia *in commento* –el mismo de la sentencia N° 955/2000–, la decisión acoge -sin excepción o matiz alguno- las conclusiones de la sentencia N° 002/2000, incluso aquella en la cual, la Sala Electoral se reservó la competencia para conocer de “[l]os recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del poder Electoral,... relacionados con su organización, administración y funcionamiento”.

Esta inadvertencia de la Sala originó –al menos en el autor– la duda acerca de si fue una omisión intencional, destinada a proponer una revisión de los contornos competenciales de cada Sala, o si simplemente fue una omisión accidental o fortuita, no habiéndose paseado los magistrados por el hecho que, previamente, mediante las referidas sentencias números 955/2000 y 1623/2000, la propia Sala había cuestionado y desechado parcialmente la aludida conclusión. Semejante duda tendría que resolverse posteriormente, cuando la SPA volviera a resolver sobre una querella funcionarial contra el CNE.

2.3.4 Sentencia N° 2263/2000: Competencia de la jurisdicción administrativa especial funcionarial²⁷

Finalmente, el 20 de diciembre del 2000, al conocer de la destitución de una Mecanógrafa adscrita a la Oficina electoral del Estado Trujillo, la SPA consideró necesario analizar el tema de la competencia “a la luz de una serie de conceptos, principios y derechos fundamentales, a saber: el *derecho al Juez Natural*, el *principio de la doble instancia*, el *concepto de justicia* como hecho democrático y la *descentralización judicial*” (énfasis nuestro), conllevando a una rectificación definitiva de su postura y a establecer que la competencia para conocer de querellas funcionariales contra el CNE no corresponde a la jurisdicción administrativa ordinaria, sino a la jurisdicción administrativa especial de la carrera administrativa.

Sobre lo primero, la SPA evocó el rango constitucional del derecho al juez natural y lo caracterizó como “un atributo del debido proceso y una garantía

27 Tribunal Supremo de Justicia: Sala Políticoadministrativa. (2000, diciembre 20). N° 2263. Caso: *Yajaira Sequera*. Caracas. Ponente: Conjunta.

judicial de orden público”, que no consiste sólo en que el Juez Natural sea aquél predeterminado en la ley, sino también “en la necesidad de que el proceso sea decidido por el juez ordinario, esto es, por el juez que resulte más idóneo o adecuado para efectuar el pronunciamiento”, por lo que, el juez natural es, en definitiva, “el apto para juzgar en la especialidad a que se refiere su constitución como órgano administrador de justicia, esto es, el especialista en el área jurisdiccional donde vaya a ejercer su función”. Concluyó la Sala señalando que este derecho al juez natural se verá lesionado cuando sea un órgano judicial inadecuado el que decida una causa, es decir, “cada vez que decida un asunto que no concierna a la especialidad que le es propia, independientemente del contenido sustancial de los fallos que de él emanen”.

Con relación al principio de la doble instancia, la SPA resaltó su rango constitucional y anotó que consiste en la efectiva posibilidad de revisar los fallos dictados con ocasión de un proceso, esto es, de someter una causa (de interés para quien recurre) al conocimiento posterior de un órgano de mayor jerarquía en la pirámide organizativa del Poder Judicial, por lo que, el derecho a la tutela judicial efectiva no abarca sólo la obtención de un pronunciamiento ajustado a las exigencias y principios constitucionales, sino también a “la oportunidad de someter el litigio a una nueva revisión y conocimiento por órganos competentes de superior rango”.

Respecto a la justicia como hecho democrático, consagrado en el artículo 2 de la Constitución –según la SPA–, supone que “debe administrarse desde los niveles inferiores del conjunto de órganos a quienes les está atribuido el conocimiento de las distintas materias, en sus correspondientes instancias, esto es tanto como acercar las instituciones a quienes se ven afectados por ellas”, lo cual aparece íntimamente vinculado –también a decir de la Sala– con el principio de descentralización de la justicia, el cual implica “la regionalización del cumplimiento o prestación de la función jurisdiccional”, o lo que es lo mismo, brindar justicia a través de los niveles territoriales y espaciales inferiores en el ámbito de su competencia, de modo que la causa sea sustanciada, conocida y decidida por el Juez que conozca de las materias que le son afines, y que sólo lleguen al conocimiento del TSJ para la revisión del fallo, si fuere procedente, y en su condición de último intérprete constitucional. En tal sentido, precisa la Sala, la intención del Constituyente –en el artículo 335 Constitucional– es, si se quiere, evidente, en el sentido de

evitar concentrar en un sólo órgano del sistema de justicia el conocimiento de un número indeterminado de causas, sobre la única base de criterios superficiales (no objetivos) o meramente orgánicos, sin sopesar el contenido y naturaleza de la pretensión, y su mejor relación o afinidad con las materias propias del conocimiento que constituye la especialidad de otros tribunales.

Basada en los dos principios y derechos anteriores, concluyó la SPA que ella no era el Juez Natural llamado a conocer y decidir el asunto *subjudice*, sino que el conocimiento de la querella debía atribuirse al extinto TCA, no obstante que el acto impugnado emanaba del CNE, pues, en criterio de la Sala, la sustancia y contenido de las pretensiones formuladas insertan el supuesto dentro de las competencias propias y naturales del referido Tribunal.

Por las razones que anteceden, estima la Sala que no obstante el acto cuestionado emane del Presidente del Consejo Nacional Electoral, y aun cuando los funcionarios de este último dispongan de un estatuto propio, *se trata, en definitiva, de relaciones funcionariales a las que resulta perfectamente aplicable el procedimiento establecido en la Ley de Carrera Administrativa*; en consecuencia, *es el Tribunal de la Carrera Administrativa el Juez Natural para conocer de la presente causa, y su Alzada, en caso de interponerse sobre el fallo definitivo el correspondiente recurso de apelación, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo(...)*²⁸

Por tanto y en los términos expuestos, *se supera para el caso de autos el criterio orgánico atributivo de competencia conforme al cual todo acto administrativo, por el solo hecho de emanar del Consejo Nacional Electoral u otro órgano de similar jerarquía, es revisable en primera instancia por esta Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.* (énfasis nuestro)²⁹

28 No obstante, la SPA, predicando el uso de la potestad de avocamiento, se reservó el conocimiento, cuando lo estime necesario y a los fines de ejercer su competencia constitucional como último y máximo intérprete de la Constitución, de las decisiones dictadas –en segunda instancia– por los órganos de la jurisdicción administrativa en materia funcionarial, especialmente cuando el acto impugnado emane de altas autoridades, tales como, la Asamblea Nacional, el CNE, el Ministerio Público, entre otros.

29 Este fallo es de cierta forma un caso líder en el tema pues, además de resolver el asunto de la competencia para conocer de querellas contra el CNE, la SPA extendió su conclusión a los funcionarios al servicio del Poder Legislativo Nacional y de los órganos de jerarquía similar

A juicio del autor, el elogio que merece esta sentencia es que, si era verdad que la competencia debe establecerse mediante una combinación de los criterios orgánico y de afinidad por la materia, como lo había establecido la misma SPA en la sentencia N° 955/2000, la consecuencia lógica era atribuirle la competencia al juez administrativo especial que en aquel entonces conocía de asuntos funcionariales, es decir, al TCA.

2.3.5 Sentencia de marzo del 2001: Competencia de la Sala Electoral

En criterio del autor y por las razones que se expondrán al cierre de este trabajo, la postura adoptada por el TSJ-SPA en la sentencia N° 2263/2000 era la más acertada para resolver cuál es la jurisdicción y el tribunal competente para conocer de querellas funcionariales incoadas contra el CNE.

Empero, relata la sentencia N° 055/2001 de la Sala Electoral (comentada más abajo) que en fecha 8 de marzo del 2001, la SPA acogió el criterio de la sentencia N° 166/2000 de la citada Sala Electoral (también comentada *infra*) y modificó su criterio, declinando el conocimiento de una querella interpuesta por un ex funcionario del CNE, en la Sala Electoral.³⁰

2.4 Rectificación de la Sala Electoral (Mayo del 2001)

Curiosamente, el mismo día 20 de diciembre del 2000, fecha de la hace poco comentada sentencia N° 2263 de la SPA, la Sala Electoral aceptó una declinatoria de competencia que previamente y con relación a otro caso de naturaleza funcional, le había remitido la SPA, ratificando la Sala Electoral que la querella funcional “se enmarca dentro del funcionamiento institucional

al CNE, tales como, el Ministerio Público, y además la extendió a las relaciones funcionariales de orden estatal o municipal, en los cuales corresponderá el conocimiento de la causa al Juzgado Superior Civil con competencia en lo Contencioso Administrativo de la Región de que se trate, conforme al artículo 181 de la derogada LOCSJ; y en alzada, previo recurso de apelación, a la CPCA.

³⁰ Este presunto fallo de la SPA, si bien aparece indicado y comentado en la sentencia N° 055/2001 de la Sala Electoral, no fue posible accederlo en la página web del TSJ, ni en los índices de la Sala, ni en los del Juzgado de Sustanciación.

(régimen de personal) de dicho órgano [del CNE]”, aceptando la declinatoria por aplicación del criterio orgánico, que en criterio de la Sala, resulta ser uno de los criterios que delimita el ámbito competencial de los órganos de la jurisdicción electoral, transitoriamente asumida de forma exclusiva por esa Sala.³¹

Sin embargo, posteriormente, mediante sentencia N° 055/2001³², la Sala Electoral desechó la utilización del criterio orgánico como único criterio aplicable que permite resolver sobre la competencia para conocer de querellas funcionariales contra el CNE, con base a lo cual, rectificó su postura y determinó que el juez realmente competente es la CPCA, en primera instancia, y el TSJ-SE, en alzada.

Previamente, los apoderados judiciales del CNE habían cuestionado la admisión del recurso por la Sala Electoral ya que, por estar excluidos los funcionarios del CNE del ámbito de aplicación de la LCA, consideraban que el caso debió tramitarse de acuerdo con los artículos 121 a 129 de la derogada LOCSJ, es decir, a través del procedimiento previsto para los recursos de anulación contra actos de efectos particulares.

Los tres (3) nuevos integrantes de la Sala Electoral, que en enero del 2001 habían tomado posesión de sus cargos, hicieron un recuento del régimen competencial previsto en la LOCSJ y en la LOSPP y de los distintos criterios jurisprudenciales –referidos en este trabajo, y estimaron necesario replantear situación pues, en su criterio:

(...) para la determinación del tribunal competente en materia de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, interpuestas por funcionarios o ex–funcionarios del Consejo Nacional Electoral, *no debe privar únicamente el criterio orgánico* que sirvió de base en un principio a esta Sala como delimitadora de su ámbito de competencia, ya que *deben conjugarse igualmente criterios sustantivos y de orden procedimental, en los cuales destacan los importantes derechos a la doble instancia y al juez natural* (énfasis nuestro).

³¹ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Electoral. (2000, diciembre 20). N° 166. Caso: *Gregorio Salazar*. Caracas. Ponente: José Peña Solís.

³² Tribunal Supremo de Justicia: Sala Electoral. (2001, mayo 22). N° 55. Caso: *Sady Bogarín*. Caracas. Ponente: Alberto Martini Urdaneta.

Al efecto, ratificó la Sala Electoral que, hasta tanto no se instituyan los otros tribunales de la jurisdicción electoral, “[la Sala] es el único órgano jurisdiccional constituido con competencia específica para conocer de los actos, actuaciones y omisiones emanados del recién creado Poder Electoral”, no obstante, inmediatamente aclaró que, dado que la creación de dicho Poder obedece a una nueva estructura de participación y protagonismo del pueblo en lo político, “serán esencialmente los actos, actuaciones y omisiones *de contenido o naturaleza electoral* los llamados a ser controlados por este especial órgano jurisdiccional”.

Luego, a propósito del artículo 49 Constitucional, la Sala Electoral estableció que un funcionario del CNE, como administrado justiciable y al igual que el resto de los funcionarios públicos, “debe tener derecho a que la decisión que se dicte respecto de la pretensión que ha incoado sea revisada, a objeto de determinar su apego a los hechos y al derecho, por un tribunal de superior jerarquía...”. Con base a lo cual, la Sala declaró como un derecho fundamental en el ámbito procesal, que tanto los recurrentes de actos que regulan su relación de empleo público, como el órgano administrativo, “tienen ambos el derecho [de] apelar del fallo que les sea desfavorable, para que en consecuencia el asunto sea sometido a un nuevo examen o revisión por un órgano de superior jerarquía”.

Seguidamente y a objeto de determinar cuál órgano jurisdiccional debe conocer en primera y en segunda instancia de las querellas funcionariales contra el CNE, la Sala Electoral precisó que “no debe privar únicamente el criterio orgánico que sirvió de base a esta Sala como delimitador de su ámbito de competencia, expuesto en fallo [Nº 002] de fecha 10 de febrero de 2000”, sino que deben conjugarse “criterios sustantivos y de orden procedimental, vistos a la luz del principio de progresividad estatuido en el artículo 19 de la Constitución de la República”, a cuyo efecto, la Sala observó que el derecho fundamental al debido proceso conlleva la garantía de que toda persona debe ser juzgada por sus jueces naturales, independientemente que lo sea en jurisdicción ordinaria o especial (artículo 49.4 de la Constitución).

En este orden de ideas y a efectos de precisar cuál es el tribunal competente en la primera instancia, explicó la Sala Electoral que las relaciones de empleo público de los funcionarios al servicio del CNE, si bien se rigen por diversas

normas internas que conforman el llamado “*sistema estatutario*”, característico de los funcionarios públicos, no obstante, se hallaban expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la derogada LCA (artículo 5.3), por tanto, el Tribunal especializado para conocer de las reclamaciones interpuestas con ocasión de la aplicación de dicha Ley, el extinto TCA, legalmente quedaba excluido de conocer los reclamos que con ocasión de su relación de empleo público, intentaran los funcionarios del CNE.

Prosiguió la Sala Electoral afirmando que, “además de esta Sala..., también está conformada, entre otros órganos, la *jurisdicción contencioso-administrativa*, por la *Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo*, los *Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo* y la *Sala Político-Administrativa* de este Máximo Tribunal”. (énfasis nuestro)

Reiteró la Sala Electoral que ésta es:

el órgano controlador por excelencia de los actos emanados del Poder Electoral, pero *esencialmente de aquellos de contenido electoral*, ya que *respecto de los actos de naturaleza distinta justamente se encuentra reexaminando su competencia*”, pero, con respecto a la competencia de la SPA, aclaró que “desde la creación de [la Sala Electoral]... con igual jerarquía que conoce expresamente del contencioso-electoral, *dicha Sala Político-Administrativa dejó de tener competencia material para conocer de todo acto, actuación u omisión cuyo órgano emisor sea el Consejo Nacional Electoral*” (énfasis nuestro).

Con respecto a los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo con sede en distintas regiones del país, precisó la Sala Electoral que el CNE es un órgano de competencia nacional, por lo cual, sus actos no califican como emanados de una “autoridad estatal o municipal”, definidora de la competencia de estos Tribunales, de allí que, “los Tribunales con competencia en lo contencioso administrativo en las regiones, igualmente carecen de competencia para conocer”.

Finalmente y con relación a la CPCA, determinó la Sala Electoral que, no obstante lo previsto en los artículos 42.12 y 185.3 de la derogada LOCSJ, dicha Corte tenía competencia en el ámbito nacional y conocía en alzada de las decisiones dictadas por el extinto TCA, lo cual la califica, según el decir

de la Sala, como tribunal “conocedor e igualmente especialista en materia contencioso funcional en segundo grado de jurisdicción”, de modo que:

(...) conjugando así el criterio de afinidad de la materia sustantiva a conocer y la necesidad que un Tribunal especializado conozca en primer grado de este tipo de acciones, con fundamento además en los artículos 2 y 3 de la Constitución de la República, ... esta Sala es del criterio, que [la CPCA] es el órgano creado a la fecha, llamado a conocer en primera instancia de estos recursos. Es sobre la base de todas las consideraciones que preceden que la Sala concluye y es del criterio, que *la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, califica como el juez natural competente para conocer de la nulidad de aquellos actos dictados con ocasión de las relaciones de empleo público que mantiene el Consejo Nacional Electoral con sus funcionarios, hasta tanto no se dicte la ley que regule dicha materia* (énfasis nuestro).

La solución en lo referido a la segunda instancia fue mucho más sencilla ya que, en criterio de la Sala Electoral, las decisiones de la CPCA son apelables ante el TSJ-SPA, pero siendo que a partir del 2000, existe un órgano jurisdiccional de igual jerarquía con competencia específica para controlar los actos emanados del Poder Electoral, la Sala Electoral, se declaró competente para conocer en alzada de las decisiones que dictara la CPCA, con ocasión de los recursos de nulidad que en virtud de su relación de empleo público interpongan los funcionarios o ex funcionarios del CNE.³³

Finalmente y con relación al procedimiento que debía seguirse, estableció la Sala Electoral que, conforme al artículo 235 de la LOSPP, debía remitirse a los recursos y procedimientos previstos en la derogada LOCSJ, y conforme al artículo 185 de ésta última, el procedimiento aplicable debía ser el contenido en las secciones tercera y cuarta del Capítulo II y el Capítulo III del Título V de esa misma ley.

En criterio del autor, la Sala Electoral no modificó sustantivamente lo asentado en la emblemática sentencia N° 002/2000 de la misma Sala pues, valiéndose del criterio orgánico, confirmó que dicha Sala era el juzgador natural de los

³³ Estos criterios competenciales, tanto en la primera como en la segunda instancia, la Sala Electoral los hizo extensibles a las acciones de amparo constitucional interpuestas conjuntamente con el recurso de anulación, en la materia funcional de los empleados del CNE.

actos emanados del Poder Electoral, y que la SPA carecía totalmente de competencia para conocer de cualquier acto, actuación u omisión proveniente del CNE.

La novedad del fallo radicó en complementar aquel criterio orgánico con el principio constitucional de la doble instancia, a fin de establecer una primera instancia para controlar los actos emanados del CNE, que en todo caso debía ser afín a la naturaleza o contenido del acto.

Habiendo partido de esta premisa, esta postura de la Sala Electoral luce acertada, o al menos consistente, pues, tratándose actos de naturaleza electoral, la Sala se reservó el conocimiento en primera instancia por ser el único órgano electoral especializado que –por ahora– existe en el país; y tratándose de la materia funcionarial, el extinto TCA resultaba ser el juez especializado y, en principio, el idóneo para conocer de querellas incoadas por funcionarios o ex funcionarios del CNE, sólo que, al estar excluidos éstos del ámbito de aplicación de la derogada LCA, el tribunal que resultaba afín a la materia funcionarial y competente para conocer en primera instancia de las referidas querellas era la CPCA, por ser el único órgano de la jurisdicción administrativa con competencia para conocer en materia funcionarial y contra órganos del Poder Nacional.

Puede observarse, asimismo, que esta postura de la Sala Electoral no era muy distinta a la adoptada por la SPA en su célebre sentencia N° 2263/2000, también devota del criterio orgánico y de los principios de la doble instancia y del juez natural. Lo curioso y laborioso de comprender es que, basadas en los mismos argumentos, ambas Salas llegaron a conclusiones distintas.

A juicio del autor, la diferencia entre ambos fallos proviene, con respecto a la primera instancia, en que ambas Salas acudieron al principio del juez natural, sólo que la SPA desdeñó la excepción contenida en el artículo 5.3 de la derogada LCA, y le atribuyó la competencia al TCA, no obstante la mencionada excepción, mientras que la Sala Electoral la acató fielmente y descartó al TCA como tribunal natural, para considerar tal a la CPCA.

Con relación a la segunda instancia, según la Sala Electoral, el criterio orgánico reserva a su conocimiento el control judicial de todo acto contra el CNE, siendo ello lo que atribuye el conocimiento en alzada a dicha Sala. Mientras

que, según la SPA, el criterio orgánico permite que ambas Salas conozcan de impugnaciones contra actuaciones del CNE, una en la materia electoral, la otra en las materias de índole administrativa, siendo esto último lo que atribuye el conocimiento de alzada a la SPA.

Ahora bien, lo que sí llama la atención del autor es que, según el criterio de la Sala Electoral, además de esta Sala, con competencia especializada en la materia electoral, la jurisdicción administrativa también está conformada por la CPCA y por la SPA del TSJ, entre otros tribunales, con lo cual, la Sala Electoral asume, al igual que lo hizo la SPA en la sentencia N° 955/2000 (comentada *ut supra*), que tanto los tribunales de la jurisdicción administrativa *strictu sensu* como los tribunales de la jurisdicción electoral, forman parte de la jurisdicción administrativa general o *latu sensu*.

Una vez más, el autor subraya su coincidencia con Torrealba-Sánchez, quien señala que los artículos 262 y 297 constitucionales estatuyeron la creación de una jurisdicción electoral orgánica y organizativamente autónoma y distinta a la jurisdicción administrativa, en cuya cima debe hallarse el TSJ-SE.

2.5 Consecuencias de la Ley del Estatuto de la Función Pública (Julio del 2002)

En julio del 2002 entra en vigencia la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP)³⁴, abrogatoria de la LCA pero que al igual que ésta, excluye de su ámbito de aplicación a los funcionarios al servicio del Poder Electoral (artículo 1, parágrafo único, numeral 5).

Como puede observarse, la nueva Ley mantiene la cuestión en igual estado de incertidumbre que la LCA pues, al igual que ésta, no permite que el régimen adjetivo funcionarial contenido en la Ley especial de la materia se aplique a los funcionarios del Poder Electoral.

Así las cosas, las relaciones de empleo público de los funcionarios al servicio del Poder Electoral, seguían rigiéndose por las normas internas que la Sala

³⁴ Ley del Estatuto de la Función Pública. (2002). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 37522. Septiembre 06, 2002.

Electoral había dado en llamar el “sistema estatutario”, característico de los funcionarios públicos, sin embargo, continuaban excluidos del ámbito de aplicación de la legislación funcionarial, por lo que, en la más reciente postura de la Sala Electoral (Nº 055/2001), los tribunales especializados para conocer de las reclamaciones interpuestas con ocasión de la aplicación de la referida legislación, los jueces superiores civiles con competencia en lo administrativo, legalmente quedaban excluidos de conocer los reclamos que con ocasión de su relación de empleo público, intentaran los funcionarios del CNE. Lógicamente, ello supone que para la Sala Electoral, los tribunales competentes para conocer de las querellas funcionariales contra el CNE seguirían siendo la CPCA, en primera instancia, y la propia Sala Electoral, en alzada.

En cambio, en la postura adoptada por la SPA en la sentencia 2263/2000, operaba una ligera innovación que fue reconocida pocos días después por la propia Sala, en el fallo que a continuación se menciona.

2.6 La Sala Político administrativa actualiza su criterio (Septiembre del 2002)

El 17 de septiembre de 2002 y mediante la sentencia Nº 1113³⁵, al conocer de una querella incoada por un funcionario del Poder Judicial, la SPA actualizó su criterio de la sentencia Nº 2263/2000, ajustándolo a la entonces novísima LEFP.

Luego de admitir su competencia para conocer de los recursos contra actos disciplinarios emanados de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, la SPA precisó que sólo le corresponde conocer de los actos disciplinarios que afecten directamente la esfera jurídica subjetiva de los jueces u otros funcionarios judiciales de alto rango ya que, respecto a las controversias disciplinarias con los demás funcionarios judiciales, en aras de preservar los derechos al juez natural y a la doble instancia, y atendiendo al principio constitucional de descentralización de la justicia, confirmó el criterio sostenido en sentencia Nº 2263/2000.

³⁵ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Políticoadministrativa. (2002, septiembre 17). Nº 1113. Caso: *Franklin Méndez*. Caracas. Ponente: Hadel Mostafá.

A continuación, la SPA recuerda la entrada en vigencia de la LEFP e inserta sus Disposiciones Transitorias, de cuya lectura, dice la Sala:

(...) se evidencia la eliminación del Tribunal de la Carrera Administrativa y la constitución de los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo como Tribunales Funcionariales; por lo que *adaptando el criterio jurisprudencial referido anteriormente a la Ley del Estatuto de la Función Pública*, se concluye que *al versar el presente asunto sobre la terminación de una relación de empleo público, la presente causa debe ser conocida por el Tribunal Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital*, conforme lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la mencionada ley (énfasis nuestro).

De modo que, la actualización de la sentencia N° 2263/2000 suponía que, en criterio de la SPA, aun cuando los funcionarios del CNE disponen de un estatuto propio, sus relaciones con el organismo seguían siendo relaciones funcionariales a las que resultaba perfectamente aplicable el procedimiento establecido en la LEFP, por tanto, eran los jueces superiores con competencia en lo administrativo los jueces naturales para conocer de estas querellas funcionariales, y su Alzada, en caso de apelarse, la CPCA.

2.7 *El aporte de la Sala Constitucional (Agosto del 2003)*

Un (1) año después de puesta en vigencia la LEFP, mediante la sentencia N° 2366/2003³⁶, la Sala Constitucional del TSJ terció en la polémica planteada entre la Sala Electoral y la SPA pues, al conocer de una querella funcional incoada contra la Defensoría del Pueblo, cuyos funcionarios también quedaron excluidos del ámbito de aplicación de la LEFP (artículo 1, parágrafo único, numeral 4), dicha Sala estableció que las relaciones de empleo público de los funcionarios de la mencionada Defensoría, se rigen, de manera transitoria y hasta que sea promulgada la Ley Orgánica de ese organismo, por las Normas de Personal de la Defensoría del Pueblo, dictadas por el Defensor del Pueblo con fundamento en la Disposición Transitoria Novena de la Constitución y en la Resolución N° DP-2002-032 dictada por mismo funcionario, referidas a la

³⁶ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Constitucional. (2003, agosto 27). N° 2366. Caso: *Eliécer Guacuto*. Caracas. Ponente: José M. Delgado Ocando.

estructura organizativa y funcional transitoria del antedicho órgano del Poder Ciudadano.

Apreció la Sala Constitucional que las referidas Normas de Personal no prevén mecanismos judiciales de impugnación de los actos, omisiones o actuaciones materiales dictados en ejecución de dicha normativa o que se produzcan en el marco de las relaciones funcionariales que éstas regulan, laguna esta que, en criterio de la Sala, “no implica que tales actuaciones se encuentran excluidas de control jurisdiccional” ya que, también en su criterio, el artículo 259 Constitucional faculta a los órganos de la jurisdicción administrativa para efectuar el control judicial de toda actuación administrativa, a fin de restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por tal actividad. Es así como la Sala Constitucional concluyó que, “el medio judicial idóneo para restituir la situación jurídica que se alegó infringida es la *vía contencioso-administrativa*, dado el carácter *constitucional* de dicha jurisdicción, cuando el motivo de la impugnación versa sobre la inconstitucionalidad de la actividad administrativa cuestionada” (énfasis nuestro).

Asimismo, a la Sala Constitucional le pareció primordial resaltar que, ante la exclusión contenida en el artículo 1 de la LEFP y ante la laguna de las Normas de Personal internas sobre el régimen procesal aplicable para resolver las controversias derivadas de la relación de empleo público, “resulta imperioso integrar la normativa antes aludida para colmar la referida laguna”.

Así, dada la naturaleza estatutaria de la relación de empleo público existente entre la Defensoría del Pueblo y sus funcionarios adscritos, esta Sala juzga que *a las controversias que se susciten con motivo de dicha relación jurídica, les son aplicables las normas contenidas en el Título VIII de la Ley del Estatuto de la Función Pública referidas al contencioso-administrativo funcional* (énfasis nuestro).

Si bien esta sentencia no se refiere expresamente al régimen procesal funcional del Poder Electoral, es conveniente destacar que, para soportar su criterio, la Sala Constitucional evocó la sentencia N° 2263/2000 de la SPA, comentada *ut supra*, incluso transcribiendo —sin salvedad alguna— el párrafo de dicha sentencia en el cual se estableció que aun cuando los funcionarios del CNE disponen de un estatuto propio, siguen siendo relaciones funcionariales a las que resultaba perfectamente aplicable el procedimiento establecido en la

LCA, siendo el TCA el juez natural para conocer de las querellas surgidas en dichas relaciones, y su alzada la CPCA, así como el párrafo en que la SPA hizo extensible este criterio a los funcionarios del Poder Legislativo y de los órganos de jerarquía similar al CNE, tales como el Ministerio Público, entre otros.

Así las cosas, parece lógico inferir que, dada la naturaleza estatutaria de la relación de empleo público existente entre el CNE y sus funcionarios adscritos, la Sala Constitucional juzgaría que a las controversias originadas con motivo de dicha relación jurídica, les son aplicables las normas contenidas en el Título VIII de la LEFP, referidas al contencioso-administrativo funcional.

2.7 Secuelas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Mayo del 2004)

El 19 de mayo del 2004 entra en vigencia la disparatada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), que atribuye competencia al TSJ-SE para:

Conocer los recursos que se ejerzan contra actos, actuaciones y omisiones relacionados con *actos, actuaciones y omisiones relacionados con la constitución, denominación, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas, con la designación de miembros de organismos electorales, con el Registro Electoral Permanente, con la postulación y elección de candidatos a la Presidencia de la República y a la Asamblea Nacional*. (Artículo 5/1.45, énfasis nuestro).

Conocer de aquellos fallos emanados de los *tribunales con competencia en materia electoral*, que aun cuando no fueren recurribles en casación, violenten o amenacen con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Electoral. (Artículo 5/1.46. énfasis nuestro)³⁷

³⁷ En atención a la pésima técnica legislativa empleada en la LOTSJ, caracterizada por renunciar a la clásica y conveniente sistematización de un texto legal en Títulos, Capítulos y Secciones, el autor ha preferido, a los efectos de simplificar la cita de las disposiciones contenidas en dicha Ley, que los párrafos de cada artículo se indiquen mediante una barra diagonal (/) y los numerales u ordinales mediante un punto (.).

A juicio del autor, la LOTSJ zanjaba la polémica jurisprudencial ya que, desechaba, sin duda, el criterio orgánico, o al menos la interpretación que del mismo había realizado la Sala Electoral, al establecer claramente que la Sala Electoral conocería –en primera y única instancia– de los actos, actuaciones y omisiones emanados del Poder Electoral en alguna de las materias –electorales– a que se refiere el artículo 5/1.45 de la Ley, naturalmente, con carácter excluyente de otras materias; así como de los fallos emanados de los demás tribunales electorales, por medio del recurso de casación electoral que el numeral 46 vislumbra, o cuando violenten o amenacen con violentar las normas de orden público, o la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Electoral.

En este orden de ideas, quedaba entendido –en criterio del autor– que a partir del 19 de mayo del 2004, a las controversias originadas con motivo de las relaciones de empleo público entre el CNE y los funcionarios a su servicio, les resulta aplicable el Título VIII de la LEFP, referido al “Contencioso Administrativo Funcionarial”, por lo que, aun cuando tales funcionarios disponen de un estatuto funcionarial propio, sus relaciones con el organismo siguen siendo relaciones funcionariales a las que resulta perfectamente aplicable el procedimiento establecido en la LEFP, por tanto, son los jueces superiores con competencia en lo administrativo, los jueces naturales para conocer de estas querellas funcionariales, y su alzada, en caso de apelarse, la CPCA. (*Vid.* Sentencias números 1113/2002 de la SPA, y 2366/2003 de la Sala Constitucional).

No obstante, en este punto del análisis es necesario retener que la derogatoria de la LOCSJ, incluyendo lo atinente al régimen transitorio de la jurisdicción administrativa, por la Disposición Derogativa, Transitoria y Final (*sic*) Única de la LOTSJ, ocasionó un vacío legislativo cuya interpretación apremiada llevó a pensar que las Cortes de lo Contencioso-Administrativo y los Tribunales Superiores regionales ya no existen o simplemente desaparecieron de la jurisdicción administrativa³⁸. Sobre este asunto volverá el autor en las conclusiones del capítulo final de este trabajo.

³⁸ *Vid.* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. (2004, octubre 05). N° 0039. Caso: *José Romero*. Caracas. Ponente: Iliana Contreras.

2.8 La Sala Electoral retorna a la postura inicial (Mayo del 2004)

Apenas ocho (8) días después de puesta en vigencia la LOTSJ, la Sala Electoral del TSJ restablece el conflicto pues, mediante sentencia N° 077/2004³⁹, analiza la incidencia que tuvo dicha Ley sobre el régimen jurisprudencial de competencias que la propia Sala se había delineado, en los siguientes términos:

(...)[R]esulta evidente que procede entonces examinar los criterios jurisprudenciales hasta ahora establecidos, a la luz de las disposiciones precitadas, lo que pasa esta Sala a hacer de seguidas, con la previa aclaración que *la interpretación que haya de adoptarse deberá estar –lógicamente– presidida por el principio de supremacía constitucional (artículo 7 constitucional), y muy especialmente, por la fuerza expansiva de los derechos fundamentales en lo que a la organización y funcionamiento de los órganos judiciales establece la Carta Magna, en consonancia con las tendencias del derecho constitucional moderno*, como lo son, el derecho de acceso a la justicia, a la jurisdicción o tutela judicial efectiva, y el derecho a un proceso judicial sin dilaciones indebidas, recogidos en el artículo 26 constitucional, con su necesaria complementación en la garantía del debido proceso y de ser juzgado por un Juez Natural (artículo 49 numeral 4 constitucional). Al entramado normativo ya aludido se le añade la positivización que establece la Carta Magna del principio de legalidad (artículo 137) y de la universalidad del control jurisdiccional de todas las actuaciones de los órganos del Poder Público (artículo 259, énfasis nuestro).

Con fundamento en tales postulados, la Sala Electoral, lejos de sentirse limitada por las normas competenciales establecidas en la reciente LOTSJ, aclaró que “las referidas normas de asignación competencial deberán ser armonizadas con las premisas establecidas por este órgano judicial en la sentencia [N° 002] del 10 de febrero de 2000 ya citada”, en el sentido que,

(...) una interpretación conforme a la Constitución (o desde la Constitución, en los términos empleados por la Sala Constitucional de esta máxima instancia judicial) de los preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, determina que *la creación del Poder Electoral, sin lugar a dudas evidencia la voluntad inequívoca de la Ley Máxima de erigir a su vez una*

³⁹ Vid. Nota N° 23.

jurisdicción especial, con la competencia exclusiva y excluyente de controlar los actos, actuaciones y abstenciones de los órganos del mencionado Poder (criterio orgánico); al igual que ejercer el control judicial de los procesos electorales en los ámbitos de los ordenamientos particulares enunciados por la Constitución y de los diversos medios de participación política del pueblo (énfasis nuestros).

A juicio de la Sala Electoral, la interpretación meramente literal o gramatical del artículo 5/1.45 de la LOTSJ llevaría a concluir que el control de constitucionalidad o de legalidad de los procesos electorales de cargos de elección popular en niveles político-territoriales distintos al Nacional (Gobernadores, Diputados estatales, Alcaldes, Concejales y Miembros de Juntas Parroquiales) y en órganos de representación en organismos supranacionales (Parlamento Andino y Parlamento Latinoamericano), no corresponde a dicha Sala, conclusión esta que, en el criterio de la Sala Electoral, “debe desecharse en virtud de una interpretación constitucionalizante del ordenamiento jurídico (y no simplemente de la Ley)”, pues el TSJ está obligado a garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, en este caso el de la jurisdicción.

Y es que no puede ser de otro modo, puesto que *se trata de materias en las que por su propia naturaleza (y por expreso mandato constitucional), necesariamente su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso electoral, y por tanto, transitoriamente, a la Sala Electoral, máxima instancia –y única actualmente– de la jurisdicción contencioso electoral.* De allí que esbozar siquiera una tesis interpretativa que conduzca a la exclusión de tales procesos y los actos, actuaciones y omisiones que en ellos se producen del control de constitucionalidad y legalidad de la Sala Electoral, simplemente atentaría contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en sus diversas manifestaciones, toda vez que se trataría de admitir la existencia de actos sin posibilidad de control judicial, lo cual es inaceptable en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (artículo 2 constitucional).

Tal tesis además, desnaturalizaría la creación de la jurisdicción contencioso electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual es un expreso mandato constitucional que no puede ser obviado por el Legislador ni directamente, mediante la supresión de la respectiva organización administrativa que hoy día se materializa

en la existencia y funcionamiento de la Sala Electoral hasta tanto se establezcan los demás órganos de la jurisdicción contencioso electoral, ni indirectamente, vaciando de contenido las competencias naturales de la Sala.

De tal manera que *una interpretación literal y restrictiva del mandato de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que tienda a esbozar que tal atribución competencial es la única que ostenta esta Sala Electoral, en definitiva, dejaría inoperantes los mecanismos de control de legalidad y constitucionalidad del ejercicio de los derechos fundamentales a la participación política y al sufragio (artículos 62 y 63 constitucionales)*, los cuales responden a una novedosa concepción en la Carta Fundamental, derivadas de la adopción del principio participativo como uno de los ejes vertebradores del funcionamiento de los órganos del Poder Público y su relación con la sociedad (artículos 5 y 6 de la Constitución, expresamente conceptuados como principios fundamentales), principio que a su vez encuentra su correlato orgánico y funcional en la instauración del Poder Electoral y de la jurisdicción contencioso electoral, como órganos del Poder Público llamados a instrumentar tales mecanismos y a controlar la adecuación a derecho de los mismos.

Se trata, en resumen, de la existencia en esta materia (como en muchas otras) de límites inmanentes a la libertad de configuración del Legislador, límites impuestos por la Carta Fundamental, norma normarum que informa y preside a todo el ordenamiento jurídico, a tenor de lo dispuesto en su artículo 7 (énfasis nuestros).

Agregó la Sala Electoral que su propuesta de complementar las normas de la LOTSJ con los criterios competenciales asentados por la propia Sala, además, mantiene la debida coherencia con los otros preceptos del mismo Texto Legal, también referidos a la distribución de competencias. En tal sentido, explicó la Sala que su interpretación –amplia y progresiva, según su decir– resulta armónica con el siguiente numeral del artículo 5 de la LOTSJ (el 46), que requiere para su eficacia de la Ley que regule la organización y funcionamiento de la jurisdicción electoral, la cual permitirá la creación de los tribunales electorales o “la atribución de competencias en esta materia a tribunales ya existentes”. De modo que, mientras no se dicte la Ley sobre la jurisdicción electoral, el artículo 5/1.45 de la LOTSJ no agota las competencias de la Sala Electoral, que temporalmente sigue ostentando de forma exclusiva y excluyente

y como máxima y única instancia, la competencia en materia electoral y respecto a todos los procesos electorales y mecanismos de participación política, sin menoscabo de las competencias específicas de la Sala Constitucional.

Otro tanto –adicionó la Sala Electoral– puede decirse del artículo 5/1.47 de la LOTSJ, inclusivo de una norma de atribución residual de competencia, de marcada importancia para la Sala Electoral pues emplea la técnica del reenvío a otras leyes (que deben regular la materia electoral y de participación, y hasta tanto no se dicten éstas, a la parcialmente vigente LOSPP en todo lo que resulte coherente con el texto constitucional). De igual forma, resulta significativa la atribución competencial genérica en cuanto al conocimiento de aquellas materias que le correspondan conforme a la legislación, es decir, que por su naturaleza deba conocer aun en defecto de norma legal atributiva de competencia (*tesis de las competencias implícitas*).

El razonamiento anterior llevó a la Sala Electoral a concluir que, además de las competencias previstas en la LOTSJ, hasta tanto se dicte la Ley sobre la jurisdicción electoral, a dicha Sala sigue correspondiéndole conocer de los asuntos y materias enunciados en su desarrollo jurisprudencial previo, entre otros, de “[l]os recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los directamente vinculados con los procesos comiciales, como *aquellos relacionados con su organización, administración y funcionamiento*”, que como resulta obvio, comprende a los asuntos de índole funcional.

Sobre los procedimientos aplicables, precisó la Sala Electoral que el principio general contenido en la LOTSJ es que, la regulación adjetiva de las pretensiones que se planteen ante las diversas Salas del TSJ es la contenida en el referido Texto Legal, salvo lo previsto en las correspondientes Leyes especiales. A este respecto, aclaró la Sala que en lo concerniente a la tramitación de las acciones de amparo constitucional interpuestas autónomamente, la regulación se atenderá en primer término, a los lineamientos planteados por la Sala Constitucional y en su defecto, a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y demás normativa aplicable. Y en cuanto al recurso contencioso-electoral, continuará aplicándose la LOSPP,

con las debidas adaptaciones al nuevo marco constitucional, como ha venido haciéndolo la Sala, y en su defecto, la LOTSJ y demás normativa procesal aplicable, hasta tanto se dicte la Ley sobre la jurisdicción electoral, así como la legislación complementaria a ésta.

Lo primero que el autor estima conveniente resaltar de este fallo es que, la Sala Electoral alude a su jurisprudencia previa para reiterar sus conclusiones anteriores, mas omite el contenido de la sentencia N° 055/2001, mediante la cual se había establecido que el conocimiento de las querellas funcionariales contra el CNE correspondía en primera instancia a la CPCA, y en alzada a la Sala Electoral, omisión que en todo caso se halla en sintonía con uno de los postulados clave de esta sentencia: Que la creación del Poder Electoral evidencia la voluntad Constituyente inequívoca de erigir una jurisdicción especial, con la competencia exclusiva y excluyente de controlar los actos, actuaciones y abstenciones de los órganos del mencionado Poder. Si como parece desprenderse de esta afirmación, los jueces electorales no forman parte de la jurisdicción administrativa, como equivocadamente lo postuló la referida sentencia N° 055/2001, sino que forman parte de una jurisdicción especial “con la competencia exclusiva y excluyente de controlar los actos, actuaciones y abstenciones de los órganos del mencionado Poder”, mal puede atribuirse competencia en primera instancia a la CPCA, que no forma parte de la jurisdicción electoral.

Por otra parte, el autor coincide con parte los razonamientos de la Sala Electoral, en cuanto a que, para la eficacia plena de los numerales 45 y 46 del artículo 1, párrafo primero de la LOTSJ, es menester que se dicte la Ley sobre la jurisdicción electoral ya que, en ausencia de ésta y según la jurisprudencia de la misma Sala, la Constitución de 1999 supuso la derogatoria total del régimen competencial establecido en la LOSPP, siendo la Sala –por ahora– la única y máxima instancia de la jurisdicción electoral, ello así, la simple aplicación del citado numeral 45 conllevaría a la inexistencia de control judicial en los procesos electorales estatales y municipales y de los organismos supranacionales, y en los restantes mecanismos de participación política, y la del numeral 46 simplemente sería imposible, por no existir otros tribunales electorales.

Ahora bien, llama la atención del autor que, según el decir de la Sala Electoral, la futura Ley sobre la jurisdicción electoral permitirá la creación de los

tribunales electorales o “la atribución de competencias en esta materia a tribunales ya existentes”, y llama la atención pues, si esta atribución es admisible, cabe preguntarse si tiene fundamento o no, la tesis sostenida por la Sala Electoral desde el año 2000, según la cual, el régimen competencial previsto en la LOSPP era totalmente incompatible con la Constitución de 1999. Este “desliz” de la Sala Electoral permite replantear la tesis del autor, según la cual, salvo la creación de la Sala Electoral del TSJ como cúspide de la jurisdicción electoral, en sustitución de la que lo era con anterioridad (la CSJ-SPA), ningún otro efecto produjo la Constitución de 1999 sobre el régimen procesal electoral preconstitucional, que debió continuarse aplicando *mutatis mutandi*, esto es, atribuyendo a la Sala Electoral el conocimiento de todo aquello que le estaba atribuido a la SPA.

En todo caso, el otro aspecto que merece destacarse de este fallo es, además de la actividad legislativa ejercida por la Sala Electoral, que ninguno de los razonamientos esgrimidos por ésta, todos valederos en cuanto a la materia electoral, permitía concluir que dicha Sala debe tener competencia para conocer de los recursos interpuestos contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, relacionados con su organización, administración y funcionamiento, pues en este caso no es cierto que el criterio orgánico impida a la jurisdicción administrativa o a la constitucional, conocer de impugnaciones contra el CNE, y por vía de consecuencia, no es verdad que para conocer de los recursos en estas materias –incluso la funcional–, no existan tribunales que puedan conocer.

3. CONCLUSIONES

La opinión del autor en torno al asunto *in commento*, a la vista de lo establecido en la Constitución de la República, en la LOSPP, en la LEFP y en la LOTSJ, y de los precedentes jurisprudenciales, puede resumirse así.

3.1 *El régimen competencial del recurso contencioso-electoral*

Lo primero que debe ratificarse es que, la Disposición Derogatoria Única de la Constitución, si bien abrogó la Constitución de 1961, claramente puntualizó

que el resto del ordenamiento jurídico mantenía su vigencia en todo lo que no la contradijera, ello así, el régimen competencial previsto en la LOSPP mantuvo su vigencia en todo aquello que no se opusiera al Texto Constitucional.

En este orden de ideas, quedaba a la Ley sobre la jurisdicción electoral, resolver sobre dicho régimen competencial, y hasta tanto ésta no se dictara, a la Sala Electoral, armonizar los preceptos constitucionales y legales en cuanto al ámbito competencial provisional de la jurisdicción electoral.

Esta tarea de armonización debió consistir, básicamente, en establecer a la Sala Electoral del TSJ como cúspide de la jurisdicción electoral, en sustitución de la que tradicionalmente fue la cúspide de la extinta jurisdicción administrativa electoral: la CSJ-SPA. De modo que, a partir de la Constitución, correspondiese a dicha Sala Electoral el conocimiento de todo aquello que anteriormente le estaba atribuido a la Sala Político-Administrativa.

Así, la única competencia que la Sala Electoral debió asumir fue la de conocer en única instancia del recurso contencioso-electoral regulado en la LOSPP, pero sólo cuando se tratara de actos, actuaciones y omisiones relacionados con la constitución, funcionamiento y cancelación de organizaciones con fines políticos; con la designación de miembros de organismos electorales; con el Registro Electoral; con la postulación y elección de candidatos a la Presidencia de la República y a la Asamblea Nacional, y con otras materias relativas a los procesos electorales y los referendos no atribuidas expresamente a la CPCA (*Ex* artículo 240.2 de la LOSPP).

Transitoriamente, hasta que se aprobara la Ley sobre la jurisdicción electoral, la CPCA debió continuar actuando como un órgano –eventual– de la jurisdicción electoral prevista en el artículo 297 constitucional, ejerciendo las competencias conferidas por el artículo 240.1 de la LOSPP (recursos electorales en materia de elecciones estatales y municipales).

Estas conclusiones, ajustadas –en criterio del autor– al ordenamiento jurídico vigente, tienen la ventaja adicional de que satisfacen otro de los anhelos expresados en la jurisprudencia de la Sala Electoral: el de garantizar los derechos de acceso a la justicia, a la jurisdicción o tutela judicial efectiva y a la doble instancia.

3.2 *El régimen competencial del recurso contencioso-funcionarial*

Vigente como está el artículo 235, aparte único la LOSPP, los actos del CNE relativos a su funcionamiento institucional deben impugnarse de conformidad con los recursos y procedimientos previstos en la LOTSJ “o en otras leyes”, entre otras, la LEFP. Así las cosas y al contrario de lo que fue la tendencia jurisprudencial impuesta por la extinta CSJ-SPA, la jurisdicción administrativa funcionarial tiene la competencia para conocer de las impugnaciones contra los actos emanados del CNE, relativos a la materia funcionarial. En apoyo de esta tesis acuden diversas razones.

Por una parte, el llamado criterio orgánico, en la forma que lo ha interpretado la Sala Electoral del TSJ, no está contemplado en la LOSPP, que por el contrario lo relegó, ni tampoco quedó contemplado en los artículos 5/1.45 y 5/1.46 de la reciente LOTSJ, inverso a lo establecido, por ejemplo, en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o en el artículo 5/1.26 de la citada LOTSJ, ello así, mal puede la jurisdicción electoral arrebatar las competencias de otras jurisdicciones –la constitucional y la administrativa– valiéndose de un criterio competencial que neutraliza el criterio de afinidad por la materia, usualmente característico para distribuir las competencias entre las Salas del TSJ, salvo texto legal expreso.

En todo caso, el llamado criterio orgánico, correctamente interpretado, no es útil para despojar de competencia a la Sala Constitucional o a la SPA pues, como acertadamente lo han establecido ambas, tanto la jurisdicción constitucional como la administrativa tienen igual rango constitucional que la electoral, teniendo ambas competencia para conocer de las impugnaciones contra los actos, hechos u omisiones del CNE, como órgano del Poder Público que es, una en la materia constitucional, la otra en la materia administrativa, reservándose a la Sala Electoral únicamente la materia de esta índole.

Esta solución tiene asidero, igualmente en los derechos constitucionales de acceso a la justicia, a la doble instancia y al juez natural, que quedan suficientemente resguardados con la aplicación del Título VIII de la LEFP, atinente al régimen del recurso contencioso-funcionarial.

Sobre el cuestionado uso de la LEFP en ámbitos excluidos de su aplicación, es menester acotar que las exclusiones contenidas en el artículo 1 de dicha

Ley no son absolutas pues, seguidamente, el artículo 2, aparte único, claramente establece que “[s]ólo por leyes especiales podrán dictarse estatutos para determinadas categorías de funcionarios y funcionarias públicos o para aquellos que presten servicio en determinados órganos o entes de la Administración Pública” (énfasis nuestro).

De modo que, sólo mediante las leyes especiales correspondientes, podrían dictarse estatutos especiales para los funcionarios que sirven en los órganos y entes excluidos de la aplicación de la LEFP, pero mientras estas leyes especiales no se dicten, o si dictadas éstas, no contienen regulación alguna sobre el régimen contencioso-funcionarial, son plenamente aplicables las disposiciones de la LEFP, salvo aquellas inherentes a la Administración Pública (artículo 7, por ejemplo), por ser ésta el estatuto general que rige las relaciones de empleo público.

Cabe destacar, en este orden de ideas, que la Ley Orgánica del Poder Electoral⁴⁰ no estableció un estatuto especial para los funcionarios del Poder Electoral, ni sustantivo ni adjetivo, sin embargo, el artículo 33.39 de dicha Ley confirió competencia al CNE para “[d]ictar el Estatuto de la Carrera del Funcionariado Electoral, sobre ingreso, ascenso, suspensión, traslado y retiro”, que además de no haber sido dictado, no podrá modificar el régimen contencioso-funcionarial previsto en la LEFP, por ser ésta una materia de la reserva legal, que el legislador ni siquiera delegó en el órgano rector del Poder Electoral.

Concluye precisándose que, a juicio del autor, la previsión de la Ley Orgánica del Poder Electoral es cónsona con el propósito de la LEFP, esto es, que los otros Poderes Públicos puedan establecer normas de ingreso, ascenso, suspensión y retiro propias, adaptadas a la singularidad de las carreras administrativa judicial, legislativa o electoral, según sea el caso, mas no permitir que estos Poderes excluyeran del ámbito de la jurisdicción administrativa funcionarial, el conocimiento de las controversias funcionariales que por su naturaleza les son propias.

⁴⁰ Ley Orgánica del Poder Electoral. (2002). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 35573. Noviembre 19, 2002.

3.3 *Situación provisional de la jurisdicción administrativa funcional*

Quedó dicho que la jurisdicción administrativa funcional es la competente para conocer de las impugnaciones contra los actos emanados del CNE, relativos a la materia funcional.

Ahora bien, el dilema actualmente planteado es que, la derogatoria de la LOCSJ, incluyendo lo atinente al régimen transitorio de la jurisdicción administrativa, por la Disposición Derogativa, Transitoria y Final (*sic*) Única de la LOTSJ, ocasionó un vacío legislativo cuya interpretación apremiada llevó a pensar que las Cortes de lo Contencioso-Administrativo y los Tribunales Superiores regionales ya no existen o simplemente desaparecieron de la jurisdicción administrativa (CPCA. N° 0039/2004), lo cual, de ser cierto, haría que la jurisdicción administrativa funcional padezca la misma debilidad de la jurisdicción electoral: un solo tribunal que la conforma, es decir, la SPA.

En criterio del autor, la interpretación de la referida Disposición Derogativa desde los artículos 26 y 259 de la Constitución, obligan a concluir que, mientras no sea dictada la Ley sobre la jurisdicción administrativa, o el Reglamento de Sala Plena a que alude la Disposición Derogativa, párrafo segundo, literal “b”⁴¹, los ciudadanos tienen derecho de acceso a los órganos creados transitoriamente en dicha jurisdicción –las Cortes de lo Contencioso-Administrativo y los Tribunales Superiores– en todos aquellos supuestos que no se hayan reservado al conocimiento del TSJ, para anular los actos administrativos contrarios a derecho, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños patrimoniales por la Administración, y en general, para restablecer toda situación jurídica lesionada por la actividad administrativa.

El autor está consciente de la resistencia que genera su postura, pero es que de no ser así, quedarían temporalmente excluidos de control jurisdiccional todos aquellos supuestos de actividad o inactividad administrativa cuyo conocimiento no fue atribuido al TSJ, vulnerando, por consiguiente, garantías fundamentales del Estado de Derecho, como lo son el “principio de

⁴¹ Reglamento este que, como resulta obvio, sería violatorio de los artículos 156.32 y 259 Constitucionales.

accionabilidad y el derecho implicado de obtener justicia”⁴² contra todo acto del Poder Público. Como acertadamente lo explicó el nombrado Moles en 1977⁴³, el principio de accionabilidad tiene su fundamento e incluso llega a identificarse con el derecho a obtener justicia, resultando claro que se materializa mediante el proceso.

El imperativo de justicia —o sea, el de prestar tutela jurídica— inherente al Estado de Derecho, queda disminuido en la medida que su realización no sea expeditiva, pudiendo quedar gradualmente disminuido hasta el punto culminante de producirse una denegación de justicia.

En efecto, si el Estado tiene el deber de impartir justicia a todos, existe también un derecho correlativo para obtener su cumplimiento, con lo que su rechazo es un rechazo injusto. Así, el Estado que rechazara de cualquier manera que fuera [,] su deber de juzgar [,] aceptaría la perpetración de una injusticia; en otros términos, consentiría un acto contra su propio Ordenamiento Jurídico, abdicando entonces a su condición de Estado de Derecho.

Empero hay varias formas de producirse una denegación de justicia, que cubren la distancia entre la negativa pura y simple o la resistencia a juzgar, hasta otras variadas maneras que llevan en definitiva a los mismos resultados, *quedando entonces la denegación de justicia identificada con la frustración de la justicia*.

La manera más ostensible de [denegación de] justicia corresponde a los jueces o funcionarios que se negaren a fallar(...).

Las demás formas de denegación de justicia no afectan a la persona de jueces, sino a *la estructura misma del Estado y al funcionamiento real de sus Poderes*. Por ello son más graves (...)

Primero: Hay denegación de justicia cuando *no es posible promover el proceso por no encontrarse previstos la acción o recurso en la Ley, o si ésta los excluyera o bien limitara su alcance....*

⁴² Moles C., A. (1997). *Rasgos generales de la jurisdicción contencioso-administrativa* (Conferencia dictada el 03 de marzo de 1977, en el marco del curso: El control jurisdiccional de los poderes públicos). Estudios de Derecho público. Comp: Oswaldo Acosta-Hoenicka. Caracas: Universidad Central de Venezuela. 383-395, p. 385.

⁴³ *Idem*.

Segundo: El segundo supuesto de *denegación de justicia por frustración*, se produce cuando, *a pesar de que la acción o recurso están previstos en la Ley no pueden ejercitarse por faltar los órganos jurisdiccionales pertinentes*. Se trata entonces de una *falla en la organización o en el funcionamiento del aparato jurisdiccional*. (Págs. 386-388. énfasis nuestro).

A juicio del autor, la Disposición Derogativa no preceptuó la inmediata supresión de los tribunales provisionales de la jurisdicción administrativa, por el contrario, la facultad conferida por dicha Disposición a la Sala Plena para reglamentar “el funcionamiento y la competencia de los tribunales respectivos [los de la jurisdicción constitucional, jurisdicción administrativa y jurisdicción electoral]”, no obstante su inconstitucionalidad (*Vid.* Nota de pie N° 41), confirma la voluntad del legislador en que tales órganos –las Cortes y los Tribunales Superiores, en la jurisdicción administrativa–, continuaran funcionando hasta que se dicte la aspirada legislación sobre dicha jurisdicción.

Como acertadamente lo estableció la CPCA,

(...) no existe norma alguna que de manera expresa las elimine [a las Cortes de lo Contencioso] y así como sus competencias tanto en sentido orgánico como material, pues –se reitera– que no hay una norma posterior a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que contradiga la razón de ser y el funcionamiento de los aludidos Órganos Jurisdiccionales como parte integrante de la Estructura Organizativa del Contencioso Administrativo (Sentencia No. 0039/2004. énfasis nuestro).

Desde luego, lo anterior no mitiga la derogatoria del régimen transitorio contenido en la LOCSJ, que efectivamente quedó derogado, sino que impone la vigencia ultractiva de los artículos 181; 182; 183 y 185 de dicha Ley, con base a los cuales, la CPCA, la recientemente creada Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (CSCA) y los Tribunales Superiores continuarán ejerciendo provisionalmente sus competencias, sin perjuicio de lo previsto en la Constitución, en las leyes especiales o en la legislación y jurisprudencia postconstitucionales.

Un razonamiento parecido parece contenerse en la sentencia N° 0012/2004 de la CSCA⁴⁴, en la cual se señaló que la estructura actual de la jurisdicción administrativa comprende —o sigue comprendiendo— al TSJ-SPA, “cúspide de la jurisdicción”; a las Cortes de lo Contencioso, “en un nivel intermedio, con competencia nacional”; y a los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo, “a nivel regional”, haciendo notar dicha Corte Segunda que, por tener iguales competencias a las que tenía atribuidas la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, le corresponde conocer de todo aquello que no esté atribuido al TSJ ni a los Tribunales Superiores (competencia residual).

Más parecido aún es el razonamiento contenido en la citada sentencia N° 0039/2004 de la CPCA, parcialmente reproducidos en la sentencia subsiguiente (N° 0040/2004)⁴⁵:

(...) hasta tanto sea dictada la ley adjetiva especial en la materia, esto es, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, *al no existir Texto Normativo alguno que contemple o atribuya a otro Tribunal de la República Bolivariana de Venezuela las competencias que tenía asignadas este Órgano Jurisdiccional en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, en aras de garantizar a los justiciables el derecho constitucional a la Tutela Judicial Efectiva consagrado en el artículo 26 del Texto Fundamental, *se mantienen dichas competencias para las Cortes de lo Contencioso Administrativo...* (Sentencia N° 0039/2004. énfasis nuestro).

Pero las decisiones definitivamente concluyentes, por su contenido y por el órgano del cual emanaron, son las recientes sentencias números 1900/2004⁴⁶ y 2271/2004⁴⁷ del TSJ-SPA, el cual, actuando en su condición de “ente rector de la jurisdicción contencioso-administrativa”, dejó establecido cuáles

⁴⁴ Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. (2004, septiembre 29). N° 0012. Caso: *Zoraida Contreras y otros*. Caracas. Ponente: Jesús D. Rojas H.

⁴⁵ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. (2004, octubre 05). N° 0040. Caso: *Aeropostal*. Caracas. Ponente: Oscar Piñate.

⁴⁶ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Políticoadministrativa. (2004, octubre 27). N° 1900. Caso: *Marlon Rodríguez*. Caracas. Ponente: Conjunta.

⁴⁷ Tribunal Supremo de Justicia: Sala Políticoadministrativa. (2004, noviembre 24). N° 2271. Caso: *Tecno Servicios Yes'Card, C. A.*. Caracas. Ponente: Conjunta.

son los tribunales que integran dicha jurisdicción y delimitó el ámbito de competencias que deben serle atribuidas a los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo y a las Cortes de lo Contencioso-Administrativo,

(...) siguiendo a tales efectos y en líneas generales, *los criterios competenciales de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, así como las interpretaciones que sobre las mismas fue produciendo esta Sala, todo ello armonizado con las disposiciones de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, y los principios contenidos en el texto constitucional vigente (énfasis nuestro).

Sobre lo primero, la SPA estableció que –no obstante la derogatoria del régimen organizativo transitorio contenido en la LOCSJ– la jurisdicción administrativa general continúa organizada en tres niveles: i) El TSJ-SPA, en la cúspide de la jurisdicción; ii) Las Cortes de lo Contencioso-Administrativo, a un nivel intermedio, y con competencia nacional; y, iii) Los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo, a nivel regional. (*Vid.* Sentencia N° 1900/2004).

Sobre lo segundo, la SPA asentó en la sentencia N° 1900/2004 que, mientras se dicta la Ley que organice la jurisdicción administrativa, será competencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo, conocer de las acciones y recursos a que se refiere dicha sentencia, resultado de la interpretación establecida por la Sala, así como,

11. *De cualquier otra acción o recurso que le atribuyan las leyes* (Ejemplos de ellos son las acciones de nulidad por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, contra los actos administrativos concernientes a la carrera administrativa de los funcionarios públicos nacionales, estatales o municipales, atribuida por la Ley Orgánica (*sic*) del Estatuto de la Función Pública.)

Contra las decisiones dictadas con arreglo a los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 y 11, podrá interponerse apelación dentro el término de cinco días, por ante las Cortes de lo Contencioso-Administrativo (Sentencia N° 1900/2004, énfasis nuestros).

En este mismo orden de ideas, la SPA ratificó en la sentencia N° 2271/2004 que, las Cortes de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las apelaciones que se interpongan contra las decisiones dictadas en primera instancia por los

mencionados Tribunales Superiores, así como, de cualquier otra acción o recurso cuyo conocimiento le atribuyan las leyes.

Planteado el asunto en los términos doctrinales y jurisprudenciales expuestos, es obligante ratificar que, a los jueces superiores con competencia en lo administrativo, les corresponde conocer en primera instancia de las querellas funcionariales contra el CNE (Disposición Transitoria Primera de la LEFP), y a las Cortes de lo Contencioso-Administrativo les corresponde conocer en alzada de las decisiones que emanen aquellos jueces (por aplicación ultractiva del artículo 181 *in fine* de la LOCSJ).

3.4 Sobre un anteproyecto de Ley

Informa Torrealba-Sánchez⁴⁸ que en la actualidad, existe un borrador de anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Electoral, elaborado por un grupo de la Sala Electoral del TSJ y presentado para la discusión interna en dicho Tribunal.

Entre las Disposiciones Fundamentales del anteproyecto, se señala lo siguiente: “Igualmente, los órganos de la jurisdicción contencioso-electoral son competentes para conocer de las impugnaciones que en vía judicial se intenten contra *todos los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral*, salvo lo dispuesto en la presente Ley” (artículo 2. énfasis nuestro)⁴⁹.

Asimismo, en el capítulo específico relativo a las atribuciones de la jurisdicción electoral, se establece que es competencia de dicha jurisdicción, conocer de las impugnaciones por inconstitucionalidad o ilegalidad contra:

Los actos, actuaciones y omisiones emanados de los órganos del Poder Electoral relacionados con su funcionamiento institucional, cualquiera sea su naturaleza, con las excepciones establecidas en la presente Ley. En el supuesto de que dichos actos no se relacionen con la materia electoral, su tramitación se hará conforme a la legislación que regula

⁴⁸ *Op. Cit.*, p. 159.

⁴⁹ *Vid. Martínez, L. Op. Cit.*, p. 388.

*la materia contencioso-administrativa ordinaria o especial que corresponda, según el caso. (Artículo 11. énfasis nuestro)*⁵⁰.

Como puede observarse, el anteproyecto *in commento* abandona la tendencia plasmada en la LOSPP y acoge el criterio orgánico como criterio atributivo de competencia, complementario al criterio material que también recoge el anteproyecto.

La interrogante que inmediatamente propone el autor es si es válida o no, semejante solución legislativa. En criterio del mencionado Torrealba-Sánchez⁵¹, uno de los proyectistas –al menos en el tema de las competencias–,

(...) se trata de una solución de política legislativa, dado el limitado número de asuntos que conforme con el criterio sustancial corresponde conocer al contencioso electoral, que justifica la asignación de competencias propias del contencioso administrativo.

En efecto, *las materias asignadas conforme a este numeral, no son asuntos electorales, y, en un sentido estricto, por su naturaleza no pueden considerarse como contencioso electoral.* Sin embargo, ello no determina la improcedencia del criterio de asignación, puesto que los órganos de la Jurisdicción Contencioso Electoral conocen de los actos electorales (actos, abstenciones, omisiones y vías de hecho), que, en la mayoría de los casos, seguirán emanando de los órganos del Poder Electoral al tratarse de procesos electorales de cargos públicos representativos, parece lógico asignar también el control (típicamente contencioso administrativo ordinario o especial) a los órganos de la referida jurisdicción. En tales casos, *actuarán como tribunales contencioso administrativos más que contencioso electorales*, contribuyendo a descargar de trabajo a los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ordinaria, dada la actual insuficiencia de los mismos, que determina retardos procesales y dilaciones indebidas injustificadas contrarias al derecho constitucional a contar con una tutela judicial efectiva. Reiteramos, se trata de una decisión de política legislativa apoyada en principios de racionalidad administrativa, más que de teoría jurídica (énfasis nuestro).

⁵⁰ *Idem.*, p. 388.

⁵¹ *Op. Cit.*, p. 165.

En efecto, una solución como la propuesta en el anteproyecto de Ley *in commento* sería, simplemente, el resultado de una política legislativa pues, si como lo admite el propio Torrealba-Sánchez, lo relativo al funcionamiento institucional del Poder Electoral no comprende asuntos electorales, y, en sentido estricto, “por su naturaleza no pueden considerarse como contencioso electoral”, mal podría inferirse que desde un punto de vista meramente teórico-jurídico, el juez competente para conocer de tales asuntos deba ser el electoral.

Ahora bien, el autor tiene dudas acerca de si una solución legislativa como la propuesta es compatible o no, con la Constitución, puesto que, si es verdad que la asignación de la competencia a una u otra jurisdicción, tiene su base en el principio constitucional del juez natural, mal puede concluirse que el legislador goza de libertad para configurar esta competencia. En otras palabras, si lo relativo al funcionamiento institucional del Poder Electoral no comprende asuntos que por su naturaleza puedan considerarse electorales, el juez natural para conocer de impugnaciones contra actos administrativos no-electorales es el de la jurisdicción administrativa, y no el de la electoral. Ello así, mal podría el legislador arrebatarle su conocimiento al juez natural, so pena de infringir este principio constitucional.

Esta crítica podría intentar soslayarse afirmando que, cuando los jueces electorales conozcan de impugnaciones contra actos administrativos no-electorales, conocerán como tribunales administrativos más que como jueces electorales, sin embargo, se trata de un argumento exótico toda vez que, si como lo ha machacado el autor varias veces, los artículos 262 y 297 Constitucionales estatuyeron la creación de una jurisdicción electoral orgánica y organizativamente autónoma y distinta a la jurisdicción administrativa, suena chocante que esta jurisdicción electoral pueda mutar para actuar como jurisdicción administrativa ordinaria o como jurisdicción administrativa especializada en la materia funcionarial, en no pocos casos.

En claro contraste con estos razonamientos, considera el autor que entre las motivaciones del Constituyente para crear una jurisdicción electoral, no estuvo la de descargar de trabajo a la jurisdicción administrativa, sino por el contrario, descargar a la jurisdicción administrativa de los asuntos electorales. En efecto, fue criterio del Constituyente Willian Lara, principal promotor de la creación de la Sala Electoral del TSJ, que resultaba justificado crear dicha Sala,

(...) en razón de la creación de un Poder Electoral que ostenta *amplias competencias en materia de instrumentación de los derechos políticos de y de participación ciudadana*, tanto en órganos públicos como privados, *cuando estén en juego asuntos de interés general*, lo que determina que, a medida que se pongan en marcha los nuevos instrumentos constitucionales, habrán en el país un considerable número de *eventos electorales que requerirán un amplio y eficaz control judicial*. (Citado por Torrealba-Sánchez. Pág. 65, énfasis nuestro).

De esta exposición surge claramente la intención del Constituyente en establecer una jurisdicción, no para el Poder Electoral, sino para el control de los eventos electorales y del ejercicio de las competencias en materia de instrumentación de los derechos políticos de los venezolanos.

Mucho importa que ello se considere poco trabajo para la jurisdicción electoral, pero no como argumento para atribuirle más competencias, todo lo contrario. La experiencia indica que, no obstante haberse previsto en la LOSPP un medio judicial breve, sumario y eficaz para el control judicial de los actos electorales –el recurso contencioso-electoral–, muy pocas veces se vio que su trámite en la jurisdicción administrativa se comportara de esta forma, ello por la variedad de materias administrativas que debía conocer dicha jurisdicción.

Si como lo expresó el Constituyente Willian Lara, se procuró establecer un amplio y eficaz control judicial de los hechos electorales, ello sólo ocurrirá si la jurisdicción electoral ejerce este control a dedicación exclusiva y tiene “poco trabajo” pues, de ampliarse inconvenientemente su esfera de competencias, podrían reproducirse las anomalías que naturalmente surgieron en la jurisdicción administrativa.

Se concluye con la siguiente reflexión: Del Texto Constitucional surge un mandato claro al Legislador para que establezca una jurisdicción electoral orgánica y organizativamente autónoma y distinta a la jurisdicción administrativa, en cuya cima debe hallarse el TSJ-SE⁵², pero también estaría implícito que el

⁵² Encargo este que el anteproyecto elaborado por la Sala Electoral no parece cumplir pues, propone reasignarle competencias a un órgano de la jurisdicción administrativa, la CPCA, en vez de instituir tribunales electorales. No obstante que, mediante la sentencia N° 002/2000, la misma Sala Electoral expolió las competencias otorgadas por la LOSPP a la CPCA, con el argumento –equivocado– de que esta asignación competencial violaba el Texto Constitucional.

Legislador debe establecer medios de impugnación en vía administrativa y en vía judicial, mucho más breves, sumarios y eficaces que los hoy establecidos en la LOSPP, todo ello en aras de preservar eficazmente la voluntad de los electores y de brindar estabilidad y seguridad jurídica a los actos y hechos electorales, siendo éstos una de las manifestaciones indirectas del ejercicio de la soberanía por el Poder Constituyente Originario.

De las competencias de los tribunales que integran la jurisdicción contenciosa administrativa a la luz de la jurisprudencia del tribunal supremo de justicia

Ricardo BARONI UZCATEGUI

Sumario

Introducción

- 1. De las competencias de los Tribunales de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.** *1.1. De las competencias de los Tribunales Superiores Civiles y Contenciosos Administrativos. 1.2. De las competencias de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo. 1.3. De las competencias de la Sala Político-administrativa.*
- 2. De la incidencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en el contencioso-administrativo.**
- 3. De las competencias de los Tribunales de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa conforme a la jurisprudencia patria.** *3.1. De los criterios sentados por la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo. 3.2. De los criterios sentados por la*

Sala Político-administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. 3.2.1. Sala Político-administrativa, sentencia N° 1900/2004. 3.2.2. Sala Político-administrativa, sentencia N° 02271/2004. 3.2.3 Sala Político-administrativa, sentencias de fechas 02 y 07 de septiembre de 2004. 3.3. *De los criterios sentados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.*

4. **De los criterios contrarios que han surgido entre la Sala Político-administrativa y la Sala Constitucional con ocasión de ciertas competencias de los tribunales contenciosos-administrativos.**
5. **De los tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo.** 5.1. *Sentencia No. 2862/2002 dictada por la Sala Constitucional.* 5.2. *De los cientos de conflictos entre Salas que planteó la Sala Político-administrativa en contra de la Sala Constitucional para que fuesen resueltos por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.* 5.3. *De la sentencia N° 9/2005 dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.* 5.4. *De la atrocidad jurídica que significa la existencia de la sentencia N° 9/2005 dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.* 5.5. *Del caos jurídico que ha producido la sentencia N° 9/2005 de la Sala Plena.*
6. **De los tribunales competentes para conocer de las acciones de amparo constitucional con ocasión de los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo.**

Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El régimen de competencias de los distintos Tribunales que integran a la jurisdicción contenciosa-administrativa se encontraba regulado de manera transitoria por la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en el artículo 42, en concordancia con el 43 de esa Ley, en lo que concernía a la Sala Político-administrativa de la antigua Corte; y en los artículos 181 y siguientes *eiusdem*, en lo que concernía a los Tribunales Superiores Civiles y Contenciosos Administrativos Regionales y de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, quedo derogada expresamente la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.893 Extraordinario, del 30 de julio de 1976, y demás normas que resultasen contrarias a dicha Ley.

Lo anterior, *per se*, no es grave, ya que es lógico que las leyes evolucionen y se adapten a las nuevas realidades sociales, lo realmente grave es que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha surgido un vacío en cuanto al régimen competencial de los Tribunales que integran la Jurisdicción Contenciosa Administrativa distintos a la Sala Político-administrativa, ya que si bien es cierto el Legislador reguló en esa Ley el régimen de competencias de esa Sala, la cual constituye la cúspide de dicha Jurisdicción, no es menos cierto que omitió regular el régimen competencial del resto de los Tribunales de esa especialísima jurisdicción.

Esa omisión en la que incurrió el legislador ha tratado de ser subsanada por la jurisprudencia patria. Es por ello, que el presente trabajo tiene como objetivo principal exponer y comentar el contenido de algunas decisiones jurisprudenciales, que de una u otra manera, han delineado el régimen de competencias de los Tribunales Contenciosos Administrativos ante el silencio en el que se incurrió al respecto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, que ante la inexistencia de la Ley Orgánica que organice a la jurisdicción contenciosa administrativa, al igual que su predecesora ha debido regular por lo menos transitoriamente las competencias de los tribunales que integran esa jurisdicción.

Finalmente, realizaremos algunas consideraciones de importancia sobre el contenido de la sentencia N° 9/2005, dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, la cual ha causado un gran impacto en el régimen de competencias de los Tribunales Superiores Civiles y Contenciosos Administrativos.

1. DE LAS COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA

1.1 De las competencias de los tribunales superiores civiles y contenciosos administrativos

Las competencias que poseían los Tribunales Superiores Civiles y Contenciosos Administrativos Regionales, en lo sucesivo “TSCA” en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en lo sucesivo “LOCSJ” se encontraban expresamente previstas en los artículos 181 y 182 de esa ley.

Adicionalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 de la LOCSJ, los tribunales competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial, conocían en primera instancia, en sus respectivas Circunscripciones Judiciales: de cualquier recurso o acción que se propusiese contra los Estados o Municipios; y de las acciones de cualquier naturaleza que intentasen la República, los Estados o los Municipios, contra los particulares. En ese último caso, las apelaciones y demás recursos que se interpusiesen contra las decisiones de esos tribunales, conocían los tribunales a quienes correspondía hacerlo, en conformidad con el derecho común, si la parte demandada era un particular.

En la actualidad, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en lo sucesivo “LOTSJ”, no confirió ninguna competencia a los Tribunales Superiores Civiles y Contenciosos Administrativos.

Finalmente, corresponde a los TSCA conocer de las querellas funcionariales que intenten los funcionarios públicos señalados en esa ley, con las excepciones previstas en la misma.

1.2 De las competencias de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo.

Las competencias que poseía la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, en lo sucesivo “CPCA”, en la derogada LOCSJ, se encontraban expresamente previstas en el artículo 185 de esa ley. Al igual de lo que sucedió

con los TSCA, la LOTSJ no confirió ninguna competencia a las Cortes en lo Contencioso Administrativo, ni siquiera menciona su existencia.

1.3 De las competencias de la Sala Político-administrativa.

Las competencias de la Sala Político-administrativa, en lo sucesivo “SPA”, se encontraban reguladas en los artículos 42 y 43 de la LOCSJ.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucedió con los otros tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa, en el artículo 5 de la LOTSJ sí se reguló de manera expresa las competencias de la SPA. De igual forma, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la LOCSJ, la SPA posee competencia para conocer de los casos previstos en los numerales 47 al 52, ambos inclusive, de esa norma, siempre y cuando guarde afinidad con la materia contenciosa administrativa, en los siguientes términos:

2. DE LA INCIDENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La entrada en vigencia de la LOTSJ originó que los artículos 26, 49, numerales 3° y 4°, 257 y 259 de la Constitución, quedaran vaciados de contenido y sin aplicación práctica alguna en el marco de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Con relación al artículo 26, el cual se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, la misma es una norma cuyo desarrollo legislativo no se limita a una sola ley, ya que el derecho que tiene toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente; es indudable que la misma encuentra ese desarrollo legislativo en todas aquellas leyes adjetivas que otorguen a los justiciables el derecho a la acción y expresen cuales son los Tribunales competentes para resolver las controversias que se susciten con ocasión de la interposición de la acción, recurso, demanda o solicitud de que se trate, cualquiera que esta sea, verbigracia, la Ley Orgánica del Trabajo, la cual

establece los mecanismos procesales para que trabajadores y patronos diluciden sus controversias ante los Tribunales Laborales; el Código Orgánico Procesal Penal, el cual establece cuales son los Tribunales competentes para decidir las acciones penales públicas o privadas; el Código de Procedimiento Civil, el cual establece cuales son los Tribunales competentes para dilucidar las controversias de naturaleza civil; la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual consagra los diversos tipos de acciones, recursos y demandas que ante el Tribunal Supremo de Justicia se pueden intentar, y asignando competencias expresas a cada una de sus Salas, según la naturaleza del asunto que se discute, para resolver cada una de esas acciones judiciales; la Ley del Estatuto de la Función Pública, la cual consagra cuales son los Tribunales competentes para dilucidar las controversias judiciales que se susciten entre la Administración Pública y sus funcionarios; etc..

De lo anterior surge, que el artículo 26 de la Constitución encuentra su desarrollo legislativo en todas las leyes adjetivas vigentes en Venezuela.

En efecto, si el artículo 26 de la Constitución se refiere al derecho de toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses y a obtener con prontitud la decisión correspondiente; ello forzosamente implica que la ley defina y establezca con claridad y precisión cuales son los tribunales competentes para que los justiciables puedan acceder a los órganos de la Administración de Justicia, precisamente para poder hacer valer sus derechos e intereses y para poder obtener con prontitud la decisión correspondiente, en fin, para así poder obtener una tutela judicial efectiva. Si la ley no se encarga de crear los Tribunales y menos aún de asignarles competencias, es muy difícil que el derecho a la tutela judicial efectiva pueda ser letra viva por razones más que obvias.

Es por ello, que el artículo 49, numerales 3° y 4° de la Constitución establecen que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: “3. Toda persona tiene derecho a ser oída en toda clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, *por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad*”; y “4. *Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las*

jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley_(...)”. (Destacados del autor).

Lo anterior significa que la Ley debe asignar de manera expresa las competencias de cada uno de los Tribunales según la especialidad de los mismos; ya que ello es fundamental para que pueda existir una tutela judicial efectiva; y además, ello es igualmente fundamental para estar en presencia de un debido proceso, ya que uno de los elementos configurativos esenciales del derecho constitucional al debido proceso y a la defensa, es precisamente la noción del juez o tribunal competente establecido con anterioridad a la interposición de la demanda.

Por supuesto, la noción del juez natural prevista en el artículo 49, numerales 3° y 4° de la Constitución, al igual que el derecho a la tutela judicial efectiva, es una norma ampliamente desarrollada por el legislador ordinario en todas y cada una de las leyes procesales vigentes, por cuanto es la ley la encargada de señalar de manera expresa las competencias de los Tribunales, ya sea ésta por la materia, el territorio o la cuantía, así como las excepciones que modifican la competencia natural del Tribunal de que se trate (conexión, continencia, radicación y avocamiento).

Asimismo, el artículo 257 de la Constitución es una norma que encuentra un amplio desarrollo legislativo en todas las leyes adjetivas vigentes, ya que si el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, es en la ley adjetiva en la que el proceso es diseñado en aras de que los operarios de justicia pueden interponer cualquier acción, recurso o demanda o los fines de obtener justicia a través del proceso legalmente establecido al efecto.

Por último, el artículo 259 de la Constitución consagra que la jurisdicción contenciosa administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo

necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Esta norma requiere de algunos comentarios adicionales.

Comienza la misma señalando que la jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia *y a los demás tribunales que determine la ley*. Si realizamos una interpretación armónica y en bloque del artículo 259 de la Constitución con lo dispuesto en los artículos 26, 49, numerales 3° y 4° y 257 *eiusdem*, tendríamos que decir que sí la Ley es la que determina cuales son los Tribunales que integran la jurisdicción contenciosa administrativa, es porque ello es necesario, ya que si la ley no define cuales son esos Tribunales, nunca podrá haber en esa espacialísima jurisdicción una tutela judicial efectiva, ya que no que no habría Tribunales a los cuales acceder para que los justiciables puedan hacer valer sus derechos e intereses, y menos aún podría obtenerse con prontitud la decisión correspondiente; no existiría un debido proceso en la jurisdicción contenciosa administrativa, por cuanto no se sabría cuales son los jueces o tribunales competentes establecidos con anterioridad; y menos aun podría hablarse que el proceso contencioso administrativo es una herramienta para la obtención de la justicia, por cuanto para que pueda haber justicia es de perogrullo decir que primero debe existir el Tribunal encargado de obsequiar esa justicia.

En ese orden de ideas, hay que recordar que fue en la derogada LOCSJ, aunque de manera transitoria, en donde se regulaban las competencias, no solo de la Sala Político-administrativa como cúspide de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, sino también las competencias del resto de los Tribunales que integran esa jurisdicción, vale decir, de los Tribunales Superiores Civiles y Contenciosos Administrativos y de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo. Incluso, en ciertos casos los Tribunales Civiles fungían de Tribunales Contenciosos Administrativos eventuales, cuando conocían en primera instancia de las demandas de contenido patrimonial contra los Estados y Municipios.

Lo anterior significa, que los artículos 26, 49, 3° y 4°, 257 y 259 de la Constitución encontraban su desarrollo legislativo en la derogada LOCSJ, específicamente en sus artículos 42, 43, 181, 182, 183 y 185.

Así las cosas, la actual LOTSJ originó un gran vacío legislativo, ya que derogó la LOCSJ, y solo se expresó en la primera de esas Leyes las competencias de la Sala Político-administrativa, más no así las competencias del resto de los Tribunales que integran esa jurisdicción.

Ahora bien, de lo dicho hasta los momentos emerge, por las razones antes explicadas, que al quedar derogada la LOCSJ y al no regular la LOTSJ las competencias de los Tribunales Contenciosos Administrativos, los artículos 26, 49, numerales 3º y 4º y 257, en el contexto de esa especial jurisdicción han quedado vaciado de contenido.

El otro problema que se presenta es que el artículo 259 de la Constitución el cual se encontraba plenamente desarrollado en la derogada LOCSJ, solo ha sido desarrollado de manera parcial en la LOTSJ, al solo asignar las competencias que le corresponden a la SPA, más no así con el resto de los Tribunales de esa Jurisdicción.

La conclusión que se obtiene de lo dicho hasta los momentos es sumamente obvia, que la Asamblea Nacional al sancionar la LOTSJ, sin prever en esa ley o en alguna otra, el régimen de competencias de los Tribunales de la Jurisdicción contenciosa administrativa, ha provocado que lo dispuesto en los artículos 26, 49, 3º y 4º, 257 y 259 de la constitución, en el contexto de esa jurisdicción, se conviertan en normas sin un desarrollo legislativo, y por ende, en normas sin ninguna utilidad practica en el marco de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Lo anterior es de más fácil visualización con un ejemplo.

El artículo 181 de la derogada LOCSJ establecía que mientras se dictase la Ley que organizará la jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores que tuviesen atribuida competencia en lo Civil, conocerían, en primera instancia en sus respectivas circunscripciones, de las acciones o recursos de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, emanados de autoridades estatales o municipales de su jurisdicción, si eran impugnados por razones de ilegalidad. De esa norma también se interpretaba que esos Tribunales conocían de los recursos de carencia o de abstención contra las omisiones de las autoridades Estadales y Municipales.

Pues bien, al quedar derogada la LOCSJ, no existe en Venezuela una sola norma adjetiva que señale cuáles son los Tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad o carencia contra los actos u omisiones de los Estados o Municipios, por lo que no faltara un abogado o juez que interprete que las actuaciones u omisiones que emanen de esos entes político-territoriales, están exentas de todo control judicial; más no así los actos u omisiones de la República, la cuales son objeto de control por parte de la Sala Político-administrativa.

Entonces, si una persona requiere, por ejemplo, demandar la nulidad de un acto emanado de una Alcaldía mediante la cual se ordena la demolición de su vivienda ¿ante que Tribunal puede acudir?, ya que no existe en Venezuela una sola norma que señale cual es el Tribunal competente en ese caso; luego, es indudable que el artículo 26, en relación a la tutela judicial efectiva que puedan brindar la jurisdicción contenciosa administrativa, ha quedado en suspenso indefinido, ya que si bien es cierto esa norma en algún momento tuvo un desarrollo legislativo que permitía en casos como el señalado en el ejemplo acudir ante un TSCA para demandar la nulidad de un acto que ordenaba la demolición de una vivienda; actualmente no posee ese desarrollo legislativo por cuanto la LOTSJ no reguló, ni siquiera transitoriamente esa situación como si lo hacía la derogada LOCSJ, así como tampoco a sido dictada la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Igual razonamiento cabe hacer con relación a los artículos 49, numerales 3° y 4° (noción del juez natural en la jurisdicción contenciosa administrativa), 257 y 259 de la Constitución, ya que por esas mismas razones, si bien es cierto esas normas tuvieron un desarrollo legislativo en relación a la jurisdicción contenciosa administrativa, con la entrada en vigencia de la LOTSJ, han dejado de tener ese desarrollo legislativo de manera sobrevenida, lo cual origina que las mismas queden en suspenso indefinido.

Lo anterior dificulta el ejercicio de todos los abogados que litigan ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y además, impide que aquellos justiciables que eventualmente tengan que acudir ante la misma para zanjar sus diferencias con la Administración Pública puedan hacerlo, ya que no existe certeza sobre la competencia de esos Tribunales; originando igualmente una traba y entorpecimiento del correcto funcionamiento de los Tribunales Contenciosos Administrativos, al no regularse en la LOTSJ, aunque fuese de

manera transitoria, los aspectos competenciales a los cuales se referían los artículos 181, 182, 183 y 185 de la derogada LOCSJ.

En efecto, ¿cómo se puede obtener una tutela judicial efectiva, o lo que es lo mismo, cómo es posible acceder a los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa en defensa de nuestros derechos e intereses y de obtener con prontitud la decisión correspondiente, en los asuntos a los que se referían los artículos 181, 182, 183 y 185 de la derogada LOCSJ, si en la actualidad no existe una sola norma en Venezuela que se refiera a esos aspectos competenciales? ¿Cómo queda la noción del juez natural en lo que concierne a los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa, si los asuntos a los que se referían los artículos 181, 182, 183 y 185 de la derogada LOCSJ, no fueron asignados a ningún tribunal?); ¿cómo se puede hablar que el proceso contencioso administrativo es una herramienta para la obtención de la justicia, si los asuntos a los que se referían los artículos 181, 182, 183 y 185 de la derogada LOCSJ, no fueron asignados a ningún tribunal que se encargue de tramitar los procesos a los que hacían alusión esas normas?; y finalmente, ¿cómo queda la organización de la jurisdicción contenciosa administrativa, si los tribunales previstos en los artículos 181, 182, 183 y 185 de la derogada LOCSJ, ya no existen a la luz de la LOTSJ?.

Pudiera pensarse que las causas que venían siendo tramitadas por los Tribunales a los cuales se referían los artículos 181, 182, 183 y 185 de la derogada LOCSJ, esos Tribunales pudieran seguir conociendo de las mismas por aplicación del artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, referido a la jurisdicción perpetua.

Pero incluso, una solución tan simple, que dicho sea de paso ha sido aplicada por la SPA y por la Sala Constitucional en recientes decisiones para justificar su competencia sobre causas introducidas antes de la vigencia de la LOTSJ, fue obviada por los TSCA, los cuales no tramitaron ninguna causa introducida bajo la vigencia de la LOCSJ, es decir, las tenían paralizadas, hasta que la SPA en una sentencia que estudiaremos más adelante, estableció las competencias de los Tribunales Contenciosos Administrativos Regionales.

Tal ha sido la incertidumbre y confusión que la entrada en vigencia de la LOTSJ causó, que los TSCA en su momento decidieron suspender las causas

en las que se venían tramitando los recursos de nulidad incoados en contra de actos administrativos dictados por el Estado Miranda y los Municipios que lo conforman, a la espera de que la Sala Político-administrativa o la Sala Constitucional jurisprudencialmente despejara las dudas que habían surgido con la entrada en vigencia de la LOTSJ.

Es irónico, que después de casi un año que la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo estuvo sin funcionar por causas que son del conocimiento público, en el mes de septiembre de 2004 comenzó a despachar, no existiendo en Venezuela una sola norma que le otorgue competencia a esa Corte, es más, no existe una sola norma que establezca la existencia de ese Tribunal, lo cual pudiera dar a la interpretación general, de que esa Corte funcionará hasta el momento en que sentencie la última de las causas que hayan sido introducidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la LOTSJ, en aplicación de la tesis de la jurisdicción perpetua. Lo anterior se hace más grave con la recién creada Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo por razones más que evidentes; todo lo cual deja en suspenso indefinido los artículos 26, 49, numerales 3° y 4°, 257 y 259 de la Constitución, en relación a la tutela judicial efectiva y justicia que pueda emanar de esas Cortes, en tanto y en cuanto las mismas forman parte de una Jurisdicción Contenciosa Administrativa que posee rango constitucional, y que actualmente solo dispone de una regulación competencial parcial, ya que solo la SPA tiene regulada expresamente sus competencias.

3. DE LAS COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA CONFORME A LA JURISPRUDENCIA PATRIA

Haremos mención de algunas sentencias dictadas por la CPCA, por la SPA y por la Sala Constitucional, en lo sucesivo “SC”, que de una u otra manera han tratado de llenar el vacío que causó la entrada en vigencia de la LOTSJ con relación al régimen de competencias de los tribunales que integran a la jurisdicción contencioso administrativa. El problema que se presenta con esa jurisprudencia, como se expondrá más adelante, es que han surgido dos criterios encontrados entre la SPA y la SC, que de no ser unificados pudieran llevar a un caos procesal, ya que dependiendo del criterio que acojan los litigantes o

los jueces, si el de la SPA o el de la SC, un mismo asunto puede ser conocido por tribunales de jurisdicciones con competencias distintas.

3.1 De los criterios sentados por la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo

Mediante sentencia de fecha 5 de octubre de 2004, la CPCA decidió aplicar temporalmente el artículo 185 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ya que al no existir texto normativo alguno que contemple o atribuya a otro tribunal de la República las competencias que tenía asignadas ese Órgano Jurisdiccional en la derogada LOCSJ, y en aras de garantizar a los justiciables el derecho constitucional a la Tutela Judicial Efectiva consagrado en el artículo 26 del Texto Fundamental, dictaminó que se mantenían vigentes las competencias establecidas por el derogado artículo 185 de la LOCSJ para las Cortes en lo Contencioso Administrativo.

3.2 De los criterios sentados por la Sala Político-administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

En relación al tema que estamos abordando, la SPA ha dictado varias decisiones, a través de las cuales ha delineado las competencias de los JSCA, de las Cortes en lo Contencioso Administrativo y de ella misma, tanto en el contexto del contencioso administrativo de los recursos como en el contencioso administrativo de condena patrimonial contra la Administración Pública, las cuales pasamos a continuación a exponer:

3.2.1 Sala Político-administrativa, sentencia n° 1900/2004

En esa decisión, y ante el silencio de la LOTSJ, así como de la inexistencia de la Ley que regule la jurisdicción contencioso-administrativa, la SPA consideró propicia la ocasión para que, actuando como ente rector de la jurisdicción contencioso-administrativa, dejase sentado mediante ese fallo, cuáles eran los tribunales que integran la jurisdicción contencioso-administrativa, y delimitase el ámbito de competencias que deben serle atribuidas, en el caso concreto, a los TSCA, siguiendo a tales efectos y en líneas generales, los criterios

competenciales de la derogada LOCSJ, así como las interpretaciones que sobre las mismas fue produciendo esa Sala, todo ello armonizado con las disposiciones de la nueva LOTSJ, y los principios contenidos en el texto constitucional vigente.

En primer lugar, la SPA en el fallo en comento indicó que la jurisdicción contencioso-administrativa general, está organizada en tres niveles, a saber:

- a) La Sala Político-administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la cúspide de la jurisdicción.
- b) Las Cortes de lo Contencioso-Administrativo, a un nivel intermedio, y con competencia nacional, creadas mediante la Resolución N° 2003-00033 dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de diciembre de 2003, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.866 de fecha 27 de enero de 2004, y
- c) Los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo, a nivel regional.
- d) Asimismo, son tribunales integrantes de la jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Tributario y los demás tribunales que en virtud de la Ley, conozcan de la nulidad de actos administrativos emanados de autoridades públicas nacionales, estatales o municipales.

La SPA en el fallo antes identificado, y mientras se dicte la Ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, estableció que será competencia de los TSCA, las siguientes materias:

“1° Conocer de las demandas que se propongan contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República, los Estados o los Municipios, ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía no excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T), que actualmente equivale a la cantidad de doscientos cuarenta y siete millones de bolívars con cero céntimos (Bs. 247.000.000,00), ya que la unidad tributaria equivalía para esa fecha

a la cantidad de veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 24.700,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal.

2º Conocer de todas las demandas que interpongan la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República, los Estados o los Municipios, ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere contra los particulares o entre sí, si su cuantía no excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T), que actualmente equivale a la cantidad de doscientos cuarenta y siete millones de bolívares con cero céntimos (Bs. 247.000.000,00), ya que la unidad tributaria equivalía para esa fecha a la cantidad de veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 24.700,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal.

3º Conocer de las acciones o recursos de nulidad, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, contra los actos administrativos emanados de autoridades estatales o municipales de su jurisdicción.

4º De la abstención o negativa de las autoridades estatales o municipales, a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, de conformidad con ellas.

5º De las impugnaciones contra las decisiones que dicten los organismos competentes en materia inquilinaria.

6º De los recursos de hecho cuyo conocimiento les corresponda de acuerdo con la Ley.

7º De las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los estados o los municipios, si su cuantía no excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T), que actualmente equivale a la cantidad de doscientos cuarenta y siete millones de bolívares con cero céntimos (Bs. 247.000.000,00), ya que la unidad tributaria equivale para la presente fecha a la cantidad de veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 24.700,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal;

8º Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea

parte cualquier entidad administrativa regional distinta a los estados o los municipios, si su cuantía no excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T), que actualmente equivale a la cantidad de doscientos cuarenta y siete millones de bolívares con cero céntimos (Bs. 247.000.000,00), ya que la unidad tributaria equivale para la presente fecha a la cantidad de veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 24.700,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal.

9º De las reclamaciones contra las vías de hecho imputadas a los órganos del Ejecutivo Estatal y Municipal y demás altas autoridades de rango regional que ejerzan Poder Público, si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal.

10º De las acciones de reclamo por la prestación de servicios públicos estatales y municipales, si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal.

11º De cualquier otra acción o recurso que le atribuyan las leyes (Ejemplos de ellos son las acciones de nulidad por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, contra los actos administrativos concernientes a la carrera administrativa de los funcionarios públicos nacionales, estatales o municipales, atribuida por la Ley Orgánica del Estatuto de la Función Pública.)

Contra las decisiones dictadas con arreglo a los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 y 11, podrá interponerse apelación dentro el término de cinco días, por ante las Cortes de lo *Contencioso-Administrativo*”.

3.2.2 Sala Político-administrativa, sentencia nº 02271/2004

La SPA mediante la sentencia *supra* identificada, consideró necesario delimitar las competencias que debían ser asumidas por las Cortes en lo Contencioso Administrativo, siguiendo a tales efectos y en líneas generales, los criterios competenciales de la derogada LOCSJ, así como las interpretaciones que sobre la misma fue produciendo la jurisprudencia, todo ello armonizado con las disposiciones de la nueva LOTSJ, y los principios contenidos en el texto constitucional vigente.

Así, atendiendo a las recientes sentencias dictadas por esa Sala en las cuales se ha regulado transitoriamente la competencia de jurisdicción contencioso-

administrativa, consideró la SPA que las Cortes de lo Contencioso Administrativo son competentes para conocer:

1. De los conflictos de competencias que surjan entre los tribunales de cuyas decisiones puedan conocer en apelación, es decir, de los posibles conflictos de competencias que puedan surgir entre los Juzgados Superiores Contenciosos en las distintas regiones del país.
2. De los recursos de hecho intentados contra las decisiones relativas a la admisibilidad de la apelación en las causas cuyo conocimiento le corresponda en segunda instancia.
3. De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los numerales 30 y 31 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal.
4. De las apelaciones que se interpongan contra las decisiones dictadas, en primera instancia por los Tribunales Contencioso Administrativos Regionales. (Véase sentencia de esta Sala N° 1.900 del 27 de octubre de 2004).
5. Conocer de las demandas que se propongan contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa en la cual alguna de las personas políticas territoriales (República, Estados o Municipios) ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T.), que actualmente se ajusta a la cantidad de doscientos cuarenta y siete millones de bolívares con cero céntimos (Bs. 247.000.000,00), hasta setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.), que equivalen a la cantidad de un mil setecientos veintinueve millones veinticuatro mil setecientos bolívares con cero céntimos (Bs. 1.729.024.700,00), por cuanto la unidad tributaria para esa fecha tenía un valor de veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 24.700,00); siempre que su conocimiento no esté atribuido a otro tribunal. (Véase sentencia No. 1.209 del 2 de septiembre de 2004).

6. Conocer de todas las demandas que interpongan la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa en la cual alguna de las personas políticos territoriales (República, Estados o Municipios) ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, contra los particulares o entre sí, si su cuantía excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T.), que actualmente se ajusta a la cantidad de doscientos cuarenta y siete millones de bolívars con cero céntimos (Bs. 247.000.000,00), hasta setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.), que equivalen a la cantidad de un mil setecientos veintinueve millones veinticuatro mil setecientos bolívars con cero céntimos (Bs. 1.729.024.700,00), por cuanto la unidad tributaria para esa fecha tenía un valor de veinticuatro mil setecientos bolívars sin céntimos (Bs. 24.700,00); si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal. (Véase sentencia N° 1.315 del 8 de septiembre de 2004).
7. De las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sean parte la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual alguna de las personas políticos territoriales (República, Estados o Municipios) ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T.), que actualmente equivale a la cantidad de doscientos cuarenta y siete millones de bolívars con cero céntimos (Bs. 247.000.000,00), hasta setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.), que equivalen a la cantidad de un mil setecientos veintinueve millones veinticuatro mil setecientos bolívars con cero céntimos (Bs. 1.729.024.700,00), por cuanto la unidad tributaria para la presente fecha tiene un valor de veinticuatro mil setecientos bolívars sin céntimos (Bs. 24.700,00); si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal. (Véase sentencia No. 1.209 del 2 de septiembre de 2004).
8. De las abstenciones o negativas de autoridades o funcionarios distintos a los establecidos en el numeral 26 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, o distintos a los de carácter estatal o municipal, a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las leyes.

9. De las reclamaciones contra las vías de hecho imputadas a órganos distintos a los establecidos en los numerales 26, 27, 30 y 31 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal.
10. De las acciones de reclamo por la prestación de servicios públicos ofrecidos por autoridades distintas a las locales, esto es, estatales o municipales, cuya competencia corresponde a los Tribunales Contencioso Administrativos Regionales, o en todo caso, a las que expresamente no le correspondan a esta Sala; y si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal.
11. De las controversias que se susciten con motivo de la adquisición, goce, ejercicio o pérdida de la nacionalidad o de los derechos que de ella derivan;
12. De cualquier otra acción o recurso cuyo conocimiento le atribuyan las leyes. (Ejemplo de ello es la competencia atribuida en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social publicada en Gaceta Oficial N° 37.475 del 1° de julio de 2002, cuando la expropiación la solicita la República).

Contra las decisiones dictadas con arreglo a los numerales 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 podrá interponerse apelación dentro del lapso de cinco (5) días, por ante la SPA.

Finalmente, en ese fallo, la SPA advirtió, que las competencias establecidas *supra*, eran transitorias hasta tanto se dicte la ley respectiva, por lo que en ejercicio de su función rectora, dijo esa Sala, por vía jurisprudencial podrá, ampliar, modificar o atribuir otras competencias a los órganos jurisdiccionales que conforman el contencioso-administrativo.

3.2.3 Sala Político-administrativa, sentencias de fechas 02 y 07 de septiembre de 2004

Mediante sentencia de fecha 2 de septiembre de 2004, la SPA delimitó el alcance de los numerales 24° y 25° del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, estableciendo la competencia por la cuantía de los Tribunales que conforman la jurisdicción contencioso administrativa.

En ese sentido, la SPA estableció lo siguiente:

Los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales, conocerán de las demandas que se propongan contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República, los Estados, o los Municipios, ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía no excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T), que actualmente equivale a la cantidad de doscientos cuarenta y siete millones de bolívares con cero céntimos (Bs. 247.000.000,00), ya que la unidad tributaria equivale para la presente fecha a la cantidad de veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 24.700,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal.

Las Cortes de lo Contencioso Administrativo con sede en Caracas, conocerán de las demandas que se propongan contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República, los Estados, o los Municipios, ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T.), que actualmente equivale a la cantidad de doscientos cuarenta y siete millones de bolívares con cero céntimos (Bs. 247.000.000,00), hasta setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.), la cual equivale a la cantidad de un mil setecientos veintinueve millones veinticuatro mil setecientos bolívares con cero céntimos (Bs. 1.729.024.700,00), por cuanto la unidad tributaria equivale para la presente fecha a la cantidad de veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 24.700,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal.

La Sala Político-Administrativa, conocerá de las demandas que se propongan contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República, los Estados, o los Municipios, ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía excede de setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.), lo que equivale actualmente a un mil setecientos veintinueve millones veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 1.729.024.700,00), ya que la unidad tributaria equivale para la presente fecha a la cantidad de veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 24.700,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal.

El criterio establecido en la mencionada sentencia, fue reiterado en fallo de fecha 7 de septiembre de 2004, de esa misma Sala, en la que se estableció que "...aunado a las consideraciones expuestas en el fallo antes citado, en atención al principio de unidad de competencia, debe establecer esta Sala que igualmente resultan aplicables las anteriores reglas para el conocimiento de todas las demandas que interpongan cualesquiera de los entes o personas públicas mencionadas anteriormente *contra los particulares* o entre sí...".

3.3 De los criterios sentados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

La SC, mediante sentencia de fecha 27/05/05, Exp. N° 04-0144, también se pronunció sobre las competencias de los Tribunales que integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, estableciendo que para los casos que deba resolver esa Sala relacionados con las materias de su competencia, se deben aplicar las normas contenidas en los artículos 180 al 186 de la derogada LOCSJ.

4. DE LOS CRITERIOS CONTRARIOS QUE HAN SURGIDO ENTRE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA Y LA SALA CONSTITUCIONAL CON OCASIÓN DE CIERTAS COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS

De lo expuesto hasta los momentos pareciera que las dudas que surgieron con la entrada en vigencia de la LOTSJ, en cuanto al régimen de competencias de los Tribunales Contenciosos Administrativos, fueron resueltas por las sentencias ya comentadas.

Ahora bien, el problema que se presenta es que han surgido dos posiciones distintas entre la SPA y la SC, los cuales pudieran ser resumidos de la siguiente manera: Primero: en tanto que la SC ha aceptado que deben seguir aplicándose los artículos 181 al 186 de la derogada LOCSJ, normas éstas que permitían que en ciertos casos los Tribunales del Derecho Común, específicamente los tribunales civiles, podían tramitar demandas de contenido patrimonial que los particulares intentasen contra los Estados y los Municipios; la SPA excluye de manera total a los tribunales civiles para tramitar ese tipo de demandas,

dándole competencia plena y exclusiva para ello a los tribunales contenciosos administrativos. Segundo: La SC ha señalado que cuando la República, los Estados o Municipios demanden patrimonialmente a un particular, esas demandas deben ser tramitadas por los Tribunales Civiles; en cambio, la SPA ha establecido que en esos casos los Tribunales competentes también serían los contenciosos administrativos.

Con base en lo anterior, procederé a continuación a señalar de manera más específica cuales son los criterios disímiles entre esas dos Salas que lo que originan es una gran incertidumbre e inseguridad jurídica a los justiciables.

En primer lugar, ya hemos visto que la SPA, en su sentencia N° 1900/2004, definió las competencias de los TSCA.

Para definir esas competencias, la SPA aplicó lo dispuesto en los artículos 181 al 186, ambos inclusive, de la derogada LOCSJ, adaptando su contenido a lo dispuesto en la LOTSJ.

En algunos casos, la SPA ratificó algunas competencias de los TSCA que ya poseían desde la vigencia de la LOCSJ; en otros casos, y de una interpretación armónica de lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución, con lo dispuesto tanto en la derogada LOCSJ y en la LOTSJ, les otorgó competencias que antes no poseían.

En nuestra opinión, la mayoría de los criterios sentados por la SPA en la sentencia en comento, son acertados.

Uno de esos criterios fue el siguiente:

La SPA observó que el artículo 182, 2° de la derogada LOCSJ, establecía que los TSCA era competentes para conocer de: “Cualquier acción que se proponga contra la República o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía no excede de un millón de bolívars y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad”;

Igualmente, la Sala Político-administrativa observó que el artículo 183, 1° *eiusdem* establecía que los tribunales competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial, conocerán en primera instancia,

en sus respectivas Circunscripciones Judiciales: “De cualquier recurso o acción que se proponga contra los Estados o Municipios”.

La SPA lo que interpretó fue que el artículo 182, 2º de la LOCSJ le otorgaba competencia a los TSCA para conocer en primera instancia hasta cierta cuantía de las demandas patrimoniales contra la República, Institutos Autónomos o empresa del Estado. Pero por otra parte, cuando el demandado era un Estado o un Municipio, esa demanda en primera instancia era conocida por un Tribunal Civil, y la alzada correspondía al Tribunal Superior Contencioso Administrativo.

Para esa Sala, quedó sustraído del ámbito de competencias de la jurisdicción ordinaria en materia contencioso-administrativa, el conocimiento de cualquier recurso o acción que se proponga por un particular contra los Estados o Municipios, que le atribuía el ordinal 1º del artículo 183 *eiusdem*, otorgándola a los TSCA, los cuales conocerán de dichas causas en primera instancia.

Es decir, que según la SPA, los TSCA, no solamente conocerían en primera instancia hasta cierta cuantía, de las demandas patrimoniales intentadas contra la República, Institutos Autónomos o Empresas del Estado, sino que además conocerían de esas mismas demandas que se interpusieran contra un Estado o un Municipio; lo cual antes era conocido por los Tribunales Civiles, correspondiendo la alzada a los TSCA. Es decir, la jurisdicción civil ordinaria quedó excluida de conocer de demandas patrimoniales cuando el sujeto pasivo de la relación procesal fuese un Estado o Municipio.

Por su parte, la SC en su sentencia de fecha 27/05/05, Exp. N° 04-0144, fue de un parecer total y absolutamente contrario al de la SPA, al disponer *que mientras se resuelve legislativamente el vacío causado por la LOTSI, seguirían aplicándose lo dispuesto en los artículos 180 al 186 de la LOCSJ, a las cuales se les daría el sentido que la doctrina jurisprudencial les atribuyó durante su vigencia*; y si ello es así, significaría entonces que los Tribunales Civiles seguirían conociendo en primera instancia de las demandas patrimoniales intentadas contra los Estados y Municipios, resaltando que la SPA excluyó a los Tribunales Civiles para conocer de esas mismas demandas.

En esa decisión, la SC de manera contundente sentó que los tribunales de derecho común, forman parte de la estructura contencioso-administrativa, y les fueron asignadas por la derogada LOCSJ estas tareas en tanto órganos jurisdiccionales preexistentes y activos al momento en que dicha Ley entró en vigencia, y no como consecuencia de una pretendida similitud entre los asuntos contencioso-administrativos con los asuntos que ya conocían (civiles o mercantiles), pues el criterio de atribución que se desprende de la lectura de los artículos 181, 182 y 183 de la citada Ley está asociado principalmente con la naturaleza de la conducta administrativa (acto unilateral o bilateral, de efectos generales o particulares o si se le imputa el vicio de inconstitucionalidad o ilegalidad) y al órgano objeto de control, no a la competencia ordinaria que tenía el órgano judicial antes de la vigencia de la LOCSJ.

Dijo la SC en esa sentencia, que lo que se quería destacar era que los tribunales civiles de derecho común o especial conocían en tanto órganos jurisdiccionales en plena actividad para el momento en que fue publicada la LOCSJ.

Finalmente, la SC de una manera que no origina duda alguna, sentó que “(...) de los actos bilaterales ordinarios que suscriban las administraciones públicas estatales y municipales, *conocerán los tribunales civiles ordinarios*”.

Vemos así dos criterios, a saber: el de la SPA que señala que los Tribunales Civiles quedan excluidos para conocer de toda demanda que sea intentada contra un Estado o Municipio; y el de la SC según el cual los Tribunales Civiles seguirían conociendo de las demandas patrimoniales que se intenten contra los Estados y Municipios.

En nuestra opinión consideramos acertada la posición adoptada por la SPA, en virtud de lo siguiente:

El artículo 259 de la Constitución dispone que la jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. *Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer*

de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Es decir, que en virtud de lo dispuesto por esa norma de rango constitucional, los únicos tribunales que tienen competencia para condenar a la Administración Pública al pago de cantidades de dinero, son los tribunales contenciosos administrativos. Podrá decirse en contra de esa interpretación, que el artículo 259 de la Carta Magna al señalar que la jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley, podía el legislador perfectamente señalar a los Tribunales Civiles como especies de tribunales contenciosos administrativos eventuales para conocer en primera instancia de demandas patrimoniales contra los Estado y Municipios, verbigracia lo establecido en el artículo 183, 1º de la derogada LOCSJ.

Consideramos que esa interpretación debe ser superada, máxime si tomamos en cuenta que la SC hasta la saciedad ha señalado que uno de los elementos que conforman la noción del juez natural, es que el juez sea idóneo, es decir, que tengan conocimientos, incluso estudios de post-grado, en relación a la materia que de diario le toca juzgar; y si tomamos en cuenta que el sistema de responsabilidades de la Administración pública se encuentra mayormente prevista en la Constitución, aplicándose el Código Civil solo de manera supletoria, debemos concluir que cuando el artículo 259 de la Carta Magna dispone que la jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley, esos otros tribunales que determine la ley deben forzosamente ser tribunales contenciosos administrativos, los cuales deberían ser creados cuando se sancione la Ley Orgánica que organice la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Es por ello que un Tribunal Civil, cuya especialidad es juzgar pleitos patrimoniales entre particulares, jamás sería un juez idóneo para juzgar una causa en la que si bien es cierto el demandante es un particular, no es menos cierto que el demandado es un Estado o un Municipio, y según el artículo 259 de la Constitución, el único tribunal competente para condenar a esos entes políticos territoriales al pago de cantidades de dinero, es uno que integre a la jurisdicción contencioso administrativa.

Por lo antes expuesto, compartimos el criterio de la SPA, ya que el mismo se subsume y se corresponde perfectamente y en su totalidad con la noción del juez natural al cual alude el artículo 49, 4º, en concordancia con el artículo 259, ambos de la Constitución.

En segundo lugar, la SPA en su sentencia del 07/09/04 y en su sentencia N° 1900/2004, sentó que quedaba excluida de la jurisdicción ordinaria la competencia que le otorgaba el ordinal 2º del artículo 183 de LOCSJ, según el cual los Tribunales Civiles eran competentes para conocer de las acciones de cualquier naturaleza que intenten la República, los Estados o los Municipios, contra los particulares; correspondiendo el conocimiento de tales asuntos también a los TSCA.

Dicho criterio fue ratificado por la SPA en su sentencia N° 1900/2004.

Por su parte, de la sentencia de fecha 27/05/05, Exp. N° 04-0144, dictada por la SC, se infiere que el Tribunal competente para conocer de las acciones de cualquier naturaleza que intenten la República, los Estados o los Municipios, contra los particulares, son los Tribunales de Derecho común, verbigracia los tribunales civiles.

Ello se infiere cuando la SC sentó que mientras se resuelve legislativamente el vacío a que se ha hecho referencia, una fórmula que posibilite cierta seguridad jurídica en este campo de la función jurisdiccional, era la de aplicar unas normas similares a las que preveía la derogada LOCSJ respecto a los tribunales contenciosos administrativos generales y a sus competencias (que iban desde el artículo 180 al 186 de dicha Ley), a las cuales se les dará el sentido que la doctrina jurisprudencial les atribuyó durante su vigencia.

Si de lo que se trata, como dijo la SC en ese fallo, es de aplicar normas similares a las que preveía la derogada LOCSJ respecto a los tribunales contenciosos administrativos generales y a sus competencias (que iban desde el artículo 180 al 186 de dicha Ley), a las cuales se les daría el sentido que la doctrina jurisprudencial les atribuyó durante su vigencia; entonces, el artículo 183, 2º de esa ley disponía que los tribunales competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial, conocerían en primera instancia,

en sus respectivas Circunscripciones Judiciales: De las acciones de cualquier naturaleza que intenten la República, los Estados o los Municipios, contra los particulares; y de las apelaciones y demás recursos que se interpongan contra las decisiones de estos tribunales, conocerán los tribunales a quienes corresponda hacerlo, en conformidad con el derecho común, si la parte demandada es un particular.

Vemos así dos criterios, el de la SPA que considera que cuando la República, los Estados o Municipios demanden a un particular, esa demanda debe ser tramitada por ante los Tribunales Contenciosos Administrativos, y el de la SC, la cual considera que cuando la República, los Estados o Municipios demanden a un particular, la misma debe ser tramitada en todas sus instancias por los Tribunales Civiles.

Conforme lo dispone el artículo 259 de la Constitución, los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; *condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración*; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa; es decir, que según el artículo 259 de la Constitución en los distintos tipos de juicios que pueden ser tramitados por los tribunales que integran la jurisdicción contenciosa administrativa, el sujeto pasivo de la relación procesal siempre, necesariamente, forzosamente y por mandato constitucional, debe y tiene que ser *la Administración Pública, y no los particulares o sujetos de derecho privado*, los cuales pueden ser parte en un juicio contencioso administrativo, pero eso sí, como sujetos activos de la relación procesal, ora demandando la nulidad de un acto administrativo de efectos generales o particulares, incluso, por desviación de poder; ora demandando a la administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de ésta; ora interponiendo reclamos por la prestación de servicios públicos; o solicitando el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, a través de la acción de amparo constitucional o a través de cualquier otro recurso.

Hay que recordar que Artículo 183 de la derogada LOCSJ disponía que los tribunales competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común conocerían en primera instancia, en sus respectivas Circunscripciones Judiciales: *“De las acciones de cualquier naturaleza que intenten la República, los Estados o los Municipios, contra los particulares”*. Pero si era al revés, es decir, si era un particular quien demandaba a la Administración Pública, entonces esa demanda era tramitada por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Si algo estaba claro en la LOCSJ, era el hecho de que si un particular demandada patrimonialmente a la Administración Pública, el tribunal competente para conocer de ese tipo de demandas, era el Contencioso Administrativo. Por el contrario, si era la Administración Pública quien demandaba patrimonialmente a un particular, esa demanda era conocida en todas su instancias por los Tribunales Civiles Ordinarios, incluso, por la cuantía, se podía llegar hasta Casación. Y ello era lógico que fuese así, ya que ello atendía a la noción del juez natural.

Es en virtud de lo anterior, que un particular jamás y nunca podría ser juzgado por un Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, tribunales éstos que por mandato constitucional solo tienen competencia para juzgar a la Administración Pública, ya que en el caso de que procedan a juzgar a un particular, le estarían violando a éste su derecho a ser juzgado por su juez natural, esto es, por los Tribunales que conforman la jurisdicción ordinaria.

Es por todo lo explicado hasta los momentos, que consideramos que cuando un particular es demandado patrimonialmente por la República, un Estado o Municipio, y en aras de salvaguardar el derecho de ese particular a ser juzgado por su juez natural, que el Tribunal competente para conocer de esas demandas son los Tribunales Civiles, ya que es imposible que un particular pueda ser juzgado por un Tribunal Contencioso Administrativo.

En ese orden de ideas, consideramos que con relación a la materia aquí analizada, debe imperar el criterio de la SC.

Por último, en la sentencia N° 1900/2004, la Sala Político-administrativa cuando definió las competencias de los TSCA, advirtió que las competencias

establecidas en ese fallo, eran transitorias hasta tanto se dicte la ley respectiva, por lo que en ejercicio de su función rectora, dijo esa Sala, por vía jurisprudencial podrá, ampliar, modificar o atribuir otras competencias a los órganos jurisdiccionales que conforman el contencioso-administrativo.

Es decir, la Sala Político-administrativa se autoproclamó en legislador.

Muy por el contrario, la SC en su sentencia del 27/05/05, sentó que de la lectura conjunta de los artículos 156.32° de la Constitución, según el cual corresponde a la Asamblea Nacional legislar acerca de las “*materias de la competencia nacional*”, y 156.31°, que señala como materia de competencia nacional “*la organización y administración nacional de la justicia*” (art. 156.31°), se evidencia que toca al legislador diseñar la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sea a través de un conjunto provisional de normas o mediante un texto creado exclusivamente a ese propósito. Ello viene precisado por el artículo 259 *eiusdem*, el cual prescribe que “*la jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley*”.

Adicionalmente, la SC también expreso en ese fallo, que mientras se resuelve legislativamente el vacío a que se ha hecho referencia, una fórmula que posibilite cierta seguridad jurídica en este campo de la función jurisdiccional, es la de aplicar unas normas similares a las que preveía la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia respecto a los tribunales contencioso administrativos generales y a sus competencias (que iban desde el artículo 180 al 186 de dicha Ley), a las cuales se les daría el sentido que la doctrina jurisprudencial les atribuyó durante su vigencia.

Vemos nuevamente criterios distintos entre esas dos Salas, a saber: El de la SPA, según el cual por vía jurisprudencial podrá, ampliar, modificar o atribuir otras competencias a los órganos jurisdiccionales que conforman el contencioso-administrativo; y el de la SC, según el cual las competencias de los Tribunales Contenciosos Administrativos solo pueden ser reguladas por el legislador nacional, sea a través de un conjunto provisional de normas o mediante un texto creado exclusivamente a ese propósito; y que mientras ello no suceda, se deben aplicar lo previsto en los artículos 180 al 186 de la LOCSJ, a las cuales se les daría el sentido que la doctrina y la jurisprudencia les

atribuyó durante su vigencia, todo ello en aras de dar seguridad y certeza jurídica a los justiciables.

En ese sentido, consideramos que la interpretación que debe imperar es la de la SC, la cual otorga mayor certeza jurídica a los justiciables, ya que el admitirse que la Sala Político-administrativa puede ampliar, modificar o atribuir otras competencias a los órganos jurisdiccionales que conforman el contencioso-administrativo con el solo designio de su voluntad, nos luce inconstitucional, por ser violatorio del principio de legalidad previsto en el artículo 137 de la Constitución, en concordancia con el 156, 32° y 187, 1° *eiusdem*, según las cuales es competencia exclusiva del Poder Nacional, por órgano de la Asamblea Nacional, la legislación en materia procesal.

5. DE LOS TRIBUNALES COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS RECURSOS DE NULIDAD CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO

Es imposible abordar el tema de las competencias de los tribunales contenciosos administrativos, y no tocar lo concerniente a los tribunales competentes para conocer del recurso de nulidad contra los actos administrativos dictados por las inspectorías del trabajo que ordenan el reenganche y pago de salarios caídos de los trabajadores.

Esa competencia, que en el pasado era ejercida por los tribunales laborales, ha sido incorporada al rosario de competencias de la jurisdicción contencioso administrativa, a través de los criterios vinculantes sentados por la SC, y no por un acto legislativo.

En efecto, inicialmente, la jurisdicción laboral había venido conociendo de los juicios de nulidad de los actos administrativos que involucraban derechos individuales de los trabajadores (reenganche y pagos de salarios caídos) emanados de las Inspectorías del Trabajo, de conformidad con los criterios establecidos por la SPA de la otrora Corte Suprema de Justicia, en sentencia dictada en fecha 13 de febrero de 1992, caso: Corporación Bamundi, C.A., hasta que la SC, mediante sentencia No. 1318 de fecha 02 de agosto de 2001, Exp. N° 01-0213, dictada en el contexto de un recurso extraordinario

de revisión constitucional de sentencias incoado por la abogada Teresa Suárez de Hernández en su condición de Procuradora Especial del Trabajo del Distrito Capital, sentó que los tribunales competentes para conocer de los juicios de nulidad de los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, son los que integran la jurisdicción contenciosa administrativa.

Ahora bien, tanto la SPA como la Sala de Casación Social, en lo sucesivo “SCS”, mediante sentencias dictadas en fechas 29 de enero y 05 de febrero, ambas del 2002 respectivamente, establecieron criterios distintos a los sentados por la SC en su decisión No. 1318 de fecha 02 de agosto de 2001 *supra* mencionada, apartándose abierta y francamente de la interpretación vinculante de esa última Sala con respecto a los tribunales competentes para conocer y tramitar los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, lo cual originaba una gran incertidumbre e inseguridad jurídica a los justiciables, a los abogados litigantes, a los jueces y a las Inspectorías del Trabajo, ya que existían múltiples criterios en relación a cuales eran los tribunales competentes para conocer y tramitar los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo.

En efecto, para la SPA, los Tribunales competentes para tramitar el recurso de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, eran los laborales. En cambio, para la SCS era la CPCA.

La gran gama existente de criterios emanados de las distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia con relación a los Tribunales que debían conocer de los juicios de nulidad contra las resoluciones contentivas de ordenes de reenganche y pagos de salarios caídos emanadas de las Inspectorías del Trabajo, originaba evidentemente una gran incertidumbre e inseguridad jurídica, no solo entre los abogados litigantes, sino también entre los justiciables, los jueces y las propias Inspectorías del Trabajo, ya que se observaba de las sentencias Nos. 1318/2001, 147/2002 y 39/2002 emanadas de la SC, de la SPA y de la SCS respectivamente, que en unos casos esos juicios eran tramitados, en primera instancia, por los TSCA, y en alzada por la CPCA, el cual era el criterio contenido de manera implícita en la sentencia No. 1318 de fecha 02/08/01 emanada de la SC y de la interpretación que de la misma se había hecho; en

otros casos, esos mismos juicios eran tramitados por los Tribunales Laborales, el cual era el criterio contenido en la sentencia No. 147 de fecha 29/01/02 emanada de la SPA; y finalmente, en otros casos esos mismos juicios eran tramitados en primera instancia por la CPCA y en alzada por la SPA, el cual era el criterio contenido en la sentencia No. 39 de fecha 05/02/02 emanada de la SCS.

Si bien es cierto que, de conformidad con lo pautado en el artículo 335 de la Constitución, las interpretaciones que haga la SC sobre los principios y valores constitucionales es vinculante para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y el resto de los Tribunales de la República, no fue menos cierto que con posterioridad a la sentencia del 02/08/01 dictada por la SC, se habían sentado criterios contradictorios acerca de los tribunales que habían de tramitar los juicios de nulidad contra Resoluciones emanadas de las Inspectorías del Trabajo por parte de la SPA y SCS, lo cual originó una gran incertidumbre e inseguridad jurídica.

5.1 Sentencia No. 2862/2002 dictada por la Sala Constitucional

En virtud de la gran confusión imperante en cuanto a cuáles eran los tribunales a los que correspondía tramitar y decidir los juicios de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, lo cual tuvo su origen en los múltiples criterios emanados de las distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, fue por lo que a título personal el autor de este trabajo procedió a interponer formal recurso de revisión de sentencias ante la SC contra las sentencias antes comentadas de la SPA y de la SCS, Nos. 147/2002 y 39/2002 respectivamente, a los solos fines de que se unificaran dichos criterios en esa materia.

Dicho recurso, fue resuelto por la SC mediante sentencia No. 2862, de fecha 20/11/02, en los siguientes términos.

En ese caso, la SC observó que se planteaba la aparente contradicción que existía entre los criterios que sustentaban dos sentencias de ese Tribunal Supremo de Justicia, que fueron dictadas una por la SPA y otra por la SCS, y la doctrina de esa SC, concretamente la que quedó establecida en su fallo N° 1318/2001, resaltando que los criterios contenidos en la última de las sentencias

nombradas nunca fueron aceptados por la SPA, planteando así numerosos conflictos contra la SC para que fuesen resueltos por la Sala Plena.

Así las cosas, la SC acotó que en el referido fallo No. 1318 del 02/08/01, se había resuelto una solicitud de revisión extraordinaria de la decisión que pronunció el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar del 6 de septiembre de 2000; solicitud que tuvo como motivo la determinación de “si es competente o no la autoridad judicial para conocer de los amparos, que se introduzcan en los tribunales por la contumacia de parte de los patronos de acatar las decisiones de las Providencias Administrativas dictadas por los Inspectores del Trabajo”.

En esa oportunidad -Sent 1381 del 02/08/01-, la SC estableció, con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, que es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el conocimiento de los juicios de nulidad, a través del recurso contencioso administrativo, de los actos administrativos que emanen de las Inspectorías del Trabajo. Asimismo, afirmó que los tribunales de dicha jurisdicción son los competentes para “resolver los conflictos que surjan con motivo de la ejecución de este tipo de providencias que han quedado firmes en sede administrativa” y para el conocimiento de “las acciones de amparo relacionadas con esta materia”.

Dijo la SC en su sentencia No. 2862 de fecha 20/11/02, que el criterio que se sentó en el fallo No. 1318 de fecha 02/08/01, había sido reiterado posteriormente por esa SC, entre otras, en sentencias de 30-1-02 (caso: Fermín Amado Cárdenas Mantilla); 15-8-02 (caso: Hayes Wheels de Venezuela, C.A.); 29-8-02 (caso: José Elías Torres y otros); y 20-9-02 (caso: Complejo Siderúrgico de Guayana C.A., Comsigua C.A.); y es que, en efecto, en esos casos, mal podría atribuirse la competencia a los tribunales laborales, pues a éstos no sólo no se les otorgó de manera expresa por norma legal alguna, sino que, además, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en tal supuesto deriva directa y expresamente del artículo 259 del Texto Constitucional.

Con fundamento en esa norma constitucional, y según el criterio orgánico, la SC en su fallo No. 2862/2002 consideró que toda actuación proveniente de

los órganos de la Administración Pública se encuentra sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, y de conformidad con el criterio material, toda pretensión procesal cuyo fundamento sea una actuación *-lato sensu-* realizada en ejercicio de función administrativa, con independencia de la naturaleza del órgano autor, compete ex Constitución a los tribunales contencioso-administrativos.

Por ello, dijo la SC en esa ocasión, que como quiera que las Inspectorías del Trabajo son órganos administrativos dependientes –aunque desconcentrados– de la Administración Pública Nacional, reiteraba que *“es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el conocimiento de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo”*, sea que se trate, entre otras, de la pretensión de nulidad a través del recurso contencioso administrativo, sean las pretensiones relativas a la inejecución de dichos actos como consecuencia de la inactividad de la Administración autora o bien del sujeto obligado -el patrono o el trabajador- para su ejecución; o, por último, sea que se trate de pretensiones de amparo constitucional con fundamento en lesiones que sean causadas por el contenido o por la ausencia de ejecución de dichos actos administrativos. De allí que no sólo no existe norma legal expresa que otorgue esta competencia a los tribunales laborales, sino que, de verificarse ésta, sería inconstitucional por violación del artículo 259 del Texto Fundamental, y así lo declaró la SC en su sentencia No. 2862 del 20/11/02.

Luego de la determinación anterior, la SC procedió a revisar los criterios que se expusieron en las dos sentencias de la SPA y de la SCS objeto de ese recurso de revisión, y que fueron denunciadas como contrarias a la jurisprudencia de esa Sala.

En la primera de ellas, la N° 147 del 29 de enero de 2002, la SPA no aceptó la declinatoria de competencia que hizo en su favor el Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, para que conociera Del recurso de nulidad que fue intentado contra el acto administrativo contentiva de la Resolución N° 3095, del 30 de junio de 1998, que emanó del Ministro del Trabajo, mediante la cual se declaró inadmisibile el recurso contra una Resolución de la Inspectoría del Trabajo del Estado Zulia que declaró sin lugar una solicitud de reenganche

y pago de salarios caídos. Como no se consideró competente para el conocimiento del caso, la SPA remitió el expediente a los Tribunales de Primera Instancia con competencia laboral.

Dijo la SC en su fallo No. 2862 del 20/11/02 que venimos comentando, que el criterio que sostuvo la SPA en esa oportunidad surgía frontalmente opuesto a la jurisprudencia de esa Sala, que fue pronunciada *con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*, y que anteriormente se reiteraba.

En efecto, mientras la SC estableció que la competencia para el conocimiento de los juicios de nulidad de los actos que proviniesen de las Inspectorías del trabajo correspondía a los tribunales contenciosos-administrativos, la SPA consideró que, en ese supuesto, la competencia era de los tribunales de la jurisdicción laboral, posición que atentaba contra la correcta interpretación del Texto Constitucional, concretamente del artículo 259, por las razones antes explicadas.

Expresó la SC que tal disparidad de criterios surgía a todas luces inaceptable, contraria al principio de seguridad jurídica y de unificación de la jurisprudencia. En consecuencia, la SC Estimó necesario el ejercicio de la potestad de revisión extraordinaria que le atribuye el artículo 336, cardinal 10, de la Constitución de 1999, en su condición de custodia de la uniforme interpretación y aplicación constitucional y, consecuentemente, declaró que, en lo sucesivo, *debía prevalecer el criterio que se reiteraba en el fallo No. 2862 de fecha 20/11/02, el cual debía acatarse por las demás Salas y tribunales del país*.

Por otra parte, y con respecto a la sentencia N° 39, de la SCS, del 5 de febrero de 2002, la SC se percató que esa otra Sala había conocido de un conflicto negativo de competencia que se planteó entre el Juzgado Primero de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar y el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, Menores y Contencioso-Administrativo de esa misma Circunscripción Judicial, en relación con el conocimiento del recurso de nulidad, que fue intentado conjuntamente con amparo constitucional, contra un acto de la Inspectoría del Trabajo de la Zona del Hierro del Estado Bolívar.

La SCS estimó que el Tribunal competente, para el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos de nulidad contra los referidos actos, era la CPCA en virtud de la competencia residual que le confería el artículo 185, ordinal 3º, de la derogada LOCSJ.

El análisis de la sentencia de la SCS objeto de revisión, llevó a la SC a la consideración de que la misma no contrariaba, en modo alguno, el criterio de la de ésta última; antes por el contrario, lo reafirmaba, incluso expresamente. Así, cuando consideró a la CPCA como el juez competente dentro del orden contencioso administrativo, no contradecía lo que expuso la SC en su fallo No. 1318/2001, pues ésta sólo señaló que es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el conocimiento de los juicios de nulidad contra los actos de efectos particulares de las Inspectorías del Trabajo, sin que se analizara, en esa oportunidad -Sent. 1318 del 02/08/01-, a qué Tribunales, dentro de esa jurisdicción, se atribuiría tal competencia; no obstante, en ese caso concreto, por tratarse de una acción de amparo constitucional, la SC lo remitió a un Juzgado Superior en lo Contencioso-Administrativo. En consecuencia, la SC concluyó que no existía disparidad de interpretaciones entre la doctrina de esa Sala y la de la referida sentencia de la SCS, y así expresamente lo declaró.

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, y en ejercicio de la facultad de máxima intérprete del Texto Constitucional, la SC dejó sentado en su sentencia No. 2862 de fecha 20/11/02, el siguiente criterio, con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República:

- (i) La jurisdicción competente para el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que dicten las Inspectorías del Trabajo, así como de cualquier otra pretensión –distinta de la pretensión de amparo constitucional- que se fundamente en las actuaciones u omisiones de dichos órganos, es la jurisdicción contencioso-administrativa.
- (ii) De los tribunales que conforman esta jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones antes especificadas corresponde, en primera instancia, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y en segunda instancia, cuando ésta proceda, a la Sala Político-Administrativa de este Supremo Tribunal.

(iii) De las demandas de amparo constitucional autónomo que se intenten contra los actos, actuaciones u omisiones de las Inspectorías del Trabajo, conocerán los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial correspondiente al lugar donde se produjo la supuesta lesión al derecho constitucional, y en segunda instancia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. A falta de los primeros en la localidad en donde se hubiere producido el hecho lesivo, conocerán, con fundamento y de acuerdo al procedimiento que establece el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los tribunales de Primera Instancia en lo Civil –si lo hubiere- o de Municipio –a falta de aquél- de la localidad.

Vemos así que los criterios sentados por la SC con relación a los tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, fueron establecidos en sendas sentencias de la Sala Constitucional, Nos. 1318/2001 y 2862/2002.

5.2 De los cientos de conflictos entre Salas que planteó la Sala Político-administrativa en contra de la Sala Constitucional para que fuesen resueltos por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia

Con la sentencia N° 2862/2002 de la Sala Constitucional, y en principio, había sido despejada la gran incertidumbre jurídica que había surgido con ocasión a cuáles eran los tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo; y decimos que en principio, ya que después de esa sentencia, la cual debía ser acatada por todos los Tribunales del país y por el resto de las Salas de ese Máximo Tribunal, la SPA planteó cientos de conflictos contra la SC ante la Sala Plena, en lo sucesivo “SP”, por cuanto la SPA seguía insistiendo que esa competencia correspondía a los Tribunales Laborales.

Fue un hecho público y notorio entre los abogados litigantes, que la CPCA estaba acatando los criterios sentados en la sentencia N° 2862/2002, caso: *Ricardo Baroni Uzcategui*, ya que empezó a tramitar los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, fungiendo como Tribunal de Primera Instancias en esos.

El problema se presentaba cuando la CPCA sentenciaba esas causas y la parte perdedora apelaba de la misma, y el expediente era remitido a la SPA, en su condición de Tribunal de Alzada, para que resolviese la apelación.

En esos casos, la SPA, en vez de resolver dichas apelaciones, en acatamiento a los criterios vinculantes sentados en la sentencia de la SC N° 2862/2002, caso: *Ricardo Baroni Uzcategui*; empezó a plantear ante la SP, para caso concreto, conflictos con la SC, ya que esa Sala seguía insistiendo que eran los Tribunales Laborales los competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo; lo cual puede ser constatado de una simple revisión que se haga de la pagina WEB del Tribunal Supremo de Justicia, en el LINK de la SPA, entre los años 2002 al 2005, en la que se podrá apreciar las cientos de sentencias de la SPA en las que planteaba los referidos conflictos contra la SC, lo cual ha perjudicado en todos esos años a los justiciables que han visto como sus causas tenían hasta cuatro años en los Tribunales, solo para dilucidar cuál era el tribunal a quien correspondía conocer de sus recursos.

5.3 De la sentencia N° 9/2005 dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia

La SP en la sentencia identificada *ut supra*, procedió a resolver uno de los cientos de conflictos de competencias planteados por la SPA, con ocasión de la disparidad de criterios que tenía con la SC en relación a los Tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo.

En ese caso, la SP recibió un expediente proveniente de la SPA, contentivo del conflicto negativo de competencia con motivo del recurso de nulidad interpuesto por la Universidad Nacional Abierta contra la providencia administrativa número 08 de fecha 28 de febrero de 1998, emanada de la Inspectoría del Trabajo en los Municipios Valencia, Libertador, San Diego, Naguanagua, Los Guayos y Carlos Arvelo del Estado Carabobo, mediante la cual se declaró con lugar la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos interpuesta por el ciudadano Dayan Cordero contra la referida Universidad. Remisión efectuada por la SPA a los fines de que la SP

resolviese el conflicto planteado entre los criterios de la SC y de la SPA en cuanto a cuáles eran los Tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo.

La SP, luego de justificar su competencia para resolver el referido conflicto entre Salas, sentó como primera premisa de importancia que ante la inexistencia de una norma legal expresa que atribuya a los Tribunales Laborales la competencia para conocer de las providencias emanadas de las Inspectorías del Trabajo, dicha competencia corresponde a los órganos contenciosos administrativos competentes, específicamente a los TSCA.

5.4 De la atrocidad jurídica que significa la existencia de la sentencia N° 9/2005 dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia

Es el caso que la sentencia de la SP antes identificada, nunca ha debido existir, en primer lugar, porque la SP no tenía competencia por la materia para resolver el conflicto surgido entre la SPA y la SC con ocasión de los criterios disímiles sostenidos por esas dos Salas con relación a cuáles son los Tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo; y aun en el supuesto negado que la SP hubiese tenido competencia para resolver dicho conflicto, esa Sala tenía que forzosamente acatar los criterios vinculantes sentados por la Sala Constitucional en su sentencia N° 2862/2002, caso: *Ricardo Baroni Uzcategui*, y no apartarse de esos criterios, lo cual ha originado un verdadero caos jurídico. Además, esa sentencia en sí misma es contradictoria, y por ende, de imposible ejecución, ya que no consta en lo mismo que fue lo realmente decidido.

La SC desde que fue creada le ha dado suma importancia a la noción del juez natural, es decir, a la competencia por la materia de los Tribunales para resolver los asuntos que les son sometidos a su consideración, al extremo de sentar de manera pacífica, uniforme y reiterada, que el irrespeto al principio constitucional del juez natural constituye una violación flagrante, burda y grosera al debido proceso y a la defensa de los justiciables.

En ese orden de ideas, la SC en sentencia de fecha 24 de marzo de 2000, sentó que la jurisdicción, entendida como la potestad atribuida por la ley a un órgano del Estado para dirimir conflictos de relevancia jurídica, con un procedimiento predeterminado, siendo el órgano capaz de producir cosa juzgada susceptible de ejecución, es ejercida por los Tribunales ordinarios y especiales.

A estos Tribunales la ley, o la interpretación judicial que de ella se haga, les asigna un ámbito específico que vincula a ellos a las personas que realizan actividades correspondientes a esas áreas o ámbitos. Se trata de un nexo entre las personas que cumplen esas actividades, y los Tribunales designados para conocer de ellas. Así, aunque la jurisdicción es una sola, la ley suele referirse a la jurisdicción militar, laboral, agraria, contenciosa administrativa, etc., para designar las diversas áreas en que se divide la actividad jurisdiccional por razones de interés público. Esto conduce a que los derechos de las personas relativos a las diversas actividades que tutela la jurisdicción, para que les sean declarados en casos de conflicto, tengan que acudir a los órganos jurisdiccionales que les correspondan, y así los militares, en lo concerniente a los asuntos militares, acuden a los Tribunales militares; los trabajadores a los laborales, los menores a los Tribunales de Menores, etc..

Los jueces a quienes la ley ha facultado para juzgar a las personas en los asuntos correspondientes a las actividades que legalmente pueden conocer, son los jueces naturales, de quienes se supone conocimientos particulares sobre las materias que juzgan, siendo esta característica, la de la idoneidad del juez, la que exige el artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así las cosas, la SP no tenía competencia por la materia para resolver el conflicto existente entre la SPA y la SC con ocasión de los criterios contrarios entre esas dos Salas sobre cuáles eran los Tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo.

En ese contexto, la SP justificó su competencia para resolver el referido conflicto entre Salas, con base en los siguientes razonamientos:

- a) Que de conformidad con lo establecido en el ordinal 7° del artículo 42 y en el artículo 43, ambos de la derogada LOCSJ, aplicable en razón del

tiempo, le correspondía a la SP del Tribunal Supremo de Justicia, dilucidar el conflicto de competencia suscitado entre las Salas de este Máximo Tribunal, en este caso, entre los criterios de la SC y la SPA, a los fines de determinar la Sala competente para conocer y decidir el recurso de nulidad interpuesto por la Universidad Nacional Abierta.

- b) Que en concordancia con el principio de *perpetuatio iurisdictionis*, que precisa el momento determinante de la competencia, consagrado en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, la SP reiteraba su competencia.
- c) Que la competencia jurisdiccional se determina con base a la situación existente en el momento en que se plantea el conflicto de competencia por los criterios que sostiene la SC y la SPA, esto es, bajo la vigencia de la LOCSJ.
- d) Que al evidenciarse la aplicación del principio de la jurisdicción perpetua que se establece en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil y según el cual la competencia del juez queda inmutable pese a cualquier cambio posterior en las circunstancias que la determinaron, la Sala Plena de este Máximo Tribunal es la que en definitiva deberá decidir el conflicto de competencia planteado entre los criterios de la SC y la SPA, ya que esa SP era la competente para el momento que se suscitó el conflicto de criterios.

Con sumo respeto para los Honorables Integrantes de la SP, consideró que la misma realizó una interpretación incompleta y muy ligera del principio de la *perpetuatio iurisdictionis* consagrado en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, según el cual: “La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa.”

Ciertamente, como muy bien sentó la SP, para el momento en que fue planteado ante ella el conflicto entre la SPA y la SC, dicha Sala sí poseía competencia por la materia para dilucidar dicho conflicto, según lo disponía el artículo 42, ordinal 7° de la derogada LOCSJ.

Ahora bien, la novísima y vigente LOTSJ, en su artículo 5, numeral 3º, dispone que es competencia de la SC el resolver los conflictos de cualquier naturaleza que puedan suscitarse entre las Salas que lo integran o entre los funcionarios del propio Tribunal, con motivo de sus funciones; lo cual significa que la SP de manera sobrevenida había perdido su competencia material para dilucidar el conflicto surgido entre la SPA y la SC con ocasión de los criterios contrarios entre esas dos Salas sobre cuáles eran los Tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo; lo cual no contraría de manera alguna el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* en los términos en que el mismo se encuentra consagrado en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, según esa norma la jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, *salvo que la ley disponga otra cosa*; siendo el caso que el artículo 5, numeral 3º de la LOTSJ dispuso otra cosa con relación a lo que disponía el artículo 42, ordinal 7º de la derogada LOCSJ, esta es, que los conflictos entre Salas ya no serían resueltos por la SP, sino por la SC.

Con base a lo expuesto anteriormente, es de perogrullo concluir que la SP al resolver el conflicto surgido entre la SPA y la SC con ocasión de los criterios contrarios surgidos entre esas dos Salas sobre cuáles eran los Tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, usurpó competencias de la SC, ya que era esa última Sala quien ostentaba la competencia por la materia para resolver dicho conflicto, y en consecuencia, la SP al resolver el referido conflicto violó el principio constitucional del Juez Natural.

Es más, en el pasado la SP había reconocido en un sin fin de ocasiones que había perdido de manera sobrevenida la competencia para declarar la nulidad de leyes por razones de inconstitucionalidad, ya que ello, con la entrada en vigencia de la Constitución del 99, le había sido transferido a la SC. (Ver Sentencia de la SP N° 03 de fecha 02/05/00, Exp. N° 1142).

Mutatis mutandi, con la entrada en vigencia de la LOTSJ, la SP perdió la competencia para resolver los conflictos entre Salas.

Pero aún en el supuesto negado que la SP sí hubiese tenido competencia para dilucidar el conflicto surgido entre la SPA y la SC con ocasión de los criterios contrarios surgidos entre esas dos Salas sobre cuáles eran los Tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo; dicha sentencia igualmente se encuentra viciada de nulidad, ya que la misma fue dictada en total y absoluta contradicción con los criterios vinculantes sentados por la SC en su sentencia N° 2862/2002, Caso: *Ricardo Baroni Uzcategui*.

De esa sentencia es pertinente resaltar las siguientes premisas:

- a) Que mal podía corresponder a los Juzgados Superiores de lo Contencioso-Administrativo la competencia para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo; ya que las Inspectorías del Trabajo constituyen un ejemplo típico de aquellos órganos que están sometidos al control jurisdiccional de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a tenor de la competencia residual que le confiere el artículo 185, cardinal 3°, de la referida Ley, por tratarse de autoridades nacionales distintas a las señaladas en los cardinales 9° al 12° del artículo 42 *eiusdem*.
- b) Que en ejercicio de la facultad de máxima intérprete del Texto Constitucional, la Sala Constitucional dejó sentado en su sentencia No. 2862 de fecha 20/11/02, el siguiente criterio, con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República:
 - (i) La jurisdicción competente para el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que dicten las Inspectorías del Trabajo, así como de cualquier otra pretensión –distinta de la pretensión de amparo constitucional- que se fundamente en las actuaciones u omisiones de dichos órganos, es la jurisdicción contencioso-administrativa.
 - (ii) De los tribunales que conforman esta jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones antes especificadas corresponde, en primera instancia, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y

en segunda instancia, cuando ésta proceda, a la Sala Político-Administrativa de este Supremo Tribunal.

- (iii) De las demandas de amparo constitucional autónomo que se intenten contra los actos, actuaciones u omisiones de las Inspectorías del Trabajo, conocerán los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial correspondiente al lugar donde se produjo la supuesta lesión al derecho constitucional, y en segunda instancia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. A falta de los primeros en la localidad en donde se hubiere producido el hecho lesivo, conocerán, con fundamento y de acuerdo al procedimiento que establece el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los tribunales de Primera Instancia en lo Civil –si lo hubiere– o de Municipio –a falta de aquél– de la localidad.

Por su parte, la SP en su sentencia N° 9/2005 sentó que un recurso de nulidad que había sido incoado en contra de una providencia administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo del Estado Carabobo, mediante la cual se declaró con lugar la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos de un trabajador, su conocimiento correspondía al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso *Administrativo de la Región Centro Norte del Estado Carabobo*.

Queda sí evidenciado de manera contundente que la SP en su sentencia N° 9/2005 mediante la cual resolvió el conflicto surgido entre la SPA y la SC con ocasión de los criterios contrarios surgidos entre esas dos Salas sobre cuáles eran los Tribunales competentes para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, desacató la doctrina vinculante que al respecto había establecido la SC en su sentencia N° 2862/2002, Caso: *Ricardo Baroni Uzcategui*.

En efecto, la SC había establecido expresamente y con anterioridad a la Sentencia N° 9/2005 de la SP, que los TSCA no tenían competencia para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo; ya que ello correspondía a la CPCA en primera instancia, y la alzada, en los casos que procediese, a la SPA; mal entonces podía la SP apartarse de esa doctrina vinculante de la SC, y señalar como lo

hizo, que los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo correspondían ser resueltos en primera instancia por los TSCA.

Es más en la misma fecha en que la SP dictó la sentencia n° 9/2005, esta es, el 05 de abril de 2005, la SC dictó la sentencia N° 410/2005, exp. N° 04-1773, mediante la cual dicha Sala confirmó y ratificó los criterios sentados en su sentencia N° 2862/2002, caso: *Ricardo Baroni Uzcategui*.

Finalmente, la sentencia N° 9/2205 de la SP en sí misma es confusa, contradictoria, y por ende, de imposible ejecución, ya que no aparece en la misma que fue lo realmente decidido.

La parte motiva de la sentencia *ut supra* identificada puede ser dividida en dos partes, a saber: Una primera parte en la que la SP analiza a que jurisdicción corresponde conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, si es a la jurisdicción laboral o a la contenciosa administrativa, concluyendo que son a estos últimos a quienes corresponde conocer de esos recursos; y una segunda parte destinada a determinar a que Tribunal, de los tantos que conforman a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, corresponde su conocimiento en primera instancia.

En cuanto a la primera parte, la SP concluyó que correspondía a los Tribunales que integran la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la competencia para tramitar los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo.

Hasta esa parte de la motiva, los razonamientos efectuados por la SP son perfectos e impecables, y lo que es más importante, se adecuan perfectamente con los criterios vinculantes que la SC había sentado en sus sentencias Nos. 1318/2001 y 2862/2002; los problemas se presentan es en la segunda parte de la motiva y en la propia dispositiva.

En efecto, la SP una vez que determinó que la jurisdicción competente para conocer y decidir los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo era la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, concluyó que el Tribunal competente para conocer en primera

instancia de un recurso de nulidad contra los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo, era un TSCA, desacatando los criterios vinculantes que la SC sentó en sus sentencias Nos. 1318/2001 y 2862/2002.

En otro orden de ideas, consideramos que la sentencia de la SP es confusa, cuando en la misma se afirmó que como quiera que: "...a la accionante le resulta más accesible, esto es, en garantía del derecho de acceso a la justicia de los particulares, esta Sala Plena declara que, tratándose de un asunto acaecido fuera de la región capital, (...) su conocimiento corresponde a un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo Regional (...)".

¿Quiere decir lo anterior que si el problema se hubiese presentado en la Región Capital, el tribunal competente para decidir los recursos de nulidad contra los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo, serían las Cortes en lo Contencioso Administrativo?.

Por último, de una lectura adminiculada de la segunda parte de la motiva y de la parte dispositiva de la sentencia N° 9/2005 de la SP, no aparece realmente que fue lo decidido, lo cual genera un mayor caos e incertidumbre jurídica.

En efecto, cuando se lee la segunda parte de la motiva de la sentencia accionada en revisión, se desprende claramente que la SP determinó que correspondía a un TSCA la competencia para tramitar y decidir en primera instancia un recurso de nulidad contra un acto administrativo dictado por una Inspectoría del Trabajo. Pero cuando se lee la parte dispositiva de la referida sentencia, se observa que la decisión no fue esa, sino que decidió que el TSCA de la Región Centro Norte, de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, *era el tribunal competente para conocer y decidir sobre el conflicto de competencia* planteado en virtud del recurso de nulidad interpuesto por la Universidad Nacional Abierta en contra de la resolución administrativa N° 08 de fecha 28 de febrero de 1998, emanada de la de la Inspectoría del Trabajo en los Municipios Valencia, Libertador, San Diego, Naganagua, Los Guayos y Carlos Arvelo del Estado Carabobo.

Una cosa es decidir que es a los TSCA a *quien corresponde tramitar en primera instancia los recursos de nulidad* contra los actos administrativos dictados por las inspectorías del trabajo; y otra muy distinta es decidir que es

a esos mismos tribunales a quien corresponde decidir *el conflicto de competencia planteado entre la SPA y la SC*; todo lo cual se traduce en el hecho que no aparece a ciencia cierta que es lo que quiso decidir la SP ya que esa sentencia es total y absolutamente contradictoria, confusa y ambigua.

5.5 Del caos jurídico que ha producido la sentencia N° 9/2005 de la Sala Plena

La existencia de dos criterios contrapuestos acerca de los Tribunales a quien compete conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo, el de la SP y el de la SC, origina evidentemente una gran incertidumbre e inseguridad jurídica, no solo entre los abogados litigantes, sino también entre los justiciables, los jueces y las propias Inspectorías del Trabajo, ya que se observa de las sentencias Nos. 9/2005 y 2862/2002 emanadas de la SP y de la SC respectivamente, posiciones y criterios que son irreconciliables.

A continuación citaremos algunas sentencias dictadas por Tribunales que integran la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que son posteriores en fecha a la sentencia N° 9/2005 dictada por la SP, y que demuestran el caos procesal que esa sentencia ha producido en el foro.

En primer lugar, el mismo día, 05/04/05, en que la SP dictó la sentencia N° 9/2005, la SC dictó la sentencia 410/2005 en la que ratificó los criterios vertidos en la sentencia N° 2862/2002, caso: *Ricardo Baroni Uzcategui*, lo cual genera gran incertidumbre e inseguridad jurídica, ya que en la misma fecha el Tribunal Supremo de Justicia, en dos de sus Salas, sentó criterios distintos sobre los Tribunales que deben conocer en primera instancia de los recursos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo.

Asimismo, la SPA, mediante sentencia N° 1458 de fecha 06/04/05, Exp. N° 2003-0364, acogió el criterio sentado por la SP en su sentencia N° 9/2005, declarando que era a un TSCA a quien correspondía conocer en primera instancia de un recurso de nulidad contra un acto administrativo emanado de una Inspectoría del Trabajo.

Por su parte, la CPCA, en sentencia N° AB41-2005-000159, de fecha 21/04/05, se pronunció en el mismo sentido que la SPA, es decir que era a un TSCA a quien correspondía conocer en primera instancia de un recurso de nulidad contra un acto administrativo emanado de una Inspectoría del Trabajo.

Y aquí viene lo realmente grave, la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo, en lo sucesivo “CSCA”, mediante Decisión No. 2005-00584 de fecha 12/04/05, Expediente N° AP42-N-2004-000485; es decir, de fecha posterior a la sentencia N° 9/2005 de la SP, a diferencia de lo que ha venido decidiendo tanto la SPA como la CPCA, las cuales han acogido el criterio de la SP; acogió los criterios sentados por la SC en su sentencia 2862/2002, Caso. *Ricardo Baroni Uzcategui*.

Se puede apreciar así que la CSCA, con base en la sentencia N° 2862/2002, Caso: *Ricardo Baroni Uzcategui* de la SC, se declaró competente para conocer de un recurso de nulidad contra un acto administrativo emanado de una Inspectoría del Trabajo; lo cual origina una gran inseguridad jurídica y caso procesal, ya que algunas de esas causas serán tramitadas por un TSCA en primera instancia, y por las Cortes en lo Contencioso Administrativo en alzada, el cual es el criterio de la SP; pero otras causas de nulidad contra actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, serán Juzgadas por las Cortes en lo Contencioso Administrativo en primera instancia, y la alzada por la SPA, todo según el criterio al cual se adscriban los jueces, a la de la SP o a la de la SC.

Pero el problema no termina allí, ya que tan solo dos días después que la CSCA se declara competente para conocer de un recurso de nulidad contra un acto administrativo emanado de una Inspectoría del Trabajo en aplicación de los criterios sentados por la SC en su sentencia N° 2862/2002, Caso: *Ricardo Baroni Uzcategui*, mediante Decisión No. 2005-00605, de fecha 14/05/05, Expediente N° AP42-N-2004-001004, viene ahora y se declara incompetente para conocer de un recurso de nulidad contra un acto administrativo emanado de una Inspectoría del Trabajo en aplicación de los criterios sentados por la SP en su sentencia N° 9/2005, declinando la competencia en un TSCA.

En virtud de todas esas razones, el autor del presente trabajo interpuso ante la Sala Constitucional un recurso de revisión contra la sentencia N° 9/2005 de la Sala Plena, a los fines de que la misma sea anulada.

6. DE LOS TRIBUNALES COMPETENTES PARA CONOCER DE LAS ACCIONES DE AMPARO CONSTITUCIONAL CON OCASIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO

Es importante resaltar, que la SC debería aclarar uno de los criterios sentados por la misma en su sentencia N° 2862/2002, caso *Ricardo Baroni Uzcatégui*.

En esa sentencia, la SC estableció que las demandas de amparo constitucional autónomo que se intenten contra los actos, actuaciones u omisiones de las Inspectorías del Trabajo, conocerán los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial correspondiente al lugar donde se produjo la supuesta lesión al derecho constitucional, y en segunda instancia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. A falta de los primeros en la localidad en donde se hubiere producido el hecho lesivo, conocerán, con fundamento y de acuerdo al procedimiento que establece el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los tribunales de Primera Instancia en lo Civil –si lo hubiere- o de Municipio –a falta de aquél- de la localidad.

En la práctica lo que ha venido sucediendo con ese criterio es que sin importar que sea una Inspectoría del Trabajo quien se niegue a ejecutar una Providencia en la que ordene el reenganche y pago de salarios caídos o sea el Patrono quien se niegue a cumplir una Providencia Administrativa mediante la cual una Inspectoría del Trabajo ordene el reenganche y pago de salarios caídos, la acción de amparo constitucional autónoma que puede ser interpuesta a los fines de evitar las violaciones a derechos constitucionales que esas situaciones puedan originar, el conocimiento de tal acción de amparo a correspondido en primera instancia a los TSCA que tengan jurisdicción sobre el sitio en el que ocurrieron los hechos.

Lo anterior precisa de algunas determinaciones.

Conforme lo dispone el artículo 259 de la Constitución, en concordancia con lo previsto en los artículos 7 y 9 de la Ley Orgánica de Amparo, si una Inspectoría del Trabajo se niega a ejecutar una Providencia Administrativa en la que ordene el reenganche y pago de salarios caídos de determinado

trabajador, o si una Inspectoría del Trabajo se abstiene u omite pronunciarse sobre una solicitud de reenganche y pago de salarios caídos que le pueda ser efectuada por algún trabajador que haya sido despedido por su patrono de manera injustificada, por supuesto que el Tribunal competente para conocer de esa acción de amparo constitucional, en virtud de criterios de afinidad con la materia administrativa, son los TSCA que tengan jurisdicción sobre el sitio en el que ocurrieron los hechos. A falta de éstos en la localidad en donde se hubiere producido el hecho lesivo, conocerán, con fundamento y de acuerdo al procedimiento que establece el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los tribunales de Primera Instancia en lo Civil –si lo hubiere- o de Municipio –a falta de aquél- de la localidad.

Pero consideramos que la situación es distinta cuando es el patrono –persona natural o jurídica de derecho privado–, quien se niega a acatar o a cumplir una Providencia Administrativa mediante la cual determinada Inspectoría del Trabajo le ordena reenganchar y pagar salarios caídos a determinado trabajador, caso en el cual consideramos que el Tribunal competente para conocer en primera instancia de una acción de amparo constitucional contra esas situaciones, serían los Tribunales de Primera Instancia Laborales, y en alzada los Tribunales Superiores Laborales, y no los TSCA, y ello en virtud de los siguientes razonamientos.

Según el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo, son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.

Con base a esa norma, en concordancia con lo establecido en el artículo 259 de la Constitución, en consonancia con los criterios sostenidos por la SC en su sentencia de fecha 08/12/00, Caso: *Yoslina Chachamire Bastardo*, es obvio que si es la Inspectoría del Trabajo quien viola a determinada persona un derecho constitucional con ocasión de sus funciones, el Tribunal competente para conocer en esos casos de una acción autónoma de amparo constitucional, serían los TSCA que tengan jurisdicción sobre el sitio en el que ocurrieron los

hechos lesivos a derechos constitucionales, ya que el sujeto pasivo en esas causas de amparo es un ente de la Administración Pública (Inspectoría del Trabajo) y según se desprende del contenido del artículo 259 de la Constitución, los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; *y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*; es decir, que según el artículo 259 de la Constitución en los distintos tipos de juicios que pueden ser tramitados por los tribunales que integran la jurisdicción contenciosa administrativa, el sujeto pasivo de la relación procesal siempre, necesariamente, forzosamente y por mandato constitucional, debe y tiene que ser *la administración pública, y no los particulares o sujetos de derecho privado*, los cuales pueden ser parte en un juicio contencioso administrativo, pero eso sí, como sujetos activos de la relación procesal, ya sea demandando la nulidad de un acto administrativo de efectos generales o particulares, incluso, por desviación de poder; ya sea demandando a la administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de ésta; ya sea interponiendo reclamos por la prestación de servicios públicos; o ya sea solicitando el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, a través de la acción de amparo constitucional o a través de cualquier otro recurso.

Hay que recordar que el artículo 183 de la derogada LOCSJ disponía que los tribunales competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común conocerían en primera instancia, en sus respectivas Circunscripciones Judiciales: *“De las acciones de cualquier naturaleza que intenten la República, los Estados o los Municipios, contra los particulares”*. Pero si era al revés, es decir, si era un particular quien demandaba a la Administración Pública, entonces esa demanda era tramitada por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Si algo estaba claro en la LOCSJ era el hecho de que sí un particular demandada patrimonialmente a la Administración Pública, el tribunal

competente para conocer de ese tipo de demandas, era el Contencioso Administrativo. Por el contrario, si era la Administración Pública quien demandaba patrimonialmente a un particular, esa demanda era conocida en todas sus instancias por los Tribunales Civiles Ordinarios, incluso, por la cuantía, se podía llegar hasta Casación. Y ello era lógico que fuese así, ya que ello atendía a la noción del juez natural.

Es en virtud de lo anterior, que un particular (verbigracia un patrono) jamás y nunca podría ser juzgado por un Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, tribunales éstos que por mandato constitucional solo tienen competencia para juzgar a la Administración Pública, ya que en el caso de que procedan a juzgar a un particular, le estarían violando a éste su derecho a ser juzgado por su juez natural, esto es, por los Tribunales que conforman la jurisdicción ordinaria.

Es por todo lo explicado hasta los momentos, que consideramos que cuando es el patrono quien se niega a acatar o a cumplir una Providencia Administrativa mediante la cual determinada Inspectoría del Trabajo le ordena reenganchar y pagar salarios caídos a determinado trabajador, por criterios de afinidad con la materia que se discute y en salvaguarda del derecho de ese patrono a ser juzgado por su juez natural, que el Tribunal competente para conocer de demandas autónomas de amparo constitucional contra ese patrono en tales casos, son los Tribunales Laborales, ya que es imposible que un particular (patrono) sea juzgado por un Tribunal Contencioso Administrativo, ni siquiera por la vía del amparo constitucional.

Se podrá decir en contra de esa tesis que todo el problema gira en torno a una Providencia Administrativa (acto administrativo) dictado por una Inspectoría del Trabajo; pero la situación causante de violación de derechos constitucionales no se origina por hechos imputables a la Inspectoría del Trabajo, ya que la misma cumplió, en el sentido de que ordenó el reenganche y pago de salarios caídos y realizó todas las gestiones encaminadas a ejecutar esa orden; el problema se origina por hechos imputables al patrono, por cuanto el mismo se niega a cumplir la orden de la Inspectoría del Trabajo, lo cual puede originar una violación de derechos constitucionales del trabajador de naturaleza laboral; luego, como ello guarda afinidad con la materia que de ordinario corresponde conocer a los tribunales laborales, aunado a que los

Tribunales Contenciosos Administrativos no conocen de causas cuando el sujeto pasivo de la relación procesal es un particular, es por lo que somos del siguiente criterio:

- a) Cuando una Inspectoría del Trabajo se niegue a ejecutar una Providencia Administrativa en la que ordene el reenganche y pago de salarios caídos de determinado trabajador, o si una Inspectoría del Trabajo se abstiene u omite pronunciarse sobre una solicitud de reenganche y pago de salarios caídos que le pueda ser efectuada por algún trabajador que haya sido despedido por su patrono de manera injustificada, en esos casos los TSCA que tengan jurisdicción sobre el sitio en el que ocurrieron los hechos, serán competentes para conocer de las acciones de amparo constitucional autónomas. A falta de éstos en la localidad en donde se hubiere producido el hecho lesivo, conocerán, con fundamento y de acuerdo al procedimiento que establece el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los tribunales de Primera Instancia en lo Civil –si lo hubiere- o de Municipio –a falta de aquél- de la localidad.
- b) Cuando sea el patrono quien se niegue a acatar o a cumplir una Providencia Administrativa mediante la cual determinada Inspectoría del Trabajo le ordene reenganchar y pagar salarios caídos a determinado trabajador, serán competentes para conocer de la acción de amparo constitucional contra esas situaciones, los Tribunales Laborales, siempre y cuando el patrono sea un particular.

Es importante que la SC en algún momento se pronuncie sobre este tema, ya que en la práctica forense son los Tribunales Contenciosos Administrativos, quienes indistintamente tramitan y sentencias los juicios de amparo constitucional incoados en contra de las Inspectorías del Trabajo y en contra de los patronos.

Si la SC llegase a dictaminar que la acción de amparo constitucional incoado contra un patrono que se niega a acatar una providencia administrativa emanada de una Inspectoría del Trabajo, corresponde ser tramitada y decidida por los tribunales laborales, ello permitiría acercar la justicia a los ciudadanos, ya que en todos los Estados no hay tribunales contenciosos administrativos,

pero sí en todos los Estados hay tribunales laborales, lo cual se compadece con los criterios sentados por la SC en su sentencia del 08/12/00, caso: Yoslena Chachamire Bastardo.

CONCLUSIONES

De todo lo dicho hasta los momentos, podemos concluir lo siguiente:

1. Que con la entrada en vigencia de la LOTSJ ha surgido un vacío en cuanto al régimen competencial de los Tribunales que integran la Jurisdicción Contenciosa Administrativa distintos a la SPA, ya que si bien es cierto el Legislador regulo en esa Ley el régimen de competencias de esa Sala, la cual constituye la cúspide de dicha Jurisdicción, no es menos cierto que omitió regular el régimen competencial del resto de los Tribunales de esa espacialísima jurisdicción.
2. Que esa omisión en la que incurrió el legislador ha tratado de ser subsanada por la jurisprudencia patria, específicamente por la CPCA, por la SPA y por la SC; por lo que pareciera que las dudas que surgieron con la entrada en vigencia de la LOTSJ, en cuanto al régimen de competencias de los Tribunales Contenciosos Administrativos, fueron resueltas por dicha jurisprudencia.
3. Que se presenta el problema que han surgido dos posiciones distintas entre la SPA y la SC; en tanto que la SC ha aceptado que deben seguir aplicándose los artículos 181 al 186 de la derogada LOCSJ, normas éstas que permitían que en ciertos casos los Tribunales del Derecho Común, específicamente los tribunales civiles, podían tramitar las demandas de contenido patrimonial que los particulares intentasen contra los Estados y los Municipios; y la SPA excluye de manera total a los tribunales civiles para tramitar ese tipo de demandas, dándole competencia plena y exclusiva para ello a los tribunales contenciosos administrativos. Por otra parte, la SC ha señalado que cuando la República, los Estados o Municipios demanden patrimonialmente a un particular, esas demandas deben ser tramitadas por los Tribunales Civiles; en cambio, la SPA ha establecido que en esos casos los Tribunales competentes también serían los contenciosos administrativos.

4. Que la SP del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 9/2005, sentó que los TSCA, son los competentes para tramitar en primera instancia el recurso de nulidad contra providencias administrativas emanadas de las Inspectorías del Trabajo, apartándose de los criterios vinculantes sentados por la SC en su sentencia N° 2862/2002, caso: *Ricardo Baroni Uzcategui*; según los cuales en esos casos son las Cortes en lo Contencioso Administrativo, los competentes para tramitar ese recurso en primera instancia, lo cual ha generado un caos procesal sin precedentes.
5. Que en el caso de que una Inspectoría del Trabajo se niegue a ejecutar una Providencia Administrativa en la que ordene el reenganche y pago de salarios caídos de determinado trabajador, o si una Inspectoría del Trabajo se abstiene u omite pronunciarse sobre una solicitud de reenganche y pago de salarios caídos que le pueda ser efectuada por algún trabajador que haya sido despedido por su patrono de manera injustificada, en esos casos los TSCA que tengan jurisdicción sobre el sitio en el que ocurrieron los hechos, serán competentes para conocer de las acciones de amparo constitucional autónomas. Pero cuando sea el patrono quien se niegue a acatar o a cumplir una Providencia Administrativa mediante la cual determinada Inspectoría del Trabajo le ordene reenganchar y pagar salarios caídos a determinado trabajador, serán competentes para conocer de la acción de amparo constitucional contra esas situaciones, los Tribunales Laborales, siempre y cuando el patrono sea un particular o sujeto de derecho privado.

Breves consideraciones sobre la impugnación de la experticia complementaria del fallo y sobre algunas decisiones judiciales en materia de honorarios de abogados

Humberto Enrique Tercero BELLO TABARES¹
Isabel Cristina BELLO TABARES²

Sumario

Introducción

- 1. Experticia complementaria del fallo. Definición y características.**
- 2. Experticia complementaria del fallo y sus medios de impugnación.**
- 3. Recurribilidad de las decisiones en materia de honorarios de abogados.**

¹ **Universidad Santa María**, Abogado. Rango 1/52. Doctor en Ciencias Jurídicas. *Magíster Scientiarum* en Ciencias Jurídicas mención Derecho Procesal Civil. Especialista en Derecho Procesal Civil. **Universidad de Margarita**. Profesor de Postgrado. **Universidad José María Vargas**. Profesor de Postgrado. Conferencista. Autor de varias obras y artículos jurídicos.

² **Universidad Católica Andrés Bello**. Abogada. **Asociación Mundial de Jóvenes Juristas, Capítulo Venezolano**, Directora.

4. **Costas en materia de cobro de honorarios de abogados.**
5. **Oportunidad procesal para el ejercicio del derecho a la retasa.**
6. **Competencia del Tribunal de Retasa.**
7. **Nulidad de la sentencia dictada en materia de honorarios que no determina el monto condenado.**
8. **Algunas consideraciones sobre el procedimiento de cobro de honorarios creado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.**

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

En el trabajo que presentamos se abordan los temas de la eventual ejecución de la decisión judicial cuando se ha ordenado una experticia complementaria del fallo, que posteriormente ha sido objeto de impugnación y apelación, así como el criterio que sobre determinados puntos relacionados con la materia de honorarios viene sosteniendo la Sala de Casación Civil y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. De esta manera, se aborda la problemática de ejecutar la sentencia cuando ha mediado apelación contra la decisión del operador de justicia recaída sobre una experticia complementaria del fallo, que conforme al texto legal debe ser oída libremente. Se aborda el tema de las costas procesales en materia de honorarios de abogados, la competencia del Tribunal de Retasa, la legalidad del nuevo procedimiento de honorarios ideado por la Sala de Casación Civil y la oportunidad para el ejercicio del derecho de retasa entre otros aspectos que han sido interpretados por el máximo Tribunal en forma confusa e incluso en algunos casos contradictoria, todo con el objetivo de fijar posición y aportar posibles soluciones ante una inminente revisión del actual criterio sobre la materia.

1. EXPERTICIA COMPLEMENTARIA DEL FALLO. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

La experticia complementaria del fallo o decisión judicial, así como de cualquier acto de auto-composición procesal –transacción o convenio– podemos definirla como aquel dictamen que los expertos designados por las partes o por el órgano jurisdiccional realizan, por encargo –orden– del operador de justicia, contenido en forma precisa y determinada en la decisión que pone fin al

proceso o en el acto de auto-composición procesal que celebren las partes, que tiene por finalidad, estimar o calcular la cuantía de los frutos, intereses, daños o indemnizaciones de cualquier especie, como consecuencia de la imposibilidad de éste último –operador de justicia– o de las partes de estimarlos, con vista a los medios probáticos aportados al proceso por las partes o traídos oficiosamente, que una vez firme, pasa a formar parte integrante del fallo o del acto de auto-composición procesal a ejecutarse y que resulta vinculante para el juzgador.

De la definición destaca:

1. Es un dictamen que realizan los expertos.
2. Tiene lugar como consecuencia de una decisión definitiva o de actos de auto-composición procesal.
3. Los expertos son designados por las partes o por el operador de justicia.
4. La realización de la experticia debe estar ordenada en la decisión judicial, bien en su parte dispositiva o en cualquier otra parte de la misma, pues la decisión es un todo o unidad indivisible³ o bien debe ser acordada por las partes en el acto de auto-composición procesal –transacción o convenio–.
5. El operador de justicia se encuentra en el deber de precisar y determinar, en caso de daños, los perjuicios probados en el proceso que deben estimarse, así como los puntos sobre los cuales debe recaer la experticia complementaria, esto es, los parámetros que deben seguir los expertos para el cálculo de la cuantía de los frutos, intereses, daños o indemnizaciones de cualquier naturaleza; igual circunstancia debe presentarse en el acto de auto-composición procesal que contenga la realización de la experticia.

³ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N° RC-01202 del 14 de Octubre de 2.004, con ponencia del magistrado Carlos Oberto Vélez, expediente N° 04382. Igualmente, sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2648, del 22 de Noviembre de 2004, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, expediente N° 04-0727

6. La experticia se ordena para el calculo de la cuantía de los frutos, intereses, daños o indemnizaciones de cualquier naturaleza., cuando el operador de justicia o las partes en casos de auto-composición procesal, no pueden estimarlos conforme a las pruebas que cursen en autos, bien sean aportadas por las partes o traídas al proceso oficiosamente, de manera que al existir la imposibilidad, es obligatorio para el juez –deber– ordenar la experticia complementaria, aunque creemos que igual deber surge para las partes.
7. La experticia complementaria contentiva de la cuantía de los frutos, intereses, daños o indemnizaciones de cualquier naturaleza, forma parte integrante del fallo que debe ejecutarse o del acto de auto-composición procesal.
8. La ejecución de las cantidades calculados en la experticia complementaria, se hará en la forma ordinaria una vez que haya quedado firme, bien por el no ejercicio de los recursos contra ésta o por haberse agotado los mismos, lo que se traduce, que el calculo de los frutos, intereses, daños o indemnizaciones de cualquier naturaleza, que realicen los expertos por encomienda del Tribunal, se encuentran sometida medios de impugnación –reclamo y apelación–.
9. La experticia complementaria es obligatoria o vinculante para el operador de justicia.

La experticia complementaria del fallo judicial, se encuentra regulada en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, que señala:

En la sentencia en que se condene a pagar frutos, intereses o daños, se determinará la cantidad de ellos, y si el Juez no pudiere estimarla según las pruebas, dispondrá que esta estimación la hagan peritos, con arreglo a lo establecido para el justiprecio de bienes en el Título sobre ejecuciones del presente Código. Lo mismo se hará cuando la sentencia ordene restitución de frutos o indemnización de cualquier especie, si no pudiere hacer el Juez la estimación o liquidación, con arreglo a lo que hayan justificado las partes en el pleito.

En todo caso de condenatoria, según este artículo, se determinará en la sentencia de modo preciso, en qué consisten los perjuicios probados que deban estimarse y los diversos puntos que deban servir de base a los expertos.

En estos casos la experticia se tendrá como complemento del fallo ejecutoriado; pero si alguna de las partes reclamare contra la decisión de los expertos, alegando que está fuera de los límites del fallo, o que es inaceptable la estimación por excesiva o por mínima, el Tribunal oír a los asociados que hubieren concurrido a dictar la sentencia en primera instancia, si tal hubiere sido el caso, y en su defecto, a otros dos peritos de su elección, para decidir sobre lo reclamado, con facultad de fijar definitivamente la estimación y de lo determinado se admitirá apelación libremente.

Luego, Arístides Rengel Romberg, al referirse a la prueba de experticia expresa, que la misma consiste en un dictamen realizados por expertos, ordenada por el juez en la sentencia definitiva de condena, para estimar la cuantía de los frutos, intereses, daños o indemnizaciones de cualquier especie, cuando el juez no pueda estimarlos con arreglo a las pruebas aportadas por las partes al proceso.⁴

A la definición en comento solo debemos señalar, que la realización de la experticia por la imposibilidad de estimar la cuantía de los frutos, intereses, daños o indemnizaciones de cualquier naturaleza, procede en la medida que el operador de justicia no puede estimarlos, no solo con los medios probatorios que hayan aportado las partes al proceso en su oportunidad legal correspondiente, sino de cualquier otro medio probatorio que se haya incorporado a la litis de manera oficiosa, pues consideramos que las pruebas que debe analizar el juzgador para determinar el calculo de los frutos, intereses, daños o indemnizaciones de cualquier naturaleza, no son solo las aportadas por las partes, sino todas aquellas que cursen en las actas procesales y que hayan sido incorporadas legalmente, como sucede con la actividad probatoria oficiosa del juez.

2. EXPERTICIA COMPLEMENTARIA DEL FALLO Y SUS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Según se viene expresando, conforme a lo previsto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, cuando la sentencia condene al pago de frutos,

⁴ Rengel Romberg, Arístides. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Caracas. Editorial Arte, 1992, T. II, p. 327.

intereses o daños o indemnizaciones de cualquier naturaleza, deberá determinarse la cantidad de ellos y si el operador de justicia no pudiera estimarla según las pruebas que cursaran en autos, bien sean las aportadas por las partes o las traídas al proceso vía oficiosa, dispondrá que dicha estimación la hagan los peritos, con arreglo a lo establecido para el justiprecio de bienes a que se refiere el título sobre ejecuciones. Luego, la norma en comento contempla la denominada experticia complementaria del fallo para el cálculo, entre otros conceptos, de intereses y daños, cuando no puedan ser estimados por el juzgador, a cuyo efecto, se requiere de la existencia de una decisión que la ordene y determine el modo preciso como deberá realizarse dicha experticia, especialmente, los puntos que deben considerar los expertos.

La experticia complementaria, conforme lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia vernácula, forma parte integrante de la sentencia – complemento – constituyendo un todo indivisible, a cuyo efecto podría revisarse los criterios sostenidos por Rengel Romberg⁵ y Henríquez La Roche,⁶ así como los criterios de la Sala de Casación Civil y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.⁷

Pero la experticia complementaria no es un complemento exclusivo de la sentencia judicial, sino que puede tener lugar con motivo a actos de auto-composición procesal que en forma atípica y con carácter de cosa juzgada, pongan fin a la contienda judicial, siendo que en todo caso, su procedencia estará supeditada a una orden judicial previa, para el caso de decisiones judiciales que pongan fin al proceso y resuelvan la controversia o del acuerdo entre las partes, en los casos de auto-composición procesal, como podría ser la transacción judicial.

⁵ Rengel Romberg, ob. cit., pp. 326, 327 y 328.

⁶ Henríquez La Roche, Ricardo. Código de Procedimiento Civil, Caracas, Editorial Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, 1995, T. II, p. 266.

⁷ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N° RC-01075 del 15 de Septiembre de 2004, con ponencia del magistrado Carlos Oberto Vélez, expediente N° 04232. Igualmente, sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2648, del 22 de Noviembre de 2004, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, expediente N° 04-0727

Por otro lado, para que pueda realizarse la experticia complementaria del fallo o del acto de auto-composición procesal, es decir, para que pueda efectivamente materializarse la experticia, mediante la designación de los expertos, la aceptación del cargo, la correspondiente juramentación y la consignación del dictamen pericial, es preciso –como se viene señalando– que haya sido ordenada la experticia en la sentencia o que haya sido acordada por las partes, según los casos y que nos encontremos frente a un acto **ejecutoriado**, es decir, frente a una decisión judicial definitivamente firme donde se haya ordenado la ejecución voluntaria a petición de parte, conforme a lo previsto en el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, o un acto de auto-composición procesal debidamente homologado –para el caso de la transacción– o dado por consumado –para el caso del convenio, pues el desistimiento pone fin al proceso– ya que precisamente la experticia ordenada en la decisión judicial o acordada vía auto-composición procesal, no puede realizarse sino existe firmeza del acto jurisdiccional o del acto de auto-composición procesal y se está en presencia de un acto ejecutoriado, entiéndase, decisión judicial definitivamente firme o acto de auto-composición procesal homologado o consumado contra los cuales no caben recursos ordinarios o extraordinarios, o que fueron agotados infructuosamente y donde se ha ordenado la ejecución voluntaria.

Con relación a las decisiones ejecutoriadas, Henríquez La Roche ha expresado:⁸

La sentencia ejecutoriada es la que tiene certeza oficial de cosa juzgada por virtud del auto o decreto estampado por el Juez de Primera Instancia que ordena, según prescribe este artículo en comento –artículo 524 del Código de Procedimiento Civil se agrega– su ejecución.

La circunstancia que se viene comentando, se encuentra plasmada en forma expresa en el propio artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, cuando señala que la experticia se tendrá como complemento del fallo “*ejecutoriado*” lo que se traduce, en que nos encontramos ante una decisión judicial o acto de auto-composición procesal homologado o dado por consumado, contra los que no caben recursos y donde se ha ordenado la ejecución voluntaria del

⁸ Henríquez La Roche, Ricardo. Código de Procedimiento Civil, Caracas, Editorial Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, 1997, T. IV, p. 75.

acto que puso fin al proceso. Luego, la experticia complementaria del fallo o incluso como complemento de actos de auto-composición procesal, puede ser objeto de cuestionamiento por las partes, por la vía del reclamo –medio de impugnación– donde pudiera alegarse que la misma se realizó fuera de los límites del fallo, incluso –se agrega– del acuerdo de las partes en casos de transacción y convenimiento, o que resulta inaceptable la estimación por excesiva o mínima, caso en el cual el Tribunal oyendo a los asociados de ser el caso, o en su defecto a otros dos expertos de su elección, decidirá sobre lo reclamado, con la facultad de fijar en forma definitiva la estimación, lo cual estará sujeto al recurso ordinario de apelación que se oirá libremente, esto es, en el efecto devolutivo, consistente en que la tramitación y decisión del medio de impugnación corresponde al superior jerárquico del órgano jurisdiccional que emitió el pronunciamiento cuestionado, y suspensivo, es decir, que se suspende la ejecución del acto impugnado vía recursiva.

De lo antes expresado se colige, que la experticia complementaria es viable en actos de auto-composición procesal, pasando a formar parte del mismo, cuya procedencia penderá de la firmeza del auto decisorio del Tribunal que dé por consumado el convenio u homologada la transacción, seguido del auto que ordene la ejecución previa solicitud de parte, pero debemos preguntarnos: ¿Qué sucede cuando la decisión judicial o el acto de auto-composición procesal contiene la obligación de cancelar cantidades dinerarias líquidas y cantidades no líquidas –ilíquidas– que deberán hacerse líquidas por la vía de la experticia complementaria, como sucede con el caso de los intereses e incluso la corrección monetaria?

Al respecto con relación a la interrogante, somos del criterio, que para que pueda ordenarse y convertirse las cantidades de dinero –deudas– ilíquidas en líquidas para su ejecución, conforme a lo previsto en el artículo 527 del Código de Procedimiento Civil, mediante la realización de la experticia complementaria a que se refiere el artículo 249 ejusdem, por remisión de la primera de las normas, es impremitible que se esté en fase de ejecución, mas aún, ante una sentencia ejecutoriada, la cual solo se abre una vez definitivamente firme la decisión judicial a ejecutar o el acto de auto-composición procesal homologado o dado por consumado, mediante el auto que ordene la ejecución voluntaria previa solicitud de parte, encontrándonos –se repite– ante una decisión “ejecutoriada”, pues precisamente la normativa legal que regula la

posibilidad de hacer líquidas las deudas ilíquidas –artículo 527 del Código de Procedimiento Civil– se encuentra ubicado en la Sección 2º, del Título IV, Capítulo I del Código de Procedimiento Civil, referido a la ejecución de la sentencia o actos de auto-composición procesal, ubicado cronológicamente luego de la ejecución voluntaria, dentro del articulado referido a la ejecución de sentencias que tienen por objeto cantidades de dinero líquidas o no, todo lo que se traduce, que la experticia complementaria se materializará ya en fase de ejecución y no antes.

De lo anterior observamos, que la realización de la experticia complementaria para el cálculo por ejemplo, de intereses legales o convencionales, de mora, retributivos o compensatorios, así como la experticia complementaria del fallo, solo pueden realizarse en fase de ejecución de sentencia –decisiones o actos de auto-composición procesal **ejecutoriados**– no antes, pues se requiere de la orden de ejecución judicial del fallo, siendo incluso importante destacar, que somos del criterio que resulta viable la corrección monetaria de intereses, pues se trata de conceptos diferentes, el primero referido a la actualización del monto dinerario deudor al momento de la cancelación de la obligación, que ha sido producto de un envilecimiento causado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda bolivariana, y el segundo que es la compensación, retribución o indemnización por el no uso del dinero adeudado por parte de su propietario o por el retardo en el cumplimiento de la obligación, según el caso, no siendo correcta a nuestro criterio, la interpretación doctrinaria que expresa que la corrección monetaria de intereses constituye una doble penalización al deudor, una doble indemnización al acreedor, pues se insiste, no puede confundirse los intereses con su actualización.

Sobre este punto de la corrección monetaria o indexación judicial de los intereses, Ramón Escovar León,⁹ ha expresado:

En todos los casos de incumplimiento de una obligación dineraria la indemnización debe abarcar, no solo los intereses, sino una indemnización mayor según la depreciación monetaria, y siempre que haya mora del deudor. De esta manera, la obligación de indemnizar los daños derivados de la mora del deudor deben considerarse como deuda de

⁹ Escovar León, Ramón. La Demanda. Caracas, Ediciones Homero, 2000, 2º Edición, p. 176.

valor sujeta no sujeta al principio nominalista –entiéndase, agregamos, siguiendo en mismo criterio del autor citado, que no se toma en cuenta las fluctuaciones del valor de la moneda frente a otras monedas, ni cambios y modificaciones que sufra en el ámbito interno– y en consecuencia, posible de reevaluación. Por consiguiente, “la deuda se mantiene intacta en cuanto a su valor nominal, pero producida la mora, el acreedor recibe, además, un plus que corresponde a la indemnización por los perjuicios patrimoniales causados, entre los cuales se computa la depreciación monetaria como consecuencia necesaria y previsible del retardo en el cumplimiento de la obligación.

De esta manera, conforme al criterio del autor, en las obligaciones dinerarias que se encuentren o entren en mora, el acreedor tiene derecho a un ajuste, a fin de que el valor que debe entrar en su patrimonio, mantenga un idéntico contenido sustancial para cuando la deuda se hizo líquida.

También resulta interesante destacar, siguiendo a Larenz citado por Escovar León, que las obligaciones serán de valor, pues en las originalmente concebidas en suma de dinero, lo que se deberá pagar en definitiva, no será dicha suma en cuanto a tal, sino su poder adquisitivo –valor– que la misma tenía al tiempo del nacimiento del derecho crediticio.

Sobre el particular que se comenta, María Candelaria Domínguez Guillén el artículo titulado “Indexación Laboral” expresó:¹⁰

Se ha considerado perfectamente acumulables, la petición de indexación y la petición de intereses. Así pues, sobre la cantidad inicialmente debida correspondían perfectamente dos montos distintos y autónomos; uno en razón de la actualización monetaria y otro en virtud de intereses.

En efecto, la indexación y los intereses se presentan como figuras distintas y a su vez con finalidades diversas; la primera pretende corregir la pérdida del poder adquisitivo, haciendo que la cantidad final, se corresponda con el valor real de la deuda, en tanto que los intereses se presentan como el pago correspondiente a la no utilización del dinero –a lo cual agregamos, al retardo en el pago de la obligación en caso de mora–.

¹⁰ Parra Aranguren, Fernando. Libro Homenaje, Caracas, 2001, Universidad Central de Venezuela, T. I, p. 228

(...) El rubro intereses y el correspondiente a depreciación monetaria no son excluyentes entre sí. Ambos reconocen una causa distinta; los intereses para compensar el perjuicio ocasionado por la privación temporaria del capital, en tanto que la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufrirá el menoscabo, si recibe como reparación el monto del daño originado en signo monetario envilecido.

En este orden de ideas, la corrección monetaria o indexación judicial, se encuentra dirigido a ajustar los valores nominales de las obligaciones pecuniarias pero conservando el mismo símbolo monetario, es decir, conservando la misma moneda de curso legal, en otras palabras, la actualización del monto deudor al momento de su cancelación, siendo un concepto o figura diferente y no excluyente del interés, lo que se traduce, en nuestro criterio, que resulta viable, acumulable y no excluyente, incluso no representativo de una doble indemnización como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia, la solicitud de indexación judicial y el pago de intereses, incluso, la posibilidad de indexar los intereses causados, al entrar en mora la obligación, entendido, como el ajuste de los valores nominales de las obligaciones pecuniarias.

Luego, volviendo al tema de la experticia complementaria del fallo, como se viene señalando, la misma se encuentra sujeta a un procedimiento de impugnación o como lo señala el Código de Procedimiento Civil –artículo 249– de reclamación, que culmina con la decisión del operador de justicia que fija el monto definitivo, la cual se encuentra sujeta a recurso ordinario de apelación, el cual será –por imperio de la ley– oído en ambos efectos, lo que se traduce en una suspensión de la ejecución y remisión de las actas procesales –expediente– al superior jerárquico que conocerá del medio de impugnación judicial, pero nuevamente nos preguntamos: ¿Sobre que recae el *tema decidendum* del tribunal superior jerárquico que conoce de la apelación contra la decisión judicial que se pronunció sobre el reclamo a la experticia complementaria?

La respuesta a esta interrogante –en nuestro criterio– resulta clara, el superior jerárquico que conozca de la apelación contra la decisión que resolvió el reclamo a la experticia complementaria, solo recaerá sobre el tema de dicha experticia, esto es, la incongruencia o extralimitación de los expertos al momento de

realizar su labor, por salirse de los parámetros fijados para la realización de la experticia, o sobre la estimación cuando haya sido cuestionada por excesiva o mínima, mas no podrá la alzada superior jerárquica en forma vertical pronunciarse sobre otro aspecto, pues debe recordarse que se está en fase de ejecución, producto de una cosa juzgada al producirse un acto jurisdiccional o de auto-composición procesal por demás ejecutoriado, que hace imposible a al superior jerárquico analizar otros elementos ya decididos con anterioridad y con los atributos de la cosa juzgada, especialmente la inmutabilidad y la inalterabilidad, a propósito de la irrecurribilidad.

Lo anterior nos motiva a plantearse otra interrogante: ¿Si se ordena una experticia complementaria que es posteriormente objeto de reclamación, que culmina con una decisión recurrible libremente, de ejercerse el recurso ordinario podría ejecutarse aquella parte de la decisión o del acto de auto-composición procesal sobre el cual no recayó la experticia complementaria y que se encuentra definitivamente firme, ejecutoriado y con los atributos de la cosa Juzgada?

Para dar respuesta a esta interrogante, debe insistirse que la experticia complementaria se materializa en fase de ejecución, producto de un acto jurisdiccional o de auto-composición procesal ejecutoriado, la cual puede ser objeto de reclamación que culminará con la decisión que será recurrible libremente. Luego, en el recurso ordinario previsto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, al superior jerárquico solo le es permitido pronunciarse sobre la materia de la experticia complementaria, no así sobre otros elementos amparados por la cosa juzgada, como podría ser aquella parte de la decisión o del acto de auto-composición procesal firme, ejecutoriado y sobre el cual no recae la referida experticia.

Pretender que aquella parte de la decisión judicial o del acto de auto-composición procesal firme y ejecutoriado no sujeto a la experticia complementaria, solo podría ser ejecutado luego de resuelto el recurso ejercido contra la decisión del juez que resolvió el reclamo contra la experticia, que es oído en forma libre –efecto devolutivo y suspensivo– constituye una visión miope del derecho, especialmente de la garantía constitucional procesal a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, especialmente en lo que se refiere al

derecho a la ejecución, dado que el accionante no se encuentra obligado a esperar que sea resuelto el problema de la experticia para ejecutar aquella parte de su decisión judicial no sujeta al recurso previsto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, y que se encuentra firme, ejecutoriado y con los atributos de la cosa juzgada. Luego, si el superior que conozca del recurso en materia de experticia no resuelve sobre otros puntos de hecho y de derecho diferentes a la propia reclamación de la experticia, sería lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva el impedir o limitar, más aún retardar el cumplimiento y ejecución de aquella parte del fallo o del acto de auto-composición procesal firme y con los atributos de la cosa juzgada, de manera que en estos casos, con relación a aquellos conceptos no sujetos a experticia complementaria, debe procederse a la ejecución inmediata so pena de lesionar la garantía constitucional procesal en referencia, dado que el Estado a través de sus jueces debe garantizar la tutela judicial efectiva, el derecho al acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a obtener fallos motivados, congruentes, no jurídicamente erróneos, el derecho a recurrir de los fallos y *el derecho a ejecutar los mismos*, siendo esta la lectura constitucional que debe dársele al contenido del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil que seguramente será objeto de futuras reformas.

¿Pero si el recurso de apelación contra la decisión que resuelve la reclamación contra la experticia complementaria es admitido tanto en el efecto devolutivo como suspensivo, que conlleva a la remisión del expediente en forma completa al superior que deba conocer del recurso, como podría el tribunal de la causa ejecutar aquella parte de la decisión o del acto de auto-composición procesal firme, ejecutoriado y no sujeto a la experticia complementaria, cuando no tendrá el físico del expediente?

A este respecto somos del criterio, en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciados, que el tribunal de la causa ante esta circunstancia, deberá, antes de remitir el expediente al superior jerárquico, reproducir la decisión judicial o el acto de auto-composición procesal firme y ejecutoriado, así como todas aquellas actuaciones judiciales pertinentes para la ejecución de aquellos elementos no sujetos al conocimiento de la alzada que revisará la decisión sobre la impugnación o reclamo de la experticia, abriendo al efecto un cuaderno que podría denominarse especial o *ad-hoc* y procediendo previa solicitud de parte a la ejecución a que haya lugar, todo lo

cual constituye un criterio que garantiza los derechos constitucionales procesales.

Creemos que oír libremente la apelación contra la decisión del operador de justicia que resuelve la reclamación contra la experticia complementaria, remitiendo al efecto todos los actos procesales a la alzada inmediata, sin posibilidad de ejecutar a solicitud de parte aquella parte de la decisión o acto de composición procesal firme, es vulnerar la cosa juzgada y el derecho a la tutela judicial efectiva de ejecutar las decisiones o actos de composición judicial, pues insistimos, la superioridad que conozca del recurso solo tendrá la competencia limitada al conocimiento de la experticia impugnada y objeto del recurso, pensar lo contrario sería revisar nuevamente y a través de la apelación contra la decisión que resuelve el reclamo a la experticia, el tema judicial ya decidido y con los atributos de la cosa juzgada, como por ejemplo pudiera presentarse en los casos que se declarara con lugar la resolución del contrato de arrendamiento, ordenándose la entrega inmediata del inmueble dado en arrendamiento y la realización de una experticia complementaria para calcular los daños reclamados.

En el caso puesto como ejemplo, pudiera suceder que realizada la experticia complementaria, esta fuera impugnada por vía del reclamo, a cuyo efecto el juzgador pasa a decidir lo correspondiente, decisión contra la cual se apela y que conforme a lo previsto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, dicho recurso debe oírse libremente. Luego, esperar que se resuelva el tema de la apelación –experticia complementaria– para poder solicitar y ejecutar la entrega material del inmueble dado en arrendamiento –parte de la decisión firme y con los atributos de la cosa juzgada– sería un total absurdo que lesionaría el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Del análisis hecho, consideramos que la regulación contenida en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, que ordena oír libremente la apelación contra la decisión que resuelve el reclamo hecho a la experticia complementaria, puede haber sido el producto, bien de un error de copia de otra legislación, como por ejemplo la italiana, o de una falta de previsión de nuestro legislador, pues se atenta contra la cosa juzgada y contra la tutela judicial efectiva, dado que incluso, siendo que la experticia complementaria solo puede realizarse en fase de ejecución, tal como lo hemos venido señalando, conforme a lo revisto

en el artículo 532 *ejusdem*, salvo los casos del artículo 525 *ibidem*, una vez comenzada la ejecución, la misma continuará sin interrupción, lo que se traduce, que en fase de ejecución, cualquier incidencia que surja y que pueda ser recurrible, la interposición del recurso no paralizará la ejecución, pues siempre será oída en el efecto devolutivo.

3. RECURRIBILIDAD DE LAS DECISIONES EN MATERIA DE HONORARIOS DE ABOGADOS

Como hemos expresado en otra oportunidad,¹¹ el procedimiento de estimación e intimación de honorarios profesionales de abogados, bien sea por actuaciones de carácter judicial o por actuaciones de carácter extrajudicial, atraviesa por dos fases o etapas, tales como la declarativa, que corresponde al tribunal competente y donde se determinará si el abogado tiene o no derecho a percibir honorarios, y la fase o etapa ejecutiva, también denominada de retasa o estimativa, que se inicia una vez que queda firme la decisión que declaró el derecho a percibir honorarios, bien por el agotamiento de los recursos o su no ejercicio, que tiene por finalidad, que el tribunal colegiado de retasa fije el monto o quantum definitivo que deberá cancelarse al profesional del derecho intimante.

Luego, la decisión que se produce en la primera fase o etapa del procedimiento donde se determina si el profesional del derecho tiene o no derecho a percibir honorarios, dictada por el Tribunal natural competente, puede ser objeto de impugnación mediante el ejercicio del recurso ordinario de apelación, el cual debe ser oído libremente, es decir, tanto en el efecto devolutivo, donde el conocimiento y solución del problema judicial corresponde al órgano jurisdiccional superior jerárquico en forma vertical, quien podrá modificar, revocar, anular o confirmar la decisión recurrida, como en el efecto suspensivo, lo que se traduce que no puede ejecutarse en forma inmediata la decisión dictada y sometida a recurso, sino que debe aguardar a que quede firme el derecho a cobrar honorarios, bien por ser confirmado por la alzada o por ser modificado el fallo recurrido, pero siempre reconociendo el derecho a percibir honorarios y en ambos casos, que no se haya ejercido el recurso de casación o que la decisión, como consecuencia de la cuantía, no sea recurrible en sede casacional.

¹¹ Bello Tabares, Humberto. Honorarios. Caracas. Livrosca. 2003. p. 237.

De lo anterior se desprende, que la decisión dictada por la alzada correspondiente, que conozca del recurso ordinario de apelación contra el fallo que declaró el derecho a percibir honorarios, es susceptible de ser recurrida en sede casacional por vía del recurso ordinario de casación, siempre que la cuantía permita dicho acceso. De esta manera podemos señalar, que la decisión que declare el derecho a percibir honorarios, no solo se encuentra sujeta al recurso ordinario de apelación, sino al extraordinario de casación.

Pero como venimos expresando, el proceso de honorarios atraviesa por la fase o etapa ejecutiva, estimativa o de retasa, la cual se abre una vez que la declaratoria del derecho a percibir honorarios haya quedado definitivamente firme, bien como consecuencia del no ejercicio de los recursos ordinarios y eventualmente extraordinarios, o bien como consecuencia de su agotamiento, siempre que la parte demandada en honorarios haya ejercido oportunamente el derecho de retasa, es decir, se haya acogido tempestivamente al derecho de retasa, conforme a lo previsto en el artículo 22 de la Ley de Abogados.

Esta segunda etapa o fase que tiene por objeto la determinación del monto o quantum que cobrará el profesional de derecho por concepto de honorarios, que corresponde al tribunal colegiado de retasa y que culmina con la decisión que debe considerar el contenido del artículo 40 del Código de Ética Profesional del Abogado, conforme a lo previsto en el artículo 28 de la Ley de Abogados, no se encuentra sujeta a recurso alguno, ello como consecuencia, que el Tribunal de Retasa no funciona como un tribunal de derecho, que resuelve elementos o puntos controvertidos de derecho, pues esto corresponde al tribunal natural que declaró el derecho a percibir honorarios, sino como un tribunal de hecho, cuya función, como veremos mas adelante, se limita a la cuestión fáctica de establecer el monto dinerario definitivo que cobrará el abogado.

Luego, recientemente la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión de fecha 15 de Julio de 2.004,¹² con relación a la recurribilidad de las decisiones en materia de honorarios, ha señalado:

¹² Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RH-00624, del 15 de Julio de 2004, con ponencia del magistrado Antonio Ramírez Jiménez expediente N° 04277.

Ahora bien, en relación a las decisiones sobre retasa, así como aquellas recaídas en incidencias conexas con esa materia, esta Sala, en reiteradas jurisprudencias ha dejado sentado que el procedimiento de retasa no tiene recurso de apelación, que ese carácter inapelabilidad se extiende a todas las decisiones conexas a esta materia que preparan y abren camino al procedimiento final, entre las cuales se incluye la designación de retasadores o la corrección de eventuales vicios que se hubieren cometidos en la escogencia de los mismos.

En el *sub iudice*, se observa que el objeto de la controversia lo constituye los honorarios finados a los jueces retasadores, los cuales fueron estimados por lo a-quo en la cantidad de cinco millones de bolívares (5.000.000,00) para cada uno de ellos, pues tal y como lo establece el artículo 28 de la Ley de Abogados, el legislador le concede al Juez de la causa la potestad para fijar, según su prudente arbitrio los honorarios a devengar por los jueces retasadores designados por las partes...

...omissis...

De las consideraciones que antecede, esta Sala observa, que si bien las decisiones en materia de retasa son inapelables, no es menos cierto que ese carácter de inapelabilidad *cercena el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, en cuanto a las decisiones que fijan el quantum de los honorarios de los jueces retasadores, en razón, a que la parte intimada al considerar que el monto de los honorarios fijados son excesivos o los mismos no fueron estimados por el juez de la causa prudencialmente, ésta no tiene la posibilidad de ejercer recurso alguno ante tal decisión, quedando indefensa la intimada ante dicha estimación.*

Por tanto, la previsión contenida en el in fine del artículo 28 de la Ley de Abogados, constituye una evidente limitación al referido derecho fundamental, lo que impone revisar cual debe ser su verdadero alcance.

La Sala considera que las “decisiones de retasa” a que se refiere la norma excluida de apelación, solo se remiten a las dictadas por el Tribunal Retasador constituido por sus tres miembros, y cuyo contenido sea el desarrollo de la única competencia que legalmente tienen establecidas, esto es, estimar si el valor que el abogado a fijado a sus actuaciones es aceptable o no, y en caso de considerarlo exagerado, reducirlo al monto que estimen justo y equitativo.

La razón por lo que este tipo de decisiones es inapelable es simple, y es que la función que ejercen los retasadores, quienes responden a una

función social y gremial, aún cuando son abogados, dictan una decisión de equidad, antes de que derecho, pues a ellos se les pide que determinen, con base a la escala axiológica descrita en el Código de Ética del Abogado Venezolano y su conciencia, la justeza de los honorarios a que aspira un abogado por el ejercicio de su profesión. Entonces, *la decisión de retasa no juzga sobre hechos ni sobre derecho, sino sobre los valores éticos involucrados con el ejercicio profesional y, particularmente, sobre el quantum que con base en tales valores debe dársele a determinadas actuaciones cumplidas por el abogado.*

En consecuencia, las decisiones dictadas en la fase estimativa del procedimiento para hacer efectivo el cobro de los honorarios profesionales por parte del abogado, o de retasa, dictada por el juez unipersonal o por el órgano colegiado que se designen al efecto, serán apelables de acuerdo con las reglas ordinarias establecidas en el Código de Procedimiento Civil, esto es, según el agravio y el carácter de la decisión de que se trate, salvo las decisiones de retasa propiamente dicha, es decir, aquella que se limiten a establecer exclusivamente el valor de las actuaciones estimadas pro el abogado, las que por mandato expreso del in fine del artículo 28 de la Ley de Abogados, son inapelables.

Por ello, esta Sala considera que en materia de retasa, las decisiones que estimen el quantum de los honorarios que deben percibir los jueces retasadores ser susceptibles del recurso procesal de apelación, en virtud, que la inapelabilidad de dichas decisiones infringen el debido proceso y con ello se cercena el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva... (Destacados nuestros)

De la decisión transcrita, la cual no cuenta con voto salvado alguno, puede observarse que la única decisión que por vía excepcional no se encuentra sujeta a la vía recursiva ordinaria o extraordinaria, es la decisión del Tribunal de Retasa, que en forma definitiva fija el monto o quantum por concepto de honorarios de abogados, ello por previsión expresa del artículo 28 de la Ley de Abogados, y en virtud que el Tribunal de Retasa, no juzga a criterio de la Sala, sobre cuestiones de hecho ni de derecho, sino que resulta una decisión tomada conforme a la equidad, lógicamente no sujeta a recurso, que se limita a fijar el quantum concepto por honorarios según una supuesta “escala axiológica”, que no es otra cosa que el desarrollo del contenido del artículo 40 del Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano. Luego, a decir de la Sala, se trata de un análisis de los valores éticos involucrados por el profesional del derecho.

Al respecto, diferimos del criterio de la Sala, pues la decisión del Tribunal de Retasa, sí se pronuncia sobre cuestiones de hecho, no así sobre cuestiones de derecho, ya que su función se encuentra limitada a la fijación definitiva del quantum que por concepto de honorarios corresponden al profesional del derecho y que ha sido controvertido por las partes, de manera que mas que una situación de equidad que hace improcedente la vía recursiva, estamos ante la presencia de una decisión no sujeta a recurso alguno, como consecuencia de no juzgar sobre cuestiones de derecho que deban ser revisadas por otras instancias, todo lo cual nos motiva a expresar, que realmente las decisiones dictadas en esta fase, sí juzgan sobre cuestiones de hecho no revisables en vía ordinaria o extraordinaria por mandato de la Ley de Abogados.

Otro aspecto que debemos abordar, es el referido a la recurribilidad de la decisión –auto– que dicte el operador de justicia fijando el monto de los honorarios de los jueces retasadores.

Al respecto hemos expresado,¹³ que conforme a lo previsto en el artículo 28 de la Ley de Abogados, la fijación de los honorarios de los retasadores se ubica dentro del poder discrecional del operador de justicia, pues el referido artículo señala que los honorarios de los retasadores los pagará la parte interesada cuyo monto determinará el Tribunal “prudencialmente”. Luego, si el legislador hubiera querido que la fijación de los honorarios de los jueces retasadores fuera regulada y controlada por vía jurisdiccional, no hubiera utilizada la frase “prudencialmente” lo que sí pudiera dar paso al criterio de la Sala de Casación Civil, pero al haber dejado el legislador la fijación de los honorarios a la prudencia del operador de justicia, indirectamente excluye la posibilidad de utilizar la vía recursiva para impugnar dicha fijación

Consideramos que el argumento que expresa la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia para justificar la recurribilidad de la decisión que fije los honorarios de los retasadores, referida a la supuesta lesión al derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto al derecho a recurrir en un mínimo de doble grado de jurisdicción contra las decisiones judiciales, lo cual igualmente forma parte de la garantía al debido proceso legal, así como a la lesión al derecho a la defensa, no resulta correcto, pues en nuestra

¹³ Bello Tabares, ob. cit., pp. 247, 248 y 249.

legislación igualmente existen procedimiento y actos procesales no sujetos a recursos ordinarios ni extraordinarios que no se consideran como lesivos de dichas garantías o derechos constitucionales, como sucede en los casos de antejuicios de méritos y juicios contra altos funcionarios del Estado o demandas que por su cuantía y por dirigirse contra el Estado, se tramitan en única instancia, o en el caso de amparo constitucional contra decisiones de Juzgado Superiores.

Creemos que el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil es erróneo, pues la fijación de los honorarios de los retasadores, legalmente ha sido incluido en la poder discrecional del operador de justicia, lo cual no puede ser controlado por la vía recursiva, incluso por ninguna otra vía, quedando a manos del justiciante –si a caso– solo la vía disciplinaria contra el juzgador por abuso de poder al fijar exageradamente los honorarios de los retasadores. Luego, la Sala ha interpretado la norma legal contenida en el artículo 28 de la Ley de Abogados, a la luz de la Constitución de 1999, considerándola indirectamente inconstitucional, lo cual no compartimos, pues la norma no vulnera derecho alguno y el motivo por el cual la decisión sobre la fijación de los honorarios de los retasadores es inimpugnable o irrecurable, es por la sencilla razón que el legislador –insistimos– dejó dicha fijación a criterio del juzgador.

Esta decisión contiene un desacierto de la Sala de Casación Civil que en nuestro criterio debe ser corregido, otorgándole al contenido del artículo 28 de la Ley de Abogados, su real y verdadero sentido interpretativo, pues el argumento de la Sala solo podría tener cabida, en la medida que se reformara la Ley de Abogados, todo lo cual nos motiva a expresar y sostener, que las decisiones de los operadores de justicia que fijen los honorarios de los retasadores, no se encuentra sujeto a recurso alguno.

4. COSTAS EN MATERIA DE COBRO DE HONORARIOS DE ABOGADOS

Mucho se ha discutido sobre la posibilidad de condenar al pago de costas procesales en el marco de un proceso de estimación e intimación de honorarios profesionales de abogados, bien se trate de actuaciones judiciales o extrajudiciales.

Al respecto, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión de fecha 10 de Septiembre de 2.003,¹⁴ criterio también sostenido en decisión de fecha 20 de Mayo de 2.004,¹⁵ ha establecido:

Es de hacer notar que, en cuanto a los honorarios y las costas en el procedimiento de intimación de honorarios, en sentencia N° 284, dictada el 14 de agosto de 1996, en el juicio de Carmen Rosa López Barrios contra La Industrial Entidad de Ahorro y Préstamo, esta Sala dejó sentado el criterio siguiente:

“...Esta Sala comparte plenamente el criterio de la recurrida, acerca de que “el procedimiento de intimación de honorarios no puede generar honorarios, pues ello excedería el límite que el legislador ha establecido para el cobro de honorarios y haría interminable el procedimiento, lo que resultaría ilógico e ilegal, por lo que el abogado intimante no tiene derecho al cobro de los honorarios que ha intimado contra La Industrial Entidad de Ahorro y Préstamo”, porque admitir la tesis de la formalizante significaría perpetuar los procedimientos de estimación e intimación de honorarios, al caso en que cada intimación de honorarios se podría hacer una nueva intimación de honorarios y así sucesivamente. Esta tesis debe rechazarse por ilógica, antijurídica y antiética...”

No hay duda que el caso que se examina encuadra, por vía analógica, con el de la jurisprudencia transcrita, pues la recurrida fue dictada en un procedimiento de estimación e intimación de honorarios profesionales de abogado, derivado de la condenatoria en costas efectuada en un juicio anterior de la misma naturaleza, vale decir, de estimación e intimación de honorarios profesionales de abogado.

Es evidente que, un procedimiento de estimación e intimación de honorarios profesionales, no puede generar sucesivos juicios intimatorios de la misma índole. Quiere esto decir, que el procedimiento

¹⁴ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00505, de fecha 10 de Septiembre de 2003, con ponencia del magistrado Antonio Ramírez Jiménez, expediente N° 02340.

¹⁵ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC-00441, de fecha 20 de Mayo de 2004, con ponencia del ex-magistrado Franklin Arrieche Gutierrez, expediente N° 03384.

de intimación de honorarios profesionales no puede generar condenatoria en costas, caso contrario, serían procedimientos interminables que darían lugar a que el abogado intimante pudiese cobrar honorarios múltiples a un mismo intimado. En razón de lo anterior, al admitirse el segundo juicio de estimación e intimación de honorarios profesionales, con base en la condenatoria en costas efectuada por el tribunal superior que conoció del primer juicio, se configuró la infracción del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagra el derecho a la defensa y la garantía del debido proceso.

Este derecho a la defensa y la garantía del debido proceso, se vieron conculcados al permitirse la admisión de un segundo juicio de intimación de honorarios profesionales, generado por el primer proceso de igual índole.

Por tanto, en el dispositivo de este fallo se casará de oficio sin reenvío la recurrida, se decretará la inadmisibilidad de la presente demanda, y se anularán todas las actuaciones habidas en el expediente, relacionadas con el presente juicio. (Destacados nuestros)

Para analizar la decisión transcrita, previamente debemos expresar, que conforme a lo previsto en el artículo 45 del Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano, en caso que el abogado se vea obligado a demandar a su patrocinado, es aconsejable que se haga representar por un colega. Luego, la lógica de hacerse asistir de un colega, incluso representar, radica en el hecho que por tratarse de honorarios del abogado cobrados al propio cliente, para evitar pasiones desenfrenadas por parte del profesional del derecho, resulta aconsejable que sea otro profesional quien haga la reclamación por concepto de cobro de honorarios, quien será mas sereno en el ejercicio de la acción y quien verá el proceso con mayor objetividad. Luego, obsérvese que el artículo en comento nada señala con relación a las costas procesales, que se cobran a la parte perdedora en el proceso, quien puede o no ser abogado.

Por otro lado, deben destacarse que el cobro de honorarios profesionales de abogados a otro profesional del derecho, por actuaciones judiciales o por concepto de costas procesales, no resulta contrario al Código de Ética Profesional del Abogado, pues la falta grave que califica el artículo 53, se limita a las actuaciones jurídicas o extrajudiciales, no regulándose en forma alguna actuaciones de carácter judicial, mucho menos el caso de las costas.

Dicho esto, consideramos que no existe justificación alguna para se exonere o haya exención de costas en procesos de estimación e intimación de honorarios por actuaciones judiciales o extrajudiciales, mucho menos que la condenatoria en costas en esta clase de procesos y la eventual demanda por concepto de costas generadas en procesos de honorarios, resulte lesivo del debido proceso a que se refiere el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, incluso consideramos apagógico el argumento de persuasión que sostiene la Sala de Casación Civil, para justificar la no condenatoria en costas, referido a la existencia de una cadena interminable de procesos, ello en función de los siguientes argumentos:

Un proceso de estimación e intimación de honorarios profesionales de abogados, bien se trate de actuaciones de carácter judicial que se tramita por el procedimiento especial contencioso y ejecutivo a que se refiere el artículo 22 de la Ley de Abogados, en concordancia con lo previsto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, o de actuaciones de carácter extrajudicial que conforme a la primera de las normas se tramita por vía del procedimiento breve a que se refiere el artículo 881 del referido Código de Procedimiento Civil, en teoría y solo en la teoría es un procedimiento sencillo, rápido o célere y sin mayor complejidad, pero la realidad procesal, la realidad vivida por los profesionales del derecho que acuden a estrados a reclamar sus honorarios profesionales, es otra totalmente diferente, donde se enfrentan a un procedimiento complejo, lento, lleno de tropiezos, donde existen innumerables recursos, criterios de diversos tribunales e incluso criterios de las Salas de Casación Civil y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia incomprensibles, incorrectos, cambiantes e incluso acomodaticios.

Es la propia Ley de Abogados la que aconseja que el profesional del derecho cuando intime honorarios, para mantener la serenidad, tranquilidad, parcialidad e incluso objetividad, se haga asistir o representar por otro abogado, abogado éste que como es lógico, no realiza sus trabajos en forma gratuita sino que tiene el derecho a su vez de percibir honorarios por ésta actuación judicial, bien sea de su propio cliente –abogado intimante que lo contrató o solicitó sus servicios– o bien al eventual condenado en costas, pues los honorarios son la forma de subsistir del profesional del derecho que se dedica al ejercicio. Luego, resulta lesivo al patrimonio del abogado, que después de tramitar un proceso llevado en dos instancias, donde puede haber casación, acciones de amparo

constitucional, revisión constitucional, solicitudes de avocamiento entre otros subterfugios procesales, donde pueden surgir tachas de falsedad, desconocimiento de instrumentos y eventuales cotejos, donde puede haber la publicación de carteles por no conseguirse al intimado, donde deben cancelarse los eventuales gastos por concepto de carteles de remate, depósitos, justiprecios entre otros conceptos, es decir, donde el abogado invierte de su propio bolsillo una cantidad de dinero considerable para exigir el derecho a cobrar honorarios que le corresponde ante un cliente que ha burlado su trabajo, o ante un eventual condenado en costas que evade el pago por concepto de honorarios, tenga además que cubrir –de su bolsillo– los gastos por concepto de honorarios por el abogado que contrató.

De esta manera, el procedimiento de honorarios que como señalamos solo en teoría el célere y sencillo, en la práctica es largo, confuso y lento, donde el abogado tiene que sufragar un conjunto de gastos para llevar el proceso hasta su fin, donde incluso tiene que pagar honorarios a otro abogado que lo asistió o representó, gastos éstos que solo pueden recobrarse por la vía de la condenatoria en costas procesales, que comprenden, no solo los gastos de proceso –costos– sino los eventuales pago de honorarios a los abogados, siendo esta la teoría de las costas procesales, lo que se traduce, que no resulta justo para el profesional del derecho, que tenga que seguir un tortuoso procedimiento para exigir el derecho a cobrar honorarios y que luego de percibir, mucho años después de presentar la demanda, el pago efectivo de los honorarios por parte del intimado, tenga que deducir de los mismos un conjunto de gastos que se erogaron en ese proceso que se utilizó para exigir los honorarios, pues incluso algunos jueces del área metropolitana insensatos y desunidos al gremio, para el decreto de una medida exigen la previa presentación de una fianza en casos de cobro de costas procesales, fianza que como se sabe no es gratuita y cuyo pago debe ser sufragado por el propio abogado, pues seguir un proceso sin medidas, es sinónimo de una casi segura imposibilidad de futura ejecución producto de la sin vergüenza insolvencia del intimado.

Lo antes dicho deja de manifiesto a nuestro criterio, que lejos a lo señalado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, lo que resulta ilógico, antijurídico y antiético, es que en un proceso de honorarios no haya condenatoria en costas en caso de vencimiento total, pues al final del camino, el abogado luego de restar los gastos del proceso a lo que realmente pudo

cobrar en dicho proceso de honorarios, solo habrá obtenido, en vez de una ganancia o retribución por su trabajo, una pérdida en el reconocimiento de su derecho. ¿Es esto justo?

El criterio sostenido por la Sala de Casación Civil, solo brinda impunidad a la parte intimada maliciosa y temeraria que a sabiendas que no será condenada en costas, ejerce defensas infundadas para que el abogado intimante tenga que gastar su dinero, lo que se traduce en que se esta dando una especie de licencia de impunidad a la parte demandada o intimada quien puede ejercitar todos los recursos infundados, sean ordinarios o extraordinarios, acciones de amparo constitucional o cualquier otra, con la garantía que no habrá condenatoria en costas por mas descabellado que sean los mismos, llevando el proceso hasta el final, sin ningún riesgo, por lo que insistimos ¿es esto justo, lógico, jurídico y ético?

Son las costas procesales la única forma como el ejercicio de la acción, el trámite del proceso y los gastos que éste genere, no disminuyen el derecho de aquel que acude a estrados a solicitar el reconocimiento de su derecho, circunstancia esta que a nuestro criterio ha sido obviado por la Sala de Casación Civil, pues consideramos respetuosamente, que los magistrados tienen conocimiento que un proceso de honorarios, solo es breve y célere en su nombre, en la cátedra de teoría general del proceso y en los libros que tratan el tema, ya que un proceso de esta especie dura en promedio, según el monto de lo litigado, entre cuatro y ocho años, tiempo en el cual el intimado, conforme al criterio de la Sala, tiene licencia para litigar libremente sin mas perjuicios que el pago definitivo que fije el Tribunal de Retasa, sin costas procesales, ejerciendo defensas y recursos, hasta acciones infundadas –caso de amparo– sin temor a ser condenado en costas procesales, fomentándose de esta manera la malicia y la temeridad como fenómenos lesivos de la buena fe procesal.

Creemos que el criterio de la Sala de Casación Civil debe ser revisado para la justicia, ética y lógica de los abogados que reclaman sus honorarios, pues debe frenarse a los intimados desleales que alargan y eternizan el proceso a sabiendas de la exención en costas procesales, donde en definitiva quien se ve burlado por el sistema es el propio abogado que forma parte de éste y que simplemente solicita al Estado el reconocimiento de su derecho a subsistir, de su derecho a una vida digna y a brindar a su familia bienestar, a través de una

justa remuneración por el trabajo que desempeñe, lo cual se ve truncado con el criterio que constructivamente criticamos.

Una posible solución que pudiéramos aportar, sería que se exonerara en costas procesales, si el intimado luego de demandado, se allanara a la pretensión del abogado intimante cancelado los honorarios del abogado o que sin controvertir el proceso, solo hiciera uso del derecho de retasa; mas si el intimado impugna el derecho a percibir honorarios trabándose la litis, de existir condenatoria o vencimiento total, el pago de las costas siempre sería obligatorio. Creemos esta solución es justa y equitativa.

Otro aspecto que debemos considerar con relación a la decisión en comento, es que resulta errado a nuestro criterio, el argumento sostenido por la Sala de Casación Civil, referido a que el procedimiento de intimación de honorarios no puede generar honorarios, por exceder del límite que el legislador habría establecido para el cobro de honorarios, haciendo interminable el procedimiento, pues éste procedimiento de honorarios ha tenido lugar como consecuencia que el cliente o el condenado en costas no ha cancelado los honorarios del abogado, es decir, que el elemento generador del proceso es la falta de pago de los honorarios, lo que se traduce, en que si el condenado en costas o el cliente hubieran dado cumplimiento a su deber de cancelar los honorarios, nunca se habría producido un proceso por tales conceptos, pero ante la presencia de clientes o condenados en costas descarados que no cancelan honorarios, al abogado solo le queda la vía judicial, donde como hemos venido expresando, se producen gastos que son sufragados por el propio profesional del derecho.

Luego, el proceso de honorarios es producto de la falta de pago de los mismos, y no se produce una cadena interminable de procesos de intimación si el cliente o condenado en costas hubiera pagado, de manera que el primer proceso de intimación, se insiste, es producto del no pago de los honorarios y los sucesivos, como consecuencia de la insistencia o terquedad del cliente o condenado en costas de no cancelar los mismos, lo que nos motiva a expresar, que la cadena interminable de procesos es solo el producto y depende de la conducta que despliegue el intimado en honorarios en el primer proceso donde se le intime, pues de trabar la litis y llevar un proceso por años, genera en el abogado un desgaste, no solo físico e intelectual, sino económico, éste último

que solo puede ser recuperado o reparado por vía de las costas procesales que hoy la Sala de Casación Civil desconoce como derecho del abogado, siendo justicia que tenga derecho a obtener una justa compensación por los gastos judiciales que haya hecho para cobrar sus honorarios, todo ello a propósito que esa cadena interminable de procesos, puede perfectamente ser terminado con el pago de los honorarios por parte del intimado.

Con relación al argumento de la Sala de Casación Civil referido a que esta cadena interminable de procesos daría lugar a que el abogado intimante pudiese cobrar honorarios múltiples a un mismo intimado, argumento sostenido por la Sala para justificar su tesis, en nuestro criterio resulta incorrecta, dado que cada proceso tiene sus características, duran su tiempo y generan sus propios gastos, siendo en justicia y lógica, que el abogado pueda recobrar, restablecer u obtener una recuperación de esos gastos –ejemplo carteles, peritos, depositarios– por vía de la condenatoria en costas, pues de lo contrario, el abogado siempre saldría perjudicado con el pago definitivo que se hiciera en el proceso, luego de deducidos todos los gastos, que perfectamente pudieran ser mayores a lo que cobró, y el intimado, siempre estaría en ventaja al retardar un proceso mediante el ejercicio de defensas y recursos infundados, amén de lo que normalmente tarda un proceso en nuestro desastroso, tardío e ineficaz sistema de justicia del Área Metropolitana de Caracas, pues en definitiva no habría perjuicios para el demandado en honorarios.

Por último y en relación a la supuesta lesión al derecho a la defensa y al debido proceso como consecuencia de admisiones de demandas por concepto de cobro de costas procesales producidas en procesos de honorarios, circunstancia esta que por demás no es explicado por la Sala de Casación Civil, consideramos que una condenatoria en costas en un proceso de honorarios y una nueva demanda por tal motivo, lejos de lesionar derechos constitucionales, garantiza al profesional del derecho una remuneración justa y digna, sin perjuicios producidos por los gastos de justicia, pues insistimos, la cadena de procesos solo es producto del intimado que no canceló honorarios y que perfectamente puede poner fin a los mismos con el pago de lo reclamado. Luego, insistimos que debe ser revisado este criterio lesivo de los derechos del profesional de la abogacía, que debe ser puesto en sintonía con la realidad de lo que constituye un proceso de honorarios, los gastos que genera, la

inversión del tiempo hombre y el desgaste físico e intelectual, así como las molestias, lo cual nunca será compensado o retribuido por el pago de los honorarios, todo aunado al sacrificio de litigar en un sistema de justicia lento e ineficaz, pues solo el abogado en ejercicio sabe lo tortuoso y denigrante que es ejercer en nuestros tribunales civiles del Área Metropolitana de Caracas, que deben ser reformados, no solo en su estructuras física, sino mas importante, en la persona de sus operadores.

5. OPORTUNIDAD PROCESAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA RETASA

Como hemos expresado en otra oportunidad,¹⁶ en el procedimiento de cobro de honorarios profesionales de abogados por actuaciones de carácter judicial, existen dos oportunidades para que el deudor o demandado se acoja al derecho de retasa que le confiere la ley, tales como son:

- a. En la oportunidad de ser intimado al pago, caso en el cual podría suceder que el demandado impugne el derecho que pretende el accionante a percibir honorarios y subsidiariamente se acoja al derecho de retasa; o bien que solo se acoja al mismo –derecho de retasa– sin impugnar el derecho a percibir honorarios; y
- b. Que impugnado el derecho a percibir honorarios, sin que el demandado, cliente o condenado en costas se acogiera subsidiariamente al derecho de retasa, el tribunal en la sentencia declare que el abogado sí tiene derecho a percibir los mismos, caso en el cual, se intimará nuevamente al demandado para que, firme como se encuentre el derecho reclamado –derecho a percibir honorarios– manifieste su voluntad de acogerse o no al derecho de retasa que le confiere la Ley.

Esta tesis encuentra igualmente su fundamento en el artículo 22 del Reglamento de la Ley de Abogados que dispone:

Establecido el derecho de cobrar honorarios en la sentencia que decida la incidencia a que se refiere el segundo aparte del artículo 22 de la Ley,

¹⁶ Bello Tabares, ob. cit., pp. 240 y 241.

el Abogado estimará el monto de sus honorarios, intimados los cuales, el cliente que hubiere sido condenado a pagarlos, podrá ejercer la retasa de conformidad con el procedimiento señalado en el artículo 24 y siguientes de la Ley.

Así, será una vez que la sentencia dictada por el tribunal declare el derecho a percibir honorarios, que deberá intimarse al cliente, demandado o condenado en costas, para que se acoja o no al derecho de retasa que le confiere la Ley.

Pero en materia de honorarios de abogados por actuaciones de carácter extrajudicial, la Ley fija la oportunidad –preclusiva– para que el demandado se acoja al derecho de retasa, y al efecto el artículo 22 de la Ley de Abogados en forma determinante señala que la oportunidad para ejercer el derecho de retasa será en la contestación de la demanda, por lo que no existe otra oportunidad procesal para que el cliente puede ejercer este derecho como sucede en materia de honorarios judiciales, salvo el caso –analizado anteriormente– que el demandado haya manifestado su voluntad de acogerse a la retasa luego que fuera declarado procedente el derecho a percibir honorarios.

Luego, sobre este aspecto, en cuanto a la oportunidad para el ejercicio del derecho de retasa en un procedimiento de honorarios por actuaciones de carácter extrajudicial, una lamentable decisión de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del ex –magistrado Franklin Arrieche Gutiérrez, en un criterio confuso y acomodaticia expresó:¹⁷

En todo caso, al considerar las demandadas que las cantidades intimadas por la parte actora son exageradas, debieron acogerse a la retasa al contestar la demanda. No obstante, este Alto Tribunal ha indicado, que ello no impide que el intimado pueda manifestar acogerse al derecho de retasa una vez quede firme la sentencia que acuerde el derecho a cobrar honorarios profesionales.

El extracto de la decisión antes transcrito, que no contó con ningún voto salvado, deja de manifiesto la confusión que tuvo el ex –magistrado ponente

¹⁷ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N° RC-00441, de fecha 20 de Mayo de 2004, con ponencia del ex-magistrado Franklin Arrieche Gutierrez, expediente N° 03384

en cuanto a la oportunidad para el ejercicio del derecho de retasa, cuando se trata de honorarios de abogados por actuaciones de carácter extrajudicial, pues al respecto el artículo 22 de la Ley de Abogados es claro al señalar que la retasa solo puede ejercitarse en la contestación de la demanda en forma preclusiva, circunstancia esta anotada por la Sala antes del primer punto, pero luego en forma insólita y como explicaremos acomodaticia, expresó “No obstante, este Alto Tribunal ha indicado, que ello no impide que el intimado pueda manifestar acogerse al derecho de retasa una vez quede firme la sentencia que acuerde el derecho a cobrar honorarios profesionales.”.

Luego, el derecho que tiene el intimado a ejercer el derecho de retasa o acogerse al mismo luego de que quede firme la decisión, solo es viable en materia de honorarios de abogados por actuaciones de carácter judicial, tal como lo regula el artículo 22 del Reglamento de la Ley de Abogados antes transcrito, norma no aplicable en materia de honorarios por actuaciones de carácter extrajudicial, lo que evidencia un criterio confuso y contradictorio, lesivo del debido proceso legal y del contenido del artículo 22 de la Ley de Abogados que señala la oportunidad preclusiva para el ejercicio de tal derecho en materia de honorarios por actuaciones de carácter extrajudicial.

Lo mas lamentable de esta situación y es aquí donde fundamentamos que el criterio anterior fue acomodaticia, es que la Sala de Casación Civil en otra oportunidad, al referirse a la oportunidad para ejercer el derecho de retasa precisó, sin votos salvados, lo siguiente:¹⁸

Por su parte, en lo que respecta al procedimiento judicial que ha de seguirse para hacer efectivo el *cobro de honorarios profesionales por actuaciones extrajudiciales*, como se dijo anteriormente, éste se tramitará de acuerdo a las pautas del procedimiento breve establecido en el Código de Procedimiento Civil; sin embargo, a diferencia del correspondiente a actuaciones judiciales, el abogado deberá estimar de una vez en su demanda el valor que considere prudente por cada una de las actuaciones que afirme haber realizado, *por lo que el demandado, en la contestación, aparte de hacer valer las defensas*

¹⁸ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 27 de Agosto de 2004, con ponencia del magistrado Antonio Ramírez Jiménez, expediente N° AA20-C-2001-000329.

que estime convenientes, deberá preclusivamente acogerse al derecho de retasa si no está de acuerdo con la estimación hecha. (Destacado nuestro).

La decisión parcialmente transcrita, deja de manifestó la inconsistencia de los criterios de la Sala de Casación que nos motiva a expresar que la primera de las decisiones comentadas no solo obedeció a un criterio errado sino acomodaticio a oscuros intereses, pues el último de los criterios en comento es el correcto y ajustado al contenido del artículo 22 de la Ley de Abogados, situación esta lamentable que crea inseguridad jurídica, desorden procesal y falta de credibilidad del sistema de justicia –operadores– lo que no debe repetirse.

6. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE RETASA

La retasa es la facultad que tiene aquel sujeto al que se le exige el pago de honorarios profesionales de abogados, bien sean éstos de carácter judicial o extrajudicial, para que los mismos sean revisados por el Tribunal de Retasa, y se les atribuya un nuevo valor más bajo al estimado por el abogado, lo que se traduce que la función del Tribunal de Retasa no es otra que pronunciarse y fijar el monto definitivo que por concepto de honorarios debe cobrar el profesional del derecho, siguiendo al efecto el contenido del artículo 40 del Código de Ética Profesional del Abogado, circunstancia esta de hecho que no conlleva ni contiene pronunciamiento sobre puntos controvertidos de derecho. Luego, como hemos venido señalando, la decisión dictada por el Tribunal de Retasa, no se encuentra sujeta a recurso alguno, pues se limita a fijar el quantum por concepto de honorarios, lo que constituye una situación de hecho, no pronunciándose sobre cuestiones de derecho que deben ser analizadas y juzgadas por el juez natural en la fase declarativa del proceso de honorarios.

Lo anterior nos lleva a precisar, que la función del Tribunal de Retasa se limita a fijar en forma definitiva e inimpugnable, el monto o quantum que por concepto de honorarios tendrá derecho a percibir el profesional de la abogacía y que deberá ser cancelado por el intimado –sea cliente o condenado en costas– siendo importante delimitar la función de este tribunal colegiado, quien no se pronuncia sobre cuestiones de hecho como lo son la procedencia o no a cobrar honorarios, la procedencia o no de la corrección monetaria solicitada

en la demanda, las defensas que puedan ejercerse en su oportunidad correspondiente, tales como la prescripción, el pago, la novación, la compensación o cualquier otra circunstancia legal o eventualmente contractual –en caso de contrato de honorarios– que sea controvertido, pues ello corresponde al conocimiento y decisión del juez natural en la primera fase del proceso, todo lo cual tiene su fundamento en el hecho, que la decisión de retasa no juzga sobre puntos de derecho. Luego, el motivo por el cual la decisión de retasa no está sometida a recurso, es precisamente porque no se juzgan cuestiones de derecho sino de hecho, siendo que la primera fase del proceso que sí juzga cuestiones de derecho, no solo está sometido al régimen de los recursos ordinarios, sino eventualmente a los extraordinarios, de manera que cualquier decisión del Tribunal de Retasa que desbordara su competencia –cuestión de hecho referido al quantum de los honorarios– vulneraría el derecho a la defensa de las partes, pues no se encuentra sometida a recurso, lo que conllevaría, ante la lesión constitucional en comento –derecho a la defensa– a propósito de la lesión al debido proceso, el abuso de poder por parte del Tribunal de Retasa y la usurpación de funciones, así como a la ausencia de una vía ordinaria para restituir la situación jurídica infringida, que la vía para cuestionar la actividad del Tribunal de Retasa sería el amparo constitucional, el cual solo debería usarse para este caso concreto y no para cuestionar el monto fijado por concepto de honorarios –circunstancia esta frecuente en profesionales del derecho que atentan contra la ética y lealtad procesal– dado que se estaría creando una instancia que no es permitida por el artículo 28 de la Ley de Abogados.

Otra posible solución ante la situación que se plantea de desbordamiento de la competencia del Tribunal de Retasa, sería otorgar excepcionalmente la vía recursiva, lo cual eliminaría la vía constitucional –amparo–.

Pero no obstante que la competencia del Tribunal de Retasa se limita a la cuestión de hecho referido al quantum por concepto de honorarios, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión de fecha 18 de Agosto de 2004, con relación a la competencia de Tribunal de Retasa expresó:¹⁹

¹⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1618, de fecha 18 de Agosto de 2004, con ponencia del magistrado José Manuel Delgado Ocando, expediente N° 03-2946, donde salvó su voto el magistrado Antonio J. García García.

Según lo establecido en la disposición citada, si el reclamo es por servicios extrajudiciales, la controversia se deberá tramitar por el juicio breve, y si es por cuestiones judiciales, se seguirá el proceso de intimación de acuerdo con lo previsto en el artículo 607 del vigente Código Adjetivo Civil. Así, en materia de cobro de honorarios profesionales, tanto en juicio principal como por vía incidental, se prevé que este procedimiento tendrá dos fases claramente diferenciadas, una declarativa y otra ejecutiva. En la primera de ellas, el juez sólo determina la existencia del derecho del abogado a cobrar honorarios. Si en esta primera etapa se dictamina la procedencia del derecho a percibir honorarios y esta decisión queda definitivamente firme, comienza la fase ejecutiva o de retasa, la cual está referida a la determinación del *quantum* de los honorarios a pagar.

En el caso bajo examen, la Sala observa que consta en autos que el 8 de enero de 2003, la apoderada judicial de la intimada presentó escrito ante el juzgado de la causa mediante el cual expuso que *"Por cuanto mi representada considera excesivo el monto de los honorarios estimados por los abogados Alexis José Balza Meza, María Elena Maza de Balza y Elizabeth Bravo Márquez, en nombre de mi representada, me acojo al derecho de retasa de conformidad con los artículos 25 de la Ley de Abogados y 22 de su Reglamento"*.

Tal como se observa del texto transcrito, la intimada no refutó, objetó o negó el derecho de los abogados intimantes al cobro de los honorarios profesionales demandados y sólo se limitó a señalar que consideraba excesiva la cantidad de los mismos. Ello así, en virtud de que la intimada no negó el derecho de los abogados a percibir los honorarios reclamados y sólo objetó su cuantía, no era necesario que el juzgado de la causa profiriera un pronunciamiento expreso sobre el derecho de los abogados intimantes a percibir los honorarios demandados, ya que éste fue reconocido de manera voluntaria, por quien estaría obligada a pagarlos.

Ahora bien, la sentencia impugnada por la accionante fue dictada en la fase ejecutiva del proceso de estimación e intimación de honorarios, en virtud de haber finalizado la etapa declarativa como consecuencia de su falta de impugnación del derecho reclamado y por haberse acogido a la retasa de los montos intimados. *En tal sentido, se ha dicho que el juzgado de retasa sólo podrá pronunciarse sobre el quantum de los emolumentos, no sobre la procedencia del cobro de los mismos, ni sobre su carácter judicial o extrajudicial, ya que esta cuestión debe ser dirimida por el juez de la causa en la fase declarativa del juicio de intimación de honorarios.*

No obstante lo anterior, la Sala estima que el rol del juez como director del proceso no se agota con este pronunciamiento, porque de existir circunstancias que hagan presumir la inadmisibilidad de la pretensión, como la misma está estrechamente vinculada con la constitución válida del proceso, debe ser analizada, incluso en la fase ejecutiva.

En el caso en cuestión se denunció la inepta acumulación de pretensiones, porque en el juicio de intimación y estimación de honorarios iniciado por los abogados Alexis José Balza Meza, María Elena Meza de Balza y Elizabeth Bravo Márquez contra la accionante se reclamaron honorarios judiciales y extrajudiciales, los cuales tienen un procedimiento distinto, cuya acumulación está prohibida por el legislador para mantener la unidad del proceso.

En la sentencia consultada se indica que esta circunstancia debió exponerse al juez de la causa principal y no al Juez de Retasa; *pero la Sala considera que éste último, quien igualmente es director del proceso, sin necesidad de que la inepta acumulación haya sido denunciada, debió declararla.*

...omissis...

La Sala admite que, en condiciones de normalidad, en la etapa de admisión de la demanda, el juez de la causa debe evidenciar la falta de cumplimiento de los presupuestos procesales; *pero si ello no ocurre deberá ser verificado en cualquier estado y grado de la causa.* En efecto, en la presente causa, como el juez de la causa no advirtió la inepta acumulación de pretensiones, pues en el libelo se indicó que “en el desarrollo del proceso y hasta la fecha que estuvimos acreditados como Apoderados Judiciales de la Empresa, realizamos una ‘*gran cantidad de actuaciones*’ (...) tampoco descartamos las múltiples reuniones que sostuvimos con los socios y la Apoderada Judicial” (folios 500-501), *el Juez de Retasa debía declararla, aun cuando no hubiese sido opuesta por la parte demandada.* (Destacados nuestros).

Esta decisión de la Sala Constitucional, a nuestro criterio en forma errática, otorga al Tribunal de Retasa una competencia evidentemente desbordada de sus funciones naturales, pues le permite conocer y decidir cuestiones de derecho, a lo cual nos preguntamos: ¿qué recurso podrían ejercer las partes ante la decisión del Tribunal de Retasa en el caso como el que se presenta?

Lógicamente que esta situación no está regulada en la Ley de Abogados, pues el Tribunal de Retasa no es un Tribunal de Derecho sino que conoce de

meras cuestiones de hecho, circunstancia esta que es precisamente el fundamento de la inimpugnabilidad de la decisión. Luego, al desbordarse la competencia del Tribunal de Retasa, o se permite el ejercicio del recurso de apelación, lo cual lógicamente desnaturalizaría no solo la fase ejecutiva del proceso sino la propia función del Tribunal de Retasa, o se limita la función de dicho Tribunal a cuestiones de hecho que hace improcedente el ejercicio de recurso alguno, criterio éste que es el que consideramos correcto.

Pero en otra oportunidad, con solo ocho días de diferencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión a la competencia del Tribunal de Retasa, precisó:²⁰

El juez natural en el proceso de estimación e intimación de honorarios profesionales, lo constituye el juez que conoció la causa en la que prestaron patrocinio los abogados intimantes, el cual debe ordenar la apertura de un cuaderno separado para el trámite respectivo, este es un juez unipersonal que se distingue claramente del tribunal retasador que se constituye cuando la parte intimada considera exagerado el monto pretendido y decide acogerse al derecho de retasa. Así las cosas, *la tarea de los retasadores está circunscrita única y exclusivamente a analizar si la suma reclamada es o no desproporcionada con el tipo de actuaciones que se llevaron a cabo en el iter del proceso principal, para luego determinar el cuántum o monto a ser cancelado por la parte intimada.*

En el presente caso, los retasadores además de realizar dicha cuantificación, establecieron el monto que por concepto de costas procesales, consideraron se había producido con ocasión del proceso de estimación e intimación de honorarios profesionales instaurado, por lo que estima esta Sala Constitucional, *desbordaron los límites de su competencia y actuaron con extralimitación de funciones, debido a que tan singular pronunciamiento le correspondía al juez unipersonal ante quien se estimaron los honorarios.* (Destacados nuestro).

Esta decisión de la Sala Constitucional, que por demás no contó con voto salvado, evidentemente se contradice con la decisión de fecha 18 de Agosto de 2004, al

²⁰ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1638, de fecha 26 de Agosto de 2004, con ponencia del magistrado Antonio J. García García, expediente N° 03-0045.

establecer que la “tarea de los retasadores está circunscrita única y exclusivamente a analizar si la suma reclamada es o no desproporcionada con el tipo de actuaciones que se llevaron a cabo en el *iter* del proceso principal, para luego determinar el *quántum* o monto a ser cancelado por la parte intimada”, lo cual deja a los estudiosos del tema, a lo profesionales del derecho y a los jueces de la República en una incertidumbre e inseguridad jurídica en cuanto a la real competencia del Tribunal de Retasa. Luego, nosotros consideramos que siendo el Tribunal de Retasa un Tribunal de hecho, solo puede pronunciarse sobre el quantum por concepto de honorarios, de manera que todo pronunciamiento ajeno a esta materia, desbordará la competencia del Tribunal colegiado.

7. NULIDAD DE LA SENTENCIA DICTADA EN MATERIA DE HONORARIOS QUE NO DETERMINA EL MONTO CONDENADO

El proceso de estimación e intimación de honorarios de abogados, bien de trate de cobro de actuaciones de carácter judicial o extrajudicial, se desarrolla en dos fases, una declarativa, que corresponde al juez unipersonal natural donde se determina si el profesional de la abogacía tiene o no derecho a percibir honorarios y otra ejecutiva o estimativa, que corresponde al Tribunal Colegiado de Retasa, quien en definitiva determinará el monto que por concepto de honorarios deberá cancelarse al profesional del derecho.

La decisión que toma en la primera etapa del proceso –declarativa– varía según se trate de cobro de honorarios por actuaciones judiciales o extrajudiciales, pues en el primero de los casos, la decisión se debe limitar a declarar si existe o no derecho a percibir honorarios, sin tener que determinar en forma precisa el monto o los montos dinerarios que por concepto de honorarios se condena al intimado, es decir, que la decisión no contiene una condenatoria expresa en relación al quantum, pues en primer término, si el intimado no comparece en el lapso correspondiente, queda firme no solo el derecho a percibir honorarios, sino la estimación de las actuaciones que se hayan hecho en el escrito de demanda, dado que en este supuesto no se aplica el contenido del artículo 22 del Reglamento de la Ley de Abogados, referido a que tiene que intimarse nuevamente al deudor de los honorarios para que se acoja o no a la retasa, todo en virtud que aquí no habrá decisión que declare tal derecho. Solo en el

supuesto que el intimante no haya hecho en su demanda la estimación de cada una de las actuaciones y se haya reservado la estimación, para luego de la sentencia que establezca el derecho a percibir honorarios, es que eventualmente se intimará nuevamente al deudor para que diga si se acoge o no a la retasa, y decimos “eventualmente” porque este supuesto no se encuentra regulado en el artículo 22 del Reglamento de la Ley de Abogado, que solo contempla el caso de estimarse los montos de las actuaciones una vez establecido el derecho de cobrar honorarios en la “sentencia” que decida la incidencia a que se refiere el segundo aparte del artículo 22 de la Ley, siendo que como se ha señalado, de no comparecer el intimado en tiempo útil, no solo quedará firme el derecho a percibir los honorarios reclamados en la demanda, sino que además no habrá necesidad de abrir la incidencia ni de dictar una decisión que declare tal derecho.

En segundo término, si el intimado impugna el derecho a percibir honorarios, caso en el cual debe tener lugar la incidencia del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, la cual culminará con una decisión que declare el derecho a percibir honorarios, la misma tampoco estará obligada a determinar el monto o quantum de la condena por concepto de honorarios de abogados, pues una vez firme la misma, si el demandada se hubiera acogida subsidiariamente al derecho de retasa, se pasará inmediatamente a la segunda fase del proceso que culminará con la decisión del Tribunal de Retasa; y si no se hubiera acogido a tal derecho, deberá intimársele nuevamente para que manifieste si se acoge o no a la retasa, todo conforme a lo previsto en el artículo 22 del Reglamento de la Ley de Abogado, casos estos referidos al supuesto de haberse estimado el monto de las actuaciones reclamadas en la demanda, pues de no hacerse en esa oportunidad, luego de estar firme el derecho a percibir honorarios, se hará la estimación y se aplicará el contenido del artículo en comento, intimándose nuevamente al deudor para que manifieste si se acoge o no a la retasa y en caso de no hacerlo, quedará firme la estimación hecha por el profesional del derecho.

En este sentido, en materia de honorarios por actuaciones de carácter judicial, la decisión que llegue a dictarse no está obligada a determinar en su parte dispositiva el monto por concepto de honorarios, lo cual no vicia la decisión de indeterminación objetiva dada la especialidad de la materia, lo cual igualmente ocurre en caso de contumacia del intimado, donde ni si quiera hay decisión.

En el segundo caso referido al procedimiento para el cobro de honorarios por actuaciones extrajudiciales, la situación varía, pues siendo que el demandado se encuentra en el deber impretermitible de acogerse a la retasa en la contestación de la demanda –salvo el criterio acomodaticia e irregular antes comentado– la decisión debe contener una determinación –condena– de los montos reclamados, para el caso que el demandado no hubiera hecho uso del derecho de retasa en la oportunidad prevista en el artículo 22 de la Ley de Abogado, pues en este supuesto, el acto seguido será la ejecución voluntaria del fallo.

No obstante a lo anotado, una decisión de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia señaló:²¹

Así, la Sala observa que de ninguna de dichas disposiciones puede interpretarse que el Juez que declara el derecho al cobro de los honorarios profesionales intimados, está impedido de establecer el monto o cantidad que será objeto de una posterior retasa, en virtud de que tal derecho a la retasa, además de eventual, pues su ejercicio depende en principio de la sola voluntad del intimado, supone la tasación previa de los honorarios por parte del actor, que debe ser claramente determinada en la sentencia que los declara procedentes. Como el término retasa implica la tasación previa de los honorarios profesionales que debe ser reconsiderada a solicitud del intimado, el Juez que declara el derecho a cobrar tales honorarios reclamados debe fijar la cantidad que será objeto, en caso de así solicitarlo el intimado, de una nueva tasación o reconsideración, o de condena a ejecutar para el caso de que no se ejerza el derecho a retasarlos.

Al respecto, esta Sala ha establecido de manera reiterada que es nula por indeterminación objetiva, la sentencia que declara que el abogado tiene derecho a cobrar honorarios si no fija el monto de los mismos, por cuanto dicho derecho no puede ser genérico, ilimitado o indeterminado; debe ser cierto y reflejado en la condena, a fin de que exista un parámetro para la posterior retasa, en caso de acogerse la parte intimada a tal derecho, y de manera que exista el objeto sobre el cual ha de recaer la decisión a ejecutarse para el caso de que no se haya ejercido tal derecho.

²¹ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 08 de Agosto de 2003, N° RC-00406, con ponencia del ex-magistrado Franklin Arrieche Gutiérrez, expediente N° 01187.

En ese sentido se pronunció esta Sala en sentencia de fecha 21 de octubre de 1998, caso: Efrén Gómez Medina c/ Miriam Josefina Martínez Silva, oportunidad en la cual se precisó lo siguiente:

(...) De una revisión de la recurrida, se evidencia que, ciertamente, no indica a cuánto ascienden los honorarios que parcialmente debe pagar la intimada, es decir, la cantidad dinerada que debe ser objeto de retasa posteriormente. No hay cifras que señalen el monto de la referida condena parcial, ya que el derecho a cobrar honorarios acordado por el Juez Superior, no es un derecho ilimitado, genérico o indeterminado, debe ser cierto y reflejado en la condena, a fin de que exista un parámetro para la posible retasa. La indeterminación, en este caso, se pondría de manifiesto si partiéramos de la hipótesis de que la intimada desistiera al derecho de retasa. Entonces, resultaría el vicio de indeterminación, ya que la sentencia es inejecutable por cuanto no condena a pagar cantidad alguna de dinero” (Subrayado de la Sala).

La Sala reitera el anterior precedente jurisprudencial, y señala que es deber del Juez que declara el derecho al cobro de los honorarios profesionales intimados, indicar el contenido del específico derecho pecuniario que reconoce al actor; por tanto en el presente caso, el Juez de alzada no invadió la competencia de los jueces retasadores cuando fijó el límite máximo a cobrar por los honorarios profesionales intimados. (Destacados nuestro).

La decisión parcialmente transcrita resulta lamentable y por demás equivocada, pues desconoce la especialidad de la materia de honorarios lo cual es habitual en su ponente,²² pues como hemos venido expresando, la decisión judicial en materia de honorarios salvo el caso de actuaciones extrajudiciales, no tiene que pronunciarse sobre el monto condenado, ello corresponde al Tribunal de Retasa, siendo un argumento absurdo que deba indicarse el monto condenado para que sirva de parámetro al Tribunal de Retasa, cuando dicho pronunciamiento en nada incide, beneficia, perjudica o influye en la decisión del Tribunal de Retasa, al momento de fijar el quantum por concepto de honorarios.

²² Franklin Arrieche Gutiérrez, ex-magistrado cuyo cargo fue anulado por la Asamblea Nacional producto de haber presentado datos falsos al momento de su postulación, con relación a los estudios de cuarto nivel.

La decisión que se comenta desconoce el supuesto de la incomparecencia del intimado en los casos de actuaciones de carácter judicial, donde no hay decisión y donde es precisamente el escrito de estimación e intimación de honorarios lo que queda firme, así como los eventuales montos que se hayan estimados por las actuaciones realizadas en dicho escrito de demanda, criterio éste que hemos asumido²³ y que no resulta novedoso, pues ya Humberto Cuenca lo venía señalando desde el año 1965.²⁴

Luego, la decisión del juez –salvo el caso de actuaciones de carácter extrajudicial cuando no se hizo uso del derecho de retasa– que no fija o determina el monto de la condena, no es nula, pues tratándose de actuaciones judiciales, si en la demanda se hizo una estimación de las actuaciones y no compareció el intimado, queda firme no solo el derecho a percibir honorarios sino el monto de las actuaciones, pues aquí no hay ni sentencia ni retasa eventual; si el intimado no compareció y el accionante no estimó las actuaciones reclamadas, deberá hacerlo posteriormente y eventualmente –aún cuando se trata de un supuesto no contemplado en la Ley, pues aquí no hay decisión del juez– deberá intimarse nuevamente al deudor para que señale si se acoge o no a la retasa; si el intimado hizo oposición y subsidiariamente se acogió a la retasa por haberse hecho la estimación en la demanda, no se requiere en la sentencia de determinación del monto condenado; si se declara el derecho a percibir honorarios y posteriormente el intimante estima las actuaciones – artículo 22 del Reglamento de la Ley de Abogados– deberá intimarse al deudor para que manifieste si se acoge o no a la retasa y de no hacerlo quedarán firmes los montos estimados.

En ninguno de los casos señalados el operador de justicia tiene en la decisión que dicta en la etapa declarativa, que hacer pronunciamiento sobre el monto de lo reclamado, no viciándose la misma por indeterminación objetiva –artículo 243.6 del Código de Procedimiento Civil– como erróneamente lo sostiene la Sala de Casación Civil, lo cual nos motiva a expresar que debe haber una revisión de la doctrina.

²³ Bello Tabares, ob. cit., pp. 60 y ss.

²⁴ Cuenca, Humberto. Derecho Procesal Civil, Universidad central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, t. I, p., 400.

8. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE COBRO DE HONORARIOS CREADO POR LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

En el procedimiento de estimación e intimación de honorarios por actuaciones de carácter judicial, por mas de veinte años y siguiendo el criterio de la doctrina y de la jurisprudencia vernácula, una vez admitida la demanda, se ordena la intimación del deudor de los honorarios para que comparezca en un lapso de diez días de despacho siguientes a que conste en autos su intimación, para que ejerza las defensas que a bien tenga y eventual o subsidiariamente se acoja a la retasa. Luego, de haber impugnación al derecho a percibir honorarios, el operador de justicia por aplicación del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, norma a la que remite el artículo 22 de la Ley de Abogados, tiene que abrir la incidencia probatoria de ocho días, la cual no se abre *ope legis* sino que requiere de expresa providencia al efecto, debiendo decidir la controversia al día siguiente al vencimiento de la articulación.

Ha sido éste el procedimiento que durante años se ha seguido en materia de honorarios por actuaciones de carácter judicial, pero recientemente la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, interpretando la normativa legal sobre el procedimiento para el cobro de honorarios de abogados por actuaciones de carácter judicial, a la luz de los nuevos postulados constitucionales –artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela– ideó un nuevo procedimiento en los siguientes términos:²⁵

En efecto, la controversia que exista entre el abogado y su cliente con respecto al derecho de aquél a cobrar honorarios profesionales se seguirá conforme al artículo 386 del Código de Procedimiento Civil derogado, cuyo texto se corresponde con el artículo 607 del mismo Código vigente, para que, una vez establecido el derecho pretendido por el abogado, entonces éste pueda estimar e intimar el valor que considera apropiado por las actuaciones cumplidas y cuyo derecho fue reconocido, dando lugar entonces a la fase estimativa del procedimiento.

²⁵ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de Agosto de 2004, N° 00959, con ponencia del magistrado Antonio Ramírez Jiménez, expediente N° AA20-C-2001-000329.

Obsérvese que aun cuando la pretensión del abogado es autónoma e independiente de lo litigado en el juicio en el que prestó sus servicios, ésta se desarrolla como si se tratara de una incidencia, en cuaderno separado al expediente en el que se cumplieron tales actuaciones. Como se indicó anteriormente, la primera fase del procedimiento está destinada especialmente a establecer si el abogado tiene o no derecho a percibir honorarios por las actuaciones que al efecto señale; por tanto, no es necesario que el abogado que pretenda el reconocimiento de su derecho, de una vez estime el valor de sus actuaciones, pues tal actividad, a la letra del artículo 22 del Reglamento de la Ley de Abogados está reservada para una oportunidad distinta, esto es, una vez que se encuentre firme la decisión que declare el derecho del abogado a percibir sus honorarios profesionales. No obstante lo anterior, a los mismos efectos establecidos en el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, el abogado deberá estimar prudencialmente el valor de su demanda.

Entonces, conforme a las disposiciones que se examinan (artículos 22 de la Ley de Abogados y 22 de su Reglamento), el abogado que tenga una controversia con su cliente con respecto a su derecho a percibir sus honorarios por actuaciones judiciales, mediante escrito presentado en el expediente en el que se encuentren tales actuaciones judiciales, hará valer su pretensión declarativa en la que señale las actuaciones de las que se dice acreedor. El Tribunal, por su parte, desglosará el escrito y formará un cuaderno separado si es tramitado incidentalmente y, de acuerdo a la letra del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil (correspondiente al artículo 386 del mismo Código derogado) emplazará al demandado en tal pretensión (antiguo cliente) para el día siguiente a su citación, la que se verificará en la forma ordinaria, a fin de que, a título de contestación, señale lo que a bien tenga con respecto a la reclamación del abogado, y hágalo o no, el Tribunal resolverá lo que considere justo dentro de los tres días siguientes, a menos que considere que existe algún hecho que probar, en cuyo caso, en vez de resolver la controversia, abrirá una articulación probatoria de ocho días para luego resolverla al noveno, es decir, al día siguiente del vencimiento de los ocho días.

Debe observarse que la decisión del Tribunal en esta fase del procedimiento, sea que se dicte dentro de los tres días siguientes al emplazamiento, sea que se dicte después de vencida la articulación probatoria, *sólo puede juzgar sobre el derecho del abogado a percibir honorarios por las actuaciones judiciales en las que dice haber participado, bien como representante o como asistente, sin que pueda declarar la*

confesión ficta del demandado, pues tal sanción no está expresamente prevista para el caso concreto. Dicha decisión, conforme lo tiene establecido reiteradamente esta Sala de Casación Civil, es apelable libremente, y la sentencia que la resuelva es recurrible en casación conforme a los límites propios de este recurso previstos en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, el trámite en segunda instancia y en lo sucesivo se corresponde con el del procedimiento ordinario ante la falta de regulación expresa en la Ley al respecto y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 22 del mismo Código.

De acuerdo al artículo 22 del Reglamento de la Ley de Abogados, una vez que concluye la primera fase del procedimiento, la declarativa, se dará inicio a la segunda fase del procedimiento, esto es, la estimativa. En esta fase es que el abogado estimará sus honorarios profesionales, siempre y cuando, obviamente, hubiere obtenido el reconocimiento judicial del derecho a percibir honorarios profesionales por cada una de las actuaciones que ha de estimar, *pues en definitiva cada una constituye título suficiente e independiente generador de derecho.*

En lo sucesivo el trámite seguirá, conforme a lo dispuesto en los artículos 25 al 29 de la Ley de Abogados y, conforme al artículo 22 del Código de Procedimiento Civil, por las normas de este Código en todo lo que no constituya especialidad así como respecto a la ejecución. *Esto es, hecha la estimación de las actuaciones por el abogado, el Tribunal intimará en la forma ordinaria al deudor para que dentro de los diez días siguientes se acoja al derecho de retasa. De no hacer uso de ese derecho el intimado, los honorarios estimados quedarán firmes y de hacerlo se procederá en la forma prevista en la Ley para la designación de los jueces retasadores y posterior pronunciamiento de la correspondiente decisión.*

Obsérvese que esta segunda fase, la estimativa, *constituye un precedente legal del Procedimiento por Intimación incorporado al Código de Procedimiento Civil en su reforma de 1986, pues en ambos el demandado es intimado para que dentro de los diez días siguientes, se oponga al procedimiento monitorio o se acoja al derecho de retasa en este especial procedimiento, con el apercibimiento que, de no hacerlo, quedará firme el decreto intimatorio o las sumas estimadas por el abogado según el caso.*

Por mandato expreso del artículo 23 de la propia Ley de Abogados, cuando el abogado pretenda *reclamar honorarios profesionales al*

condenado en costas, deberá seguir el mismo procedimiento correspondiente al que debe instaurar cuando ha de reclamar los honorarios a su cliente por actuaciones judiciales. Sin embargo, a diferencia de la reclamación que hace el abogado a su cliente por honorarios profesionales, que no tienen otra limitación que la prudencia y los valores morales del abogado que los estima y la conciencia de los jueces retasadores, en caso de constituirse el correspondiente Tribunal, los honorarios profesionales que a título de costas debe pagar la parte vencedora a su adversaria, no pueden exceder del treinta por ciento (30%) del valor de lo litigado. (Destacados nuestro).

Luego, la decisión parcialmente transcrita requiere de algunos comentarios, que se hacen en los siguientes términos:

- a. A nuestro criterio la decisión de la Sala de Casación Civil aplica erróneamente el contenido del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, pues consideramos que cuando el artículo 22 de la Ley de Abogados hace remisión a dicha norma, solo se refiere a la incidencia probatoria en caso de impugnación al derecho a percibir honorarios, pues la intimación al pago de los honorarios conforme a lo previsto en el artículo 25 de la referida Ley de Abogados, es para un lapso de diez días.
- b. La decisión de la Sala deja de aplicar y desconoce el contenido del referido artículo 25 de la Ley de Abogados, en cuanto al lapso de diez días de intimación, criterio que se ha reiterado por la doctrina y por la jurisprudencia de la propia Sala por mas de veinte años. Luego, resulta contrario a la tutela judicial efectiva y al derecho a la defensa, siendo gravoso para el intimado, que se reduzca para un solo día –día siguiente a la intimación– la oportunidad para ejercer sus defensas a título de contestación, cuando legalmente tiene diez días.
- c. Señala la Sala que si se contesta o no la reclamación de honorarios, el tribunal resolverá lo que considere justo dentro de los tres días siguientes, a menos que considere que existe algún hecho que probar, en cuyo caso abrirá la articulación probatoria. Luego, lo anterior conlleva a que la apertura de la articulación probatoria dependa del criterio del operador de justicia, lo cual es totalmente falso, pues la misma siempre dependerá de que la parte intimada haya impugnado el derecho a percibir honorarios,

caso en el cual el juzgador esta obligado a abrir la articulación, que no se abre *ope legis* sino que requiere de un auto expreso.

- d. Por otro lado, si el demandado o intimado es contumaz y no comparece, aquí nada debe resolver el juez, pues el escrito de estimación e intimación de honorarios ha quedado firme, caso en el cual, no se aplica el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, circunstancia esta no advertida por la Sala de Casación Civil.

Posteriormente señala la decisión en comentario que no habrá confesión ficta. Al respecto, consideramos que la Sala de Casación Civil no se paseó por el supuesto que en caso de contumacia, no se produce confesión ficta, no porque no esté expresamente previsto para el caso concreto, sino porque se trata de un procedimiento intimatorio y ejecutivo de carácter especialísimo, donde la contumacia no genera inversión o saturación de carga probatoria sino firmeza del escrito de estimación e intimación de honorarios, donde no se aplica el contenido del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil y donde el intimado rebelde no tiene mas oportunidad de ejercitar su defensa, ni si quiera la retasa.

- e. En otra parte de la decisión en comentario la Sala de Casación Civil expresa que la fase estimativa “constituye un precedente legal del Procedimiento por Intimación incorporado al Código de Procedimiento Civil en su reforma de 1986, pues en ambos el demandado es intimado para que dentro de los diez días siguientes, se oponga al procedimiento monitorio o se acoja al derecho de retasa en este especial procedimiento, con el apercibimiento que, de no hacerlo, quedará firme el decreto intimatorio o las sumas estimadas por el abogado según el caso.”

Al respecto, lamentablemente la Sala vuelve a plantear un situación discutida y superada hace mas de diez años, referido a que el procedimiento de estimación e intimación de honorarios no es igual ni un precedente legal al procedimiento intimatorio contenido en el Código de Procedimiento Civil.

Luego, con relación a la naturaleza del procedimiento para el cobro de honorarios por actuaciones de carácter judicial tenemos, siguiendo a Cuenca, que la acción ejecutiva es aquella que se caracteriza porque conduce

directamente, sin juicio de certeza jurídica, a la expropiación forzosa, y en lo que respecta al procedimiento para el cobro de honorarios judiciales, es una especie de acción ejecutiva que tiene sus modalidades y características, siendo que uno de los requisitos indispensables para el ejercicio de la acción ejecutiva, es que se apoye en un título ejecutivo, es decir, en un instrumento auténtico, bien sea público o privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, que sea suficiente por sí mismo para demostrar la exigencia inmediata de una obligación cierta, líquida y exigible de cancelar una cantidad de dinero, siendo el título ejecutivo en materia de honorarios aquel que se deriva de la estimación e intimación de honorarios cuando no es objetada oportunamente por el intimado o de la sentencia que dicte el tribunal de retasa que fije el monto definitivo de los servicios prestados, por lo que el título ejecutivo en materia de honorarios a diferencia del requerido en el procedimiento de la vía ejecutiva a que se refiere el artículo 630 del Código de Procedimiento Civil, que se exige *a priori* o *ab initio*, se obtiene *a posteriori* bien como consecuencia de la no impugnación del derecho a percibir los honorarios o como consecuencia de la sentencia del Tribunal de retasa.²⁶

El título ejecutivo se adquiere en la medida que el cliente no realiza oposición o impugnación alguna a la estimación e intimación realizada por el abogado, caso en el cual quedan firmes y la solicitud de honorarios pasa a constituir un verdadero título ejecutivo con las características de contener una obligación cierta, líquida y exigible de cancelar una cantidad de dinero. Consecuencia de la tesis expuesta por Cuenca, es que no puede confundirse lo que son las actas del proceso contentivo de las actuaciones judiciales realizadas por el abogado intimante ante el tribunal, las cuales pudieron hacerse en forma de diligencia o escrito, pero siempre presentadas ante el secretario del tribunal y suscritas por éste, constituyendo de esta manera documentos públicos a los que se refiere el artículo 1.354 del Código Civil y con todo el valor probatorio que les confiere el artículo 1.359 *ejusdem*, tal como lo consideró la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia dictada en fecha 23 de Noviembre de 1.999, con ponencia del magistrado Antonio Ramírez Jiménez,²⁷ capaces de servir como soporte para incoar la

²⁶ Cuenca, ob. cit. pp. 390 y 391.

²⁷ Pierre Tapia, Oscar. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Noviembre de 1999, T. II. pp. 775 y 776.

acción ejecutiva intimatoria de honorarios, ya que se consideran títulos ejecutivos que aparejan ejecución, pero con la salvedad de ser imperfectos, por no contener la exigibilidad de la obligación de cancelar una cantidad de dinero cierta, líquida y exigible, que siguiendo con el criterio expuesta por la extinta Corte Suprema de Justicia, al ser suscritos por el secretario se consideran documentos públicos, los cuales eventualmente contendrán el requerimiento de pago de una cantidad de dinero que sólo será cierta, líquida y exigible en la medida que la parte deudora o cliente no haya impugnado el derecho a percibir los honorarios, caso en el cual quedará firme la estimación realizada por el profesional del derecho, consiguiéndose de esta manera el verdadero título ejecutivo, o como consecuencia de la sentencia del tribunal de retasa, que producirá igualmente la adquisición del verdadero título ejecutivo.

De esta manera el procedimiento de honorarios profesionales de abogados de carácter judicial, se considera como ejecutivo, ya que tiene su fundamento en las actas del proceso que constituyen instrumentos públicos, que se traducen en títulos ejecutivos pero de carácter imperfecto, ya que no contienen la obligación de cancelar cantidades de dinero ciertas, líquidas y exigibles, siendo solo a través de la estimación e intimación de honorarios, instrumento también de carácter público que sí contiene la solicitud de cancelación de cantidades de dinero, que se considerarán ciertas, líquidas y exigibles en la medida que no exista oposición o que el tribunal de retasa fije el quantum a pagar, consiguiéndose de esta manera el verdadero título ejecutivo anhelado.

La doctrina vernácula al referirse a la naturaleza del procedimiento de honorarios por actuaciones de carácter judicial, señala que el mismo obedece a una naturaleza especial autónoma, diferente al procedimiento monitorio o intimatorio a que se contrae el artículo 640 del Código de Procedimiento Civil, aún cuando tiene elementos comunes, tales como el requerimiento, monición o intimación al pago dirigido al deudor para promover una ejecución auténtica e inmediata, sin pasar por la vía declarativa, basado en instrumentos auténticos que acreditan la verosimilitud del derecho al cobro.²⁸

²⁸ Alvarez Arias, Orlando. La Condena en Costas y los Procedimientos Judiciales para el Cobro de Honorarios Profesionales del Abogado, Caracas, Ediciones Paredes, 1997, p. 136.

Pero debemos marcar las diferencia entre ambos procedimientos, a cuyo efecto, en el segundo de los procedimientos –intimatorio especialísimo contenido en el artículo 22 de la Ley de Abogados– la oposición o impugnación al derecho a percibir honorarios realizada por el deudor, cliente o condenado en costas, no hace ordinariar el proceso como sucede el proceso intimatorio a que se refiere el 640 del Código de Procedimiento Civil, sino que por el contrario solo dará lugar a la apertura de una articulación probatoria conforme a lo previsto en el artículo 607 *ejusdem*, pero en el supuesto de que el deudor, cliente o condenado en costas solo haya impugnado el monto de los honorarios estimados y no al derecho a percibir los mismos, el proceso seguirá su carácter ejecutivo, con la subsecuente ejecución pero sometido a la previa retasa de ley; en el procedimiento intimatorio previsto en el Código de Procedimiento Civil, la oposición hace ordinariar el proceso.

Por otro lado, y para determinar la verdadera naturaleza del procedimiento de cobro de honorarios de abogados por actuaciones de carácter judicial, especial mención requiere la finalidad del procedimiento intimatorio, monitorio o también llamado de inyucción en la legislación italiana, contenido en el ya tantas veces señalado artículo 640 del Código de Procedimiento Civil.

Este procedimiento tiene como finalidad llegar con celeridad a la creación del título ejecutivo mediante el desplazamiento o inversión de la iniciativa del contradictorio del actor al demandado, es decir, dada su naturaleza, cuando la obligación requerida sea la de cancelar una cantidad de dinero cierta, líquida y exigible, o la entrega de cantidades ciertas de cosas fungibles o de muebles determinados, siempre que se encuentre contenida en cualquiera de los instrumentos a que se contrae el artículo 644 del Código de Procedimiento Civil, entre los cuales se destacan instrumentos públicos, privados, cartas o misivas, facturas aceptadas, letras de cambio, pagarés, cheques y en fin cualquiera otros documentos negociables, el operador de justicia dictará un decreto intimatorio ordenando la monición del deudor a fin que dentro del plazo que le fije, pague o realice oposición, ya que es a él a quien le corresponde la iniciativa del contradictorio, y en el supuesto de no existir contradicción, se habrá alcanzado el fin del proceso, esto es, la obtención del título ejecutivo que apareja a sentencia como lo es el decreto intimatorio, en caso contrario, es decir, de haber oposición, el juicio se convierte en ordinario y en consecuencia no se habrá alcanzado el título ejecutivo deseado.

Lo antes dicho marca otra clara diferencia entre los procedimientos que se comentan, pues de no haber oposición o impugnación en materia de honorarios de abogados, se adquirirá el verdadero título ejecutivo, como lo será el escrito de estimación e intimación de honorarios, en tanto que si media oposición, el título ejecutivo estará conformado por la decisión que dicte el tribunal de retasa; por el contrario en materia del procedimiento intimatorio del Código de Procedimiento Civil, la falta de oposición hace adquirir el título ejecutivo que estará conformado por el decreto intimatorio, en tanto que si media oposición, nunca podrá alcanzarse el título ejecutivo anhelado, salvo por supuesto, la propia decisión definitiva; por otro lado, en el procedimiento intimatorio de honorarios de abogados, el operador de justicia dicta un decreto intimatorio atemperado, el cual no tiene que llenar todos los extremos a que se refiere el artículo 647 del Código de Procedimiento Civil, lo cual no sucede en materia del procedimiento intimatorio contenido en el artículo 640 ejusdem, en fin, en materia de honorarios no se trata de una propuesta de sentencia como sucede en materia del procedimiento monitorio.

En este sentido, no puede confundirse la naturaleza de los procedimientos de honorarios con el intimatorio contenido en el Código de Procedimiento Civil, todo lo cual hace sugerir una revisión del criterio por parte de la Sala de Casación Civil.

CONCLUSIONES

Primeramente y con relación al tema de la experticia complementaria del fallo, debemos señalar que el contenido del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, no resulta claro, pues en cuanto a la impugnación de la experticia complementaria que culmina con la decisión del operador de justicia, las partes pueden alzarse vía recurso de apelación que conforme al texto de la ley, debe ser oído libremente. Luego, si la apelación es oída libremente, es posible que la parte del fallo o del acto de auto-composición procesal no objeto o sujeto a la revisión por el recurso de apelación, vea impedida su ejecución hasta tanto sea resuelto el tema de la experticia, lo cual evidentemente lesionan las garantías de la tutela judicial efectiva –ejecución del fallo– y del debido proceso –cosa juzgada– todo lo cual nos motiva a sugerir una reforma del contenido del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, bien regulando

que el recurso se apelación sea oído en el solo efecto devolutivo, lo que daría oportunidad a ejecutar aquella parte de la decisión judicial o del acto de auto-composición procesal firme; o bien que se prevea la apertura de un cuaderno especial o *ad-hoc* como se viene argumentando, para el caso que el recurso contra la decisión del reclamo sea oída libremente.

Luego, en relación a las decisiones que se han comentado en materia de honorarios de abogados, se observa una clara confusión y contradicción en las decisiones del máximo Tribunal de la República que sugiere una revisión de la doctrina en los términos que se ha expresado en el presente trabajo.

La regulación de las pruebas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

Joaquin David BRACHO DOS SANTOS*

Sumario

Introducción

1. **Valor constitucional de la prueba.** *1.1 En la Constitución de 1999 (Análisis del artículo 49).* 1.1.1 Su valor normativo. 1.1.2 Su valor instrumental. *1.2 Diferencia con la Constitución de 1961.*
2. **Principios generales que rigen la materia probatoria en el proceso administrativo.** *2.1 Principio de la Libertad de Prueba. 2.2 Principio de la Unidad de la Prueba. 2.3 Principio de la Comunidad de la Prueba o de la Adquisición. 2.4 Principio de la Igualdad Probatoria. 2.5 Principio de la Inmediación.*
3. **La prueba y su regulación en la nueva ley.**
4. **Análisis de la jurisprudencia relevante en la materia.** *4.1 Sentencia N° 01676 de fecha 6 de octubre de 2004, en relación con el aparte once del artículo 13 eiusdem. 4.2 Sentencia N° 00325 de la Sala Político-Administrativa, de fecha 26 de febrero de 2002. 4.3 Sentencia N° 02275 de la Sala Político-Administrativa, de fecha 24 de noviembre de 2004.*

Conclusiones.

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. *Especialización en Derecho Administrativo*, cursante. **Instituto Latinoamericano del Ombudsman (ILO)**, *Capítulo Venezolano*, Secretario Ejecutivo. Co-autor de obra y autor de artículos publicados en revistas especializadas. Miembro de **Guerra Ducharne & Briceño, Abogados**.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1999 aparece dentro del esquema de las Constituciones Latinoamericanas como un texto normativo dedicado a fortalecer la defensa del ciudadano frente al poder del Estado. Por esta razón, diversos constitucionalistas destacan en la nueva Constitución, un modelo de contenido jurídico destinado a la defensa de los derechos humanos, con destacada preeminencia¹ (artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). En este sentido, los Constituyentistas de 1999, promovieron en su debate en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, “imitar” la Constitución de 1961 en lo que se refiere a la consagración de una norma constitucional que garantice al administrado-ciudadano la defensa de sus derechos a través de instrumentos jurídicos. Así y sin temor a equivocarnos, salvo pequeña variantes en materia de servicios públicos, trasladaron el artículo 206 de la Constitución de 1961 en el artículo 259 de la vigente². Esto es, en lo que se refiere a la defensa del administrado frente al poder de la Administración Pública, en puridad de concepto, no ha existido una creación genuina u original por parte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (C.R.B.V.), en lo que a nuestro entender se refiere, a la creación de un sistema contencioso administrativo en Venezuela y a la defensa del administrado frente al poder de la Administración, puesto que apareció de una forma sólida,

¹ Brewer-Carías, Allan y Briceño Vivas, Gustavo. *Leyes Orgánicas del Poder Ciudadano*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1ra Edición, Colección de Textos Legislativos No 30, 2005., p. 121 y ss.

² Artículo 206: “La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa..

Artículo 259: “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”.

programada y concentrada en la Constitución de 1961, más cuando ni el antiguo Congreso de la República ni menos aún la Asamblea Nacional, se han dedicado con seriedad a proponer un proyecto serio y moderno de ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro país.

Ahora bien ¿Cómo se estructura la jurisdicción contenciosa administrativa en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela? Respuesta. Acogió según nuestro criterio, el sistema tradicional formal, dividiendo los recursos de nulidad por un lado y los de plena jurisdicción por el otro, con ciertas variantes del sistema administrativo francés,³ previa la unificación de los procedimientos tradicionales contenciosos administrativos en recursos de actos administrativos de efectos particulares junto a los recursos de impugnación contra actos de efectos generales, salvo la posición tradicional jurisprudencial en la cual, el procedimiento contencioso administrativo en Venezuela se suple en exceso del procedimiento civil ordinario. Situación que a nuestro juicio la nueva Ley deja prácticamente intacta. Aún así, podemos ubicar ciertas diferencias de los jueces contenciosos administrativos venezolanos frente a los demás jueces del poder judicial. El poder inquisitivo; las posibilidades de intervención del Juez durante el proceso; la posibilidad de suspensión de los efectos del acto recurrido sin instancia de parte; el interés público y los terceros; la extensión de la sentencia del Juez administrativo; la excepción de ultrapetita o aquello que dice “disponer lo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica infringida”, son sólo algunas de las diferencias de los jueces administrativos *vis a vis* de los jueces de la jurisdicción ordinaria.

Pues bien, una de las partes donde se destaca más esa distinción, es en la materia probatoria y en su tratamiento, motivo esencial de nuestro estudio y que aquí analizaremos tanto desde el punto de vista constitucional como legal. En este punto, existen ciertas particularidades del Juez administrativo frente al Juez civil ordinario.

En efecto, la prueba constituye en el procedimiento contencioso administrativo una parte esencial del iter procedimental, en la cual el Juez necesita y hace uso de mecanismos jurídicos para subsanar o amortiguar el poder del Estado frente al sujeto administrado. La prueba ayuda y complementa la sentencia

³ Rivero, Jean: *Droit Administratif*. Paris, Editorial Dalloz, Décima Edición, 1983., p. 180.

del Juez. Asimismo, mediante ello, las partes entiéndase Estado y administrado, hacen valer frente al Juez administrativo la veracidad de sus alegatos, desvirtuándose los unos con los otros. Esto es, la prueba en el debate judicial, constituye un juego interesante en la cual los espejos son por un lado la afirmación de los indicadores de la Administración, frente a las alegaciones de los administrados por el otro. La deformación de esos espejos, variará de acuerdo al método que utilice el Juez que va a materializar y apreciar en su sentencia definitiva.

En virtud de ello, hacer un análisis de la regulación de las pruebas en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, implica fundamentalmente, determinar su ubicación dentro de la Constitución y la ley, sus principios más importantes, y la influencia de esa regulación ya en el procedimiento contencioso administrativo.

En el presente ensayo abordaremos el estudio de la jurisprudencia, por cuanto ella *per se*, constituye el engendro histórico necesario del Derecho administrativo, y es por ello que, el contencioso administrativo no esta al margen de ese nacimiento paralelo y conflictivo de las instituciones fundamentales de este Derecho tan especial y característico. Analizaremos, sentencias relevantes dictadas recientemente por las Sala Constitucional y Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Por último, haremos una comparación entre la regulación establecida en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con especial referencia a la desaparición por control difuso del aparte once del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, realizada por la Sala Político Administrativa .

En definitiva, determinaremos las bondades o no en materia de regulación de las pruebas en la nueva Ley, y detectar de una vez las posibles violaciones del derecho a la defensa que pueda contener el texto de la nueva Ley frente a los administrados, a la hora de hacer valer frente al Juez contencioso administrativo mediante las pruebas, sus derechos.

1. VALOR CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA

Primeramente, antes de determinar el valor que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le otorga a la prueba, es necesario establecer una

definición de la palabra prueba a la luz de los distintos textos jurídicos a nuestro alcance, para así posteriormente establecer nuestra propia noción de la prueba. Prueba es “...un conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus distintas pretensiones litigiosas...”⁴.

De igual forma, Luis Fraga Pitaluga⁵ citando a González-Cuellar Serrano, señala que la prueba es:

...una actividad procesal impulsada por las partes o incluso por el Tribunal tendente a obtener el consentimiento del juzgador acerca de la concordancia con lo realmente acaecido de las afirmaciones fácticas realizadas por las partes y, excepcionalmente, por el propio órgano judicial, que integran el objeto del proceso, o a lograr su fijación en la premisa menor de la sentencia.

La prueba es entonces, una actividad de carácter instrumental destinada a determinar la veracidad de los hechos que se alegan. En este sentido, una prueba constituye una actividad humana que persigue como fin demostrar la afirmación de una determinada situación anunciada. Esta actividad instrumental ocurre o se da, absolutamente en todas las relaciones humanas, por esta razón, la prueba per se no constituye solamente un monopolio de la actividad judicial, sino que se extiende a todas las áreas de la actividad humana. Siguiendo nuestra apreciación, de considerar que la prueba se extiende a todo lo largo de la ciencias del ser humano, y que cada una de ella tiene su tratamiento específico sobre la prueba, observamos que en el mundo de la juridicidad la prueba como instrumento tiene una valoración especial, destinada a demostrar, o corroborar “la afirmación o negación de un determinado hecho acaecido”. Este es el punto que nos interesa y que es objeto de nuestro estudio.

Así las cosas, diferentes instrumentos jurídicos que rigen una sociedad, convergen en estipular a la prueba como un elemento esencial, entre ellos, las

⁴ Osorio, Manuel: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Montevideo, Editorial Obra Grande S.A., 1963, p. 625.

⁵ Fraga Pitaluga, Luis: *Algunas Notas sobre la Prueba en el Proceso Administrativo*. Caracas, Editorial Sherwood, Revista de Derecho Administrativo No 3, 1998, p. 44.

Constituciones, las Leyes Orgánicas, las Leyes Ordinarias, las Leyes Especiales, los Reglamentos que constituyen convencionalmente modos jurídicos fundamentales del Estado para garantizarles a los ciudadanos el disfrute de sus derechos o la satisfacción de los mismos. Constituye la prueba pues, un medio o instrumento por el cual se garantiza la satisfacción de un derecho (todos los derechos, aún los no consagrados normativamente), por medio del Estado.

Ahora bien, a nuestro parecer ni la Constitución de 1961 ni la de 1999, han variado la influencia de la expresión prueba en el acontecer jurídico y social venezolano. En lo que sí estamos de acuerdo, es que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, amplió sobremanera los derechos humanos, lo cual implica que toda la actividad instrumental de prueba se ha extendido correlativamente. Significa esto que, la prueba es un instrumento que parece siempre estar hermanado o en solidaridad funcional con los derechos. Así, cuando existe un derecho que no puede ser probado, simplemente el derecho no existe⁶. A nuestro parecer, la prueba a pesar de ser un instrumento fundamental del derecho, el uno no existe paradójicamente sin el otro. La prueba constituye un elemento fundamental del Estado de Derecho, del Estado de Justicia, por cuanto la consagración de instrumentos de probanzas son garantías de que en un Estado se insta a que el ciudadano pueda tener el debido acceso a las pruebas.

1.1 En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Preguntémonos entonces: ¿Qué valor tiene la prueba en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela? En primer lugar, un valor normativo y en segundo lugar un valor instrumental.

1.1.1 Su valor normativo: Venezuela de acuerdo al texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y en general, la

⁶ Es posible pensar que un derecho no se pueda demostrar, por cuanto el titular del pretendido derecho carezca del medio necesario para obtener la prueba.

preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político⁷, esto es, el ciudadano venezolano se encuentra garantizado para el disfrute de esos derechos que le consagra la Constitución. Concatenado con el artículo 49 de la Constitución, el Constituyente hiló muy casuísticamente la prueba como instrumento de actuación cuando el ciudadano necesita hacer valer frente al Estado sus derechos e intereses. Decimos “casuísticamente”, por cuanto el Constituyente de 1999, hace referencia al acceso y dice “disponer del tiempo y de los medios adecuados para su defensa”, lo cual induce a pensar que, el Constituyente de 1999 institucionalizó una apertura amplia en la pruebas como un instrumento de satisfacción de los derechos de los ciudadanos (art. 49 de la Constitución de 1999).

El valor normativo que tiene la prueba en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituyen entonces un valor instrumental como lo enunciamos supra, pero que en todo caso y de aquí lo mas importante, advierte al ciudadano, la necesidad de realizar una determinada actividad de hacer: una actividad obligatoria; una actividad dirigida a un sin numero o indeterminado de personas; para ejercer una actividad probatoria.

1.1.2 Su valor instrumental: ratificamos nuestro criterio de que la prueba en si, no constituye un derecho subjetivo propiamente dicho, sino al contrario, una actividad instrumental destinada a convencer al Estado-Juez de un pronunciamiento o afirmación determinada o, del mismo modo, convencer a la otra parte de nuestros dichos o apreciaciones. De allí la importancia de su valor constitucional. La Constitución aparece dentro del contexto del ordenamiento jurídico como una especie de referencia obligatoria que guía la conducta de las gentes en sus relaciones, no sólo con el Estado o los poderes públicos, sino con sus semejantes. La Constitución abarca todo un determinado contexto social.

Pues bien, la prueba aparece como un medio “fundamentalmente” destinado a ser utilizado por el ciudadano para lograr determinados fines, y con ello, alcanzar situaciones conjeturadas, que en términos estrictamente jurídicos los denominamos derechos o simplemente intereses. Ciertamente, la palabra “prueba”, no se encuentra consagrada en el texto de la Constitución, lo que se encuentra consagrado son los derechos subjetivos que solo se alcanzan bajo

⁷ Artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

una espectacular y radiante condición, *si el ciudadano hace uso de un sistema probatorio que le permita a través de un proceso satisfacer su derecho o su interés*. Fíjese que el Constituyente en el artículo 49 hace uso de una frase muy significativa, dice: “... toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; *de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa*. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso...”. Esto explica nuestra apreciación de que la consagración constitucional de la prueba es instrumental, acompañada íntimamente de los derechos.

1.2 Diferencia con la Constitución de 1961

La Constitución de 1961 realmente hace una referencia tangencial a las pruebas y las circunscribe solo al área penal. Efectivamente, del enunciado del artículo 44 de la derogada Constitución, se deduce una circunstancia probatoria y es que “*en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán, en cuanto benefician al reo, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron*”. Esto es, el Constituyente del 61 imaginó solo una circunstancia adicional a una prueba en los procesos penales, olvidando las circunstancias o la visión de un proceso en general, situación que si fue detectada en la Constitución de 1999, como fue descrito en las páginas anteriores. Claro, que no es posible imaginar y menos realmente investigar, que el sistema probatorio de la Constitución del 61 es deficiente en relación a los sistemas probatorios de la Constitución de 1999. En todo caso, lo importante de resaltar es su configuración de carácter constitucional, y la idea que tenemos de la prueba como instrumento y como valor normativo. A estas alturas, la prueba en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tiene una consagración constitucional más acabada, que aquella de 1961, aclaramos, derivada de la consagración de unos derechos, quienes le dan vida y le confieren contextura propia.

2. PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN LA MATERIA PROBATORIA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Tal y como nos hemos referido *supra*, la prueba cumple una función fundamental dentro de las relaciones sociales, como es la de servir de garantía

a los derechos subjetivos. Todo ello en virtud de que mediante ella, se puede conllevar una correcta administración de justicia, manteniendo una armonía entre el poder que ostenta el Estado frente a los administrados, al poder hacer valer estos últimos mediante la prueba, las constantes vulneración que de sus derechos subjetivos son eventualmente objeto, y así poder los jueces contenciosos administrativos ejercer una adecuada función jurisdiccional, en aras de una eficaz y justa administración de justicia. Es por ello, que dentro de ese proceso probatorio la doctrina y la jurisprudencia han establecido principios generales y comunes⁸ que rigen, tanto al proceso administrativo como al civil, que a continuación agruparemos -por considerarlos fundamentales - y detallaremos:

2.1 Principio de la Libertad de Prueba

Es aquel mediante el cual las partes puedan valerse de cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideraren conducente a la demostración de sus pretensiones. Este principio, consagrado a nivel constitucional y legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se configura dentro de ese Estado de derecho y de justicia, que prevé la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el cual los ciudadanos en aras de hacer valer sus derechos e intereses, acceden a los órganos de administración de justicia para obtener una oportuna decisión, sin formalismos inútiles o no esenciales⁹. Está inmerso dentro del derecho al debido proceso,

⁸ Véase sobre este particular, a Crespo, Alexis J.: *Anotaciones acerca de la prueba en el contencioso administrativo*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Libros Homenajes No 13, Volumen 1, 2004, p. 339 y ss.

⁹ Artículo 2: "...Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, 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...".

Artículo 26: "...Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente...".

Artículo 257: "...El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales....".

específicamente en el numeral 1° del artículo 49 de la C.R.B.V., cuando estipula que “...la defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa...”.

De igual forma, el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, estipula que pueden las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Conforme al pacífico criterio sostenido por la doctrina nacional, el llamado principio o sistema de libertad de los medios de prueba es absolutamente incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes o inoficiosos para la demostración de sus pretensiones, en otras palabras, se opone al principio de la prueba legalmente taxativa. Es importante destacar, que en materia de pruebas, corresponde al Juez de mérito declarar la legalidad y pertinencia de la prueba promovida, una vez realizado el juicio analítico que le corresponde respecto a las condiciones exigidas para la admisibilidad del medio probatorio escogido por las partes, atendiendo a lo dispuesto en las normas que regulan las reglas de admisión de las pruebas contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

2.2 Principio de la Unidad de la Prueba

Se concibe al conjunto pruebas dentro del proceso como una unidad, que serán examinadas y valoradas por el Juez en su oportunidad, aún las que no se consideren idóneas. El Juez no puede dejar de examinar una por una y separadamente todas las pruebas que conforman el proceso, y será en la sentencia definitiva cuando el Juez de la causa, como resultado del juicio de valor que debe realizar sobre las prueba promovida, determine la incidencia de las mismas (concordancia o discordancia) sobre la decisión que habrá de dictar en cuanto al fondo del asunto planteado. Este principio tiene consagración expresa en los artículos 508 y 509 del Código de Procedimiento Civil.

2.3 Principio de la Comunidad de la Prueba o de la Adquisición

Propugna que las pruebas no pertenecen a las partes sino al proceso, desde el mismo momento en que las pruebas son incorporadas, y pasan a formar a ser algo común, denominado comunidad de la prueba. En virtud de este principio, las partes pueden aprovecharse, indistintamente tanto de sus pruebas como las producidas por su contraparte, y a su vez, el Juez puede utilizarlas (conforme a las reglas de la sana crítica) para fines distintos de aquellos por los cuales fueron promovidas¹⁰. De igual forma, es importante resaltar que el denominado mérito favorable de los autos, normalmente promovido por las partes en un proceso, ha sido superado jurisprudencialmente¹¹ en alusión a este principio, al establecerse como criterio reiterado, que la solicitud de la apreciación de las pruebas no constituye un medio de prueba, sino que más bien está dirigida a la aplicación del principio de la comunidad de la prueba, el cual debe aplicar el Juez conforme a lo establecido en el sistema probatorio venezolano.

2.4 Principio de la Igualdad Probatoria

Tal y como su nombre lo establece, es aquel que concibe al derecho que tienen las partes en un proceso, de promover y evacuar pruebas en igualdad de condiciones, y en idénticas circunstancias. Asimismo, mediante él se configura el denominado control de las pruebas, por el cual las partes controlan, fiscalizan, vigilan, las pruebas promovidas por su adversario durante la evacuación. Principio por demás muy cuestionado por su difícil o casi imposible aplicación dentro del proceso administrativo, por la desigualdad existente entre la Administración y los administrados, al gozar la primera de privilegios y prerrogativas procesales¹².

¹⁰ Véase sentencias No 181 del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional, del 14 de febrero de 2001, y sentencia No 00325 de la Sala Político-Administrativa, de fecha 26 de febrero de 2002.

¹¹ Sentencia No 01218 del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Político-Administrativa, de fecha 2 de septiembre de 2004.

¹² Artículos 62 al 77 inclusive, del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

2.5 Principio de la Inmediación

Propicia la relación directa del Juez respecto a los sujetos de la prueba, objeto de la prueba, a las cosas que tengan el carácter de medios de prueba. Es decir, el juzgador debe tener una dirección real y efectiva del debate probatorio, y no hacer el papel de simple receptor de las pruebas, para así en su sentencia, poder ejercer una mejor apreciación y valoración de las mismas.

3. LA PRUEBA Y SU REGULACIÓN EN LA NUEVA LEY

El proceso administrativo en Venezuela¹³, la mayoría de las veces se ha suplido en materia probatoria del proceso civil¹⁴, expresamente del Código de Procedimiento Civil, salvo algunas excepciones en algunos procesos especiales, en virtud de que carece de un régimen propio en la materia. Ahora bien, el proceso contencioso administrativo ordinario¹⁵ en Venezuela, se encuentra regulado por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942, de fecha 20 de mayo de 2004, ley de reciente data que derogó la ley que regía a la extinta Corte Suprema de Justicia¹⁶.

La nueva Ley, en la mayoría de sus partes es una réplica de la derogada Ley, con la salvedad de que la técnica legislativa estuvo dirigida a comprimir los artículos en un dispositivo legal menos amplio, que a nuestro parecer, dificulta la lectura y comprensión del texto legal. Presumiblemente, las razones de dicha situación fueron de tipo político, con la finalidad de acelerar el proceso de promulgación, sin que se observe ningún tipo de mejora desde el punto de vista netamente jurídico. Con relación al aspecto probatorio, la nueva Ley

¹³ Para nosotros cuando nos referimos a proceso administrativo en Venezuela, consideramos un conflicto de intereses entre la Administración Pública por un lado, y los administrados por el otro, lo cual es indiferente que dicho conflicto se plantee en sede judicial o en sede administrativa.

¹⁴ En sede administrativa, véase artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

¹⁵ Ordinario significa el proceso que esta estatuido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, diferente a los procesos contenciosos administrativo especiales.

¹⁶ Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.893 Extraordinario, del 30 de julio de 1976.

lejos de contribuir en mejorar y facilitar el principio de la libertad de prueba –ya en práctica bajo la vigencia de la derogada Ley y de los aportes jurisprudenciales en la materia– estableció un sistema muy restrictivo¹⁷, el cual ha sido tema de discusión a nivel académico¹⁸ y jurisdiccional¹⁹, y que es uno de los objetivos del presente estudio.

Así las cosas, es importante precisar primeramente, antes de determinar la regulación de las pruebas en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, a cómo se encontraba establecida la materia en la derogada ley. En tal sentido, se consagró taxativamente, que las reglas del Código de Procedimiento Civil regían como normas supletorias en los procedimientos que cursaban por ante la Corte (artículo 88 L.O.C.S.J.). Como medios de pruebas, se estipulaban principalmente los establecidos en los artículos 90 y 91, así como todos aquellos aplicables en virtud de la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil (artículos 107 y 127 *eiusdem*²⁰). El procedimiento probatorio lo estipulaba los artículos 92, 108, 128 de la L.O.C.S.J.). Existían entonces un sistema libre de pruebas, en el cual las partes podían hacer valer sus pretensiones para la defensa de sus derechos, por medio de las pruebas que considerasen siempre y cuando no fueren contrario a la ley, tales como

¹⁷ El sistema probatorio dentro del ordenamiento jurídico venezolano, ha sufrido acentuados cambios, principalmente en el año 1986 con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil, pues se pasó de un sistema restrictivo, en el cual sólo se admitía el empleo de los medios probatorios tasados en la ley, a un régimen probatorio amplio, en el cual se permite que las partes puedan valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y que consideraren conducente a la demostración de sus pretensiones.

¹⁸ Observaciones realizadas en las clases de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello.

¹⁹ Sentencia No 01676 del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político-Administrativa, de fecha 6 de octubre de 2004.

²⁰ Artículo 107: “Las reglas del Código de Procedimiento Civil respecto de los medios de prueba, admisión y evacuación de las mismas, regirán en este procedimiento, con las limitaciones establecidas en esta Ley...”.

Artículo 127: “Los términos de prueba empezarán a correr en la audiencia siguiente al vencimiento del lapso de comparecencia y serán de cinco audiencias para promoverlas y de quince para evacuarlas. El Tribunal podrá prorrogar este último término por quince días más, cuando así lo exija la naturaleza del caso. Las reglas del Código de Procedimiento Civil respecto de los medios de prueba, admisión y evacuación de las mismas, regirán en este procedimiento en cuanto sean aplicables y salvo lo dispuesto en esta Ley...”.

las que en virtud de las prerrogativas y privilegios procesales que goza la República no podían evacuarse²¹.

Ahora bien, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela regula las pruebas en su artículo 19, tanto en lo referente a los medios probatorios como al procedimiento de promoción y evacuación. Así pues, dispone expresamente en su artículo 19, aparte once, como medios de prueba, lo siguiente:

En los procedimientos que se tramiten ante el Tribunal Supremo de Justicia sólo se admitirán como medios probatorios la experticia, la inspección judicial, incluyendo aquellos documentos que formen parte de los archivos de la Administración Pública, cuando haya constancia que la prueba que de ellos se pretende deducir no puede llevarse de otro modo a los autos; las posiciones juradas y los instrumentos públicos o privados.

La norma transcrita sustituye los artículos 92 y 108 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia con texto similar²². Asimismo, sustituye el artículo 128 *eiusdem*, en referencia a que no hay apelación contra el auto de admisión de pruebas y se oirá en ambos efectos el recuso contra el que niegue la admisión de alguna de ellas.

Ahora bien, lo importante a resaltar de la regulación de las pruebas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es que puede apreciarse que el Legislador estableció *expresamente (limitando)* los medios de prueba que se pueden promover en aquellas demandas, recursos o solicitudes que se erijan, en primera instancia, por ante el Tribunal Supremo de Justicia. Existe entonces, un cambio radical en referencia al sistema probatorio aplicado durante la vigencia de la derogada ley, al establecerse claramente una intención restrictiva por parte del legislador, en cuanto a la libertad de los medios de prueba que pueden seleccionar las partes para hacer valer la mejor defensa de sus derechos e intereses. En este sentido, compartimos plenamente el criterio expuesto por la Sala Político Administrativa

²¹ Artículo 89 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

²² Brewer-Carías, Allan R.: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2da Edición, Colección Textos Legislativos No 28, 2004.

en la sentencia N° 01676 de fecha 6 de octubre de 2004, que a continuación expondremos.

4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA MATERIA

La materia probatoria ha sido un área de gran desenvolvimiento a nivel jurisprudencial, en la cual se han establecido distintos criterios a raíz de las diferentes situaciones suscitadas, más como un denominador común, cual es, otorgarle la mayor libertad a las partes, - a través de los medios probatorios que dispone el ordenamiento jurídico –para que prueben lo que a bien tengan. En otras palabras, garantizar el ejercicio pleno de los derechos a la defensa y al debido proceso que gozan los ciudadanos.

Así las cosas, en referencia a la regulación de las pruebas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, debemos remitirnos obligatoriamente a las posiciones asumidas por la Sala Político Administrativa en los siguientes fallos:

4.1 Sentencia N° 01676 de fecha 6 de octubre de 2004, en relación con el aparte once del artículo 13 eiusdem

La Sala consideró:

(...) que la limitación consagrada en dicho dispositivo, respecto de los medios de prueba que pueden promover las partes en aquellas demandas, solicitudes o recursos ejercidos, en primera instancia, por ante este Supremo Tribunal, constituye una limitación excesiva al derecho a la defensa de los justiciables consagrado en el artículo 49 de la Constitución, la cual vacía prácticamente dicho derecho de contenido, toda vez que se excluyen otros medios probatorios que en determinados casos, por estarse ventilando en primera y única instancia, resultan pertinentes e incluso los únicos para demostrar las pretensiones que se quieren hacer valer en juicio (...), destacado nuestro).

De su estudio podemos extraer distintas posiciones asumidas por la Sala, a saber:

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

4.1.2 Si bien el legislador puede establecer cuales medios de prueba pueden hacer valer las partes en juicio para demostrar sus pretensiones, esa limitación no puede ser excesiva ni arbitraria, pues podría violentar el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva de los particulares, así como al sistema de la constitucionalidad.

4.1.3 Atendiendo al marco de Estado de Derecho y de Justicia que abarca nuestro ordenamiento constitucional vigente, el legislador debió contemplar en la Ley que regula los procedimientos que se ventilan ante el Tribunal Supremo de Justicia, un sistema amplio de pruebas para las causas que se tramitan y sustancian en primera instancia, especialmente si se parte del hecho de que esos juicios –los que se conocen y deciden en primera instancia- no tienen alzada, surgiendo así la imperiosa necesidad de permitir que las partes, a través de los medios probatorios que dispone el ordenamiento jurídico, prueben lo que ha bien tengan, poniendo en conocimiento del Juez los elementos de juicios necesarios para la mejor solución de la controversia planteada.

En definitiva, concluyó la Sala que es restrictivo y constituye una limitación excesiva del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el aparte once del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. En virtud de ello, desaplicó el mencionado aparte del artículo 19 eiusdem, de conformidad con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, de conformidad con el con el mandamiento previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ordenó informar a la Sala Constitucional de ese Máximo Tribunal de la referida decisión, a los fines de que esta última se pronuncie, decisión que hasta la fecha no se dictado.

Por demás esta decir, que la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo de Justicia sigue invariablemente en la tendencia doctrinaria y universal de que

la libertad de prueba es un derecho humano del ciudadano, y así lo ha ratificado en varias sentencias. A continuación expondremos dos sentencias relevantes dictadas en los últimos años por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en las cuales se establecen conceptos que rigen de cierta manera la materia probatoria, ya que han sido reiterados en sentencias posteriores por la Sala.

4.2 Sentencia N° 00325 de la Sala Político-Administrativa, de fecha 26 de febrero de 2002

Hace referencia a determinados principios generales que rigen la materia probatoria en el proceso administrativo, en los siguientes términos:

(...) el derecho a la prueba en el proceso, forma parte del derecho a la defensa consagrado en nuestro Texto Constitucional. En efecto, el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa lo siguiente: (...) La necesidad de la prueba en el procedimiento, responde a esta fundamental garantía del derecho a la defensa. Esta garantía se vería menoscabada, si no se pudiese llevar al procedimiento las demostraciones de las afirmaciones, alegatos o defensas realizadas por las partes. El derecho a la defensa en relación con la prueba, se patentiza en el procedimiento con las actuaciones de las partes cuando promueven pruebas, se oponen a las de la parte contraria, las impugnan, contradicen, cuestionan, es decir, cuando realizan actividades de control y de contradicción de la prueba..(..., destacado nuestro)

Conforme al *principio de comunidad de la prueba*, las mismas una vez aportadas por las partes al proceso, no son de quien las promovió, sino que son del proceso, es decir, una vez introducidas legalmente en el proceso su función es la de probar la existencia o inexistencia de los hechos del proceso con independencia de que beneficien o perjudiquen a quien las promueva o a la parte contraria, la cual además puede invocarla. (...) (Destacado nuestro)

(...) existe un *principio en el derecho probatorio, denominado por la doctrina como favor probationes*, uno de cuyos aspectos tiene que ver con el favorecimiento de la prueba en cuanto a su producción y estimación; y con el mantenimiento o conservación de la prueba cuando

ha sido promovida y evacuada de manera regular, con las debidas garantías dentro del procedimiento. Este principio doctrinario del favor probationes, el cual prescribe el favorecimiento de la prueba cuando ella fue producida en juicio de manera regular, coadyuva con la finalidad del procedimiento en la realización de justicia y con la labor del órgano jurisdiccional a la hora de sentenciar; en el sentido de la importante función que tiene, en los casos donde puede dificultarse la prueba,(...) El antes mencionado principio del favor probationes junto con la garantía del derecho a la defensa, confluyen con el derecho del justiciable, también de rango constitucional, de acceso a la justicia, que implica en uno de sus aspectos que los procesos no se eternicen y por la otra que las partes puedan llevar al proceso la prueba de sus afirmaciones o alegatos (destacado nuestro).

4.3 Sentencia N° 02275 de la Sala Político-Administrativa, de fecha 24 de noviembre de 2004

En el presenta caso, suscitado con ocasión a la apelación interpuesta contra un auto dictado por el Juzgado de Sustanciación de la Sala, en el cual se declaró procedente la oposición formulada por CONATEL, que desechó por inoficiosa la prueba promovida por la representación de GLOBOVISIÓN, así como desestimó la oposición formulada por ésta contra la prueba de informes ultramarina promovida, admitiéndola por no ser ilegal ni impertinente, la Sala para decidir, estableció:

(...) si bien según el principio de la libertad de prueba, las partes pueden escoger el medio probatorio que consideren pertinentes para demostrar sus pretensiones, considera la Sala -tal y como lo decidió el auto objeto de apelación- que la evacuación de la prueba de informes al Ministerio de Infraestructura era inoficiosa, pues el objeto para el que está dispuesta la prueba, es decir que se presentó el escrito, se había logrado por otro medio igualmente idóneo, en este caso, a través de la copia simple consignada en autos (...).

Al respecto, se observa que conforme al pacífico criterio sostenido por la doctrina nacional, el llamado principio o sistema de libertad de los medios de prueba es absolutamente incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente

prohibidos o que resulten inconducentes o inoficiosos para la demostración de sus pretensiones, principio que se deduce del texto expresamente consagrado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil (...)

Así, entiende la Sala que la providencia o auto interlocutorio a través del cual el Juez se pronuncia sobre la admisión de las pruebas promovidas, es el resultado del juicio analítico efectuado por él respecto de las condiciones de admisibilidad que han de reunir las pruebas que fueran promovidas, es decir, de las reglas de admisión de los medios de pruebas contemplados en el Código de Procedimiento Civil, atinentes ellas a las de su legalidad y las de su pertinencia; ello porque sólo será en la sentencia definitiva cuando el Juez de la causa pueda apreciar, al valorar la prueba y establecer los hechos, si su resultado incide o no en la decisión que ha de dictarse. Sobre la base del referido principio de libertad de los medios de prueba, una vez analizada la prueba promovida, el Juez habrá de declarar la legalidad y pertinencia de la misma, y en consecuencia la admitirá, pues sólo cuando se trate de una prueba manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarda relación alguna con el hecho debatido, podrá ser declarada como ilegal o impertinente, y por tanto inadmisibile. (En este sentido véase sentencia de esta Sala N° 1.263 del 22 de octubre de 2002).

CONCLUSIONES

1. La prueba constituye un valor esencial dentro de un sistema jurídico político, para lo cual constituye un elemento fundamental dentro de un sistema que propugna como valores esenciales, la libertad, la democracia y fundamentalmente la preeminencia de los derechos humanos.
2. La prueba tiene un valor constitucional, si bien es cierto no se consagra como un derecho subjetivo, pero si como un instrumento de actuación concatenado con el derecho a la defensa y al debido proceso.
3. La prueba ha variado considerablemente después de la Constitución de 1999. La Constitución de 1961 restringió el concepto de prueba solamente al juicio penal, al contrario de la actual Constitución que la extiende a las actividades judiciales y administrativas.

4. Dentro de los principios fundamentales que rigen a las pruebas, la libertad de prueba así como el de la inmediación procesal fungen como principio fundamentales para los jueces contenciosos administrativos.
5. Se puede afirmar, que el aparte once del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, es restrictivo y constituye una limitación excesiva del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva. Situación que ha sido recalcada por la jurisprudencia del actual Tribunal Supremo de Justicia.

La regulación de las pruebas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

Joaquin David BRACHO DOS SANTOS*

Sumario

Introducción

1. **Valor constitucional de la prueba.** *1.1 En la Constitución de 1999 (Análisis del artículo 49).* 1.1.1 Su valor normativo. 1.1.2 Su valor instrumental. *1.2 Diferencia con la Constitución de 1961.*
2. **Principios generales que rigen la materia probatoria en el proceso administrativo.** *2.1 Principio de la Libertad de Prueba. 2.2 Principio de la Unidad de la Prueba. 2.3 Principio de la Comunidad de la Prueba o de la Adquisición. 2.4 Principio de la Igualdad Probatoria. 2.5 Principio de la Inmediación.*
3. **La prueba y su regulación en la nueva ley.**
4. **Análisis de la jurisprudencia relevante en la materia.** *4.1 Sentencia N° 01676 de fecha 6 de octubre de 2004, en relación con el aparte once del artículo 13 eiusdem. 4.2 Sentencia N° 00325 de la Sala Político-Administrativa, de fecha 26 de febrero de 2002. 4.3 Sentencia N° 02275 de la Sala Político-Administrativa, de fecha 24 de noviembre de 2004.*

Conclusiones.

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. *Especialización en Derecho Administrativo*, cursante. **Instituto Latinoamericano del Ombudsman (ILO)**, *Capítulo Venezolano*, Secretario Ejecutivo. Co-autor de obra y autor de artículos publicados en revistas especializadas. Miembro de **Guerra Ducharne & Briceño, Abogados**.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1999 aparece dentro del esquema de las Constituciones Latinoamericanas como un texto normativo dedicado a fortalecer la defensa del ciudadano frente al poder del Estado. Por esta razón, diversos constitucionalistas destacan en la nueva Constitución, un modelo de contenido jurídico destinado a la defensa de los derechos humanos, con destacada preeminencia¹ (artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). En este sentido, los Constituyentistas de 1999, promovieron en su debate en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, “imitar” la Constitución de 1961 en lo que se refiere a la consagración de una norma constitucional que garantice al administrado-ciudadano la defensa de sus derechos a través de instrumentos jurídicos. Así y sin temor a equivocarnos, salvo pequeña variantes en materia de servicios públicos, trasladaron el artículo 206 de la Constitución de 1961 en el artículo 259 de la vigente². Esto es, en lo que se refiere a la defensa del administrado frente al poder de la Administración Pública, en puridad de concepto, no ha existido una creación genuina u original por parte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (C.R.B.V.), en lo que a nuestro entender se refiere, a la creación de un sistema contencioso administrativo en Venezuela y a la defensa del administrado frente al poder de la Administración, puesto que apareció de una forma sólida,

¹ Brewer-Carías, Allan y Briceño Vivas, Gustavo. *Leyes Orgánicas del Poder Ciudadano*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1ra Edición, Colección de Textos Legislativos No 30, 2005., p. 121 y ss.

² Artículo 206: “La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa..

Artículo 259: “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”.

programada y concentrada en la Constitución de 1961, más cuando ni el antiguo Congreso de la República ni menos aún la Asamblea Nacional, se han dedicado con seriedad a proponer un proyecto serio y moderno de ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro país.

Ahora bien ¿Cómo se estructura la jurisdicción contenciosa administrativa en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela? Respuesta. Acogió según nuestro criterio, el sistema tradicional formal, dividiendo los recursos de nulidad por un lado y los de plena jurisdicción por el otro, con ciertas variantes del sistema administrativo francés,³ previa la unificación de los procedimientos tradicionales contenciosos administrativos en recursos de actos administrativos de efectos particulares junto a los recursos de impugnación contra actos de efectos generales, salvo la posición tradicional jurisprudencial en la cual, el procedimiento contencioso administrativo en Venezuela se suple en exceso del procedimiento civil ordinario. Situación que a nuestro juicio la nueva Ley deja prácticamente intacta. Aún así, podemos ubicar ciertas diferencias de los jueces contenciosos administrativos venezolanos frente a los demás jueces del poder judicial. El poder inquisitivo; las posibilidades de intervención del Juez durante el proceso; la posibilidad de suspensión de los efectos del acto recurrido sin instancia de parte; el interés público y los terceros; la extensión de la sentencia del Juez administrativo; la excepción de ultrapetita o aquello que dice “disponer lo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica infringida”, son sólo algunas de las diferencias de los jueces administrativos *vis a vis* de los jueces de la jurisdicción ordinaria.

Pues bien, una de las partes donde se destaca más esa distinción, es en la materia probatoria y en su tratamiento, motivo esencial de nuestro estudio y que aquí analizaremos tanto desde el punto de vista constitucional como legal. En este punto, existen ciertas particularidades del Juez administrativo frente al Juez civil ordinario.

En efecto, la prueba constituye en el procedimiento contencioso administrativo una parte esencial del iter procedimental, en la cual el Juez necesita y hace uso de mecanismos jurídicos para subsanar o amortiguar el poder del Estado frente al sujeto administrado. La prueba ayuda y complementa la sentencia

³ Rivero, Jean: *Droit Administratif*. Paris, Editorial Dalloz, Décima Edición, 1983., p. 180.

del Juez. Asimismo, mediante ello, las partes entiéndase Estado y administrado, hacen valer frente al Juez administrativo la veracidad de sus alegatos, desvirtuándose los unos con los otros. Esto es, la prueba en el debate judicial, constituye un juego interesante en la cual los espejos son por un lado la afirmación de los indicadores de la Administración, frente a las alegaciones de los administrados por el otro. La deformación de esos espejos, variará de acuerdo al método que utilice el Juez que va a materializar y apreciar en su sentencia definitiva.

En virtud de ello, hacer un análisis de la regulación de las pruebas en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, implica fundamentalmente, determinar su ubicación dentro de la Constitución y la ley, sus principios más importantes, y la influencia de esa regulación ya en el procedimiento contencioso administrativo.

En el presente ensayo abordaremos el estudio de la jurisprudencia, por cuanto ella *per se*, constituye el engendro histórico necesario del Derecho administrativo, y es por ello que, el contencioso administrativo no esta al margen de ese nacimiento paralelo y conflictivo de las instituciones fundamentales de este Derecho tan especial y característico. Analizaremos, sentencias relevantes dictadas recientemente por las Sala Constitucional y Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Por último, haremos una comparación entre la regulación establecida en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con especial referencia a la desaparición por control difuso del aparte once del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, realizada por la Sala Político Administrativa .

En definitiva, determinaremos las bondades o no en materia de regulación de las pruebas en la nueva Ley, y detectar de una vez las posibles violaciones del derecho a la defensa que pueda contener el texto de la nueva Ley frente a los administrados, a la hora de hacer valer frente al Juez contencioso administrativo mediante las pruebas, sus derechos.

1. VALOR CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA

Primeramente, antes de determinar el valor que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le otorga a la prueba, es necesario establecer una

definición de la palabra prueba a la luz de los distintos textos jurídicos a nuestro alcance, para así posteriormente establecer nuestra propia noción de la prueba. Prueba es “...un conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus distintas pretensiones litigiosas...”⁴.

De igual forma, Luis Fraga Pitaluga⁵ citando a González-Cuellar Serrano, señala que la prueba es:

...una actividad procesal impulsada por las partes o incluso por el Tribunal tendente a obtener el consentimiento del juzgador acerca de la concordancia con lo realmente acaecido de las afirmaciones fácticas realizadas por las partes y, excepcionalmente, por el propio órgano judicial, que integran el objeto del proceso, o a lograr su fijación en la premisa menor de la sentencia.

La prueba es entonces, una actividad de carácter instrumental destinada a determinar la veracidad de los hechos que se alegan. En este sentido, una prueba constituye una actividad humana que persigue como fin demostrar la afirmación de una determinada situación anunciada. Esta actividad instrumental ocurre o se da, absolutamente en todas las relaciones humanas, por esta razón, la prueba per se no constituye solamente un monopolio de la actividad judicial, sino que se extiende a todas las áreas de la actividad humana. Siguiendo nuestra apreciación, de considerar que la prueba se extiende a todo lo largo de la ciencias del ser humano, y que cada una de ella tiene su tratamiento específico sobre la prueba, observamos que en el mundo de la juridicidad la prueba como instrumento tiene una valoración especial, destinada a demostrar, o corroborar “la afirmación o negación de un determinado hecho acaecido”. Este es el punto que nos interesa y que es objeto de nuestro estudio.

Así las cosas, diferentes instrumentos jurídicos que rigen una sociedad, convergen en estipular a la prueba como un elemento esencial, entre ellos, las

⁴ Osorio, Manuel: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Montevideo, Editorial Obra Grande S.A., 1963, p. 625.

⁵ Fraga Pitaluga, Luis: *Algunas Notas sobre la Prueba en el Proceso Administrativo*. Caracas, Editorial Sherwood, Revista de Derecho Administrativo No 3, 1998, p. 44.

Constituciones, las Leyes Orgánicas, las Leyes Ordinarias, las Leyes Especiales, los Reglamentos que constituyen convencionalmente modos jurídicos fundamentales del Estado para garantizarles a los ciudadanos el disfrute de sus derechos o la satisfacción de los mismos. Constituye la prueba pues, un medio o instrumento por el cual se garantiza la satisfacción de un derecho (todos los derechos, aún los no consagrados normativamente), por medio del Estado.

Ahora bien, a nuestro parecer ni la Constitución de 1961 ni la de 1999, han variado la influencia de la expresión prueba en el acontecer jurídico y social venezolano. En lo que sí estamos de acuerdo, es que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, amplió sobremanera los derechos humanos, lo cual implica que toda la actividad instrumental de prueba se ha extendido correlativamente. Significa esto que, la prueba es un instrumento que parece siempre estar hermanado o en solidaridad funcional con los derechos. Así, cuando existe un derecho que no puede ser probado, simplemente el derecho no existe⁶. A nuestro parecer, la prueba a pesar de ser un instrumento fundamental del derecho, el uno no existe paradójicamente sin el otro. La prueba constituye un elemento fundamental del Estado de Derecho, del Estado de Justicia, por cuanto la consagración de instrumentos de probanzas son garantías de que en un Estado se insta a que el ciudadano pueda tener el debido acceso a las pruebas.

1.1 En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Preguntémonos entonces: ¿Qué valor tiene la prueba en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela? En primer lugar, un valor normativo y en segundo lugar un valor instrumental.

1.1.1 Su valor normativo: Venezuela de acuerdo al texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y en general, la

⁶ Es posible pensar que un derecho no se pueda demostrar, por cuanto el titular del pretendido derecho carezca del medio necesario para obtener la prueba.

preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político⁷, esto es, el ciudadano venezolano se encuentra garantizado para el disfrute de esos derechos que le consagra la Constitución. Concatenado con el artículo 49 de la Constitución, el Constituyente hiló muy casuísticamente la prueba como instrumento de actuación cuando el ciudadano necesita hacer valer frente al Estado sus derechos e intereses. Decimos “casuísticamente”, por cuanto el Constituyente de 1999, hace referencia al acceso y dice “disponer del tiempo y de los medios adecuados para su defensa”, lo cual induce a pensar que, el Constituyente de 1999 institucionalizó una apertura amplia en la pruebas como un instrumento de satisfacción de los derechos de los ciudadanos (art. 49 de la Constitución de 1999).

El valor normativo que tiene la prueba en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituyen entonces un valor instrumental como lo enunciamos supra, pero que en todo caso y de aquí lo mas importante, advierte al ciudadano, la necesidad de realizar una determinada actividad de hacer: una actividad obligatoria; una actividad dirigida a un sin numero o indeterminado de personas; para ejercer una actividad probatoria.

1.1.2 Su valor instrumental: ratificamos nuestro criterio de que la prueba en si, no constituye un derecho subjetivo propiamente dicho, sino al contrario, una actividad instrumental destinada a convencer al Estado-Juez de un pronunciamiento o afirmación determinada o, del mismo modo, convencer a la otra parte de nuestros dichos o apreciaciones. De allí la importancia de su valor constitucional. La Constitución aparece dentro del contexto del ordenamiento jurídico como una especie de referencia obligatoria que guía la conducta de las gentes en sus relaciones, no sólo con el Estado o los poderes públicos, sino con sus semejantes. La Constitución abarca todo un determinado contexto social.

Pues bien, la prueba aparece como un medio “fundamentalmente” destinado a ser utilizado por el ciudadano para lograr determinados fines, y con ello, alcanzar situaciones conjeturadas, que en términos estrictamente jurídicos los denominamos derechos o simplemente intereses. Ciertamente, la palabra “prueba”, no se encuentra consagrada en el texto de la Constitución, lo que se encuentra consagrado son los derechos subjetivos que solo se alcanzan bajo

⁷ Artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

una espectacular y radiante condición, *si el ciudadano hace uso de un sistema probatorio que le permita a través de un proceso satisfacer su derecho o su interés*. Fíjese que el Constituyente en el artículo 49 hace uso de una frase muy significativa, dice: “... toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; *de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa*. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso...”. Esto explica nuestra apreciación de que la consagración constitucional de la prueba es instrumental, acompañada íntimamente de los derechos.

1.2 Diferencia con la Constitución de 1961

La Constitución de 1961 realmente hace una referencia tangencial a las pruebas y las circunscribe solo al área penal. Efectivamente, del enunciado del artículo 44 de la derogada Constitución, se deduce una circunstancia probatoria y es que “*en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán, en cuanto benefician al reo, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron*”. Esto es, el Constituyente del 61 imaginó solo una circunstancia adicional a una prueba en los procesos penales, olvidando las circunstancias o la visión de un proceso en general, situación que si fue detectada en la Constitución de 1999, como fue descrito en las páginas anteriores. Claro, que no es posible imaginar y menos realmente investigar, que el sistema probatorio de la Constitución del 61 es deficiente en relación a los sistemas probatorios de la Constitución de 1999. En todo caso, lo importante de resaltar es su configuración de carácter constitucional, y la idea que tenemos de la prueba como instrumento y como valor normativo. A estas alturas, la prueba en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tiene una consagración constitucional más acabada, que aquella de 1961, aclaramos, derivada de la consagración de unos derechos, quienes le dan vida y le confieren contextura propia.

2. PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN LA MATERIA PROBATORIA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Tal y como nos hemos referido *supra*, la prueba cumple una función fundamental dentro de las relaciones sociales, como es la de servir de garantía

a los derechos subjetivos. Todo ello en virtud de que mediante ella, se puede conllevar una correcta administración de justicia, manteniendo una armonía entre el poder que ostenta el Estado frente a los administrados, al poder hacer valer estos últimos mediante la prueba, las constantes vulneración que de sus derechos subjetivos son eventualmente objeto, y así poder los jueces contenciosos administrativos ejercer una adecuada función jurisdiccional, en aras de una eficaz y justa administración de justicia. Es por ello, que dentro de ese proceso probatorio la doctrina y la jurisprudencia han establecido principios generales y comunes⁸ que rigen, tanto al proceso administrativo como al civil, que a continuación agruparemos -por considerarlos fundamentales - y detallaremos:

2.1 Principio de la Libertad de Prueba

Es aquel mediante el cual las partes puedan valerse de cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideraren conducente a la demostración de sus pretensiones. Este principio, consagrado a nivel constitucional y legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se configura dentro de ese Estado de derecho y de justicia, que prevé la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el cual los ciudadanos en aras de hacer valer sus derechos e intereses, acceden a los órganos de administración de justicia para obtener una oportuna decisión, sin formalismos inútiles o no esenciales⁹. Está inmerso dentro del derecho al debido proceso,

⁸ Véase sobre este particular, a Crespo, Alexis J.: *Anotaciones acerca de la prueba en el contencioso administrativo*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Libros Homenajes No 13, Volumen 1, 2004, p. 339 y ss.

⁹ Artículo 2: "...Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, 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...".

Artículo 26: "...Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente...".

Artículo 257: "...El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales....".

específicamente en el numeral 1º del artículo 49 de la C.R.B.V., cuando estipula que “...la defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa...”.

De igual forma, el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, estipula que pueden las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Conforme al pacífico criterio sostenido por la doctrina nacional, el llamado principio o sistema de libertad de los medios de prueba es absolutamente incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes o inoficiosos para la demostración de sus pretensiones, en otras palabras, se opone al principio de la prueba legalmente taxativa. Es importante destacar, que en materia de pruebas, corresponde al Juez de mérito declarar la legalidad y pertinencia de la prueba promovida, una vez realizado el juicio analítico que le corresponde respecto a las condiciones exigidas para la admisibilidad del medio probatorio escogido por las partes, atendiendo a lo dispuesto en las normas que regulan las reglas de admisión de las pruebas contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

2.2 Principio de la Unidad de la Prueba

Se concibe al conjunto pruebas dentro del proceso como una unidad, que serán examinadas y valoradas por el Juez en su oportunidad, aún las que no se consideren idóneas. El Juez no puede dejar de examinar una por una y separadamente todas las pruebas que conforman el proceso, y será en la sentencia definitiva cuando el Juez de la causa, como resultado del juicio de valor que debe realizar sobre las prueba promovida, determine la incidencia de las mismas (concordancia o discordancia) sobre la decisión que habrá de dictar en cuanto al fondo del asunto planteado. Este principio tiene consagración expresa en los artículos 508 y 509 del Código de Procedimiento Civil.

2.3 Principio de la Comunidad de la Prueba o de la Adquisición

Propugna que las pruebas no pertenecen a las partes sino al proceso, desde el mismo momento en que las pruebas son incorporadas, y pasan a formar a ser algo común, denominado comunidad de la prueba. En virtud de este principio, las partes pueden aprovecharse, indistintamente tanto de sus pruebas como las producidas por su contraparte, y a su vez, el Juez puede utilizarlas (conforme a las reglas de la sana crítica) para fines distintos de aquellos por los cuales fueron promovidas¹⁰. De igual forma, es importante resaltar que el denominado mérito favorable de los autos, normalmente promovido por las partes en un proceso, ha sido superado jurisprudencialmente¹¹ en alusión a este principio, al establecerse como criterio reiterado, que la solicitud de la apreciación de las pruebas no constituye un medio de prueba, sino que más bien está dirigida a la aplicación del principio de la comunidad de la prueba, el cual debe aplicar el Juez conforme a lo establecido en el sistema probatorio venezolano.

2.4 Principio de la Igualdad Probatoria

Tal y como su nombre lo establece, es aquel que concibe al derecho que tienen las partes en un proceso, de promover y evacuar pruebas en igualdad de condiciones, y en idénticas circunstancias. Asimismo, mediante él se configura el denominado control de las pruebas, por el cual las partes controlan, fiscalizan, vigilan, las pruebas promovidas por su adversario durante la evacuación. Principio por demás muy cuestionado por su difícil o casi imposible aplicación dentro del proceso administrativo, por la desigualdad existente entre la Administración y los administrados, al gozar la primera de privilegios y prerrogativas procesales¹².

¹⁰ Véase sentencias No 181 del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional, del 14 de febrero de 2001, y sentencia No 00325 de la Sala Político-Administrativa, de fecha 26 de febrero de 2002.

¹¹ Sentencia No 01218 del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Político-Administrativa, de fecha 2 de septiembre de 2004.

¹² Artículos 62 al 77 inclusive, del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

2.5 Principio de la Inmediación

Propicia la relación directa del Juez respecto a los sujetos de la prueba, objeto de la prueba, a las cosas que tengan el carácter de medios de prueba. Es decir, el juzgador debe tener una dirección real y efectiva del debate probatorio, y no hacer el papel de simple receptor de las pruebas, para así en su sentencia, poder ejercer una mejor apreciación y valoración de las mismas.

3. LA PRUEBA Y SU REGULACIÓN EN LA NUEVA LEY

El proceso administrativo en Venezuela¹³, la mayoría de las veces se ha suplido en materia probatoria del proceso civil¹⁴, expresamente del Código de Procedimiento Civil, salvo algunas excepciones en algunos procesos especiales, en virtud de que carece de un régimen propio en la materia. Ahora bien, el proceso contencioso administrativo ordinario¹⁵ en Venezuela, se encuentra regulado por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942, de fecha 20 de mayo de 2004, ley de reciente data que derogó la ley que regía a la extinta Corte Suprema de Justicia¹⁶.

La nueva Ley, en la mayoría de sus partes es una réplica de la derogada Ley, con la salvedad de que la técnica legislativa estuvo dirigida a comprimir los artículos en un dispositivo legal menos amplio, que a nuestro parecer, dificulta la lectura y comprensión del texto legal. Presumiblemente, las razones de dicha situación fueron de tipo político, con la finalidad de acelerar el proceso de promulgación, sin que se observe ningún tipo de mejora desde el punto de vista netamente jurídico. Con relación al aspecto probatorio, la nueva Ley

¹³ Para nosotros cuando nos referimos a proceso administrativo en Venezuela, consideramos un conflicto de intereses entre la Administración Pública por un lado, y los administrados por el otro, lo cual es indiferente que dicho conflicto se plantee en sede judicial o en sede administrativa.

¹⁴ En sede administrativa, véase artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

¹⁵ Ordinario significa el proceso que esta estatuido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, diferente a los procesos contenciosos administrativo especiales.

¹⁶ Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.893 Extraordinario, del 30 de julio de 1976.

lejos de contribuir en mejorar y facilitar el principio de la libertad de prueba –ya en práctica bajo la vigencia de la derogada Ley y de los aportes jurisprudenciales en la materia– estableció un sistema muy restrictivo¹⁷, el cual ha sido tema de discusión a nivel académico¹⁸ y jurisdiccional¹⁹, y que es uno de los objetivos del presente estudio.

Así las cosas, es importante precisar primeramente, antes de determinar la regulación de las pruebas en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, a cómo se encontraba establecida la materia en la derogada ley. En tal sentido, se consagró taxativamente, que las reglas del Código de Procedimiento Civil regían como normas supletorias en los procedimientos que cursaban por ante la Corte (artículo 88 L.O.C.S.J.). Como medios de pruebas, se estipulaban principalmente los establecidos en los artículos 90 y 91, así como todos aquellos aplicables en virtud de la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil (artículos 107 y 127 *eiusdem*²⁰). El procedimiento probatorio lo estipulaba los artículos 92, 108, 128 de la L.O.C.S.J.). Existían entonces un sistema libre de pruebas, en el cual las partes podían hacer valer sus pretensiones para la defensa de sus derechos, por medio de las pruebas que considerasen siempre y cuando no fueren contrario a la ley, tales como

¹⁷ El sistema probatorio dentro del ordenamiento jurídico venezolano, ha sufrido acentuados cambios, principalmente en el año 1986 con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil, pues se pasó de un sistema restrictivo, en el cual sólo se admitía el empleo de los medios probatorios tasados en la ley, a un régimen probatorio amplio, en el cual se permite que las partes puedan valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y que consideraren conducente a la demostración de sus pretensiones.

¹⁸ Observaciones realizadas en las clases de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello.

¹⁹ Sentencia No 01676 del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político-Administrativa, de fecha 6 de octubre de 2004.

²⁰ Artículo 107: “Las reglas del Código de Procedimiento Civil respecto de los medios de prueba, admisión y evacuación de las mismas, regirán en este procedimiento, con las limitaciones establecidas en esta Ley...”.

Artículo 127: “Los términos de prueba empezarán a correr en la audiencia siguiente al vencimiento del lapso de comparecencia y serán de cinco audiencias para promoverlas y de quince para evacuarlas. El Tribunal podrá prorrogar este último término por quince días más, cuando así lo exija la naturaleza del caso. Las reglas del Código de Procedimiento Civil respecto de los medios de prueba, admisión y evacuación de las mismas, regirán en este procedimiento en cuanto sean aplicables y salvo lo dispuesto en esta Ley...”.

las que en virtud de las prerrogativas y privilegios procesales que goza la República no podían evacuarse²¹.

Ahora bien, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela regula las pruebas en su artículo 19, tanto en lo referente a los medios probatorios como al procedimiento de promoción y evacuación. Así pues, dispone expresamente en su artículo 19, aparte once, como medios de prueba, lo siguiente:

En los procedimientos que se tramiten ante el Tribunal Supremo de Justicia sólo se admitirán como medios probatorios la experticia, la inspección judicial, incluyendo aquellos documentos que formen parte de los archivos de la Administración Pública, cuando haya constancia que la prueba que de ellos se pretende deducir no puede llevarse de otro modo a los autos; las posiciones juradas y los instrumentos públicos o privados.

La norma transcrita sustituye los artículos 92 y 108 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia con texto similar²². Asimismo, sustituye el artículo 128 *eiusdem*, en referencia a que no hay apelación contra el auto de admisión de pruebas y se oirá en ambos efectos el recuso contra el que niegue la admisión de alguna de ellas.

Ahora bien, lo importante a resaltar de la regulación de las pruebas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es que puede apreciarse que el Legislador estableció *expresamente (limitando)* los medios de prueba que se pueden promover en aquellas demandas, recursos o solicitudes que se erijan, en primera instancia, por ante el Tribunal Supremo de Justicia. Existe entonces, un cambio radical en referencia al sistema probatorio aplicado durante la vigencia de la derogada ley, al establecerse claramente una intención restrictiva por parte del legislador, en cuanto a la libertad de los medios de prueba que pueden seleccionar las partes para hacer valer la mejor defensa de sus derechos e intereses. En este sentido, compartimos plenamente el criterio expuesto por la Sala Político Administrativa

²¹ Artículo 89 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

²² Brewer-Carías, Allan R.: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2da Edición, Colección Textos Legislativos No 28, 2004.

en la sentencia N° 01676 de fecha 6 de octubre de 2004, que a continuación expondremos.

4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN LA MATERIA

La materia probatoria ha sido un área de gran desenvolvimiento a nivel jurisprudencial, en la cual se han establecido distintos criterios a raíz de las diferentes situaciones suscitadas, más como un denominador común, cual es, otorgarle la mayor libertad a las partes, - a través de los medios probatorios que dispone el ordenamiento jurídico –para que prueben lo que a bien tengan. En otras palabras, garantizar el ejercicio pleno de los derechos a la defensa y al debido proceso que gozan los ciudadanos.

Así las cosas, en referencia a la regulación de las pruebas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, debemos remitirnos obligatoriamente a las posiciones asumidas por la Sala Político Administrativa en los siguientes fallos:

4.1 Sentencia N° 01676 de fecha 6 de octubre de 2004, en relación con el aparte once del artículo 13 eiusdem

La Sala consideró:

(...) que la limitación consagrada en dicho dispositivo, respecto de los medios de prueba que pueden promover las partes en aquellas demandas, solicitudes o recursos ejercidos, en primera instancia, por ante este Supremo Tribunal, constituye una limitación excesiva al derecho a la defensa de los justiciables consagrado en el artículo 49 de la Constitución, la cual vacía prácticamente dicho derecho de contenido, toda vez que se excluyen otros medios probatorios que en determinados casos, por estarse ventilando en primera y única instancia, resultan pertinentes e incluso los únicos para demostrar las pretensiones que se quieren hacer valer en juicio (...), destacado nuestro).

De su estudio podemos extraer distintas posiciones asumidas por la Sala, a saber:

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

4.1.2 Si bien el legislador puede establecer cuales medios de prueba pueden hacer valer las partes en juicio para demostrar sus pretensiones, esa limitación no puede ser excesiva ni arbitraria, pues podría violentar el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva de los particulares, así como al sistema de la constitucionalidad.

4.1.3 Atendiendo al marco de Estado de Derecho y de Justicia que abarca nuestro ordenamiento constitucional vigente, el legislador debió contemplar en la Ley que regula los procedimientos que se ventilan ante el Tribunal Supremo de Justicia, un sistema amplio de pruebas para las causas que se tramitan y sustancian en primera instancia, especialmente si se parte del hecho de que esos juicios –los que se conocen y deciden en primera instancia- no tienen alzada, surgiendo así la imperiosa necesidad de permitir que las partes, a través de los medios probatorios que dispone el ordenamiento jurídico, prueben lo que ha bien tengan, poniendo en conocimiento del Juez los elementos de juicios necesarios para la mejor solución de la controversia planteada.

En definitiva, concluyó la Sala que es restrictivo y constituye una limitación excesiva del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el aparte once del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. En virtud de ello, desaplicó el mencionado aparte del artículo 19 eiusdem, de conformidad con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, de conformidad con el con el mandamiento previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ordenó informar a la Sala Constitucional de ese Máximo Tribunal de la referida decisión, a los fines de que esta última se pronuncie, decisión que hasta la fecha no se dictado.

Por demás esta decir, que la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo de Justicia sigue invariablemente en la tendencia doctrinaria y universal de que

la libertad de prueba es un derecho humano del ciudadano, y así lo ha ratificado en varias sentencias. A continuación expondremos dos sentencias relevantes dictadas en los últimos años por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en las cuales se establecen conceptos que rigen de cierta manera la materia probatoria, ya que han sido reiterados en sentencias posteriores por la Sala.

4.2 Sentencia N° 00325 de la Sala Político-Administrativa, de fecha 26 de febrero de 2002

Hace referencia a determinados principios generales que rigen la materia probatoria en el proceso administrativo, en los siguientes términos:

(...) el derecho a la prueba en el proceso, forma parte del derecho a la defensa consagrado en nuestro Texto Constitucional. En efecto, el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa lo siguiente: (...) La necesidad de la prueba en el procedimiento, responde a esta fundamental garantía del derecho a la defensa. Esta garantía se vería menoscabada, si no se pudiese llevar al procedimiento las demostraciones de las afirmaciones, alegatos o defensas realizadas por las partes. El derecho a la defensa en relación con la prueba, se patentiza en el procedimiento con las actuaciones de las partes cuando promueven pruebas, se oponen a las de la parte contraria, las impugnan, contradicen, cuestionan, es decir, cuando realizan actividades de control y de contradicción de la prueba..(..., destacado nuestro)

Conforme al *principio de comunidad de la prueba*, las mismas una vez aportadas por las partes al proceso, no son de quien las promovió, sino que son del proceso, es decir, una vez introducidas legalmente en el proceso su función es la de probar la existencia o inexistencia de los hechos del proceso con independencia de que beneficien o perjudiquen a quien las promueva o a la parte contraria, la cual además puede invocarla. (...) (Destacado nuestro)

(...) existe un *principio en el derecho probatorio, denominado por la doctrina como favor probationes*, uno de cuyos aspectos tiene que ver con el favorecimiento de la prueba en cuanto a su producción y estimación; y con el mantenimiento o conservación de la prueba cuando

ha sido promovida y evacuada de manera regular, con las debidas garantías dentro del procedimiento. Este principio doctrinario del favor probationes, el cual prescribe el favorecimiento de la prueba cuando ella fue producida en juicio de manera regular, coadyuva con la finalidad del procedimiento en la realización de justicia y con la labor del órgano jurisdiccional a la hora de sentenciar; en el sentido de la importante función que tiene, en los casos donde puede dificultarse la prueba,(...) El antes mencionado principio del favor probationes junto con la garantía del derecho a la defensa, confluyen con el derecho del justiciable, también de rango constitucional, de acceso a la justicia, que implica en uno de sus aspectos que los procesos no se eternicen y por la otra que las partes puedan llevar al proceso la prueba de sus afirmaciones o alegatos (destacado nuestro).

4.3 Sentencia N° 02275 de la Sala Político-Administrativa, de fecha 24 de noviembre de 2004

En el presenta caso, suscitado con ocasión a la apelación interpuesta contra un auto dictado por el Juzgado de Sustanciación de la Sala, en el cual se declaró procedente la oposición formulada por CONATEL, que desechó por inoficiosa la prueba promovida por la representación de GLOBOVISIÓN, así como desestimó la oposición formulada por ésta contra la prueba de informes ultramarina promovida, admitiéndola por no ser ilegal ni impertinente, la Sala para decidir, estableció:

(...) si bien según el principio de la libertad de prueba, las partes pueden escoger el medio probatorio que consideren pertinentes para demostrar sus pretensiones, considera la Sala -tal y como lo decidió el auto objeto de apelación- que la evacuación de la prueba de informes al Ministerio de Infraestructura era inoficiosa, pues el objeto para el que está dispuesta la prueba, es decir que se presentó el escrito, se había logrado por otro medio igualmente idóneo, en este caso, a través de la copia simple consignada en autos (...).

Al respecto, se observa que conforme al pacífico criterio sostenido por la doctrina nacional, el llamado principio o sistema de libertad de los medios de prueba es absolutamente incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente

prohibidos o que resulten inconducentes o inoficiosos para la demostración de sus pretensiones, principio que se deduce del texto expresamente consagrado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil (...)

Así, entiende la Sala que la providencia o auto interlocutorio a través del cual el Juez se pronuncia sobre la admisión de las pruebas promovidas, es el resultado del juicio analítico efectuado por él respecto de las condiciones de admisibilidad que han de reunir las pruebas que fueran promovidas, es decir, de las reglas de admisión de los medios de pruebas contemplados en el Código de Procedimiento Civil, atinentes ellas a las de su legalidad y las de su pertinencia; ello porque sólo será en la sentencia definitiva cuando el Juez de la causa pueda apreciar, al valorar la prueba y establecer los hechos, si su resultado incide o no en la decisión que ha de dictarse. Sobre la base del referido principio de libertad de los medios de prueba, una vez analizada la prueba promovida, el Juez habrá de declarar la legalidad y pertinencia de la misma, y en consecuencia la admitirá, pues sólo cuando se trate de una prueba manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarda relación alguna con el hecho debatido, podrá ser declarada como ilegal o impertinente, y por tanto inadmisibile. (En este sentido véase sentencia de esta Sala N° 1.263 del 22 de octubre de 2002).

CONCLUSIONES

1. La prueba constituye un valor esencial dentro de un sistema jurídico político, para lo cual constituye un elemento fundamental dentro de un sistema que propugna como valores esenciales, la libertad, la democracia y fundamentalmente la preeminencia de los derechos humanos.
2. La prueba tiene un valor constitucional, si bien es cierto no se consagra como un derecho subjetivo, pero si como un instrumento de actuación concatenado con el derecho a la defensa y al debido proceso.
3. La prueba ha variado considerablemente después de la Constitución de 1999. La Constitución de 1961 restringió el concepto de prueba solamente al juicio penal, al contrario de la actual Constitución que la extiende a las actividades judiciales y administrativas.

4. Dentro de los principios fundamentales que rigen a las pruebas, la libertad de prueba así como el de la inmediación procesal fungen como principio fundamentales para los jueces contenciosos administrativos.
5. Se puede afirmar, que el aparte once del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, es restrictivo y constituye una limitación excesiva del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva. Situación que ha sido recalcada por la jurisprudencia del actual Tribunal Supremo de Justicia.

La prueba de experticia en los procedimientos tributarios

Juan C. CASTILLO CARVAJAL*

SUMARIO:

Introducción.

1. Regulación de la experticia en el Código Orgánico Tributario.
2. Concepto de la experticia. Justificación de la experticia en el ámbito de los procedimientos tributarios.
3. Experticia y revisión fiscal.
4. Objeto de la experticia.
5. Procedimiento de la experticia: *5.1 En el procedimiento sumario. 5.2 En el procedimiento del recurso jerárquico. 5.3 En el procedimiento del recurso contencioso tributario.*
6. Eficacia probatoria de la experticia.

Conclusiones.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, *Especialización en Derecho Tributario*, tesisista. **Escuela Nacional de Hacienda Pública (ENAHF)**, Ex Profesor. **Instituto de Desarrollo Profesional de los Colegios de Contadores Públicos del Distrito Federal y del Estado Miranda**, Instructor. **El Universal**, Articulista de temas tributarios. **Romero-Muci & Asociados**, asociado a Deloitte, Abogado Asociado.

INTRODUCCIÓN

La complejidad del fenómeno tributario y la necesidad de encontrar la verdad material de la tributación, han determinado la creciente importancia de la experticia en ámbito de los procedimientos tributarios. Hoy en día, la experticia y la prueba documental constituyen los medios de prueba por excelencia en esta rama jurídica. Por lo tanto, el empleo de esta herramienta procesal constituye sin lugar a dudas una manifestación del ejercicio del derecho constitucional a la defensa.

Dicho lo anterior, tomamos partido de inmediato respecto de la naturaleza jurídica de esta figura –que ha dado lugar a grandes discusiones que no trataremos aquí– considerando que la experticia constituye un medio de prueba propiamente dicho.

Así las cosas, para algunos autores la experticia es un recurso para completar los conocimientos del funcionario administrativo o juez, un vehículo para suministrarle reglas o herramientas para resolver un caso en particular. Al respecto, se afirma que los expertos no dan testimonio del hecho, ni afirman su existencia o inexistencia.

Sin embargo, creemos que el perito utilizando sus conocimientos técnicos, percibe los hechos no probados, emitiendo un juicio de valor acerca de aquellos con el fin de que el funcionario o juez, se forme un juicio de valor acerca de la causa controvertida. Por lo tanto, el dictamen del perito constituye un medio de prueba para formar el convencimiento del encargado de resolver el asunto, en relación con un hecho debatido en materia tributaria.

No obstante la capital importancia de la experticia en los procedimientos tributarios, no encontramos muchos trabajos que aborden el examen de este medio de prueba en el contexto tributario. Precisamente, con este ensayo pretendemos ofrecer una *visión tributaria* de este medio de prueba, examinando algunas de sus características y peculiaridades en este ámbito del Derecho.

1. REGULACIÓN DE LA EXPERTICIA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO

El Código Orgánico Tributario vigente¹ (en adelante COT) incorporó cambios sustanciales en materia de pruebas respecto del COT de 1994, manteniéndose no obstante el principio general según el cual en materia tributaria, podrán invocarse todos los medios de prueba admitidos en derecho, con excepción del juramento y de la confesión de empleados públicos cuando ella implique prueba confesional de la Administración. ²

De manera que, una de los medios de prueba admisibles en el ámbito de los procedimientos tributarios es precisamente *la experticia*.

En este sentido, el COT establece una regulación específica para la tramitación de la prueba de experticia, que se encuentra prevista en el artículo 157 de este instrumento normativo.³

¹ Publicado en la Gaceta Oficial No. 37.305, del 17 de octubre de 2001.

² Artículo 156 del Código Orgánico Tributario.

³ Dispone el preciado artículo:

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, en los procedimientos tributarios podrán practicarse experticias para la comprobación o apreciación de hechos que exijan conocimientos especiales. A tal efecto deberá indicarse con toda precisión los hechos y elementos que abarcará la experticia y el estudio técnico a realizar.

La Administración Tributaria y el interesado, de mutuo acuerdo, procederán a designar a un experto, indicando su nombre y apellido, cédula de identidad, profesión, lugar de su notificación, objeto y límites de la experticia.

De no existir acuerdo, cada parte designará su experto y convendrán la designación de un experto adicional de entre una terna propuesta por el colegio o gremio profesional relacionado con la materia objeto de la experticia.

El experto o los expertos designados, según sea el caso, deberán manifestar en forma escrita su aceptación y prestar juramento de cumplir cabalmente con las tareas asumidas, debiendo, igualmente, fijar sus honorarios y el tiempo y oportunidad para la realización de la experticia. El dictamen del experto o de los expertos, según el caso, deberá extenderse por escrito, expresando el contenido, motivos y resultados de la misma.

Parágrafo Único: Los costos de la experticia incluyendo los honorarios del experto o los expertos, según sea el caso, correrán por cuenta de la parte que la solicite.”

2. CONCEPTO DE LA EXPERTICIA. JUSTIFICACIÓN DE LA EXPERTICIA EN EL ÁMBITO DE LOS PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS

Siguiendo la definición de Hernando Devis Echandía, entendemos que la experticia es una actividad procesal desarrollada en virtud de un encargo administrativo o judicial, por personas especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante el cual se le suministra al funcionario administrativo o al juez, *argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos*.⁴

La anterior definición omite deliberadamente una coletilla que contienen la mayoría de las definiciones de esta figura jurídica. En efecto, las definiciones aportadas por los procesalistas destacan que la experticia persigue suplir o completar el conocimiento del funcionario judicial o administrativo, respecto de ciertos hechos los cuales son requeridos por la naturaleza de la causa o de los hechos objeto de la experticia.⁵ Nos encontramos aquí con la primera particularidad de la experticia en ámbito tributario: No toda experticia persigue necesariamente suplir o completar el conocimiento del funcionario administrativo o sentenciador respecto de determinados hechos objeto de verificación o controversia. Por el contrario, en muchos casos, la experticia se erige como un medio o vehículo que integra a uno o más terceros imparciales (peritos) para que emitan su juicio acerca de hechos o circunstancias de carácter técnico o científico que son objeto de discusión en el procedimiento tributario, *respecto de los cuales no forzosamente el encargado de resolver el asunto carece de conocimientos especiales*.

En efecto, muchos de los conocimientos técnicos que se requieren para la verificación y apreciación de determinados hechos, forman parte del entendimiento del funcionario o juez. La anterior afirmación tiene particular vigencia para la materia contable, área del saber que constituye uno de los ejes fundamentales del fenómeno de la tributación. Por lo general, tanto

⁴ Devis, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, tomo 2, tercera edición, Víctor de Zabalia Editor, Buenos Aires, 1976, página 287.

⁵ Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo IV*, Organización Gráficas Capriles, C.A., Caracas, 1999, p. 384.

funcionarios como jueces poseen conocimientos contables, por lo que, muchos de los hechos que son objeto de experticia (contable en particular), pudiesen en principio ser apreciados y resueltos por los encargados de decidir el asunto, sin requerir el auxilio de los expertos. Por lo tanto, la justificación de esta actividad procesal no se encontraría vinculada exclusivamente a la ausencia o precariedad de los conocimientos técnicos del individuo.

De manera que, la experticia en general, y la contable en particular, procura en muchos casos facilitar la tarea decisoria del funcionario de que se trate, permitiéndole apreciar los hechos controvertidos por intermedio del dictamen de unos individuos (expertos) que por su conocimientos especiales merecen fe y confianza.

Por otra parte, creemos que existen otras razones de orden práctico que justifican la procedencia de la experticia y que no están relacionadas directamente con los conocimientos técnicos o científicos necesarios para apreciar ciertos hechos.

Así, los resultados de las actividades de fiscalización ejecutadas por la Administración son recogidos en la llamada Acta de Reparación,⁶ instrumento mediante el cual se determina la existencia o la cuantía de la obligación tributaria no declarada, o declarada parcialmente.⁷ Este acto administrativo aunque de carácter instrumental goza de una presunción de veracidad.⁸

Le corresponde entonces al contribuyente destruir tal presunción de veracidad utilizando las pruebas que estime conducentes (con excepción del juramento y de la confesión de empleados públicos cuando ella implique prueba confesional de la Administración).

Es así como la experticia constituye uno de los instrumentos o medios del contribuyente para desvirtuar las conclusiones de la investigación fiscal. En este caso, la experticia no supliría una deficiencia de conocimientos técnicos de la Administración Tributaria, sino que, permitiría incorporar al procedimiento

⁶ Artículo 183 del COT.

⁷ Artículo 116 del COT de 1994.

⁸ Dispone la parte final del artículo 184 del COT que *el Acta de Reparación hará plena fe mientras no se pruebe lo contrario*.

de formación del acto administrativo de primer grado (Resolución Sumario Administrativo) elementos para enervar los resultados de la Fiscalización, apreciados e interpretados por sujetos con competencias técnicas especiales y que se erigen como imparciales en la relación Administración-contribuyente surgida con motivo del levantamiento del Acta de Reparación. Lo anteriormente expuesto cobra particular importancia, tomando en cuenta que es “(...) la Administración no sólo es quien decide, sino que, a la vez tiene a su cargo la conducción del procedimiento (sumario administrativo).”⁹

En este contexto la experticia obraría como un instrumento para hallar la verdadera naturaleza económica de las operaciones y sus consecuencias en el ámbito tributario, toda vez que, “la decisión administrativa debe responder a la auténtica verdad, aún en contra de la posición del Fisco, no pudiendo encontrar justificación en la llamada verdad procesal, es decir, aquella que emerge del expediente pudiendo no tener relación alguna con la realidad.”¹⁰ Por lo tanto, la experticia que se evacue en el procedimiento sumario administrativo procuraría determinar la procedencia y veracidad de las objeciones fiscales efectuadas por la Administración Tributaria actuando en funciones de fiscalización.

En relación con la pertinencia e idoneidad de la experticia en los procedimientos administrativos de primer grado, con especial referencia a la experticia contable, la doctrina ha señalado que el dictamen pericial, “(...) al ser rendido por contadores públicos, es excepcional que pueda desconocerse o desmerecerse su valor probatorio, por tratarse de cuestiones técnicas que garantizan su precisión y certidumbre.”¹¹

Es importante llamar la atención que la presunción de veracidad de las Actas de Reparación no constituye una dispensa total de probar los hechos afirmados en dichos instrumentos, pues la Administración puede verse compelida a ello

⁹ Brewer, Allan, *Las Pruebas en el Derecho Administrativo*, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1982.

¹⁰ Blanco-Urbe, Alberto, *Las Pruebas en el Procedimiento Administrativo Tributario*, ensayo publicado en el libro Homenaje a la Memoria de Ilse Van Der Velde, Funeda, Caracas, 1998.

¹¹ Ramírez Cardona, Alejandro, *El Proceso Tributario*, Editorial Themis, Bogotá, 1967, pág. 235, citado por BLANCO-URIBE, Alberto, ob. cit. p. 35.

en virtud de los descargos¹², en cuyo caso, la propia Administración por mandato de los artículos 160 y 189 del COT, podría instar la evacuación de una experticia.¹³ Esta experticia seguiría el trámite previsto en el COT para la designación de los expertos, es decir, la evacuación de esta prueba se efectuaría con peritos independientes (no funcionarios administrativos), y su costo sería soportado por la Administración promovente. Debemos señalar que no conocemos ningún caso en el cual la propia Administración hubiere solicitado la evacuación de una experticia.

Otra de las razones prácticas que justifican el empleo de la experticia, tanto en los procedimientos administrativos como judiciales, radica en que muchos de los funcionarios encargados de resolver las controversias, no obstante de tener los conocimientos técnicos requeridos para estos casos, carecen del tiempo suficiente para efectuar la verificación directa de los hechos controvertidos. Así, por ejemplo, llevar a cabo una experticia en un procedimiento contencioso tributario por parte del propio Juez de la causa, pudiera comportar que el funcionario judicial desatendiera sus otras ocupaciones en desmedro de la correcta administración de justicia. Adicionalmente, muchas veces las experticias implican trasladarse a la sede del contribuyente o a sitios específicos distintos al lugar de despacho del funcionario administrativo o judicial. Por lo tanto, en estos supuestos la evacuación de la prueba de experticia facilita la comprobación de los hechos con significación tributaria sin perturbar la actividad administrativa o judicial.

Precisamente, la intervención de los peritos para apreciar e interpretar los hechos controvertidos hace que se califique a la experticia como una prueba indirecta, esto es, aquella en la cual el hecho a probar no es percibido por el funcionario o juez, con sus propios sentidos, sino a través de un medio determinado (testigo, documento, etc.).¹⁴

¹² Ruan, Gabriel, *La función de determinación en el nuevo COT*, trabajo publicado en el libro *Estudios sobre el COT de 2001*, AVDT, Caracas, 2002, p. 443.

¹³ Dispone el artículo 160 del COT que: “*La Administración Tributaria impulsará de oficio el procedimiento y podrá acordar, en cualquier momento, la práctica de las pruebas que estime necesarias*”.

Por otra parte, el artículo 189 eiusdem señala que transcurrido el lapso para presentar los descargos, se abrirá un lapso de 15 días para evacuar las pruebas, *pudiendo la Administración Tributaria evacuar las que considere pertinentes*.

¹⁴ Carnelutti, Francesco, *La Prueba Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 61.

3. EXPERTICIA Y REVISIÓN FISCAL

Las tareas de fiscalización de las obligaciones tributarias de los contribuyentes llevadas a cabo por la Administración Tributaria, comportan la ejecución de actividades de carácter técnico. Sin embargo, tales actuaciones no pueden calificarse propiamente como experticias pues los funcionarios no actúan como expertos independientes, amén de que en su designación no habría participado el contribuyente.

Precisamente, estas fueron las razones argüidas por el Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario para desechar el carácter de experticia de las tareas llevadas a cabo por funcionarios administrativos con conocimientos técnicos-contables durante una revisión fiscal. En efecto, sostuvo el prenombrado fallo que: “(...) la actuación de la fiscal no encuadra en la prueba de experticia consagrada en los artículo 451 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que requiere la intervención de las partes para la selección y designación de los terceros imparciales expertos.”¹⁵

En otro fallo, la Sala Político-Administrativa estableció igualmente las diferencias entre las facultades revisoras de la Administración y la experticia, señalando que:

La naturaleza jurídica y característica de la experticia, en tanto que medio probatorio, es totalmente diferente a la potestad fiscalizadora que tiene atribuida la Administración tributaria, (Artículo 108 COT) en virtud de la cual, ésta dispone de amplias facultades de investigación que le permiten requerir del contribuyente y del responsable la exhibición de sus libros, documentos y correspondencia comercial, para lo cual deberá dictar una Resolución motivada antes de proceder a la revisión. De los supuestos de hecho y de derecho invocados por la Administración para emitir esta Resolución, se evidencia que el órgano administrativo confundió la realización de la experticia como medio probatorio promovido por la contribuyente con la revisión o inspección de los libros y demás documentos relacionados con la actividad económica de la contribuyente, que puede ser efectuada por la Administración.¹⁶

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario de fecha 11 de marzo de 2000, caso Cementos Caribe, C.A.

¹⁶ Sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 17 de marzo de 1999, caso Seguros Horizonte, C.A.

4. OBJETO DE LA EXPERTICIA

El COT establece que la experticia versará sobre la comprobación o apreciación de *hechos*. Un asunto de mero derecho es aquél que versa sobre la aplicación y el alcance de una norma jurídica. De manera que, resultaría impertinente solicitar que los expertos se pronunciaran sobre la interpretación de una norma o su aplicación a un caso en particular, o bien, que dieran calificaciones jurídicas sobre un hecho determinado o interpretaran un contrato o una convención.

Así, por ejemplo, resultaría ilegal e impertinente solicitar a los expertos contables que examinaran un contrato para determinar si se habría producido o no la enajenación de unos activos fijos. Este aspecto sin duda constituiría un aspecto de mero derecho. Sin embargo, los expertos sí podrían verificar y constatar si los activos fijos fueron desincorporados contablemente de los libros legales del vendedor, si aparece registrada una cuenta por cobrar en sus libros, o bien, si se reflejó una disminución de la cuenta por pagar con el comprador. Estos extremos le permitirían entonces al funcionario o juez, conocer si las obligaciones derivadas del contrato de venta se verificaron o no, en procura de establecer la veracidad de la pretendida venta y determinar los efectos fiscales de la operación.

Quisiéramos llamar la atención respecto de una censurable postura de la Administración Tributaria, afortunadamente en retroceso, de descalificar la evacuación de experticias, so pretexto de ser asuntos de mero derecho. Así, la circunstancia que exista un dispositivo normativo que regule o afecte ciertos y determinados hechos, no invalida la experticia como un medio para el examen de aquéllos y la evaluación de tales hechos en ningún caso comporta una interpretación de la norma. Admitir sin cortapisas la tesis de la Administración Tributaria significaría desconocer la experticia como medio de prueba y afectar el derecho a la defensa del contribuyente. En todo caso, ante la duda respecto si la experticia abarca o comprende puntos que puedan estimarse como de mero derecho, somos de la opinión que tanto la Administración como el Juez, en atención al derecho a la defensa, al debido proceso y el principio de la verdad real¹⁷, deben admitir la prueba y reservarse para la oportunidad de

¹⁷ Este principio predica que “la decisión administrativa debe responder a la auténtica verdad, no pudiendo encontrar justificación en la llamada verdad procesal, es decir, aquella que emerge del expediente pudiendo no tener relación alguna con la realidad”, Blanco, Alberto, ob. cit., p. 404.

emitir la decisión definitiva, sus consideraciones en relación con los aspectos sometidos a la consulta de los expertos.

Ahora bien, qué aspectos de hecho pueden ser objeto de examen mediante el peritaje tributario. La respuesta puede ser tan amplia como el catálogo de situaciones jurídicas que pueden derivarse de las distintas relaciones tributarias. En efecto, cuestiones propias de la ciencia contable, aspectos numéricos, asuntos de las ciencias naturales (biología, química, entre otros), aspectos tecnológicos, en fin, cualquier situación de hecho que pueda tener relación directa o indirecta con los tributos podría someterse al peritaje. De manera que, el alcance de la experticia podría comprender: i) La verificación de la existencia o las características de los hechos técnicos (por ejemplo, una prueba para determinar las características de un producto a los fines de determinar su clasificación arancelaria) y; ii) La aplicación de reglas técnicas a los hechos verificados (efectuar el cálculo del ajuste por inflación de los activos y pasivos no monetarios con base en las cifras declaradas por el propio contribuyente y/o revisadas por la Fiscalización).

Otras de las características de la experticia en general y en el ámbito tributario en particular, se refiere a que los hechos objeto de la experticia deben ser concretos, específicos, no generales ni confusos. Dispone el artículo 157 del COT que el promovente deberá señalar con toda precisión los hechos y elementos que abarcará la experticia y el estudio técnico a realizar.¹⁸ En este sentido, ha destacado la jurisprudencia que:

La admisibilidad de la prueba de experticia se halla limitada procedimentalmente, de una parte, por su objeto, el cual debe versar sobre puntos de hecho concretos, y por la otra parte, por la claridad y precisión con que debe indicarse el punto de hecho que se pretende demostrar, por lo cual no es admisible una experticia que no solo pretende el examen de la globalidad del movimiento comercial del recurrente, sino aún más, derivar la experticia de hipótesis generales (...).¹⁹

¹⁸ De su parte, establece el artículo 451 del Código de Procedimiento Civil que los puntos de hecho sobre los cuales recaerá el examen pericial deberán indicarse con claridad y precisión.

¹⁹ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 8 de octubre de 1990.

Destacamos asimismo que el objeto de la experticia no se limita únicamente a que el perito emita juicios de valor sobre los hechos analizados, sino que, el experto debe narrar los hechos fácticos que sirvieron de fuente para emitir su dictamen pericial. En consecuencia, el perito debe observar los hechos, exponerlos al funcionario o juez, y expresar sus conclusiones valorativas del caso. Una exposición parcial de los extremos antes citados pudiera afectar el mérito probatorio de la experticia.

Por otra parte, la experticia constituye un acto procedimental que se verifica en virtud de un encargo de la Administración o el Juez. Por lo tanto, carecería de valor probatorio cualquier dictamen técnico que no se hubiera evacuado en el marco de un procedimiento tributario, sin el concurso y el contradictorio del contribuyente o de la propia Administración Tributaria, aún y cuando fuere elaborado por expertos. Lo anteriormente expuesto sería igualmente válido respecto de los llamados “*informes técnicos*” que forman parte de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración Tributaria con ocasión de un procedimiento de fiscalización tributaria.

5. PROCEDIMIENTO DE LA EXPERTICIA

5.1 *En el procedimiento sumario*

Uno de los aciertos del COT de 2001, consistió en establecer un trámite especial para la práctica de las experticias en los procedimientos tributarios. Dicha regulación tiene particular importancia en el procedimiento administrativo de primer grado para la emisión de la Resolución Culminatoria. Bajo la vigencia de los Códigos Tributarios anteriores, la Administración Tributaria designaba a sus propios funcionarios para la evacuación de las experticias promovidas por los contribuyentes en el sumario administrativo. Esta práctica convertía la experticia en una nueva revisión fiscal que generalmente confirmaba los resultados de la investigación inicial. Hoy día la evacuación de la experticia se verifica con el concurso de profesionales independientes, lo cual garantizaría la imparcialidad del dictamen que se rinda, así como la emisión de un acto administrativo apegado a la verdad económica que se pretende gravar.

En este sentido, observamos que, la prueba de experticia evacuada en el sumario administrativo constituye una valiosa garantía tanto para el

contribuyente como para la Administración Tributaria y su importancia en esta instancia administrativa no ha sido suficientemente advertida por los operadores tributarios. En efecto, el dictamen pericial realizado por terceros imparciales tendría por objeto reexaminar los hechos fiscalizados y sus efectos, comparando las conclusiones así obtenidas con los resultados de la fiscalización reflejadas en el Acta de Reparación. Esta comparación podría resultar en una confirmación de las objeciones fiscales, o bien, que se establezca la improcedencia de los reparos formulados. En uno y otro caso, el acto administrativo definitivo (Resolución Culminatoria) capitalizaría el conocimiento técnico de los expertos y su imparcialidad, por lo que, posiblemente la evacuación de la experticia evitaría la prosecución de procedimientos administrativos o judiciales ulteriores, ya sea que el contribuyente acepte los términos de la Resolución, ya sea que la Resolución revoque los reparos formulados.

Concluido, pues, el lapso para que el contribuyente se allane o se avenga a las pretensiones fiscales y se pague el tributo determinado por la Administración en el Acta de Reparación,²⁰ el contribuyente dispondrá de 25 días hábiles para formular los descargos y *promover la totalidad de las pruebas para su defensa*.²¹ Por lo tanto, la promoción de la experticia en el marco del procedimiento sumario se verificaría durante el lapso que tiene el contribuyente para presentar los descargos. De manera que, agotada la exposición de los alegatos del contribuyente respecto de la improcedencia de las objeciones fiscales, el interesado deberá promover formalmente la prueba de experticia, empleando las mismas fórmulas rituales que se utilizarían para promover la prueba en forma independiente.

Aunque el COT expresamente señala un lapso de 25 días hábiles para presentar los descargos y promover las pruebas, estimamos que este lapso no debería estimarse como preclusivo y el contribuyente podría presentar descargos y promover pruebas en cualquier momento antes de la emisión de la Resolución Culminatoria. Lo anteriormente expuesto tiene su razón de ser en el hecho que cualquier elemento de prueba que conduzca a la Administración Tributaria a establecer la verdadera causación del hecho imponible del tributo, debe ser

²⁰ Artículo 185 del COT.

²¹ Artículo 188 del COT.

tomado en cuenta por el funcionario respectivo, so pena de emitir un acto administrativo definitivo reñido al principio de la capacidad contributiva y el ejercicio pleno del derecho a la defensa. Por lo tanto, el contribuyente podría promover la experticia en cualquier momento antes de la emisión de la citada Resolución. Sin embargo, aunque teóricamente posible, es muy probable que la Administración niegue por extemporánea la tramitación de la prueba de experticia promovida en una oportunidad distinta al lapso para la presentación de los descargos.

Ni las normas sobre las pruebas en general, ni las disposiciones del sumario administrativo y del recurso jerárquico en materia de pruebas, contienen una norma que autorice la aplicación de las disposiciones del Código Civil, el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) y otras leyes de la República, en materia de pruebas, tal como sí sucede para los procedimientos judiciales.²² Sin embargo, la precariedad de las reglas del COT para regular los distintos eventos de la experticia –tanto en el sumario como en el procedimiento del recurso jerárquico– comportaría la aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil y el CPC en cuanto resulten aplicables (tal como podrá apreciarse de la lectura de este acápite).

Promovida la experticia se procedería a designar a los respectivos expertos. En este sentido, creemos que el artículo 157 del COT insta o conmina a la Administración Tributaria y al contribuyente a procurar *en forma preferente* la designación de un solo experto. En efecto, la citada norma establece en forma imperativa que: “*La Administración Tributaria y el interesado, de mutuo acuerdo, procederán a designar a un experto (...).*” Este mandato resulta comprensible tomando en cuenta los altos costos de la experticia.

En este sentido, anotamos que, no en pocas ocasiones los honorarios de los expertos representan una limitación al derecho a la defensa del contribuyente, quien se abstiene de promover este medio de prueba por los elevados costos asociados a su evacuación. A este respecto, vale la pena mencionar la posición

²² Establece el artículo 273 del COT que: “A los efectos de la promoción, evacuación y valoración de las pruebas, los jueces tendrán por regla las disposiciones que al efecto establezca el Código de Procedimiento Civil, el Código Civil y otras leyes de la República.”

del Tribunal Supremo de Justicia en relación con el impacto económico que representa la evacuación de una prueba de experticia, que sostuvo lo siguiente:

*“(...) los expertos al fungir como auxiliares en la administración de justicia, deben recibir honorarios que permitan al promovente de la prueba acceder a la misma, es decir hacer posible su evacuación sin que sea ésta una carga económica excesiva que restrinja al justiciable la tutela efectiva de sus derechos e intereses, todo ello en virtud de la solidaridad social a que estamos llamados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y por una buena administración de justicia, más aún cuando los expertos forman parte del sistema de justicia.”*²³ (Resaltado nuestro).

No obstante el mandato contenido en el artículo 157 eiusdem, observamos que, algunas gerencias del SENIAT se niegan a admitir la designación de un solo experto, con el pretexto de que *esta forma de practicar la experticia no garantizaría plenamente los derechos del Fisco*. Tal posición resulta sin duda ilegal y contradice el espíritu de la norma comentada.

Otra de las prácticas cuestionables de algunas de las gerencias del SENIAT en esta materia, consiste en la designación del experto único en forma unilateral y sin la intervención del contribuyente, en aquellos casos cuando éste último hubiere manifestado su voluntad de que la experticia se practique con un solo perito. Para nosotros, la frase del COT *de mutuo acuerdo*, solo tiene una interpretación posible, esto es, que el nombramiento del experto único resulte del consenso entre las partes, recayendo tal designación en una persona que por sus características técnicas y probidad inspire la confianza tanto del Fisco como del contribuyente.

Resulta más sana la práctica de otras gerencias del SENIAT, quienes elaboran una lista de expertos elegibles y lo someten a la consideración del contribuyente, quien sugiere al SENIAT dos o tres candidatos de la precitada lista, a los fines de escoger entre ellos al único experto. En cualquier caso, resultaría conveniente que el SENIAT emitiera un instructivo o manual para la designación de expertos en los procedimientos en sede administrativa, mediante el cual se

²³ Sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 23 de octubre de 2001, caso Baan de Venezuela, S.A.

establezca en forma clara el mecanismo para la designación del experto único, evitando de esta manera que los funcionarios administrativos actúen en forma arbitraria o discrecional en perjuicio del derecho a la defensa y al debido proceso del contribuyente.

Dispone igualmente el mencionado artículo 157 del COT, que de no existir acuerdo, cada parte designará su experto y convendrán la designación de un experto adicional de entre una terna propuesta por el colegio o gremio profesional relacionado con la materia objeto de la experticia. Al respecto, vale la pena destacar que muchos colegios y gremios profesionales no disponen de listados de profesionales que puedan fungir como expertos, lo cual, dificulta y demora la designación del tercer experto.

No establece el COT quiénes pueden ser designados expertos. Al respecto, creemos aplicable la disposición prevista en el artículo 453 del CPC que establece que el nombramiento de los expertos no puede recaer sino en personas que por su profesión, industria o arte, tengan conocimientos prácticos de la materia a que se refiere la experticia. Por otra parte, tampoco nada establece el COT en relación con la impugnación del experto designado por la otra parte. Esta situación resultaría complicada en esta instancia administrativa. En efecto, en el procedimiento judicial le compete al Juez evaluar la idoneidad profesional del postulado impugnado.

Sin embargo, en esta instancia no existe un tercero que resuelva la controversia en relación con la impugnación del experto. Precisamente, tomando en cuenta que la Administración Tributaria actúa como “juez y parte” en este procedimiento, cualquier impugnación de los expertos debería ser resuelta de común acuerdo con el contribuyente, procurando siempre que los expertos resulten elegidos por sus méritos profesionales. Agregamos que, cualquier impugnación del experto debe ser motivada y el peticionario debe acompañar prueba de la inidoneidad alegada.

Establece igualmente el artículo 157 del COT, que el experto o los expertos designados, deberán manifestar en forma escrita su aceptación y prestar juramento de cumplir cabalmente con las tareas asumidas, debiendo, igualmente, fijar sus honorarios y el tiempo y oportunidad para la realización de la experticia. Aunque no lo diga expresamente el COT, competirá a la

Administración Tributaria fijar oportunidad para que tenga lugar el acto de nombramiento de los expertos, así como el acto de juramentación.

En relación con los honorarios profesiones de los expertos, dispone el parágrafo único del citado artículo que los costos de la experticia, incluyendo los honorarios del experto o los expertos, según sea el caso, correrán por cuenta de la parte que la solicite. En este sentido, estimamos que tales honorarios deben ser fijados tomando en cuenta la naturaleza del trabajo a realizar, el tiempo que se estima se invertirá en la práctica del peritaje, la necesidad de trasladarse fuera del lugar de residencia del experto, entre otros aspectos. Una práctica que resulta ética y profesionalmente reprochable consiste en fijar los honorarios profesionales atendiendo al monto de la pretensión fiscal, sin tomar en consideración los elementos antes citados.

Ahora bien, qué sucede cuando los expertos y la parte promovente no logran ponerse de acuerdo en relación con los honorarios profesionales. En este sentido, anotamos que, no será sino luego de su juramentación, cuando los expertos designados se impondrán de los particulares de la experticia y podrán estimar sus honorarios. En cualquier caso, la falta de acuerdo acerca de los honorarios, o bien, la falta de pago de los honorarios convenidos, no debería condicionar la ejecución de las actividades de la experticia y, menos aún, la consignación del dictamen pericial. Y es que los expertos una vez que juran cumplir cabalmente la misión que les ha sido asignada, no ejecutan una actividad privada, antes bien, tales sujetos constituyen auxiliares de la Administración Tributaria y el Juez. Por otra parte, tampoco resultaría admisible negarle valor probatorio al dictamen consignado estando pendiente el pago de los honorarios profesionales.

Sin embargo, atendiendo a la labor ejecutada por el experto y su legítimo derecho a recibir la remuneración convenida por los servicios prestados, creemos que la propuesta de honorarios profesionales debidamente aceptada, conjuntamente la copia certificada del dictamen pericial consignado en el expediente administrativo o judicial, constituirían instrumentos suficientes para intentar un procedimiento de intimación de honorarios profesionales, y para que el Juez decrete el embargo preventivo de bienes del promovente.

Señala igualmente el artículo 157 *eiusdem* que él o los expertos deberán indicar el tiempo que requieren para practicar la experticia. No indica nada el COT

respecto si la Administración debe fijar un plazo para la presentación del informe pericial atendiendo a la declaración del experto. Empero, creemos que por razones de seguridad jurídica, la Administración debe fijar de manera cierta, el plazo para la consignación del informe el cual deberá constar en el expediente administrativo.

En cuanto a la oportunidad para consignar el dictamen pericial, tenemos que, el artículo 158 del COT establece que el término de prueba (promoción y evacuación) será fijado de acuerdo con la importancia y complejidad de cada caso, y no podrá ser inferior a 10 días hábiles. Sin embargo, la norma especial del procedimiento sumario, prevé que el lapso de evacuación será de 15 días hábiles, pudiéndose prorrogar por un período igual, cuando el anterior no fuere suficiente y siempre que medien razones que lo justifiquen, los cuales se harán constar en el expediente.²⁴ Será, pues, éste último plazo y sus prórrogas el que deberá seguirse a los fines de la evacuación de la prueba pericial y la consignación del informe.²⁵

Es importante llamar la atención que el lapso de evacuación de las pruebas y el lapso para la consignación de la experticia, aunque transcurren paralelamente, no precluyen necesariamente simultáneamente. En efecto, ordinariamente el lapso de evacuación precluirá primero que el concedido para la entrega del informe pericial (como consecuencia de las actuaciones preliminares que requieren ser agotadas para el inicio de la experticia, tales como, el nombramiento de los expertos, su notificación y juramentación), sin que esta situación invalide o anule la experticia promovida y su proceso de evacuación.

El COT no establece tampoco una regla de valoración de la experticia tramitada en sede administrativa. En este sentido, compartimos la opinión de Alejandro Ramírez para quien en ausencia de una norma de valoración de la experticia, el funcionario administrativo debe aplicar las reglas de la sana crítica, “(...) con lo cual se puede garantizar que si la Administración Tributaria va a desechar el contenido de una experticia que fue favorable al promovente,

²⁴ Artículo 189 del COT.

²⁵ En relación con la consignación del informe pericial fuera el lapso concedido a estos efectos, véase el siguiente epígrafe.

debe hacerlo luego de una adecuada ponderación de los resultados, expresando las razones por las cuales la prueba evacuada no ofrece suficiente convicción para el órgano actuante.”²⁶ Sobre este particular, la jurisprudencia ha establecido que: “(...) la Administración goza de libertad en la apreciación de las pruebas.”²⁷

No prevé el COT una oportunidad para que las partes (incluyendo a la propia Administración) soliciten al experto aclaratorias o ampliaciones del dictamen pericial. Ante esta situación, creemos que resultaría aplicable analógicamente la disposición contenida en el artículo 468 del CPC que establece que:

En el mismo día de su presentación o dentro de los tres días siguientes cualquiera de las partes puede solicitar del Juez que ordene a los expertos aclarar o ampliar el dictamen, en los puntos que señalará con brevedad y precisión. El Juez, si estimare fundada la solicitud, así lo acordará sin recurso alguno y señalará a tal fin un término prudencial que no excederá de cinco días.

Ahora bien, igual como sucede en el supuesto de la impugnación del experto, la decisión que acuerde o no la aclaratoria, le competiría a la propia Administración. En cualquier caso, estimamos que la Administración debería conceder la petición del contribuyente y únicamente procedería su rechazo mediante auto debidamente motivado, cuando aquélla resulta claramente infundada o impertinente.

Nada dispone tampoco el COT respecto del derecho de reembolso o repetición del contribuyente de los gastos incurridos para la evacuación de una experticia que sirvió para demostrar la improcedencia de los reparos formulados. En el marco del procedimiento contencioso tributario, declarado con lugar el recurso, la Administración sería condenada en costas por un monto que no podrá exceder el 10% de la cuantía del recurso, condenatoria que comprendería eventualmente el resarcimiento por las erogaciones efectuadas con motivo

²⁶ Ramírez, Alejandro, *Los procedimientos administrativos previstos en el nuevo Código Orgánico Tributario*, trabajo publicado en el libro *Estudios sobre el COT de 2001*, AVDT, Caracas, 2002, p. 566.

²⁷ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 13 de abril de 1994, caso Felipe Figueroa, citada por Blanco, Alberto, ob. cit., p. 406.

de la experticia que se hubiere visto en la necesidad de promover el particular. Sin embargo, en el procedimiento sumario existe un silencio normativo al respecto.

Así, los gastos incurridos por el contribuyente para demostrar la improcedencia del Acta de Reparación, produjeron una disminución en su esfera patrimonial que debería ser compensada, pues de otro modo se le estaría causando un daño injusto al contribuyente (que declaró correctamente la obligación tributaria que fuere objeto de fiscalización). En este sentido, dispone el artículo 190 de la Constitución Nacional que *el Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración*. Por lo tanto, estimamos que la Administración quedaría obligada a devolver al contribuyente los importes erogados por este concepto²⁸. Lastimosamente, no existe un procedimiento abreviado a estos fines (vgr. el procedimiento de devolución de lo pagado indebidamente), por lo que, el contribuyente se vería obligado a intentar una demanda por responsabilidad patrimonial contra la República.

5.2 En el procedimiento del recurso jerárquico

El artículo 243 del COT señala que el contribuyente conjuntamente con el recurso jerárquico podrá anunciar, aportar o promover las pruebas que serán evacuadas en el lapso probatorio. Por su parte, el artículo 251 del COT, señala que *una vez admitido el recurso jerárquico, se abrirá un lapso probatorio, el cual será fijado de acuerdo con la importancia y complejidad de cada caso y no podrá ser inferior a 15 días hábiles, prorrogables por el mismo término según la complejidad de las pruebas a ser evacuadas*. Anotamos que la apertura de este lapso de evacuación debe ser necesariamente notificada al contribuyente para su eficacia.

²⁸ Observamos al respecto que en sentencia del Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario, en el caso Supercable ALK, el Tribunal estableció el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia tributaria, señalando que: “(...) este principio constitucional de la responsabilidad del Estado, alcanza también a las Autoridades Tributarias, quienes están obligadas a responder por todos los daños que sus diversas actuaciones causen en el patrimonio de los particulares (...)”.

Igual como sucede en el procedimiento sumario, se aplicarán a la experticia promovida en este procedimiento recursivo, en primer lugar, las reglas establecidas en el artículo 157 del COT y, en todo lo no dispuesto o no regulado en tales normas, se aplicarían supletoriamente las normas del Código Civil y el CPC.

De modo que, promovida la experticia correspondería a la Administración Tributaria fijar la oportunidad para el nombramiento de los expertos, proceder a su juramentación y fijar el lapso para la práctica de la prueba y la entrega del informe pericial. Creemos que en la medida que ello resultare posible, las partes deberían igualmente procurar la designación de un experto único. Reproducimos igualmente aquí las consideraciones hechas en relación con las características del experto, su impugnación, la procedencia de solicitar observaciones o aclaratorias al informe pericial, y la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria respecto de los costos de la experticia en caso que se declare con lugar el recurso jerárquico.

5.3 En el procedimiento del recurso contencioso tributario

El régimen probatorio del recurso contencioso tributario se encuentra establecido en los artículos 269 y siguientes del COT. Este procedimiento sí consagra expresamente la aplicación de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, el Código Civil y otras leyes de la República, a la promoción, evacuación y valoración de las pruebas.²⁹

En materia judicial el COT establece expresamente un lapso de 10 días de despacho para la promoción de pruebas, seguido de un lapso de 3 días de despacho para que las partes se opongan a las pruebas promovidas por la parte contraria, 3 días de despacho para que el Tribunal resuelva sobre la admisión de las pruebas promovidas, y un lapso de 20 días de despacho para su evacuación. Atendiendo al mandato del artículo 269 *eiusdem*, no cabe duda de la aplicación principal y directa de las normas del CPC respecto de la experticia, por lo cual, remitimos al lector a los comentarios de la doctrina

²⁹ Artículo 273 del COT.

procesal respecto de la regulación de esta prueba en el procedimiento civil ordinario, reservándonos solamente unos breves comentarios.

Así, nada obsta para que en este procedimiento jurisdiccional, las partes resuelvan que la experticia se practique con un solo experto, no siendo justificación para negarse a esta opción procedimental el argumento que *los intereses del Fisco no resultarían bien protegidos*. Por otra parte, en caso que los expertos no hubieren terminado la experticia, una vez concluido el lapso para la evacuación, creemos que cualquiera de las partes podría solicitar al Juez que difiera el acto de informes hasta tanto conste en autos el informe pericial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 del CPC.³⁰

6. EFICACIA PROBATORIA DE LA EXPERTICIA

Cumplidos los extremos procedimentales para la evacuación de la experticia y consignado el respectivo dictamen, compete ahora examinar qué características debe tener este informe para que alcance eficacia probatoria.

En primer lugar, tenemos que insistir en que la experticia debe versar sobre asuntos de hecho. Si el dictamen brindado está referido a calificaciones o interpretaciones jurídicas deberá ser desechado por el funcionario o juez (expresando las razones para no valorarlo).

Por otra parte, el informe pericial debe estar debidamente fundamentado tal como lo ordena el artículo 157 del COT, que establece que: “El dictamen del experto o de los expertos, según el caso, deberá extenderse por escrito, expresando el contenido, motivos y resultados de la misma”. Por lo tanto, la motivación del informe pericial constituye un requisito indispensable para que el funcionario o juez pueda atribuirle algún valor probatorio al dictamen. En efecto, “si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que

³⁰ Establece el artículo 202 del CPC que: “Los términos o lapsos procesales no podrán prorrogarse ni abrirse de nuevo después de cumplidos, sino en los casos expresamente determinados por la Ley, o cuando una causa no imputable a la parte que lo solicite lo haga necesario.”

Precisamente, la causa no imputable a las partes que autorizaría el diferimiento del acto de informes sería el hecho que los expertos no hubieren concluido la experticia promovida.

lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes”.³¹

Cuando los peritos lo consideren conveniente, deberán elaborar planos, croquis, dibujos o esquemas explicativos, acompañar fotografías, etc.³² En todos los casos, los peritos deberán explicar los procedimientos y la metodología utilizada, así como las limitaciones enfrentadas en la realización de la experticia.

Sin pretender ser dogmáticos, estimamos que el informe pericial debería estar estructurado de la siguiente manera:

- a. Identificación de los expertos y del caso en que se inscribe la práctica de la experticia (órgano administrativo o tribunal, parte promovente, nomenclatura del expediente, acto administrativo, etc.).
- b. Debería contener un capítulo preliminar o punto previo en el cual se identifiquen aquellos aspectos de la experticia que pudieran afectar su eficacia probatoria, verbigracia, limitaciones respecto de la información suministrada.
- c. Indicación de la metodología o el procedimiento utilizado para la evacuación de la prueba.³³
- d. Exposición debidamente motivada acerca de los hechos verificados, sus causas y sus efectos, con indicación del juicio de valor respecto de los aspectos sometidos a la experticia.
- e. Conclusiones.
- f. Anexos y recaudos que complementen el dictamen pericial (papeles de trabajo, fotos, planos, fotocopias de documentos, entre otros).
- g. En caso de que la decisión no sea unánime, el informe debe contener el voto salvado del experto con opinión divergente.

³¹ Devis, Hernando, ob. cit. p. 404.

³² Devis, Hernando, ob. cit. p. 434.

³³ En relación con la experticia contable en particular, entendemos que existe una norma corporativa que regula este tipo de actividades y se denomina “Servicios Especiales Prestados por Contadores Públicos Independientes SEPC-4”, promulgada por la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela.

Ahora bien, ante un dictamen inmotivado, contradictorio o vago, el problema estriba en que el funcionario o Juez podrían no tener los conocimientos técnicos necesarios para determinar si deberían aceptar o no las conclusiones del informe. En estos casos, competirá a la parte (Administración o contribuyente) advertir acerca de la insuficiencia del informe y sus carencias técnicas, mediante un escrito que se consigne a estos efectos durante el Sumario (si se trata del contribuyente), motivando su parecer en la Resolución o decisión del Recurso Jerárquico (si el dictamen obrara en contra de la Administración), o bien, en el escrito de informes si el dictamen fue evacuado en sede judicial.

Sin menoscabo de lo anteriormente expuesto, creemos acertada la recomendación que hace Devis Echandía en relación con este punto, quien anota que: “Antes de negarle la eficacia probatoria al dictamen, es conveniente ordenar su ampliación o aclaración, para ver si se subsanan las deficiencias (...)”³⁴ solución que reconoce implícitamente el alto costo de la experticia para el promovente y lo dispendioso que significaría la evacuación de un nuevo dictamen pericial.

En otro orden de ideas, destacamos que para que el dictamen pueda ser apreciado por el funcionario competente o el Juez, se deben examinar las actas del procedimiento (expediente administrativo o judicial) para determinar que las conclusiones del dictamen no resulten contradictorias con otras pruebas que cursen a los autos. En este sentido, Jaime Guasp señala que: “la fuerza probatoria de la prueba pericial puede ser enervada mediante la práctica de otras pruebas que arrojen resultados distintos y contrarios al del dictamen.”³⁵

Por su parte, el artículo 1.425 del Código Civil establece que: “El dictamen de la mayoría de los expertos se extenderá en un solo acto que suscribirán todos y debe ser motivado, circunstancia sin la cual no tendrá ningún valor Si no hubiere unanimidad, podrán indicarse las diferentes opiniones y sus fundamentos.” Ahora bien, en aquellas experticias que contenga un voto salvado, el dictamen estará condicionado a opinión de la mayoría, aunque el disidente deberá consignar su opinión divergente en forma razonada. Sin

³⁴ Devis, Hernando, ob. cit. pág. 337.

³⁵ Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, 1962, p. 404

embargo, en ningún caso la ausencia de unanimidad de los expertos comporta la nulidad del informe.³⁶

Otro de los aspectos que suscita controversias es si el informe que no se encuentre firmado por todos los expertos se reputa nulo, si perjudica la eficacia probatoria del informe, o si la falta de cumplimiento de tales requisitos resulta inocua. Al respecto observamos que la falta de firma de alguno de los expertos no anula el informe rendido. Es así como, la extinta Corte Suprema de Justicia estableció que la nulidad de la experticia sólo procedería cuando aquella no esté motivada, y no cuando falte la firma de los expertos.³⁷

Igualmente, vale la pena referirse a la entrega del informe pericial fuera del plazo fijado por la Administración Tributaria o el Juez a estos efectos. Lo primero que habría que señalar es que la impuntualidad de los expertos en consignar el informe o dictamen, no puede perjudicar a la parte promovente de la prueba. En este sentido, ha sostenido la jurisprudencia que “(...) el legislador apela siempre a la multa para sancionar a los expertos omisos o remisos en cumplir su encargo, pero nunca la nulidad de su informe.”³⁸

Finalmente, tenemos que, ni la Administración, ni el Juez están obligados a seguir el dictamen de los expertos si su convicción se opone a ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1427 del Código Civil. Es decir, el dictamen pericial no es vinculante para el Juez o la Administración Tributaria. Ahora bien, el rechazo de las conclusiones de la experticia debe ser motivado y razonado pues de lo contrario constituiría una falta de apreciación de las pruebas y, consiguientemente, una violación del derecho a la defensa de los contribuyentes.

Vale la pena destacar que en la medida que el informe pericial se encuentre motivado, que las conclusiones sean claras y congruentes con los hechos, resulta muy difícil que el funcionario administrativo o el Juez puedan apartarse

³⁶ Bello, Humberto, *La Prueba y su Técnica*, Editorial Mobil Libros, Caracas, 1985, p. 490.

³⁷ Estableció la Corte que: “(...) la nulidad solo se refiere a la experticia que no esté motivada y no a aquella en que la falte la firma de todos los expertos. “ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 6 de agosto de 1969.

³⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de octubre de 1988.

de las conclusiones del dictamen pericial, tomando en cuenta además, el carácter técnico del informe rendido. En relación con la imperiosa necesidad de que la parte que quiera enervar la eficacia de la experticia, demuestre su improcedencia o falta de técnica, la Sala Político-Administrativa sostuvo lo siguiente: “La apoderada del Fisco Nacional no alegó ni demostró la falta de veracidad o la falsedad de los resultados de la experticia contable promovida por los apoderados judiciales de la sociedad mercantil reparada, con lo cual se debe fatalmente concluir que en cuanto a los hechos, el Fisco Nacional aceptó las conclusiones a las que llegó el informe pericial respecto a los reparos antes señalados.”³⁹

CONCLUSIONES

Una vez agotado el desarrollo argumental de este trabajo, podemos resumidamente concluir:

1. En materia tributaria, no toda experticia persigue necesariamente suplir o completar el conocimiento del funcionario administrativo o sentenciador respecto de determinados hechos objeto de verificación o controversia. Por el contrario, en muchos casos, la experticia se erige como un medio o vehículo que integra a uno o más terceros imparciales (peritos) para que emitan su juicio acerca de hechos o circunstancias de carácter técnico o científico que son objeto de discusión en el procedimiento tributario, *respecto de los cuales no forzosamente el encargado de resolver el asunto carece de conocimientos especiales*. En este contexto la experticia obraría como un instrumento para hallar la verdadera naturaleza económica de las operaciones y sus consecuencias en el ámbito tributario.
2. Las tareas de fiscalización de las obligaciones tributarias de los contribuyentes llevadas a cabo por la Administración Tributaria, comportan la ejecución de actividades de carácter técnico. Sin embargo, tales actuaciones no pueden calificarse propiamente como experticias

³⁹ Sentencia de la Sala Política Administrativa de fecha 31 de agosto de 2004, caso Cementos Caribe, C.A.

pues los funcionarios no actúan como expertos independientes, amén de que en su designación no habría participado el contribuyente.

3. El objeto de la experticia debe recaer necesariamente sobre puntos de hecho. Sin embargo, la circunstancia que exista un dispositivo normativo que regule o afecte ciertos y determinados hechos, no invalida la experticia como un medio para el examen de aquéllos y la evaluación de tales hechos en ningún caso comporta una interpretación de la norma.
4. La experticia en los procedimientos tributarios podría comprender: i) La verificación de la existencia o las características de los hechos técnicos (las características de un producto a los fines de determinar su clasificación arancelaria) y; ii) La aplicación de reglas técnicas a los hechos verificados (efectuar el cálculo del ajuste por inflación de los activos y pasivos no monetarios con base en las cifras declaradas por el propio contribuyente y/o revisadas por la Fiscalización).
5. Destacamos asimismo que el objeto de la experticia no se limita únicamente a que el perito emita juicios de valor sobre los hechos analizados, sino que, el experto debe narrar los hechos fácticos que sirvieron de fuente para emitir su dictamen pericial. En consecuencia, el perito debe observar los hechos, exponerlos al funcionario o juez y expresar sus conclusiones valorativas del caso. Una exposición parcial de los extremos antes citados pudiera afectar el mérito probatorio de la experticia.
6. Por otra parte, la experticia constituye un acto procedimental que se verifica en virtud de un encargo de la Administración o el Juez. Por lo tanto, carecería de valor probatorio cualquier dictamen técnico que no se hubiera evacuado en el marco de un procedimiento tributario, sin el concurso y el contradictorio del contribuyente o de la propia Administración Tributaria, aún y cuando fuere elaborado por expertos. Lo anteriormente expuesto sería igualmente válido a los llamados “*informes técnicos*” que forman parte de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración Tributaria con ocasión de un procedimiento de fiscalización tributaria.

7. La prueba de experticia evacuada en el sumario administrativo constituye una valiosa garantía tanto para el contribuyente como para la Administración Tributaria y su importancia en esta instancia administrativa no ha sido suficientemente advertida por los operadores tributarios. En efecto, el dictamen pericial realizado por terceros imparciales tendría por objeto reexaminar los hechos fiscalizados y sus efectos, comparando las conclusiones así obtenidas con los resultados de la fiscalización reflejadas en el Acta de Reparó. Esta comparación podría resultar en una confirmación de las objeciones fiscales, o bien, que se establezca la improcedencia de los reparos formulados. En uno y otro caso, el acto administrativo definitivo (Resolución Culminatoria) capitalizaría el conocimiento técnico de los expertos y su imparcialidad, por lo que, posiblemente la evacuación de la experticia evitaría la prosecución de otros procedimientos administrativos o judiciales ulteriores, ya sea que el contribuyente acepte los términos de la Resolución, ya sea que la Resolución revoque los reparos formulados.
8. En la medida que el informe pericial se encuentre motivado, que las conclusiones sean claras y congruentes con los hechos, resulta muy difícil que el funcionario administrativo o el Juez puedan apartarse de las conclusiones del dictamen pericial, tomando en cuenta además, el carácter técnico del informe rendido.

“El tercero adhesivo: ¿Podrá modificar su condición dentro del proceso?”

Edilia DE FREITAS DE GOUVEIA*

SUMARIO:

Introducción.

- 1. Tercero adhesivo.** *1.1 Consideraciones Preliminares. 1.2 Concepto y clases. 1.3 Consecuencias jurídicas derivadas de los distintos tipos de intervención adhesiva. 1.4 Naturaleza Jurídica. 1.5 Interés de actuar en el proceso pendiente. 1.6 Limitaciones. 1.7 ¿Su participación es una verdadera intervención o es el ejercicio de una Acción?*
- 2. Posibilidad del tercero adhesivo de modificar su condición dentro del proceso.** *2.1 Generalidades. 2.2. Su condición dentro del proceso y su posible modificación a: 2.2.1 Sucesión procesal. 2.2.1.1 Por*

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Profesora Instructora por Concurso de Oposición de Derecho Civil I (Personas). La presente investigación tuvo su origen en el trabajo especial realizado para optar el título de Especialista en Derecho Procesal en la Universidad Central de Venezuela titulado: “*El Tercero Adhesivo*”: *¿Acción o Intervención?*, *¿Podrá Modificar su Condición Dentro del Proceso?*

actos entre vivos: Cesión de los derechos litigiosos. 2.2.1.2 Por acto *post-mortis*. 2.2.2 Sustituto procesal. 2.2.3 Tercero apelante. 2.2.4 Tercero excluyente. 2.2.5 Otros supuestos.

Conclusión.

INTRODUCCIÓN

Enfocamos nuestra ardua tarea de investigación a la figura jurídica del tercero adhesivo, y una vez que acontece su participación en el proceso, cabría preguntarse la posibilidad de modificar su condición dentro del mismo.

Por otro lado, el tema resulta interesante debido a las consecuencias jurídicas que se generan con respecto a la posición del tercero adhesivo dentro de la causa o dentro de la relación jurídica procesal que participa. Para la cual consideramos pertinentes estudiar: los diferentes tipos de intervención adhesiva; su naturaleza, la cual existe una interrogante en la doctrina en cuanto al considerar al tercero adhesivo parte o no del proceso; y por último plantearnos si una vez que interviene el tercero adhesivo podrá modificar su condición en el proceso.

Para la elaboración del presente estudio se examinó un extenso material bibliográfico nacional y extranjero, y un análisis jurisprudencial sobre la materia. Debemos advertir que, el tema sobre la intervención adhesiva la mayoría de la doctrina lo aborda en forma general, sin enfocar las distintas problemáticas que puede conllevar esta figura una vez que ocurra su participación en el proceso.

Para llevar a cabo el trabajo que presentamos, consideramos importante dividirlo en dos capítulos. El primero: Se refiere al estudio de la noción de la intervención adhesiva: en cuanto a su noción y clasificación; su naturaleza; su interés en actuar en el proceso. El segundo capítulo se hace referencia al punto de la interrogante que lleva como subtítulo de nuestra investigación, ¿Cuál es la posibilidad del tercero adhesivo modificar su condición en el proceso que actúa? Para la cual se manejará varios supuestos con una identificación jurídica al respecto, tratando de dar repuesta a cada una de ellas.

1. TERCERO ADHESIVO

1.1 *Consideraciones preliminares*

En principio debemos señalar que, las sentencias sólo surte efectos entre las partes y no frente a terceros, ya que los límites subjetivos de la cosa juzgada sólo indican a los sujetos a quienes el fallo perjudica o beneficia y únicamente puede referirse a quienes han litigado, es decir a las partes en el proceso, (incluyendo causahabientes a título singular o universal), quedando excluidos los terceros de la cosa juzgada.

Así lo establece el Art. 1395, numeral 3° del Código Civil

La presunción legal es la que una disposición especial de la ley atribuye a ciertos actos o a ciertos hechos.

Tales son: (...)

3° La autoridad de la Ley a la cosa juzgada.

La autoridad de la cosa juzgada no procede sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa demandada sea la misma; que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes, y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior

Si bien el artículo 1395 del Código Civil desarrolla el principio que, la cosa juzgada no se produce sino entre las partes, no es absoluto, tiene sus excepciones, como señala Rengel Romberg,¹ pues existen terceros que pueden sufrir los efectos reflejos o indirectos de la decisión que tome el Juez ante una relación procesal determinada.

En algunas ocasiones las decisiones judiciales no sólo afectaran las partes originarias del proceso, sino a terceros, el legislador permitió la posibilidad que durante el desarrollo del proceso la participación de sujetos diferentes a

¹ Rengel Romberg, Aristides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Caracas, edit. Arte, 2da edic., 1992, Vol. III, p. 158.

las partes principales, para hacer valer derechos o intereses que tenga relación con la pretensión discutida.²

La doctrina venezolana tiende a clasificar a la intervención de los terceros en procesos ya incoados en dos clases, en intervención voluntaria y la intervención forzosa. En la intervención voluntaria se distingue la principal y la adhesiva, lo que configura una participación espontánea al proceso, y puede ser principal o excluyente y otra adhesiva. En la intervención forzosa se debe a una participación coactiva, a solicitud de las partes.

En efecto el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil prevé los supuestos que se permite la participación del tercero en juicios.³

Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes:

- 1º) Cuando el tercero pretenda tener un derecho preferente al del demandante, o concurrir con éste en el derecho alegado, fundándose en el mismo título; o que son suyos los bienes demandados o embargados, o sometidos a secuestro o a una prohibición de enajenar y gravar, o que tiene derecho a ello.

² Son terceros en sentido estricto, llamados así por llegar al proceso alterando el esquema conformado por un actor y un demandado, pero que no son ajenos al interés suscitado por el debate que viene realizando. (Rivas, Adolfo Armando: *Tratado de las tercerías*. Buenos Aires, edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1993, Tomo 1, p. 44) Véase también a Lino Enrique Palacio: “La intervención de terceros tiene lugar cuando, durante el desarrollo del proceso, y sea en forma espontánea o provocada, se incorpora a él personas distintas a las partes originarias, con el objeto de hacer valer derechos o intereses propios, aunque vinculados a la causa o al objeto de la pretensión” (Palacios Lino, Enrique: *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, edit., Abeledo-Perrot, 1967, Tomo I y III, pp. 225, 226).

³ Como señala Pesci-Feltri, en efecto el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil establece varias hipótesis que permite la intervención del tercero en juicio, las cuales se pueden dividir en voluntarias y coactiva, el tercero adhesivo se ubica en la primera, por cuanto éste tiene una participación espontánea, para impedir los perjuicios de la demanda principal (Pesci-Feltri Martínez, Mario: *Estudio de Derecho Procesal Civil*. Colección Estudios jurídicos N° 70, Caracas Editorial Jurídica Venezolana, 1999, p. 10.). Así como lo señala sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, “...en nuestro ordenamiento jurídico se permite la intervención de terceros, tanto para coadyuvar en la defensa de alguna de las partes como autónomamente, en resguardo de derechos e intereses particulares. (CSJ/SCC, sentencia 29-09-94, citada por Pierre Tapia, T 8-9, 1994, p. 314).

- 2º) Cuando practicado el embargo sobre bienes que sean propiedad de un tercero, éste se opusiere al mismo de acuerdo a lo previsto en el artículo 546.

Si el tercero sólo es poseedor precario, a nombre del ejecutado, o si sólo tiene un derecho exigible sobre la cosa embargada, podrá también hacer la oposición, a los fines previstos en el aparte único del artículo 546.

- 3º) *Cuando el tercero tenga un interés jurídico actual en sostener las razones de algunas de las partes y pretenda ayudarla a vencer en el proceso.* (destacado nuestro).
- 4º) Cuando alguna de las partes pida la intervención del tercero por ser común a éste la causa pendiente.
- 5º) Cuando alguna de las partes pretenda un derecho de saneamiento o de garantía respecto del tercero y pida su intervención en la causa.
- 6º) Para apelar de una sentencia definitiva, en los casos permitidos en artículo 297.”

Nuestro estudio se fundamentará en una de las intervenciones de terceros, a saber el *tercero adhesivo*. Esta figura jurídica se encuentra regulada en el Código de Procedimiento Civil en los artículos 370 ord 3, 379, 380 y 381.⁴ La intervención de esta clase de terceros se ubican en una participación espontánea, como señala Guasp esta siempre será voluntaria, ya que la adhesión forzosa no existe.⁵ Así se ha pronunciado nuestro jueces, el tercero adhesivo interviene de forma espontánea.⁶

⁴ Este tipo de intervención no estaba contemplada como instituto procesal autónomo en el derogado Código de 1916, pero era admitida por la doctrina cuando el tercero tenía interés inmediato en coadyuvar alguna de las partes en la defensa de la causa. (TSJ/ SC. Sent. 3 de agosto de 2001, N° 1329, En Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, edit Pierre Tapia, N° 8. Julio. 2001, p. 118). Se ha sostenido que, para la intervención de un tercero en una acción de amparo, se sustenta en la previsión contenida en el artículo 370, ordinal 3 con el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, de tales normas se desprende dos requisitos ,a saber: 1. la presentación de un medio de prueba del que se desprenda su interés actual; 2. que ese interés actual esté llamado a sostener o apoyar las razones de algunas de las partes, con el fin de ayudarlas. (C1CA, Sent 2-10-01, J.R.G. T 181, pp. 64-65).

⁵ Guasp, Jaime: *Derecho Procesal Civil*. Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1961, p. 218.

⁶ TSJ/ SElectoral, Sent 22-01-01, N°003 J.R.G, T 186, p. 676. Véase también Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, edit Pierre Tapia. N° 01. Enero. 2001, p. 168.

1.2 Concepto y Clases

Etimológicamente la palabra Adhesiva, proviene del latín *adhaerere*; de ad y haerere- estar unido. Apoyar la intención de otro. Enlace, conexión.⁷

Para Ramiro Podetti, es adhesiva, porque se adhiere a las pretensiones de uno de los sujetos o es coadyuvante porque coadyuva al triunfo de las pretensiones de uno de los sujetos.⁸

Debemos destacar que, para tratar de definir qué es tercero adhesivo, o qué se entiende por tercero adhesivo, debemos considerar qué clase de tercero adhesivo nos referimos. Pues en la doctrina nacional o extranjera como la jurisprudencia distingue dos tipos de intervención adhesiva, a saber: *la intervención adhesiva simple o la intervención adhesiva litisconsorcial*, y ésta última también denomina adhesión autónoma. Señala Hernando Morales Molina, que La intervención adhesiva litis consorcial ocurre cuando el interviniente se halla en relación con el adversario, de tal naturaleza o forma que la decisión del proceso tenga influencia sobre él. La otra clase de coadyuvancia es la simple, que sucede cuando el interviniente se encuentra en relación jurídica con la parte coadyuvada y no con el adversario, de tal manera que el resultado desfavorable del pleito le haría más difícil la defensa de sus derechos.”⁹

Regel Romberg define como aquella intervención del tercero con interés jurídico actual en la decisión de una controversia pendiente, que pretende ayudar a una de las partes a vencer en el proceso, ya porque teme sufrir los efectos indirectos o reflejos de la cosa juzgada, o bien porque la ley extiende entre el tercero y el adversario de la parte a la cual pretende ayudar a vencer en el proceso.¹⁰ Bajo esta definición el autor diferencia a las dos clases de terceros

⁷ Parra Quijano, Jairo: *Los terceros en el Proceso Civil*, Colombia, edic. Librería del Profesional, 5ta ed, 1989, p. 119. Adherir importa aceptar como válida la posición de otro, sus actos, sus postulaciones y actitudes, pero no significa renunciar a la propia individualidad, sino por contrario, mantenerla; de la contrario no habría adhesión, sino subsunción, inmisión, confusión. (Rivas, ob. cit., T 2, p. 112).

⁸ Podetti, Ramiro: *Tratado de la Tercería*. Buenos Aires. Ediar Soc. Anón. Editores. 1949, p. 169.

⁹ Morales Molina, Hernando: *Intervención de Terceros en el Juicio*. En: *De la tercería en el derecho Procesal Civil*, Caracas, edic. Fabretón, 2º ed., 1993, p. 424.

¹⁰ Rengel Romberg: ob. cit., T III, pp. 175-176.

adhesivo, bien porque se adhiere a evitar los efectos indirectos o reflejos de la sentencia o bien porque pretende evitar los efectos directos entre la relación del tercero y el adversario.

Para Lino Palacio, la intervención adhesiva simple, “denominada también coadyuvante, significa cuando un tercero tiene interés jurídico coincidente con el derecho alegado por cualquiera de las partes originarias y participa en el proceso con el objeto de coadyuvar con el éxito de la pretensión o de la oposición.”¹¹ A su vez sostiene Lino Palacio que, en la llamada intervención adhesiva autónoma o litisconsorcial, “el ingreso del tercero en el proceso pendiente tiene por objeto hacer valer un derecho propio frente a alguna de las partes originarias, adhiriendo a la calidad (actora o demanda asumida por la otra u otras.”¹²

La jurisprudencia se ha pronunciado en cuanto a la distinción de los tipos de tercero adhesivo, como se puede apreciar en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Política Administrativa:

(...) es necesario recordar que la intervención de un tercero en juicio puede ser para defender derechos propios o no, ajenos ocupando la posición de un litis consorte, es decir, de una verdadera parte del proceso; o también como un coadyuvante adhesivo en la pretensión de una de las partes, en defensa ya no directa de derechos propios sino de aquellas que en forma refleja por tener conexión o dependencia con los discutidos en el proceso al cual se adhiere podrían en su propia situación jurídica verse perjudicados o modificados “¹³

¹¹ Palacio. Lino: ob. cit., p. 237. La intervención voluntaria coadyuvante simple se da cuando, demostrando un interés propio pero careciendo de legitimación para accionar, el tercero se encuentra conectado con el coadyuvado y expuesto a la eficacia refleja de la cosa juzgada. (Martínez, Hernán, citado por Rivas, ob. cit., T 2, p. 182). Señala De Araujo que, El Código alemán define a la intervención adhesiva simple así: Quien en una causa pendiente entre otros, tenga interés jurídico que venza una de las partes puede intervenir para asistirle. La asistencia puede verificarse en cualquier estado de la causa, antes de sentencia pasar a Juzgada. (De Araujo Souza Heitor: *Apontamentos sobre direito processual Civil*, Brasil, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 3ª edição. Coletânea de estudos Jurídicos. N° 7. 1986. p. 7, ob. cit. p. 79).

¹² Palacio, Lino, ob. cit., p. 243.

¹³ CSJ/SPA, sent.09-08-93. N° 902. J.R.G T. 126, pp 572-574.

En el mismo sentido señaló la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que,

La intervención adhesiva, enseña la doctrina, puede ser simple o litisconsorcial. En la intervención adhesiva simple, el tercero pretende sostener las razones de una de las partes, porque teme los efectos reflejos de la cosa juzgada.

(...).

Respecto a la intervención litisconsorcial, establece el Código de Procedimiento Civil que cuando según las disposiciones del Código Civil, la sentencia firme del proceso principal haya de producir efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria, el interviniente adhesivo será considerado litisconsorte de la parte principal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 147 (CPC., Art 381)”.

De acuerdo al artículo 147 del Código de Procedimiento Civil, los litisconsortes se considerarán en sus relaciones con la parte contraria y mientras no resulte otra cosa de disposiciones de la ley, como litigantes distintos, de manera que los actos de cada litisconsorte no aprovechan ni perjudica a los demás.

En razón de ello, es una parte autónoma del juicio, que ejercerá sus propios recursos y sus defensas, aún contra el deseo o la oposición de la parte original”¹⁴

En decisión la Corte Suprema de Justicia manifestó que se entiende por tercero adhesivo simple:

(...) el interviniente adhesivo es un tercero al proceso que interviene por tener un interés personal y actual (artículo 370 ordinal 3º del Código de Procedimiento Civil), en la defensa de la pretensión de una de las partes, es decir, su interés procesal lo constituye la existencia de una relación de hecho o del derecho tutelada por el ordenamiento jurídico, situación o interés que resultará afectada por el fallo que se produzca en la causa, lo que lo induce a intervenir en la relación procesal adoptando una posición subordinada a la parte principal que coadyuva.

Esta relación de dependencia circunscribe lo que debe ser actuación del interviniente en el proceso, ya que su posición se debe adecuar a la

¹⁴ CSJ/SCC, sent. 21-06-95. J.R.G T. 134, p. 532.

asumida por la parte principal y no puede, obviamente, actuar en contradicción con la coadyuvada. De igual modo, no le es dable modificar ni ampliar la pretensión procesal original u objeto del proceso¹⁵.

Otra decisión similar se sostuvo:

El tercero adhesivo se presenta "... cuando el tercero concurre sosteniendo las razones de una de las partes en litigio, de modo que no reclamen un pronunciamiento del órgano jurisdiccional para sí sino el conocimiento del mejor derecho invocado por el coadyuvado"¹⁶

Igualmente una vez más el Máximo Tribunal, afirmó que el ordinal tercero del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, configura lo que la doctrina denomina intervención adhesiva simple o *ad adiuvandum*:

por cuanto no hay proposición de una nueva demanda que amplíe la materia contenciosa, ni hace valer un derecho suyo en posición autónoma, sino simplemente para sostener las razones de una de las partes contra la otra, es decir, para ayudar a una de las partes principales a hacer valer su derecho frente a la otra (o para hacer que se rechace la pretensión de la otra¹⁷.

En Sentencia de la Sala Constitucional del 19 de julio de 2001, se sostuvo que,

Ha reconocido la Sala que ese interviniente particularmente interesado –por cuanto la decisión que surja de un nuevo juicio pudiera afectar sus derechos sustantivos- se convierte en un litisconsorte con la parte con quien coadyuva, a tenor de lo dispuesto en el artículo 147 del Código de Procedimiento Civil; es decir, un litis consorte facultativo que en las relaciones con la contraparte obra como un litigante distinto a los otros consortes (...)"¹⁸.

¹⁵ CSJ/SPA, sent 10-07-91. En: Brewer-Carías, Allan R. y Ortiz- Alvarez, Luis A.: *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa (1961-1996)*. Colección de Jurisprudencia N° 4, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1996. p. 670. Véase citada esta sentencia en: CSJ/SCC sent 10/12/97, N° 357. En Pierre Tapia, Oscar, N° 12, pp. 255-257.

¹⁶ CSJ/SCC sent 10-12-97. N° 357. En: Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, edit Pierre Tapia. N° 12. Dic. 1997, pp. 255-257.

¹⁷ TSJ/CS, Sent 13-03-02, J.R.G., T 186, p. 676.

¹⁸ TSJ/ SConst, sent 19-07-01, N° 1277, En: Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, edit Pierre Tapia, N° 7. Julio. 2001, p. 559. Véase también TSJ/ SC, Sent. 19-07-2001, J.R.G. T 178, p. 347.

La Sala Político Administrativo en junio del 2003 expresó:

Si la sentencia firme del proceso principal ha de producir efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria (eficacia directa), el interviniente adhesivo será considerado litis consorte de la parte principal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 147. En otras palabras, que éste último interviniente es parte y no simple tercero (...)¹⁹.

Visto algunos criterios doctrinales y jurisprudenciales expresados anteriormente, consideramos que el tercero adhesivo simple, es aquel que debe su participación cuando interviene para sostener las razones de una de las partes del proceso, bajo un interés actual que podrá resultar afectado por el fallo derivados de los efectos reflejos o indirectos del mismo, no persigue un beneficio personal o propio, si no que su actuación se reflejará en la defensa de los intereses de la parte que pretende ayudar; y el tercero adhesivo litisconsorcial cuando aperece que los efectos de la cosa juzgada de la sentencia pueda afectar sus derechos, derivados de los efectos directos de la sentencia frente a sus esfera jurídica y es considerado una parte autónoma del juicio

Por otro lado, es importante resaltar que, si apartamos la noción de cosa juzgada carece de importancia la institución de tercero adhesivo, pues su intervención se deriva de las consecuencias o de los efectos de esta institución frente a ellos, sean estos directo o indirectos.²⁰ Esto permitió que el legislador permitió la posibilidad que durante el desarrollo del proceso la participación de sujetos diferentes a las partes principales, para hacer valer derechos o intereses que tenga relación con la pretensión discutida pues existen terceros que pueden sufrir los efectos reflejos o indirectos así como los efectos directos de la decisión que tome el Juez ante una relación procesal determinada.

¹⁹ TSJ/SPA, Sent 25-06-03, N° 00949, J.R.G. T 200, p. 595.

²⁰ Al respecto señala Couture que, “la intervención del tercero se liga inseparablemente al tema de la cosa juzgada, en razón de que dicha intervención, en sí misma, no representa sino una anticipación preventiva a una cosa juzgada adversa. Si se separan los temas de intervención y cosa juzgada, el primero quedaría sin justificación.” (Couture, Eduardo: Introducción al Estudio del Proceso civil. Buenos Aires, edit De Palma, 2 ed, 1988, p. 222).

1.3 Consecuencias jurídicas derivadas de los distintos tipos de intervención adhesiva

Tuvimos ocasión de analizar en *supra* (1, 1.2.) que, se distinguen dos tipos de intervención adhesiva; primero la intervención adhesiva simple y segundo la intervención adhesiva litisconsorcial.

Es importante determinar cuando se esta en presencia de cada figura, pues el tercero adhesivo simple es desarrollado en el ord 3 del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, y artículos 379 y 380 *ejusdem*; el llamado por la doctrina tercero adhesivo litisconsorcial o adhesión autónoma previsto en el art 381 *ejusdem*, producen diferentes efectos jurídico o consecuencias jurídicas en el proceso si estamos frente a uno de ellos o del otro. Al respecto la jurisprudencia ha señalado, lo importante y necesario establecer tal distinción, porque dichas intervenciones poseen efectos distintos dentro del proceso.²¹

En primer lugar analizaremos con respecto a la figura del tercero adhesivo simple. Para Devis Echandía el tercero adhesivo simple, son aquellos terceros que no reclaman un derecho propio para que sobre él haya decisión en el juicio, sino un interés personal en la suerte de la pretensión de una de las partes, de manera que concurren exclusivamente para ayudarla a esta o coadyuvarla en la lucha procesal, razón por la cual son intervinientes secundarios o accesorios y tienen una situación procesal dependiente de la parte coadyuvada.²² Para Lino Palacio, esa intervención denominada coadyuvante, significa cuando un tercero tiene interés jurídico coincidente con el derecho alegado por cualquiera de las partes originarias y participa en el proceso con el objeto de coadyuvar con el éxito de la pretensión.²³

²¹ Véase sentencia TSJ/SPA, sent. 25-06-03, N° 00949, JRG T 200, p. 594.

²² Devis Echandía, Hernando: *Sujetos de la relación Jurídico-procesal*. En: De la tercería en el Derecho Procesal. Civil, Caracas, edic. Fabretón, 2 edic., 1993, pp. 491 y 492.

²³ Palacio. Lino, ob. cit., p. 237. Para Rocco, la intervención por adhesión, o como suele decirse, *ad adiuvandum*, supone un sujeto interviene en la litis pendiente entre otros, a fin de sostener los derechos de algunas de las partes. (Rocco, Ugo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, edit Depalma, Buenos Aires. 1970. Vol II, p. 128, Traducido por Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín).

El tercero adhesivo simple se caracteriza por defender los alegatos de una de las partes en juicio,²⁴ no reclama un pronunciamiento del órgano jurisdiccional para sí sino el conocimiento del mejor derecho invocado por el coadyuvado.²⁵ Su interés procesal lo constituye la existencia de una relación de hecho o de derecho tutelada por el ordenamiento jurídico, situación o interés que resultará afectado por el fallo que produzca en la causa, lo que induce a intervenir en la relación procesal adoptando una posición subordinada a la parte principal que coadyuva.²⁶ Significa que el tercero adhesivo simple no es titular de la relación sustancial que se discute en juicio, pero puede mantener una relación jurídica con una de las partes y ésta no es discutida en el proceso al que se adhiere.

El tercero adhesivo simple puede hacer valer todos los medios de ataques o defensa admisibles, en el curso de la causa dirigidos a sostener las razones de algunas de las partes, pero como todo proceso está regido por el principio preclusivo, debe efectuarlo dentro de las mismas oportunidades procesales de que gozan los litigantes para formular los propios.²⁷

Si bien se le permite al tercero adhesivo realizar todos los medios de ataque permitidos estos no puede estar en oposición con los de la parte coadyuvada de acuerdo con lo previsto en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil. En efecto En sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Social se sostuvo que, la tercera adhesiva o de adhesión, la cual tiene como finalidad, el interés que tiene el tercero en presentar elementos que coadyuven a una de las partes contendientes para que resulte victoriosa en el juicio, en razón de que procura proteger sus derechos y los de la parte que coadyuvará. En consecuencia, no se permite que el tercero adhesivo, con sus actos, se oponga a los de la parte coadyuvada, porque de lo contrario se debería proponer

²⁴ CSJ/SCC, sent. 21-06-95. J.R.G., Tomo 134, pp. 530- 534. Véase al respecto sentencia 10-07-91 de la CSJ/SPA, J.R.G., T. 118, pp. 728-732. Señala lo referente a las intervenciones adhesivas producidas en la sede jurisdiccional y en cuanto a la intervención adhesiva, sostiene que el tercero concurre con una de las partes para sostener las razones de ésta y no reclama ningún pronunciamiento del órgano jurisdiccional para sí.

²⁵ CSJ/SPA, sent.09-08-93. No. 902. J.R.G., Tomo 126, pp. 572-574.

²⁶ CSJ/SCC sent 10-12-97. No. 357. En: Pierre Tapia, Oscar: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, edit Pierre Tapia. No. 12. Dic. 1997, pp. 255-257.

²⁷ Idem.

otro tipo de tercería de las previstas en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil.²⁸

Recordemos que el tercero adhesivo simple no es titular de la relación jurídica material deducida en el proceso, lo cual se le excluye los poderes de disposición, no puede disponer de la demanda, en consecuencia no le está permitido hacer correcciones de la demanda, desistir, transigir, convenir, etc. porque eso implica disposición del derecho objeto del litigio, esto se debe a su participación subordinada, aunque actúa por interés propio, tiene lugar para ayudar a una de las partes del proceso.

Como el tercero adhesivo simple adopta una posición auxiliar o subordinada con respecto a la parte principal que coadyuva, por cuanto no reclama un pronunciamiento del órgano jurisdiccional para sí y por ende no es titular de la relación sustancial debatida, su intervención sigue la suerte de la parte principal, ejemplo de ello si la parte principal desiste del proceso, éste termina con respecto a él.²⁹

En consecuencia de lo anterior se podría resumir que el tercero adhesivo simple:

- a. No hace valer un derecho propio. En consecuencia no tiene poderes de disposición del objeto de derecho.
- b. Solo pretende sostener las razones de una de las partes.
- c. Evita los efectos reflejos o indirectos de la cosa juzgada.
- d. En consecuencia de lo anterior el tercero adhesivo simple debe tener un interés jurídico actual en que la parte ayudada no sea vencida en el proceso.

²⁸ TSJ/SCS, 26-07-01, sentencia N° c 170, Citado en Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, edit Pierre Tapia, N° 7. Julio, 2001, p. 532.

²⁹ Al respecto véase CICA, Sent 27-11-96, J.R.G T 140, pp. 286-287, “Cuando un tercero pretenda actuar coadyuvante de la parte recurrente, pero ésta desistió del procedimiento, por la cual el proceso quedó extinguido, según el artículo 266 C.P.C. razón por la cual la Corte nada tiene que decidir respecto a la intervención del pretendido tercero adhesivo simple”. Véase también CICA, Sent 24-10-00, J.R.G T 186, p. 210 . “La intervención del tercero coadyuvante termina como consecuencia legal del desistimiento presentado por la parte principal”.

Referente a la noción del tercero adhesivo litisconsorcial, recordemos si el tercero adhesivo concurre al proceso y la ley sustancial extiende los efectos de la cosa juzgada en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria es considerado litisconsorte de la parte principal. Para Oswaldo Parilli este tipo de intervención el tercero interviene para alegar un derecho propio, pero con una participación coadyuvará con la causa de la parte principal a la que se adhiere y los efectos de la cosa juzgada alcanzan la relación jurídica de uno y otro con la parte contraria.³⁰

El artículo 381 del Código de Procedimiento Civil prevé la intervención litisconsorcial del tercero adhesivo, y expresa:

Cuando según las disposiciones del Código Civil, la sentencia firme del proceso principal haya de producir efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria, el interviniente adhesivo será considerado litisconsorte de la parte principal a tenor de lo dispuesto en artículo 147.

En consecuencia este tipo de tercero, tendrá, primero, plena autonomía dentro del proceso y por ende actuara en su propio beneficio; segundo, que hace valer un derecho propio contra una de las partes del juicio, en efecto tiene legitimación procesal propia, podría demandar o ser demandado; tercero, esta legitimado para actuar pues es cotitular de la relación jurídica material ventilada en el proceso; cuarto, la sentencia que se producirá en el proceso cosa juzgada tendrá efectos absolutos frente a él.

El tercero adhesivo litisconsorcial esta en presencia de un proceso ajeno, pero está tan interesado del resultado como la parte principal, no tiene una relación de subordinación o de dependencia con respecto a la parte principal, en consecuencia puede realizar todos aquellos actos que beneficie a la parte principal, sin tener en cuenta si están en oposición con los de ella.³¹ El tercero adhesivo litisconsorcial es considerado parte, pues alega un derecho propio, “razón por la cual, a diferencia de los terceros intervinientes adhesivos simples (coadyuvantes), no debe seguir la suerte de la parte coadyuvada, y en

³⁰ Parilli, ob. cit., p. 202.

³¹ Véase al respecto, Kisch, W.: *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 2da. edic., 1940. Traducción del alemán: L. Pietro Castro. p. 324.

consecuencia el desistimiento del recurrente principal no comporta para ellos la extinción del proceso.”³²

Al respecto Montero Aroca, trae una síntesis de las diferencias doctrinales entre el tercero adhesivo simple y litisconsorcial, a saber:

Primero: El tercero adhesivo litisconsorcial es cotitular de la relación deducida en el juicio por la partes originarias, de tal forma que estaba legitimado para demandar o ser demandado, mientras que el tercero adhesivo simple el interviniente es titular de una relación técnicamente dependiente de la deducida en proceso.

Segundo: El tercero adhesivo litisconsorcial está a la misma altura que las partes originarias, mientras que el tercero adhesivo simple se le califica de parte accesorio o subordinada.

Tercero: El tercero adhesivo litisconsorcial se ve plenamente afectado por la cosa juzgada, el tercero adhesivo simple sólo puede resultar afectado de modo reflejo.³³

Igualmente Riva señala algunas diferencias entre estas dos instituciones: A) El tercero adhesivo litisconsorcial estaba legitimado para demandar o ser demandado en ese mismo proceso; El tercero adhesivo simple carece de tal legitimación solamente tiene la que le otorga ser integrante de una relación jurídica que puede ser afectada por la decisión. B) El tercero adhesivo litisconsorcial esta habilitado para introducir defensas propias; El tercero adhesivo simple no puede alegar ni probar sino lo permitido al coadyuvado. C) El tercero adhesivo litisconsorcial puede realizar actos de disposición; el tercero adhesivo simple solo puede desistir de su intervención, no puede disponer del derecho litigioso por cuanto no le es propio.³⁴

³² TSJ/ SConst. Sent. 3 de agosto de 2001, sentencia N° 1329. En: Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, edit Pierre Tapia, N° 8. Julio. 2001, p. 121.

³³ Montero Aroca, Juan: *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona, edit Bosch, 1981, pp. 247-248.

³⁴ Rivas, ob. cit., T 2, p. 117.

La intervención adhesiva marca un mismo camino a la posibilidad de participar un tercero en la relación jurídica procesal incoada por otros, pero con la diferencia, si concurrimos a él simplemente para apoyar la razones de una de las partes y así evitar los efectos reflejos de la cosa juzgada o si por el contrario somos cotitulares de la relación sustancial debatida y evitamos los efectos absolutos o directos de la cosa juzgada en nuestra esfera personal, conlleva a dos participaciones diferentes la intervención adhesiva simple o intervención adhesiva litisconsorcial

1.4 Naturaleza Jurídica

Muchas teorías han sido elaboradas acerca de la naturaleza jurídica del tercero adhesivo, por ende no fue tarea fácil su determinación, porque la mayor discusión y diversidad de opiniones se proyectó precisamente en tal aspecto. La doctrina considera su ubicación desde la institución de la representación; del sustituto procesal; de parte principal, de parte accesoria; de sucesor procesal; litisconsorcial. Esto dependerá del tipo de tercero adhesivo al que nos referimos si es simple o litisconsorcial. Donde se ubico mayores discusiones fue, con respecto al tercero adhesivo simple.

En principio debemos resaltar que la participación del tercero adhesivo en forma general no se asimila con la figura de la representación y aun menos con el sustituto procesal. Recordemos que la representación, el representante, actúa en nombre de otro y los efectos del proceso recaen sobre el representado; en el sustituto procesal actúa en nombre propio derechos ajenos, pero beneficiándose directamente de ellos. Al respecto señala Carnelutti, que el representante actúa en interés del representado, ya que es éste interés, y no el suyo personal, es el que le impulsa actuar, por ello se dice que actúa *nomine alieno*, mientras que el sustituto actúa en interés propio, ya que es un interés suyo el que le impulsa a provocar la tutela del interés del sustituido.³⁵

³⁵ Carnelutti, Francisco: *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. edit Hispano Americana, s/f Traducción de: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo, p. 43. Ejemplos que ofrece la doctrina con sustituto procesal, es lo previsto en el artículo 1278 del Código Civil que establece: “ Los acreedores pueden ejercer, para el cobro de lo que se les deba, los derechos y las acciones del deudor, excepto los derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor.”

La intervención del tercero adhesivo simple y la sustituto procesal son dos figura diferentes. La sustitución procesal participa el sujeto como un sujeto principal de la acción, y en la intervención del tercero adhesivo simple la hace en forma subsidiaria, pues solo se debe a la participación en el proceso al lado de la parte principal.³⁶ Al respecto indica Palacios que, el tercero adhesivo simple estará legitimado para comparecer en juicio de una relación ajena, lo mismo que el sustituto procesal, debe ser claramente diferenciados de éste. El sustituto puede estar en el proceso por si solo , y adquiere el carácter de parte principal, a cambio el coadyuvante solo puede actuar al lado y no en lugar del coadyuvado.³⁷

El tercero adhesivo litisconsorcial no lo hace bajo la condición subsidiaria o auxiliar de la parte principal como el tercero adhesivo simple, pues aquel actúa en nombre propio, es cotitular de la relación jurídica sustancial, en consecuencia no actúa por derechos ajenos como el sustituto procesal.

³⁶ Como señala Carnelutti, tanto la intervención y la sustitución son dos instituciones diversas, porque mientras la sustitución hace del tercero interesado un sujeto principal de la acción. Se lo admite a actuar en el proceso en vez de parte; la intervención atribuye, en cambio, al tercero carácter de sujeto secundario de la acción, es decir, lo admite a actuar en el proceso junto a la parte. (ob. cit., pp. 46-47)

³⁷ Palacio, ob. cit., nota de pie página n° 30, pp. 239-240. Por su lado, Devis Echandía afirma que, el coadyuvante no actúa en nombre de la parte coadyuvada sino en su propio nombre, a pesar de hacerlo en defensa de la causa de aquélla, y por lo tanto, no se trata de una especie de representación. (Devis Echandía, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal*, Bogotá, edit A.B.C., 10ª ed. 1985, Tomo I., p. 352.). Algunos lo asimila al sustituto procesal, como Chiovenda afirma que, el coadyuvante interviene en una causa en ayuda de una parte. Por ello, todo cuanto él hace en el proceso, lo hace por un derecho ajeno, pero **no es representante de la parte**, precisamente porque ésta es ya parte en causa. Se admite el coadyuvante en la causa en el estado en que está se encuentre. Por este solo hecho no se convierte en parte en causa; pero puede ser considerado por analogía un sustituto procesal. (Chiovenda, Giuseppe: *Curso de Derecho Procesal Civil*, México, edit. Harla, 1997, Vol. 6, Traducido por Enrique Figueroa Alfonzo., p. 324. Véase igualmente a Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada, sostienen que el coadyuvante actúa en nombre propio, pero por un derecho ajeno, y en esto es asimilable al sustituto. Pero a diferencia de éste, no es parte principal, sino que actúa junto a, o en lugar de, la parte. (Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente: *Derecho Procesal Civil*. Parte General, Madrid, Artes Gráficas y Editores SA, 1979, T I, p. 167). En nuestro derecho se considera como supuesto de sustitución procesal en los casos de acción oblicua.

Algunos doctrinarios sostienen que el tercero adhesivo es parte entre ellos Parra Quijano,³⁸

Devis Echandía,³⁹ Ovalle Favela, José,⁴⁰ Couture,⁴¹ Montero Aroca,⁴² al igual que Rivas.⁴³

La doctrina alemana se ubican en sentido contrario y por ende no califica al tercero adhesivo simple como parte, al respecto Schönke señala que, la intervención adhesiva no produce el efecto de que el interviniente se convierta en parte ni en representante de la misma. No es parte ni aun en el caso de que la coadyuvada le ceda la gestión del proceso.⁴⁴ Para Kisch afirma que “desde luego, no cabe la menor duda que no es parte por sí, no es actor y demandado del proceso principal; con su intervención no da origen a ningún proceso...”⁴⁵, y para Rosemberg, el tercero adhesivo no es parte, porque “gestiona un proceso ajeno, en el que sigue siendo parte principal aquel a

³⁸ Parra Quijano, Jairo: *Los terceros en el Proceso Civil*, Colombia, edic. Librería del Profesional, 5ta edic. 1989. p. 119. Señala este autor que, “Es innegable que el interviniente adhesivo es parte por cuanto participa en el área del proceso. Quienes sostiene que no es parte confunden las partes en el litigio (noción de derecho material) con las partes en sentido procesal; si bien interviniente adhesivo, por definición y por esencia no es parte en el litigio o derecho material que se discute en el proceso, sí es parte en éste; pero por no tener prácticamente nada que ver con el derecho de litigio, su legitimación es menos importante que la de la parte principal.”

³⁹ Devis Echandía, *Compendio...* ob. cit., p. 356. “ el coadyuvante es parte en el proceso, aunque de condición secundaria y accesorio...”.

⁴⁰ Ovalle Favela, José: *Teoría General del Proceso*. México, edit. Harla, 7 edic., 1995. p. 264, expresa que los terceros son personas que no figuraron originariamente como partes en el proceso, pero que comparecen espontáneamente en éste o son llamados al mismo a defender sus propios intereses o a coadyuvar con los intereses de alguna de las partes originales, se convierte en verdaderas partes procesales.

⁴¹ Couture, *Estudios de ...*, ob. cit., p. 229. “La condición del tercero coadyuvante se asimila, de la manera más estricta posible, a la condición del litigante principal a quien ayuda.”

⁴² Montero Aroca, ob. cit., p. 254. El interviniente adhesivo simple tiene la condición de parte.

⁴³ Rivas, ob. cit., T2, p. 196. Sostiene que el tercero adhesivo simple es parte y para fundamentar su criterio es solidario para con las ideas de Montero Aroca y Parra Quijano.

⁴⁴ Schönke, Adolfo: *Derecho Procesal Civil*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1950, Traducción del alemán: L Pietro Castro y Víctor Fairen Guillén, p. 101 (destacado nuestro).

⁴⁵ Kisch, ob. cit., p. 343.

quien apoya, aun cuando le ceda toda gestión del proceso; es solamente su coadyuvante en el litigio, no su litisconsorte y no llega a ser parte⁴⁶.

En el mismo sentido, Chiovenda manifiesta que, el coadyuvante interviene en una causa en ayuda de una parte. Por ello, todo cuanto él hace en el proceso, lo hace por un derecho ajeno, pero **no es representante de la parte**, precisamente porque ésta es ya parte en causa.⁴⁷ Se admite el coadyuvante en la causa en el estado en que está se encuentre. Por este solo hecho no se convierte en parte en causa.⁴⁸ Igualmente para Hernando Morales, el coadyuvante *no es parte* por sí, pues con su intervención no da lugar a un proceso nuevo; el coadyuvante no sigue pleito propio sino el de otra persona, y de ahí que sólo pueda coadyuvar quien tenga la calidad de tercero.⁴⁹

Por su lado Adolfo Wach, expresa que la posición jurídica del interviniente adhesivo, *no es de parte* en el proceso, ni de representante de la parte a la cual coadyuva, ni sustituto procesal de ésta, sino un auxiliar de la parte que actúa en nombre propio y por su propio derecho.⁵⁰

En el ámbito nacional toman esta posición y no considera parte al tercero adhesivo, Oswaldo Parilli⁵¹ y Rengel Romberg.⁵²

Desde el punto de vista de la jurisprudencia del Máximo Tribunal señala que el tercero adhesivo no es considerado parte, para ello podríamos mencionar la dictada por La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil el

⁴⁶ Rosemberg, Leo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, T. I. Traducción de Angela Romero Vera., pp. 270 y 271.

⁴⁷ Chiovenda, Giuseppe, ob. cit., p. 324 (destacado nuestro).

⁴⁸ Ibid, p. 324. Véase igualmente a Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada, sostienen que el coadyuvante actúa en nombre propio, pero por un derecho ajeno, y en esto es asimilable al sustituto. Pero a diferencia de éste, no es parte principal, sino que actúa junto a, o en lugar de, la parte. (ob. cit., p. 167). En nuestro derecho se considera como supuesto de sustitución procesal en los casos de acción oblicua.

⁴⁹ Morales Molina, Hernando: *Intervención de Terceros en el Juicio*. En: De la tercería en el derecho Procesal Civil., Caracas, edic. Fabretón, 2º ed, 1993, p. 427. (destacado nuestro).

⁵⁰ Wach Adolfo, Citado por: Rengel Romberg, Aristides: ob. cit., Vol. III, p. 181 (destacado nuestro).

⁵¹ Parilli ob. cit., p. 173

⁵² Rengel- Romberg, T III, ob. cit., p. 181.

21 de junio de 1995⁵³, la cual expresó: “En la intervención simple, el tercero pretende sostener las razones de una de las partes, porque teme los efectos reflejos de la cosa juzgada. **No es parte** en el proceso, ni representante de ésta o sustituto procesal, sino auxiliar de la parte”

Igualmente se observa en decisión de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil el 10 de agosto del 1999⁵⁴:

Este tipo de intervención, en un proceso ya iniciado, no plantea contra las partes del proceso principal una nueva pretensión que amplía (sic) la materia de la controversia, ni pide tutela jurídica para sí, sino que se limita a sostener las razones de una de las partes con el fin de ayudarla vencer en el proceso, razón por la cual el tercero interviniente no es parte en el proceso, ni sustituto procesal de ésta, que es la única que actúa en nombre propio y por sus propios derechos. De allí que como el interviniente adhesivo nada pide para sí, existe una sola pretensión objeto del proceso, cual es, la que está planteada entre las partes del juicio principal y la sentencia que recae es únicamente sobre esta pretensión, formándose la cosa juzgada Inter Partes y no respecto del tercero adhesivo.”

En este mismo orden de ideas se puede resaltar algunas decisiones de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, observamos en sentencia dictada por la Sala Electoral, el 10 de marzo de 2000 (Sentencia N° 16 Caso: Allan Brewer Carías), la cual para fundamentarla menciona la decisión que tuvo lugar en la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 26 de septiembre de 1991 (caso de Rómulo Villavicencio), se hace la distinción entre la intervención de aquellos terceros que ostentan un derecho propio de los que ostenta un derecho reflejo, en la forma siguiente:

Es necesario distinguir las distintas formas de intervención de los terceros en el proceso, porque, de la precisión a que se arribe se podrá saber cuándo tal intervención es a título de verdadera parte, y cuándo a título de tercero adhesivo simple.

⁵³ CSJ/SCC, sent. 21-06-95. J.R.G T. 134, p. 532. (destacado nuestro).

⁵⁴ Citada en: TSJ/ SConst. Sent. 3 de agosto de 2001, sentencia N° 1329. En: Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, edit Pierre Tapia, N° 8. Julio. 2001, p. 117.

(...)

En estos casos, de intervención espontánea, el interviniente no introduce una pretensión incompatible con la que se discute en el proceso pendiente, sino que se limita a ayudar a una de las partes, y por esta razón, genéricamente, cabe calificar a este tipo de intervención de adhesiva. Sin embargo, en ésta, según que el tercero alegue o no un derecho propio, o un simple interés, será o no una verdadera parte, o un tercero adhesivo. Esta distinción aparece en el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, cuando advierte que en los casos de intervenciones adhesivas de terceros, si la sentencia firme del proceso principal ha de producir efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria (eficacia directa), el interviniente adhesivo será considerado litis consorte de la parte principal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 147... En otras palabras, que este último interviniente es parte y no un simple tercero⁵⁵.

Pero cabe destacar que otras decisiones del Tribunal Supremo de Justicia se aparta de tal criterio y sostiene que el tercero adhesivo simple puede hacerse parte en el juicio donde actúa la persona a quien van a coadyuvar, como ocurre en la decisión de la Sala Constitucional de fecha 19 de julio de 2001 en los siguientes términos: "... los terceros que tengan interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretendan ayudar a vencer en el proceso, pueden hacerse parte en el juicio donde actúa la persona a quien van a coadyuvar..."⁵⁶.

Al observar cada una de las opiniones doctrinales y los distintos criterios sostenidos a nivel jurisprudencial, pensamos que el tercero adhesivo simple es parte dentro del proceso que interviene, pero con ciertas limitaciones. En efecto, es una parte accesoria, auxiliar, subordinada de una de las partes originarias (demandante o demandado) del proceso, lo cual explica su participación, pero el tercero adhesivo simple cuando interviene no lo hace como titular de la relación

⁵⁵ Sentencia citada en: TSJ/ SConst. Sent. 3 de agosto de 2001, sentencia N° 1329. En: Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, edit Pierre Tapia, N° 8. Julio. 2001, pp. 120-123. Vale destacar que la decisión N° 16 de La Sala Electoral de fecha 10 de marzo de 2000 (caso de Allan Brewer C.) a su vez se cita el caso de Rómulo Villavicencio, se repita en las siguiente decisión: TSJ/SCC, sent. 21-02-03. N° 13. J.R.G T. 196, p. 643.

⁵⁶ TSJ/ SConst. Sent. 19-07-01, sentencia N° 1277. J.R.G. T. 178, p. 347

jurídica-material que se está discutiendo, sino para precaver que, la sentencia que se dicte en ese proceso pueda afectarlo indirectamente. En consecuencia, debe tener todas las facultades que posee las partes para la defensa de sus derechos, pero recordemos que su actuación queda sometida bajo ciertas condiciones derivadas de su posición subordinada.⁵⁷

No hay duda la característica de accesoriedad, subordinación⁵⁸ que posee la intervención de estos terceros adhesivos simples, en consecuencia su suerte seguirá la misma que la de la parte principal.⁵⁹ Al respecto señala Alberto Blanco Quintero, que el tercero interviniente asume en el estado en que ésta se encuentre, su suerte seguirá necesariamente la de la parte principal, haya éste concluido el juicio por sentencia definitiva o a través de otro medio de composición procesal. Pero esto nos escapa de poder actuar con autonomía, a pesar que su situación procesal es idéntica a la de la parte que pretende auxiliar, puede provocar incidencias, promover y evacuar pruebas, apelar, etc.⁶⁰

⁵⁷ Al respecto señala sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que, “...en atención a la clara relación de dependencia o subordinación en que se encuentra el tercero coadyuvante respecto a la parte principal en el proceso en que actúan, la intervención de aquel, en el proceso termina,... como consecuencia legal del desistimiento presentado por la parte principal, quedando extinguida la instancia para ambas partes”. (C1CA, Sent 24-10-00, J.R.G., T 186, p. 210).

⁵⁸ Así como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia “...su interés procesal lo constituye la existencia de una relación de hecho o de derecho tutelada por el ordenamiento jurídico, situación o interés que resultará afectado por el fallo que produzca en la causa, lo que induce a intervenir en la relación procesal adoptando **una posición subordinada a la parte principal que coadyuva** (destacado nuestro). (CSJ/SCC sent 10-12-97. N° 357. En: Pierre Tapia, Oscar: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, edit Pierre Tapia. N° 12. Dic. 1997, p. 255.) (destacado nuestro). Véase también sentencia de la CSJ/SPA, sent. 10-07-91, en el caso de tarjetas Banvenez. Citada por Brewer-Carías, Allan R.: *Las Grandes Decisiones...* ob. cit. s/p.

⁵⁹ Véase sentencia C1CA, 27-11-96, JRG, T 140, pp. 286-287, señala: “cuando un tercero pretenda actuar como coadyuvante de la parte recurrente, pero ésta desistió del procedimiento, por la cual el proceso quedó extinguido según el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual la Corte nada tiene que decidir respecto a la intervención del pretendido tercero adhesivo simple”, Véase también sentencia CICA, 24-10-03, JRG T 169, p. 210, sostiene: “La intervención del tercero coadyuvante termina como consecuencia legal del desistimiento presentado por la parte principal”.

⁶⁰ Blanco-Urbe Quintero, Alberto: *La Intervención Adhesiva en el Contencioso-Administrativo*. En Revista de Derecho Público, Caracas, edit Jurídica Venezolana, N° 59-60, 1994. ob. cit., p. 66. Véase también sentencia de la CSJ/SPA, sent 10-07-91, en el caso de tarjetas Banvenez. Señala que el tercero adhesivo simple, tiene una relación de dependencia por lo cual su posición

Al respecto Jairo Parra Quijano, sostiene que el tercero adhesivo es parte, de lo contrario cabría preguntar: ¿Cómo es que participa en el proceso desarrollando una serie de actos que sólo pueden solicitar y obtener quienes tengan tal calidad? A su vez, señala, “Es innegable que el interviniente adhesivo es parte por cuanto participa en el área del proceso. Quienes sostiene que no es parte confunden las partes en el litigio (noción de derecho material) con las partes en sentido procesal; si bien interviniente adhesivo, por definición y por esencia no es parte en el litigio o derecho material que se discute en el proceso, sí es parte en éste; pero por no tener prácticamente nada que ver con el derecho de litigio, su legitimación es menos importante que la de la parte principal.”⁶¹

Pues recordemos que en alguna ocasiones se elimina la posibilidad del tercero adhesivo simple considerarlo parte del proceso por carecer de legitimación procesal, y esto se destaca en las decisiones de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia de fecha 7 de abril de 1988 y ratificada posteriormente en el auto de fecha 14 de abril de 1999, citadas en sentencias 3 de agosto de 2001 de la Sala Constitucional, la cual sostiene que de acuerdo a lo previsto en el artículo 136 del Código de Procedimiento Civil, las partes son los sujetos de la relación jurídico procesal y por ende son las únicas investidas de la capacidad necesaria para intervenir y realizar actos válidos en el proceso.⁶² Bajo estas nociones consideramos importante hacer una distinción conceptual entre la noción de legitimación *ad causam* y legitimación *ad processum*.

No debemos confundir la legitimación con la capacidad procesal, pues la legitimación va unida a la cualidad para ser parte sea ésta activa o pasiva, en cambio la capacidad procesal para realizar actos procesales por nosotros

se debe adecuar a la sumida por la parte principal, pero sin embargo puede consignar alegatos propios que estén dirigidos a apoyar la pretensión de la parte principal, así como presentar pruebas y objetar las de la contraparte y en fin, participar con cualesquiera medios o elementos procesales en provecho de la coadyuvada. Citada por Brewer-Carías, Allan R.: *Las Grandes Decisiones...* ob. cit., s/p.

⁶¹ Parra Quijano, ob. cit., p. 119.

⁶² Citada en: TSJ/ S Const. Sent. 3 de agosto de 2001, sentencia N° 1329. En: Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, edit Pierre Tapia, N° 8. Julio. 2001, pp. 122-123

mismos por voluntad propia. En efecto, podemos ser los titulares del derecho lesionado, tener por ende legitimación para demandar, pero no podemos actuar en juicio y esto requiere tener capacidad procesal es lo que se ha denominado *legitimatío ad processum*.

Es importante resaltar aquí las nociones previstas en el artículo 136 del Código de Procedimiento Civil, la cual expresa: “Son capaces para obrar en juicio, las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos, las cuales pueden gestionar por sí mismas o por medio de apoderados, salvo las limitaciones establecidas en la Ley”

En consecuencia cuando el tercero adhesivo participa en el proceso debe tener capacidad procesal. En efecto, recordemos la teoría general del derecho, la capacidad puede ser jurídica o de obrar. La primera es la medida de la aptitud para ser titulares de deberes y derechos, en tanto que la segunda es la posibilidad de realizar actos jurídicos válidos y eficaces por voluntad propia.⁶³ La capacidad es una vertiente de la personalidad jurídica, todo sujeto por el simple hecho de serlo tiene capacidad jurídica, en cambio la capacidad de obrar puede faltarle algunos sujetos, ya sea por razones de edad, salud mental, la condena penal a presidio, la prodigalidad o ciertas discapacidades, nos referimos a los incapaces. La capacidad de obrar se subdivide en: negocial, procesal y delictual. Nos interesa para nuestro estudio la capacidad procesal que es la aptitud de realizar actos procesales válidos por voluntad propia.

En el campo procesal debemos destacar la capacidad para ser parte y la capacidad procesal respectivamente. En efecto, señala María Candelaria Domínguez Guillén, cuando hablamos de capacidad para ser parte, equivale a la capacidad jurídica de derecho privado, todo aquel a quien el ordenamiento le reconoce personalidad jurídica, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, tiene capacidad para ser parte en un proceso, afirma que es una

⁶³ De Freitas De G, Edilia: *La Noción de Capacidad en la Doctrina Jurídica Venezolana*, En: Estudios de Derecho Civil, Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona, Colección Libros Homenajes N° 5, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 319-349. Para un mayor estudio Véase a: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Colección Nuevos Autores N° 1. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001. pp. 1-66.

mera potencialidad. En cambio la capacidad procesal constituye un presupuesto validez del proceso y va unida a la noción de capacidad de obrar, y existen personas que carecen de la misma (incapaces), la cual será subsanada por los regímenes de representación o de asistencia según el caso.⁶⁴

Cuando el tercero adhesivo participa debe tener capacidad procesal, es decir realizar por voluntad propia todos los actos procesales requeridos para el desarrollo del proceso, que va unida a la noción de capacidad de obrar, y en pocas palabras nos referimos que el tercero debe tener legitimación procesal o la *legitimatio ad processum*.

Queremos advertir que el tercero adhesivo simple si posee legitimación *ad causam*, se deriva de las mismas normas del Código de Procedimiento Civil a saber, los artículos 370 ord 3º; 379 y 380. De acuerdo a lo anterior, nos permite afirmar que, debemos distinguir entre la noción derecho subjetivo material con la noción del derecho subjetivo procesal, ya que el tercero adhesivo simple no es titular de la relación sustancial debatida, pero si de la relación procesal a la cual interviene, por lo cual se considera parte, tiene legitimación.

Es interesante resaltar las ideas de Ugo Rocco, señala que el tercero adhesivo es cotitular de la acción intentada por la parte principal. Expresa: “Coadyuvante y coadyuvado son cotitulares de una misma y única acción, ya que están ambos, aunque por criterios distintos, legitimados por la ley procesal para el ejercicio de aquella determinada acción, y por consiguiente, ambos son **partes** en el proceso en el cual se halla ya el ayudado.”⁶⁵

Donde no se encontró mayor discusión o divergencias fue referente al tercero adhesivo litisconsorcial, desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial le otorga la calidad de parte, utilizando las palabras de Rivas tiene la calidad de parte el adhesivo litisconsorte, la tenía en estado latente y aún más podría haberlo ejercido en juicios separador.⁶⁶ Lo observamos así en las sentencias anteriormente citadas, a saber: la sentencia de la Corte Suprema de Justicia,

⁶⁴ Domínguez G, María C., ob. cit., pp. 15-16.

⁶⁵ Rocco, Ugo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Bogotá-Buenos Aires, edit. Temis- Depalma, 1970, Vol II, p. 128.

⁶⁶ Rivas, ob. cit., T 2, p. 111.

de la Sala de Casación Civil de fecha 26 de septiembre de 1991 (caso de Rómulo Villavicencio);⁶⁷ sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 21 de junio de 1995,⁶⁸ sentencia de la Sala Electoral 10 de marzo de 2000,⁶⁹ sentencia de la Sala Constitucional de fecha 19 de julio de 2001,⁷⁰ y 3 de agosto de 2001;⁷¹ en su Sala Electoral de fecha 22 de enero de 2001⁷² e igualmente el 12 de febrero de 2003.⁷³

A diferencia del tercero adhesivo simple el tercero adhesivo litisconsorcial no sigue la suerte de la parte principal, por estar en juego derechos propios, la intervención del tercero coadyuvante puede terminarse como consecuencia legal del desistimiento presentado por la parte principal, supuesto que no ocurre con el tercero adhesivo litisconsorcial.

El tercero adhesivo sea este condición simple o litisconsorcial son partes del proceso al que interviene, el primero es parte del proceso no del derecho material que se discute por ende su legitimación es menos importante que la de la parte principal, adquiere la condición subsidiaria, auxiliar subordinada, no puede realizar actos que se oponga a la parte principal recordemos que no es titular de la relación sustancial debatida; el tercero adhesivo litisconsorcial es parte autónoma y es titular de la relación sustancial y puede realizar todos aquellos actos procesales que le convenga aun más puede estar en oposición de la parte que se adhiere.

⁶⁷ Citada por Brewer-Carías, Allan R.: *Las Grandes Decisiones...* ob. cit. s/p.

⁶⁸ CSJ/SCC, sent. 21-06-95. J.R.G T. 134, p. 532.

⁶⁹ Sentencia citada en: TSJ/ SConst. Sent. 3 de agosto de 2001, sentencia N° 1329. En: Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, edit Pierre Tapia, N° 8. Julio. 2001, pp. 120-123. Vale destacar que la decisión N° 16 de La Sala Electoral de fecha 10 de marzo de 2000 (caso de Allan Brewer C.) a su vez se cita el caso de Rómulo Villavicencio, se repita en las siguiente decisión: TSJ/SCC, sent. 21-02-03. N° 13. J.R.G T. 196, p. 643.

⁷⁰ TSJ/ SConst. Sent. 19-07-01, N° 1277. J.R.G T. 178, p. 347.

⁷¹ TSJ/ SConst. Sent. 3 de agosto de 2001, N° 1329. En: Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, edit Pierre Tapia, N° 8. Julio. 2001, pp. 119- 120.

⁷² TSJ/SElec. Sent. 22-01-01, N° 003, En: Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, edit Pierre Tapia, N° 1. Julio. 2001, pp. 167-168.

⁷³ TSJ/ SElec. Sent. 12-02-03, sentencia N° 13. J.R.G. T. 196, p. 643.

1.5 *Interés de actuar en el proceso pendiente*

Para acudir ante los órganos jurisdiccionales como parte principal o en la posición de tercero, nuestro legislador nos exige tener un interés, pero no cabe duda cuando se trata del accionante, sino al contrario por vía coadyuvante, debido que se está ante un proceso ya incoado, y éste actúa para ayudar a una de las partes. Recordemos que, el interviniente adhesivo simple, no plantea una nueva pretensión tampoco solicita una tutela jurídica para sí, sino que se limita en sostener las razones de una de las partes con el fin de ayudarla a vencer en el proceso.

Como señala Guasp, que el objeto del proceso debe revelar algún vínculo de unión entre la pretensión principal y la adhesiva, ese vínculo no es definido legalmente, como se ha dicho y por ello traducido en la realidad por un interés que los Tribunales juzguen digno de protección.⁷⁴

El 370 ord 3º del Código de Procedimiento Civil, con respecto a los terceros adhesivos simples, prevé:

Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes:

...

3º) Cuando el tercero tenga un *interés jurídico actual* en sostener las razones de alguna de las partes y pretenda ayudarla a vencer el proceso (destacado nuestro).

La disposición anteriormente transcrita, nos señala que el tercero adhesivo simple debe tener un *interés jurídico*, para algunos ese interés debe ser únicamente de derecho, en cambio para otros de hecho. Sostiene la Sala Política Administrativa que, la intervención adhesiva para sostener las razones de algunas de las partes, puede tratarse de un *simple interés*.⁷⁵

⁷⁴ Guasp, Jaime, ob. cit., p. 218.

⁷⁵ TSJ/ SPA, sentencia 19 de septiembre de 2001, N° 01973; En Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, edit Pierre Tapia, N° 9. septiembre. 2001, p. 337 (destacado nuestro).

Ese interés consideramos que puede ser de derecho o de hecho siempre y cuando se encuentre tutelado en el orden jurídico. Al respecto y como lo hemos señalado anteriormente, nuestra Corte Suprema de Justicia, manifestó que el mismo puede ser de hecho o de derecho:

...su interés procesal lo constituye la existencia de *una relación de hecho o de derecho* tutelada por el ordenamiento jurídico, situación o interés que resultará afectado por el fallo que produzca en la causa, lo que induce a intervenir en la relación procesal adoptando una posición subordinada a la parte principal que coadyuva...”.⁷⁶

En el mismo sentido se expresa Ricardo Henríquez La Roche, la intervención adhesiva (*ad adiuvandum*) se da cuando existe un interés propio, de hecho o de derecho, pero en todo caso legítimo (art. 16 Código de Procedimiento Civil) y personal, en pleito ajeno.⁷⁷

En efecto, no es necesario que se trate de un interés jurídico en la causa u objeto del proceso, sino de un interés jurídicamente tutelado y éste puede ser patrimonial o moral o familiar, cuya satisfacción o realización dependan de los resultados de ese proceso, en vista de una relación jurídica que exista entre ese tercero y una de las partes.⁷⁸

Debe existir un interés de derecho o de hecho que se deriva de una relación jurídica sustancial entre el tercero adhesivo y el coadyuvado, no es discutida en el proceso, pero es tutelado por el ordenamiento jurídico y el tercero adhesivo trata de proteger. Como señala Jairo Parra Quijano, que el interés del tercero puede ser moral, patrimonial, pero en todo caso jurídicamente tutelado.⁷⁹

En la legislación brasilera nos da entender Heitor De Araujo, que debe ser netamente de derecho, por lo que expresa: “Ese interés de legitimar el tercero para el ingreso a los autos como asistente no puede ser meramente

⁷⁶ CSJ/SCC sent 10-12-97. N° 357. En: Pierre Tapia, Oscar: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, edit Pierre Tapia. N° 12. Dic. 1997, pp. 255 (destacado nuestro).

⁷⁷ Henriquez La Roche, Ricardo: *Código de Procedimiento Civil*, Maracaibo, Centro de Estudio Jurídicos del Zulia, 1996, Tomo III, p. 164.

⁷⁸ Devis Echandía, Hernando: *Compendio...ob. cit.*, , pp. 353- 354.

⁷⁹ Parra Quijano, Jairo, ob. cit., p. 29-

económico ha de ser jurídico. Aunque otros autores como Enrico Tulio Liebman, Goldsmidt y Adolf Schönk, admite que ese interés sea apenas de facto o económicos, pero el CPC de Brasil, en el artículo 50 no dejan dudas que debe ser jurídico.⁸⁰

Cipriano Gómez señala que, el tercero adhesivo (se refiere al tercero adhesivo simple) debe su intervención estar justificada sobre la base de un interés, aunque no esté en litigio un derecho de él, pero tiene interés en la victoria del coadyuvado. El tercero adhesivo debe perseguir un interés propio y diferente de las partes iniciales.⁸¹ En efecto como indica Darío Parra, la participación del tercero adhesivo debe estar justificada en base de un interés legítimo, respecto del resultado que del proceso pueda producirse para la parte a la cual brinda apoyo.⁸²

Parilli, menciona que el interés es un requisito presente en toda acción, que constituye para el tercero la verdadera legitimación para actuar en el juicio en que no ha sido parte.⁸³ En efecto, como lo señala Pietro-Castro existe tal interés cuando la cosa juzgada que se hubiera de producir en el proceso pendiente pudiese redundar en beneficio o en perjuicio del interviniente.⁸⁴

Para la Corte Suprema de Colombia, el interés jurídico sólo existe en los casos siguientes. a) Cuando los efectos de la cosa Juzgada de la sentencia afectan al tercero favorable o desfavorable; b) Cuando la sentencia debe producir los efectos accesorios o reflejos previsto por la Ley; c) Cuando el cumplimiento de la sentencia corresponde al tercero; d) Cuando la sentencia

⁸⁰ De Araujo, Heitor ob. cit., 75.

⁸¹ Gómez Lara, Cipriano: *Derecho Procesal Civil*, México, edit Harla SA, 5° ed., 1991.

⁸² Parra, Darío: *La Tercería*. En: *De la tercería en el derecho Procesal Civil*, Caracas, Edic. Fabretón, 2da edic., 1993, p. 139. Al respecto señala Devis Echandía, que el coadyuvante es ajeno a la relación sustancial debatida en el proceso por su coadyuvado, pero existirá otra relación sustancial entre ellos, que puede resultar afectada con la decisión que sobre la primera se adopte en el proceso. (Echandía: *Compendio...* ob. cit., p. 353.) Lo cual lo hace distinguir de la noción litisconsorte, pues como señala Devis Echandía, el coadyuvante no es cotitular de la misma pretensión del coadyuvado, sino titular de la suya propia (ibid, p. 353).

⁸³ Parilli Araujo, Oswaldo, ob. cit., p. 173.

⁸⁴ Pietro-Castro y Ferrández L: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, edit Tecnos, 3ª ed., 1978, Vol I., p. 75.

debe producir efectos probatorios en la relación entre el tercero y el adversario de la parte a quien ayuda.⁸⁵

La intervención adhesiva (conservativa o coadyuvante), tiene por objeto ayudar a una de las partes en el proceso, para la cual basta justificarla un interés legítimo.⁸⁶ La intervención adhesiva es la participación de un tercero en un litigio pendiente entre otras personas, en apoyo de una de ellas, en cuyo éxito tiene un interés jurídico.⁸⁷ No es necesario que se trate de un interés jurídico en la causa u objeto del proceso, sino de un interés jurídicamente tutelado que puede ser patrimonial o moral o familiar, cuya satisfacción o realización dependan de los resultados de ese proceso, en vista de una relación jurídica que exista entre ese tercero y una de las partes⁸⁸

Observamos como requisito esencial para la participación del tercero adhesivo simple es, el interés jurídico de sostener los alegatos de algunas de las partes.⁸⁹

⁸⁵ Morales Molina, Hernando: ob. cit., pp. 425-426. Como señala Heitor De Araujo Souza, el tercero adhesivo tiene interés en la victoria del asistido, porque ella puede beneficiarse otro derecho del asistido (ob. cit., p. 74).

⁸⁶ Alsina, Hugo: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar Soc. Anon Editores, 2º ed., 1956, Vol 1, p. 591.

⁸⁷ Schönke, ob. cit., p. 99.

⁸⁸ Devís Echandía, *Compendio...* ob. cit., p. 354.

⁸⁹ Véase: TSJ/SConst. sentencia Nro 80 de 01-02-2001, la cual sostiene que de acuerdo al contenido del artículo 379 del CPC el tercero adhesivo puede constituirse en cualquier estado y grado del proceso mediante diligencia o escrito siempre que acompañen prueba fehaciente que demuestre *el interés jurídico* que tenga el asunto (destacado nuestro). (www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/consultaportema4.asp?Tema=136&NombreTem...). Observamos pues, que no solo basta alegar interés en el juicio sino que debe probarlo. Igualmente agrega que la participación del tercero adhesivo se justifica porque la norma en cuestión establece una legitimación activa: “Al efecto, observa esta Sala que conforme a lo estipulado en el artículo 370, ordinal 3º del Código de Procedimiento Civil, los terceros pueden intervenir en la causa pendiente entre otras personas, cuando éstos tengan un Interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretendan ayudarla a vencer en el proceso; ello así, y visto que del contenido del artículo 379 *ejusdem*, se desprende que éstos pueden constituirse en cualquier estado y grado del proceso mediante diligencia o escrito siempre que acompañen prueba fehaciente que demuestre el interés jurídico que tenga el asunto y, por cuanto el presente juicio trata de una acción de nulidad ejercida por razones de inconstitucionalidad contra las normas previstas en el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1987, donde la legitimación activa es amplia y no requiere condición especial alguna, esta Sala Constitucional, por mandato expreso del artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de

Cuando participa el tercero adhesivo simple, trata de evitar los efectos reflejos de la sentencia que se va a producir entre las partes originarias, la cual puede afectarle o lesionarle un derecho sustancial tutelado derivado de una relación jurídica con una de las partes. La intervención del tercero adhesivo simple en un proceso ya incoado, “no hace valer un derecho propio sino un interés que puede fundarse en que, si en el proceso resulta vencida la parte coadyuvada, la derrota repercutiría en el derecho del tercero, quitándole en el futuro la posibilidad de ejercer su derecho en las mismas condiciones favorables”⁹⁰

En cambio los terceros adhesivos litisconsorcial previsto en el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, lo cual prevé:

Cuando según las disposiciones del Código Civil, la Sentencia firme del proceso principal haya de producir efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria, el interviniente adhesivo será considerado litisconsorte de la parte principal a tenor de lo dispuesto en el artículo 147.

Recordemos que el tercero adhesivo litisconsorcial es parte desde el punto de vista de la relación sustancial material y procesal, porque el objeto de la relación jurídica procesal no es única de la parte principal sino del interviniente, y la sentencia que se dicte producirá efectos frente a la relación del interviniente con el adversario. En consecuencia de lo anterior deberán tener interés procesal previsto en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, pues el tercero adhesivo litisconsorcial tiene la necesidad de acudir a la vía jurisdiccional para que se le reconozca un derecho y evitar un daño injusto y los efectos directos de la sentencia.

1.6 Limitaciones

Los artículos 379 y 380 del Código de Procedimiento Civil establece que la participación del tercero adhesivo, puede primero realizarse en cualquier estado

Justicia, aplica supletoriamente lo dispuesto en los artículos 370, ordinal 3º y 379 del Código de Procedimiento Civil, en consecuencia, admite a los señalados ciudadanos como coadyuvantes de la acción de nulidad que por razones de inconstitucionalidad interpusieron los abogados XXXXX y XXXXX.

⁹⁰ CSJ/ SCC. Sent. 21-06-95,. J.R.G. T. 134, p. 532.

y grado del proceso; segundo debe aceptar la causa en el estado en que se encuentre; tercero está autorizado hacer valer todos los medios de ataque o defensa admisible en tal estado de la causa, con la única condición que éstos actos no estén en oposición con los de la parte principal. (Este último requisito cuando se trate de tercero adhesivo simple).

Todo interviniente adhesivo toma la causa en el estado en que ésta se encuentre, “...y no puede pretender que el efecto consecutivo de las etapas procesales ya consumadas no obren en su contra...”⁹¹ Todo proceso se fundamenta en el principio de la preclusividad, y el tercero adhesivo sea este simple o litisconsorcial no escapa del mismo, pues su actuaciones deben realizarla dentro de las misma oportunidades procesales que posee las partes principales.

Una vez más cabe señalar como lo habíamos mencionado *en supra* (1.-3.-), distinguir si se trata del tercero adhesivo simple o litisconsorcial, pues ambos entra en el juicio en el estado en que se encuentra, pero el tercero adhesivo simple no puede disponer de la demanda, por cuanto la relación sustancial debatida él no es titular. En consecuencia no le está permitido hacer correcciones de la demanda, desistir, transigir, convenir, etc.

En este sentido, tenemos que, el tercero adhesivo simple no introduce al proceso ningún nuevo litigio, y ni siquiera amplía el que allí se debate, porque se limitan a colaborar para el éxito de la causa de una de las partes, con el fin de evitar que la sentencia que en ese proceso se pronuncia les pueda sobrevenir perjuicios.⁹² Todas estas limitaciones están demarcadas por su condición accesoria o auxiliar dentro del proceso como lo analizamos anteriormente.

Se sostiene que, el tercero adhesivo, no puede participar en el proceso ni como testigo, ni perito porque él tiene interés en el proceso. Por cuanto a la naturaleza de su participación el tercero adhesivo sea este simple o litisconsorcial no puede comparecer ni como testigo ni perito, pues está interesado en las resultas del proceso. Recordemos que ambos pueden verse

⁹¹ Henriquez La Roche, ob. cit., p. 193.

⁹² Devis Echandía, H., *Sujetos...* ob. cit., p. 511.

afectados por los efectos de la cosa juzgada uno en forma indirecta o refleja y el otro en forma directa.

Consideramos que la participación del tercero como adhesivo puede ser en cualquier tipo de procedimiento, lo que interesa hacer valer es un interés jurídico actual, la cual debe estar tutelado. En consecuencia, puede intervenir en cualquier tipo de proceso, sea este cognitivo, ejecutivo, de incapacitación, a saber, interdicción o inhabilitación, etc. En este orden de ideas se ubica Leo Rosenberg⁹³ y en sentido contrario Schönck, expresa que no es admisible la intervención adhesiva, en los procedimientos conciliatorios, monitorios e interdicción porque no se produce la litispendencia.⁹⁴

Recordemos que, uno de los efectos del proceso de interdicción es que una vez declarado la persona incapaz, es decir entredicha, los actos jurídicos efectuados por éste quedan viciados de nulidad relativa. Bajo estos supuestos cabría preguntar: ¿La posibilidad de la intervención de un tercero adhesivo en estos tipos de procesos?

Su participación estaría en apoyo, ya sea del solicitante de la interdicción, o del presunto entredicho, para demostrar el estado de su salud mental, por tanto deberá demostrar su interés en participar en tal procedimiento y por ende su legitimación.⁹⁵ Señala María Candelaria Domínguez que, en la sentencia de los procesos de incapacitación si bien, no afecta en forma directa la esfera del tercero, ciertamente podría afectarlo indirectamente. De allí que, un tercero no sólo pueda tener interés en la declaratoria de incapacidad sino también en demostrar la capacidad del presunto insano. Si bien es difícil sostener su intervención propia debido a la naturaleza del procedimiento, puede admitirse que éstos aporten pruebas, que el juzgador valorará según la circunstancias.⁹⁶

⁹³ Rosenberg, ob. cit., p. 265.

⁹⁴ Schönke, ob. cit., p. 99.

⁹⁵ De Freitas De G, Edilia: *Comentarios sobre el procedimiento de interdicción*. En Estudios de Derecho Civil, Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley, Colección Libros Homenajes N° 14, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Vol. I, p. 408.

⁹⁶ Domínguez G, María: *Ensayos sobre Capacidad*, ob. cit., p. 283.

De la anterior opinión compartimos, y consideramos que la vía idónea para hacer efectivo su participación es por la vía de tercero adhesivo simple, debido que en los procesos de incapacitación podría afectar indirectamente sus intereses, con lo que se decida del estado mental del presunto incapaz, como sería determinar la validez de los actos realizados por el incapaz.

1.7 ¿Su participación es una verdadera intervención o es el ejercicio de una Acción?

En principio debemos destacar que el termino o calificativo que se utiliza para la figura del tercero adhesivo por los procesalistas como intervención, se deriva que el adherente participa en el proceso en su fase de desarrollo.⁹⁷

Cuando analizamos en *supra*, todo lo relacionado la noción del tercero adhesivo, naturaleza jurídica y el interés de actuar en procesos ya iniciados; surge la necesidad de establecer si el tercero adhesivo debe su participación a una verdadera acción o se trata de una simple intervención que el legislador le ha permitido en aquellos supuesto en que la cosa juzgada pueda producir efectos reflejos o directos con respecto a ellos.

Vale recordar, que la sentencia que se origine en un proceso entre dos partes puede producir efectos en la esfera jurídica de un tercero. Es por lo que, el legislador permitió de alguna forma su participación entre ello el tercero adhesivo. Señala Carnelutti que, el tercero adhesivo es una parte, pero accesorio, como una figura intermedia entre la parte y el tercero, no es sujeto de la litis, pero tampoco un extraño. Sostiene a pesar que no es sujeto inmediato, puede ser un sujeto de la acción.⁹⁸

En consecuencia, el tercero adhesivo evita con su participación que los efectos directos o reflejos de la sentencia del proceso incoado por otros le lesione sus

⁹⁷ Como señala Guasp, el coadyuvante surge lógicamente en un momento no de iniciación ni de terminación, sino de desarrollo del proceso, y de ahí el nombre de intervención adhesiva. (ob. cit., p. 218).

⁹⁸ Carnelutti, Francesco: *Derecho Procesal Civil y Penal*, México, Edit Pedagógica Iberoamericana, 1994, Traducido por: Enrique Figuero Alfonso, p. 69.

derechos o su esfera jurídica, por la cual trata de precaver las consecuencias de una decisión judicial en su entorno personal.

Es importante resaltar las ideas de Couture,⁹⁹ que la esencia de la intervención del tercero adhesivo está constituida por el propósito de ampararse en forma preventiva contra la cosa juzgada eventualmente perjudicial. Agrega que, “si separan los temas de intervención y cosa juzgada, el primero quedaría sin justificación”.¹⁰⁰

Al acudir a un estudio minucioso observamos que la hipótesis planteada no está tan lejos a los criterios que podríamos estar manejando. En efecto, en cuanto a lo que denominamos tercero adhesivo simples o *ad adiuvandum*, nos señala Ugo Rocco, que el interviene por adhesión “es titular, o mejor, cotitular de la acción propuesta por el ayudado, ya que está legitimado para accionar en orden a la realización de un interés del ayudado. Salvo que mientras el ayudado está legitimado con base en el criterio de la titularidad de la relación jurídica sustancial, el ayudante está legitimado con base en el criterio en virtud del cual, dada una particular situación del derecho sustancial, de hecho o jurídica, las normas procesales confieren a dicho sujeto una forma de legitimación¹⁰¹ Agrega este autor que, el coadyuvante y coadyuvado son cotitulares de una misma y única acción, ya que están ambos, aunque por criterios distintos, legitimados por la ley procesal para el ejercicio de aquella determinada acción, y por consiguiente, ambos son partes en el proceso en el cual se halla ya el ayudado.¹⁰² Solo que el coadyuvante se le reconoce una *legitimación* menos plena, que se desarrolla en forma de intervención por adhesión.¹⁰³

⁹⁹ Couture, *Introducción* ... ob. cit., p. 222. Montero Aroca, lo califica como una eficacia refleja, de la sentencia que se dicte. (ob. cit. p. 251).

¹⁰⁰ Señala Leo Rosenberg que, el fin de la intervención adhesiva es menos llevar el proceso para la parte principal que apartar del interviniente adherente las consecuencias que la derrota de aquélla surtiría sobre la relación jurídica entre ella y el interviniente y evitar un segundo proceso entre ellos. En este segundo proceso se volverá práctica la consecuencia principal de la intervención por adhesión. (ob. cit., p. 265).

¹⁰¹ Rocco, Ugo, ob. cit., p. 128.

¹⁰² Ibid., pp. 128 y 129.

¹⁰³ Ibid., pp 129 (destacado nuestro)

Podríamos calificar esa legitimación del tercero adhesivo simple, como una legitimación extraordinaria, la cual señala Juan Montero Aroca, que es aquella “cuando una persona no es titular de la relación jurídica-material deducida en el proceso, pero es titular de otra relación dependiente de aquélla, de tal forma que la decisión que en el proceso se adopte es hecho constitutivo, modificativo o extintivo de su relación.” Y señala a su vez, que el ordenamiento material no puede señalar en cada caso quién tiene legitimación, sino que lo hace en forma general para legitimar los titulares de una relación dependiente.¹⁰⁴

En efecto, una de las condiciones para el intento de la acción es la legitimación e interés. Cuando interviene el tercero adhesivo simple en el proceso, lo hace con legitimación, porque las normas procesales le permiten su participación, como lo prevé el 370 ord 3º del Código de Procedimiento Civil establece que :”Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes: “...3º) Cuando el tercero tenga un *interés jurídico actual* en sostener las razones de alguna de las partes y pretenda ayudarla a vencer el proceso” (destacado nuestro).

Para el intento de toda acción el actor debe tener interés, al igual que el tercero interviniente. En efecto, la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 24-11-80, señala que, sólo podrán hacerse

¹⁰⁴ Montero Aroca, ob. cit., p. 242. Coloca como ejemplo, la intervención del notario en el proceso donde se pretende la nulidad del testamento por él autorizado, para apoyar las razones del demandado tendentes a demostrar la validez del mismo. (ob. cit. p. 251). Véase igualmente a: Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente: ob. cit., p. 166, Rosenberg, Leo, ob. cit., p. 264; este último autor agrega varios ejemplos más, véase pp. 275-276; Hector Fabio Rodríguez Muñoz, da como ejemplo el caso de que” A demanda a B, en relación al dominio sobre cierto bien raíz. A y B son partes, C tiene una hipoteca sobre el bien en litigio constituida en su favor por B; en caso de sentencia favorable a A, C quedaría sin la garantía hipotecaria sufriendo un perjuicio ocasionado indirectamente por el fallo; ante esta situación C es un tercero que puede intervenir en el juicio en busca del triunfo de B.” (ob., cit., p. 18). Kisch, señala la participación del tercero cuando tenga el temor de que una de las partes resulte vencida recaiga sobre él la obligación de indemnizar daños. “una persona ha comprado una cosa al presunto propietario de la misma y es demandada por otro, que, a su vez, afirma ser el propietario, para la devolución de la misma; en el resultado de este proceso está naturalmente interesado el vendedor, puesto que, en caso de que el comprador resulte vencido, estará obligado a indemnizarle. (Kisch, W.: *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 2 da. Edic., 1940. Traducción del alemán: L. Pietro Castro, p. 321) Otro ejemplo podría ser: cuando el subarrendatario tiene interés en que la demanda del arrendador contra el arrendatario no prospere.

parte en el procedimiento, las personas que reúnan las mismas condiciones exigidas para el accionante o recurrente.¹⁰⁵

Señala Parilli, cuando participa el tercero adhesivo en un juicio que no inició debe demostrar la legitimidad en su propuesta. Agrega entonces que existe una unión entre el interés procesal con el sustancial, pues participa activamente en el juicio como legitimado, también tendrá el tercero interés en la decisión que se produzca.¹⁰⁶ Pues nace la obligación del órgano jurisdiccional, pronunciarse sobre la participación del tercero adhesivo, y éste de desarrollar toda una actividad procesal prevista en las normas adjetivas para ayudar al coadyuvado a vencer el juicio.

Toda acción va unida a la idea de legitimación e interés, en efecto como señala Loreto, donde no hay interés jurídico no hay acción, y donde no hay acción, no hay cualidad¹⁰⁷ No hay que confundir la noción de la legitimación con el interés, para accionar. Pues la vinculación de la legitimación con el interés hace cuando falte éste último, falte igualmente el primero.¹⁰⁸

Sin lugar a dudas que el derecho del tercero adhesivo en participar ante el órgano jurisdiccional en la protección de sus intereses subjetivo material se expresará a través de la interposición de la acción, por cuanto al analizar la constitución de todo proceso, se requiere un interés jurídico para intervenir en él, por mandato del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, lo cual se le exige igualmente al tercero adhesivo para logra así ser legítima su participación en un proceso incoado por otros, pero que puede verse afectado su situación jurídica. Pues ese interés debe necesariamente llevar implícito que el único mecanismo que posee para la satisfacción de su derecho vulnerado es a través de su participación ante los órganos jurisdiccionales.

En efecto y como nos señala Parilli, es indispensable que el interviniente de un juicio que no inició demuestre legitimidad en su propuesta, y mencionando a Devis Echandía, ese interés estaría reflejado en el demandante para instaurar

¹⁰⁵ Blanco-Urbe Quintero, ob. cit., p. 67.

¹⁰⁶ Parilli, ob. cit., p. 175.

¹⁰⁷ Loreto, Luis: *Ensayos...*, ob. cit. p. 206. (Recordemos que el autor utiliza los términos legitimación y cualidad como sinónimos).

¹⁰⁸ *ibid*, p. 207.

la demanda, el demandado para contradecirla y el tercero para intervenir en el proceso.¹⁰⁹

Con lo que respeta al tercero adhesivo simple, su interés jurídico deberá ser respaldado por los argumentos de una de las partes a la cual pretende ayudar a vencer en el juicio, utilizando sus propios razonamientos o reforzando los ya esgrimidos.¹¹⁰ Como señala Bello Lozano, que el tercerista interviniente no ejerce un nuevo juicio principal, sino únicamente se adhiere a la acción ya ejercida o a la defensa que ha hecho valer en el juicio existente.¹¹¹

Si bien las nociones anteriormente expresadas no escapan de la noción del tercero adhesivo litisconsorcial, aun más cuando este tipo de intervención tiene legitimación plena, es listiconsorte de la parte principal, y actúa como titular tanto de la relación sustancial como procesal. Es importante resaltar las ideas de Ugo Rocco, “el hecho de hacerse presente en la litis iniciada por uno de los cotitulares del derecho de acción o contra uno de los cotitulares del derecho de contradicción, es puramente accidental, puesto que cada uno de los cotitulares del derecho de acción o de contradicción habría podido asumir el carácter o la figura procesal de actor o de demandado de manera autónoma e independiente desde el momento en que se propuso la demanda judicial.”¹¹² Es decir, estamos ante un supuesto de verdaderas partes en juicio, en consecuencia se trata de sujetos legitimados activa o pasivamente para accionar.¹¹³

La participación que realiza el tercero adhesivo podríamos afirmar que es a través de una acción, pues debe al igual que la parte principal cubrir los requisitos para su procedencia a saber: legitimidad e interés y cubrir así la necesidad de la tutela jurisdiccional, aunque sea por esta vía.

¹⁰⁹ Parilli Araujo, ob. cit., pp. 174-175.

¹¹⁰ ibid pp. 176 y 177.

¹¹¹ Bello Lozano, Humberto: Los Trámites Procesales en el Nuevo Código Civil. Edit, Caracas. 1987, p. 208 y 209.

¹¹² Rocco, ob. cit., p. 130.

¹¹³ Idem. Igualmente señala Palacios, lo que caracteriza a este tercero es que habría gozado de legitimación procesal propia para demandar o ser demandado originariamente en el proceso al cual ingresa, sea a título individual o conjuntamente con la parte a cuya posición adhiere (Palacio, ob cit., p. 243.)

2. POSIBILIDAD DEL TERCERO ADHESIVO DE MODIFICAR SU CONDICIÓN DENTRO DEL PROCESO

2.1 Generalidades

En principio debemos manifestar que, una vez que el tercero adhesivo intervenga en la causa puede hacer efectivo todo lo que considere necesario y admitido por la ley. Pero debe tenerse en cuenta si el tercero adhesivo es simple no es titular de la relación jurídica material debatida en el proceso, lo cual debe excluirse los poderes de disposición.¹¹⁴

El tercero adhesivo simple debe su participación a apoyar a una de las partes es evidente que su conducta se refleje en contra de la otra parte del proceso. Al respecto señala Darío Parra que, la actividad procesal del tercero tiende apenas a apoyar a una de las partes en la posición que ésta sustenta en el proceso, y por ende esa actividad se proyecta en contra de la otra parte procesal.¹¹⁵

De Araujo expresa que, su coadyuvancia debe estar en plena armonía con la parte que pretende ayudar de lo contrario estaríamos frente a otra intervención de tercero. “La finalidad de la asistencia simple no es hacer valer un derecho incompatible con una de las partes (porque, si eso ocurriese, estaríamos dentro de la oposición, también llamada intervención principal), más auxilia una de las partes por cuya victoria tiene interés jurídico el interviniente.¹¹⁶

En la intervención adhesiva litisconsorcial, actuara con plena autonomía dentro del proceso y en su propio beneficio y según Kisch¹¹⁷, Shônke¹¹⁸ y Palacios¹¹⁹ puede asumir actitudes independientes e incluso contrapuestas a la de la parte principal. Igualmente lo señala en sentencia de 21 de junio de 1995 de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, en vista de

¹¹⁴ Montero Aroca, ob. cit., p. 254.

¹¹⁵ Parra, Darío *La Tercería*, ob. cit., p. 139.

¹¹⁶ De Araujo, ob. cit., p. 79.

¹¹⁷ Kisch, ob. cit., p. 324

¹¹⁸ Schônke, ob. cit., p. 103.

¹¹⁹ Palacios, ob. cit., p. 245.

considerarla una parte autónoma del juicio, ejercerá sus propios recursos y sus defensas, aún en contra del deseo o la oposición de la parte original.¹²⁰

Hemos visto hasta ahora, la intervención del tercero adhesivo tiene una razón jurídica dentro del proceso. Cabría preguntar si una vez que ingrese a la causa podrá modificar esa calidad de adhesivo. Interrogante que será desarrollada a continuación.

2.2 *Su condición dentro del proceso y su posible modificación*

En todo proceso puede ocurrir un aumento o modificación de los sujetos procesales que intervienen en el mismo. Al respecto ya señalaba Devis Echandía que, en el proceso se crea una relación jurídica procesal de larga duración que puede ocurrir durante su curso modificaciones en las partes, ya sea por sucesión de una por su herederos o cesionarios o por intervención.¹²¹ Igualmente Cuenca se refiere a los cambios de las partes en el proceso, sostiene que en general los sujetos que interviene en el proceso se mantiene inalterable: el juicio comienza y concluye con las mismas personas naturales o jurídicas. Pero también ocurren cambios en dichos sujetos cuando otras personas intervienen como sucesores o sustitutos de los que iniciaron el litigio.¹²²

Esa modificación que ocurre en las partes principales en el proceso por sucesión o cesión no alteran la relación jurídico-procesal en cuanto al contenido de la *litiscontestatio*, y sus defectos a los resultados de la sentencia, que

¹²⁰ CSJ/SCC, sent. 21-06-95, JRG T 134, p. 532.

¹²¹ Devis Echandía, *Compendio...*, ob cit., p. 328. Al respecto Marco Gerardo Monroy Cabra, señala que, “la modificación de las partes se da cuando continua el procedimiento una nueva parte como actor o demandado en lugar de los anteriores, o una adhesión de partes. (Monroy Cabra, Marcos Gerardo: *Principios de Derecho Procesal Civil*. Edit temis. Bogotá, 1974, p. 194). A nuestro criterio consideramos que la noción ofrecida por Devis Echandía es mucho más amplia, al señalar que existirá modificación de las partes cuando exista intervención, sin especificar cual de ellas. Al contrario Monroy se limita en señalar a la adhesiva, cuando no es la única intervención que pueda efectuar un tercero en el proceso.

¹²² Cuenca, ob. cit., T I, p. 377. Señala a su vez que, los cambios pueden operarse por dos fenómenos que la doctrina denomina sustitución y sucesión procesales. En este caso, el sustituto y el sucesor, siguen la voluntad de la ley, (idem).

permanecerá inalterable.¹²³ En la sucesión el incremento en cuanto a los sujetos o personas que constituyen las partes, tiene un *sentido formal*, pues el proceso continua siendo el mismo, y la sentencia debe recaer sobre las relaciones sustanciales que las partes originaria plantearon.¹²⁴

Queremos aclarar, si bien compartimos la ideas de Devis Echandía, la cual dentro de un debate procesal pueden existir modificaciones de las partes bien sea por sucesión o por intervención, no alteran las relaciones sustanciales planteadas originalmente; pero recordemos que para nuestro ordenamiento jurídico los terceros adhesivo pueden ser simples o litisconsorcial, si estamos frente al primero no habrá modificación del objeto del proceso, pero en el segundo supuesto consideramos que si, debido que el tercero adhesivo litisconsorcial se caracteriza en hacer valer un derecho propio nace una relación jurídica sustantiva diferente, la cual es sujeto activo y debe ser decidida en la sentencia. Ocurre lo mismo con las intervenciones principal excluyente, pues se traduce un nuevo litigio un nuevo sujeto, las cuales deberán ser decididas en ese mismo proceso.

Al respecto Rengel- Romberg señala que, en todo proceso puede sufrir modificaciones de las partes que originalmente lo iniciaron. Las modificaciones pueden tener relación con el derecho sustancial controvertido o puede ser independiente. En el primer tipo se produce por ejemplo por sucesión, por causa de muerte de uno de los litigantes; o bien por actos entre vivos como es la cesión de los derechos litigiosos. Ocurre el segundo tipo, cuando se presenta cualquiera de las formas de intervención de terceros en la causa.¹²⁵

En toda relación jurídica procesal, existen la posibilidad de las modificación de las partes iniciales u originarias, por sucesión o intervención. Ahora bien, nos preguntamos la posibilidad de trasladar estas nociones al tercero adhesivo. En consecuencia nos corresponde determinar la posibilidad del tercero adhesivo modificar su condición una vez que interviene en el juicio.

¹²³ Devis Echandía, Sujetos... ob. cit., p. 451.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Rengel-Romberg, T II, ob. cit., pp. 48-49.

Hemos visto hasta ahora y sin lugar a dudas, que el tercero adhesivo simple es un auxiliar, una parte accesoria que coadyuva con algunas de las partes principales porque tiene un interés jurídico; y el tercero adhesivo litisconsorcial es considerado como una parte principal en la misma condición al que se adhiere. Jairo Parra Quijano sostiene que, ninguna de las partes puede ser coadyuvante de sí misma y por lo tanto no puede cambiar la calidad que tiene en el proceso. Si interviene como demandante, demandado o interviniente principal, no puede convertirse en parte adhesiva.¹²⁶

Comenta éste mismo autor que en Colombia, se puede dar un caso que quien inicialmente sea demandado cambie su condición y pase a ser coadyuvante. Se refiere a la figura de **Laudatio o nominatio auctoris**; quien es demandado como poseedor puede dentro del término para contestación de la demanda manifestar que él “no es poseedor”; si el demandado acepta que un tercero es el poseedor, el demandado inicial queda fuera del proceso. Y en su opinión, si tiene una relación material con el poseedor que se hace cargo del proceso, puede solicitar su intervención coadyuvante, pero, fuera de este caso, es absolutamente imposible cambiar su calidad de parte original por la de coadyuvante.¹²⁷

¹²⁶ Parra Quijano, ob. cit., pp. 120- 121.

¹²⁷ *ibid.*, p. 121. Véase en el mismo sentido a: Kisch, un cambio de partes es *laudatio auctoris*. ob. cit., p. 328. Igualmente señala Hernán Fabio López Blanco, ob. cit. p. 162 con la figura de *laudatio auctoris* existe un típico caso de sustitución de partes, pues desaparece una persona considerada como parte demandada y ocupa esa posición otra totalmente distinta. Y la primera parte podrá intervenir como coadyuvante en el juicio, después que el verdadero poseedor ha reconocido su calidad. En el artículo 56 del Código de Procedimiento Civil Colombiano prevé, que si una persona es demanda como poseedor de determinado bien y no tiene esa calidad sino la de tenedor, deberá indicarlo en el escrito de contestación de la demanda, so pena de que si no lo hace y guarda silencio, se le condenará, en el mismo proceso, a pagar los perjuicios que esa conducta cause al demandante. Véase **Artículo 953 Código Civil Colombiano**: “El mero tenedor de la cosa que se reivindica es obligado a aclarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene”; y **Artículo 59 Código de Procedimiento Civil**: “El que, teniendo una cosa a nombre de otro, sea demandado como poseedor de ella, deberá expresarlo así en la contestación de la demanda, indicando el domicilio o residencia y la habitación u oficina del poseedor, so pena de ser condenado en el mismo proceso a pagar los perjuicios que su silencio cause al demandante. El juez ordenará citar al poseedor designado y para estos fines.” Véase en este punto a Velasque Jaramillo, Luis Guillermo: *Bienes*, Bogotá, edit Temis, 4º ed, 1991, p. 281.

En cambio, en Venezuela no es posible, primero si analizamos las defensas del demandado dentro del proceso, veremos referente a las cuestiones previas, no podría alegar su falta de cualidad para sostener el juicio, solo se refiere a la ilegitimidad de la persona citada como representante del demandado, pero si como defensa de fondo en la contestación de la demanda podría alegar su falta de cualidad de sostener el juicio, por no ser él poseedor, y sería resuelto como punto previo en la sentencia.

Al respecto señala Rengel –Romberg que, nuestro derecho no regula la *laudatio auctoris* como institución procesal, y en el supuesto de reivindicar la cosa poseída en nombre ajeno, el detentador tiene cualidad pasiva para sostener el juicio, pues de acuerdo a lo previsto en el artículo 548 del Código Civil, el propietario de una cosa tiene derecho de reivindicarla de cualquier poseedor o detentador.¹²⁸

Vista estas breves consideraciones debemos analizar la posibilidad de la figura del tercero adhesivo sea este simple o litisconsorcial de modificar su condición dentro del proceso y de este modo lograr dar respuesta a la interrogante planteada en el subtítulo de nuestra investigación. Para el mismo se establecerá los supuestos en las cuales consideramos que pueda modificar su condición dentro de la relación jurídico-procesal en la que intervienen:

2.2.1 Sucesión procesal

Según Monroy al citar Rosemberg define que la sucesión procesal es un cambio en los sujetos de la relación jurídico procesal.¹²⁹ Hector López Blanco afirma que, “la sucesión procesal no constituye, por tanto, una forma de intervención de terceros, sino un medio encaminado a permitir la alteración de las personas que integran la parte, o inclusive, de quienes tienen calidad de terceros.”¹³⁰

¹²⁸ Rengel-Romberg, T III, ob. cit., p. 212.

¹²⁹ Monroy, ob. cit., p. 194.

¹³⁰ López Blanco, Hector: ob. cit., p. 413

Observamos de la noción anterior ofrecida por López Blanco, una respuesta afirmativa y concreta ante la interrogante planteada frente a la posibilidad del tercero adhesivo modificar su condición, a través de sucesión procesal. Pues en su última parte señala que, aquel que posea calidad de tercero puede verse alterado su condición dentro del proceso, a través de esta figura.

La sucesión procesal puede ocurrir en:

- a) Sucesión de una parte por cesión, mediante acto entre vivos.
- b) Sucesión de una parte por sus herederos, en caso de muerte, o por el legatario del derecho litigioso.

2.2.1.1 Por actos entre vivos: Cesión de los derechos litigiosos

No obstante, es importante destacar las ideas de Oswaldo Parilli relativa, a la cesión de derechos litigiosos que haga la parte principal al interviniente adhesivo simple lo constituirá en parte principal y, por consiguiente, cesará la accesoriedad de su intervención.¹³¹ En sentido contrario se ubican Shönke, sostiene que el tercero adhesivo simple no es parte ni aun en el caso de que la coadyuvada le cede la gestión del proceso¹³²

Para ocurrir la cesión de los derechos de litigio debemos considerar lo expresado en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil,

La cesión que hiciere alguno de los litigantes, por acto entre vivos, de los derechos que ventila a quien no es parte en la causa, después del acto de la contestación de la demanda y mientras no sea dictada sentencia definitiva firme, no surte efectos sino entre el cedente y el cesionario, salvo consentimiento del otro litigante...

¹³¹ Parilli Araujo, Oswaldo. ob. cit., p. 197.

¹³² Shönke, ob. cit., p. 101.

En concordancia con lo previsto en el artículo 1557 del Código Civil:

La cesión que hiciere alguno de los litigantes de los derechos que ventila a quien no es parte en la causa, después del acto de la contestación al fondo de la demanda y mientras no sea dictada sentencia definitivamente firme, no surte efectos sino entre el cedente y el cesionario.

Sin embargo, cuando se haga constar en los autos que la parte contraria acepta la cesión, surtirá ésta inmediatamente efectos contra aquélla y en sustitución del cedente, se hará el cesionario parte en la causa.

En consecuencia, para que la cesión de los derechos litigiosos realizada posteriormente del acto de la contestación de la demanda surta efecto, requiere el consentimiento de la otra parte, de lo contrario solo surtirá efectos entre el cedente y el cesionario.¹³³

Debido a la cesión de los derechos litigiosos que haga la parte principal al tercero adhesivo simple dentro de las oportunidades procesales, a saber ante de la contestación de la demanda y después de la misma con el consentimiento de la otra parte dejará su calidad de parte adhesiva, es decir de parte accesoria, subordinada para convertirse en parte principal. Ocupará en el proceso el mismo lugar y posición que tenía el cedente, y por lo tanto quedará alcanzado por la cosa juzgada y todas sus consecuencias.

Igualmente trasladamos estos planteamientos al tercero adhesivo litisconsorcial, pues si bien es considerado parte principal visto que es titular de la relación jurídico material debatida, no significa que una vez que se le haga la cesión de los derechos litigiosos, deja de considerarse un litisconsorte para convertirse una verdadera parte principal del proceso.

¹³³ Véase en este sentido jurisprudencia. CSJ/SCC sentencia 4-08-94, en Pierre Tapia, T 8-9, 1994, p. 315. Igualmente a señalado la jurisprudencia, si el documento de la cesión de los derechos litigiosos se celebró ante de la contestación de la demanda debe constar en el expediente, para que surta los efectos entre el cesionario y la parte contraria si esta última acepta. Porque de lo contrario sólo surte efectos entre el cedente y el cesionario. (TSJ/ SCC, 7-11-03, sentencia 00662, J.R.G. T 205, p. 589. En esta decisión se cita sentencia N° 94 del 5-04-00 de la misma Sala., la cual expresa que, "...el cesionario asume la responsabilidad del cedente, pero limita sus efectos en el proceso frente a la contraparte, por lo que si el demandado no acepta la cesión realizada, se prohíbe al cesionario que irrumpa en el juicio como parte".

El cambio de posición del tercero adhesivo a una verdadera parte principal se requiere el consentimiento de la parte contraria si la cesión de los derechos litigiosos se realizó posteriormente al acto de la contestación de la demanda. Nos preguntamos qué posición tomaría el tercero adhesivo en el supuesto si uno de los litigantes hiciera la cesión de los derechos que se discute después de la contestación de la demanda y la parte contraria no la autoriza. Para tal efecto, se pronuncia la doctrina nacional y extranjera en dos posiciones validas. Al respecto señala Rengel-Romberg ¹³⁴ que se está ante un supuesto de sustituto procesal, (como veremos en *infra* (2.2.-) pues, el sustituto procesal es aquel que ejerce un juicio en nombre propio, pero un derecho ajeno. En consecuencia, si “uno de los litigantes realiza la cesión de los derechos que ventila, a quien no es parte en la causa, después del acto de la contestación de la demanda y mientras no sea dictada sentencia definitivamente firme; caso en el cual el derecho del cesionario es ejercido en la causa por el cedente, sustituto procesal (artículo 1557 CC).¹³⁵

Otros sin embargo, señala que podría intervenir como litisconsorcial del cedente, si la parte contraria no ha aceptado expresamente la cesión. Como señala Jairo Parra Quijano, “El adquirente, a cualquier título, de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente. ¹³⁶

De acuerdo a lo previsto en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 1557 de Código Civil, se requiere para producir modificación de la parte del cedente con respecto al cesionario consentimiento de la otra parte si la cesión se realizó después del acto de la contestación. Caso contrario el cedente debe continuar con el proceso. Consideramos que en este supuesto el cesionario puede actuar en este proceso como litisconsorte. Conlleva esto

¹³⁴ Rengel-Romberg, ob. cit., T II, p. 488

¹³⁵ idem.

¹³⁶ Parra Quijano, Jairo: *Los Terceros*. En: De la Tercería en el derecho procesal civil, Caracas, edit Fabreton, 2° ed, 1993, p. 391. Véase igualmente López Blanco, Hector: el fenómeno más que sucesión procesal es de intervención litisconsorcial, pues no hay cambio en las personas que integran la parte, ya que el enajenante o cedente continúa vinculado al proceso y se le permite al cesionario o adquirente intervenir como litisconsorte, pero sin que exista desplazamiento de las personas que inicialmente tenían la calidad de parte. (ob., cit., p. 414).

que el tercero adhesivo simple modifique su condición a tercero adhesivo litisconsorcial, pues es titular de la relación sustancial debatida, y el en el supuesto de la cesión de los derechos litigiosos al tercero adhesivo litisconsorcial permanecerá igual su condición.

Ahora bien si la parte contraria acepta expresamente la cesión del bien o del derecho litigioso, el cedente queda desvinculado del proceso y el cesionario ocupa su lugar, produciendo así la sucesión procesal. En este supuesto el tercero adhesivo simple modifica su intervención de una parte auxiliar a una parte principal.

2.2.1.2 Por acto post-mortis. (El heredero entra a ser parte en la causa en sustitución del causante)

Al causante le suceden sus herederos en todas sus relaciones jurídicos patrimoniales. En el proceso cuando ocurra la muerte de un de sus litigantes continua con sus herederos. Quienes asumen los derechos y obligaciones del causante. Solo se dará por terminado los procesos con la muerte de uno de los litigantes en las causas extrapatrimoniales, donde se ventilen derechos personalísimos, como divorcio, nulidad de matrimonio, inquisición de paternidad, desconocimiento de paternidad.

El artículo 144 del Código de Procedimiento Civil señala que, con la muerte de la parte, se suspenderá el curso de la causa mientras se cite a los herederos. Una vez que el tribunal proceda a citar a los herederos éstos actuarán en la posición del difunto en el litigio y con ellas todas las facultades y deberes inherentes a esta posición, no solo en cuanto a los actos futuros, sino también en cuanto a los actos pasados. Las acciones, excepciones, defensas, pruebas, recursos, preclusiones, se transmiten del *de cuius* a sus herederos sin distinción ni limitación.¹³⁷

En consecuencia, consideramos otra de las formas que ocurra la modificación del tercero adhesivo simple es en la transmisión de los derechos por *mortis*

¹³⁷ Cuenca, T II, ob. cit., p. 379.

causa, pues el tercero adhesivo simple puede ser heredero de los derechos litigiosos o bien sea por disposición testamentaria o ab intestato.

En este supuesto deja su condición adhesiva y de tercero en la relación procesal para sustituir al causante y en consecuencia adquirir la calidad de parte principal la causa continua a nombre propio.

En la última parte del artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, prevé: “(...) Si la transferencia a título particular de los derechos que se ventilan se produce por causa de muerte, se suspenderá la causa desde aquélla se haga constar en el expediente, hasta que se cite al sucesor a título particular, quien se hará parte en la causa”.

Como habíamos mencionado en *supra* el carácter de heredero se adquiere bien sea por disposición ab intestato o testamentaria y puede ser a título universal o particular, y éste último supuesto es el que prevé la última parte del artículo 145 del CPC. Ahora bien si el tercero adhesivo simple es heredero a título particular por ende por vía testamentaria (legado), del bien o de los derechos litigiosos, el tercero adhesivo simple sustituye al causante, y por lo tanto se produce así su modificación dentro del proceso.¹³⁸

¹³⁸ En la sucesión procesal sea, esta por cesión o por muerte de uno de los litigante puede ocurrir ya sea en personas naturales o jurídicas. Pero en el supuesto de muerte las personas jurídicas, pueden suceder es por vía testamentaria, como indica Aguilar Gorrondona, (Personas, Derecho Civil I, Caracas, UCAB, 14 ed., 2002, p. 449) Otros sostiene que se produce sucesión de la persona jurídica extinguida por aquellos que se le adjudica los derechos o bienes materiales del proceso. (Monroy, ob. cit., p. 195. Véase igualmente a López Blanco, que sostiene que en la extinción o fusión de las personas jurídicas, pues en tal caso quienes como producto de la liquidación o fusión reciben derechos u obligaciones, podrán comparecer para que se le reconozca su calidad, que no es coadyuvante, sino la de partes o terceros. (ob. cit., p. 414). Para Rivas sostiene que a los socios a quienes hubiesen pasado los bienes luego de la liquidación, será considerados sucesores y responderán por los bienes que se hubiesen recibidos en ese proceso en tanto sean los que conformaban el objeto del litigio del que era parte la persona jurídica feneciera (Rivas, ob. cit., T 2, p. 195). Igualmente Parra Quijano, *Los Terceros...*, ob. cit., 391, y Devis Echandía: *Sujetos de la relación...*, ob. cit., p. 453. Al respecto señala Rengel-Romberg que se aplica los supuesto de sucesión procesal, en los casos de fusión de sociedades mercantiles, en la compañía subsistente o que resulta de la fusión, asume los derechos y obligaciones de las que se han extinguido (artículo 346 C. Com.). (Rengel Romberg, ob. cit., T II, p. 49). A su vez sostiene al citar Andrioli, que la doctrina dominante no acepta que la disolución o liquidación de

2.2.2 Sustituto Procesal

Algunos señalan la posibilidad de modificar la condición del tercero adhesivo a través de la figura del sustituto procesal. Cuando nos ubicamos en esta institución se señala que, es aquella persona que ejercita en nombre propio derechos ajenos, no debe ser confundido con el representante procesal, pues este obra en nombre ajeno.¹³⁹

En el mismo sentido se pronuncia Carnelutti, que la representación es diferente a la sustitución procesal. Pues el representante actúa en interés del representado, ya que es este interés, y no el suyo personal, el que le impulsa a actuar; por ello se dice que actúa nomine alieno, mientras que el sustituto actúa en interés propio, ya que es un interés suyo el que le impulsa a provocar la tutela del interés del sustituido.¹⁴⁰

El sustituto procesal es titular parcial del interés en litigio, por cuanto tiene la legitimación en la causa, aun cuando no le sea del derecho de la relación jurídica sustancial, porque es un interés propio, en la defensa de su propio derecho sustancial, lo que legitima sus pretensiones.¹⁴¹ El sustituto procesal no es titular de la relación sustancial, pero sí tiene legitimación procesal y utilizando las palabras de Carnelutti, es aquella persona que puede afirmar y hacer valer en juicio el derecho de otra.¹⁴²

Indica Lino Palacio que, el tercero adhesivo simple estará legitimado para comparecer en juicio de una relación ajena, lo mismo que el sustituto procesal,

la sociedad pueda asimilarse a este fenómeno d sucesión procesal , sino asimilarse a una hipótesis de pérdida de la capacidad de estar en juicio. (idem). Véase: Artículo 1673 del Código Civil sobre la forma de extinción de la sociedad y Artículo 340 del Código de Comercio sobre disolución de compañías de comercio. En el artículo 1681 del Código Civil, prevé la subsistencia de la personalidad de la sociedad para las necesidades de la liquidación, hasta el fin de ésta. Observamos pues, con la disolución o extinción de la persona jurídica no produce la pérdida de la personalidad hasta que se produzca la liquidación total.

¹³⁹ Chiovenda, ob. cit., p. 331.

¹⁴⁰ Carnelutti, Sistema de Derecho..., ob. cit., p. 43. Véase igualmente Carnelutti, Francesco: *Instituciones de Derecho Procesal*, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1997, V 3, Traducción Enrique Figueroa Alfonso, pp. 152-154.

¹⁴¹ Chiovenda, ob. cit., p. 280.

¹⁴² Carnelutti, *Instituciones*, ob. cit., p. 152.

debe ser claramente diferenciados de éste. El sustituto puede estar en el proceso por si solo, y adquiere el carácter de parte principal, a cambio el coadyuvante solo puede actuar al lado y no en lugar del coadyuvado.¹⁴³ El litisconsorte al igual como el coadyuvante no son sustituto procesal

En efecto las figuras del representante, sustituto procesal y tercero adhesivo simple son diferentes. Pues en el primero actúa en nombre de otro y los efectos del proceso recaen sobre el representado; en el sustituto procesal actúa en nombre propio derechos ajenos, pero beneficiándose directamente de ellos y el tercero adhesivo simple participa en interés propio en una relación jurídica procesal ajena. Es importante distinguir también entre la sucesión procesal y sustituto procesal; el primero es titular de la relación jurídica sustancial y el segundo discute una relación que no le es propia.¹⁴⁴

Señala Carnelutti, que el representante actúa en interés del representado, ya que es éste interés, y no el suyo personal, es el que le impulsa actuar, por ello se dice que actúa *nomine alieno*, mientras que el sustituto actúa en interés propio, ya que es un interés suyo el que le impulsa a provocar la tutela del interés del sustituido.¹⁴⁵ El sustituto procesal es la excepción, pues generalmente

¹⁴³ Palacio, ob. cit., nota de pie página n° 30, pp. 239-240. En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en un proceso entre Consorcio Venezolano contra Instituto Nacional de Puertos, sostuvo que, "...la sustitución procesal tiene entonces por objeto el que una persona natural o jurídica, sucesora de la parte se haga cargo del proceso. Por ello en el caso de autos, al haber sido suprimido el Instituto Nacional de Puertos, el proceso se suspendió hasta tanto fue citada la República de Venezuela. Verificada tal circunstancia, la República se constituye en sucesora a título particular del Instituto autónomo demandado y por ello debió asumir el proceso en el estado en que se encontraba." (CSJ/SPA, sent 2-12-99, J.R.G T 160. 1999. p. 480. Fijense como en esta sentencia utiliza indistintamente la noción de sustituto procesal con sucesión procesal.

¹⁴⁴ En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en un proceso entre Consorcio Venezolano contra Instituto Nacional de Puertos, sostuvo que, "...**la sustitución procesal** tiene entonces por objeto el que una persona natural o jurídica, sucesora de la parte se haga cargo del proceso. Por ello en el caso de autos, al haber sido suprimido el Instituto Nacional de Puertos, el proceso se suspendió hasta tanto fue citada la República de Venezuela. Verificada tal circunstancia, la República se constituye en **sucesora a título particular** del Instituto autónomo demandado y por ello debió asumir el proceso en el estado en que se encontraba" (CSJ/SPA, sent 2-12-99, J.R.G T 160. 1999. p. 480.) (destacado nuestro). Esta sentencia utiliza indistintamente la noción de sustituto procesal con sucesión procesal.

¹⁴⁵ Carnelutti, Francisco: *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. edit Hispano Americana, s/f Traducción de: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo, p. 43. Véase igualmente a Rivas: La sustitución solo puede derivar de la ley, se trata de un

la titularidad del derecho y el interés se encuentra en una misma persona. Solo la ley puede permitir este relajamiento de los principios procesales, la cual se solicita la tutela judicial de una relación jurídica sustancial la cual no somos titulares de la misma.

Compartimos las ideas de Carnelutti cuando sostiene que la tutela de los derechos subjetivos corresponde a su titular o depende de él, y cuando el derecho permite que alguien pueda hacer valer en juicio un derecho ajeno, tiene sus riesgos, pues debilita el derecho subjetivo. Se entiende que la sustitución no debe ser regida por una norma general, sino, por el contrario, en cada caso, cuando el interés en obtener la tutela judicial del interés ajeno sea digno de especial atención.¹⁴⁶

En nuestra legislación ocurre la sustitución procesal, en los siguientes supuestos:

- a) En la denominada acción oblicua, prevista en el artículo 1.278 del Código Civil, la cual señala que, “Los acreedores pueden ejercer, para el cobro de lo que se les deba, los derechos y las acciones del deudor, excepto los derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor”
- b) En el supuesto previsto en el artículo 1.017 del Código Civil, “Cuando alguien renuncia una herencia en perjuicio de los derechos de sus acreedores, éstos podrán hacerse autorizar judicialmente para aceptarla en nombre y lugar del deudor”

elemental principio de orden procesal, ya que, como regla básica general solamente está habilitados para discutir en juicio a nombre propio por una relación jurídica sustancial quienes se autoatribuyan o sean imputados de ser titulares de la misma. (Rivas, T 1, p. 288) Véase el artículo 452 del Proyecto de Código Modelo para Iberoamérica dice: “Nadie puede pretender en nombre propio derecho ajenos, solo cuando la ley lo autorice”. Ejemplos que ofrece la doctrina como sustituto procesal, es lo previsto en el artículo 1278 del Código Civil que establece: “ Los acreedores pueden ejercer, para el cobro de lo que se les deba, los derechos y las acciones del deudor, excepto los derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor.”

¹⁴⁶ Carnelutti, *Instituciones...*, ob. cit., p. 153. El principio general es que sólo el titular puede ejercerla porque en él recae la cualidad.

- c) En los supuestos de la cesión de los derechos litigiosos a quien nos es parte después de la contestación de la demanda sin el consentimiento de la otra parte, el cedente actuara en la causa por los derechos del cesionario.

Como señala Carnelutti,¹⁴⁷ Chiovenda, Liebman, Betti¹⁴⁸, en estos casos la cosa juzgada obtenida por el sustituto procesal obliga al sujeto del derecho que permaneció extraño al juicio. Es decir cuando se hace valer un juicio el derecho de otro la eficacia de lo juzgado se extiende a éste.

En consecuencia la intervención y la sustitución son dos figura diferentes, en la sustitución procesal participa como un sujeto principal de la acción, y en la intervención del tercero adhesivo la hace en forma subsidiaria, pues solo se debe a la participación en el proceso al lado de la parte principal.¹⁴⁹ Claro está que para nuestro ordenamiento jurídico se refiere a los terceros adhesivos simples.

Pareciera a simple vista que el sustituto procesal tiene mayor similitud con el tercero adhesivo simple, éste al igual que el sustituto procesal actúa en nombre propio e interés propio para defender derechos ajenos, pero se diferencia que el tercero adhesivo simple esta legitimado para actuar al lado de la parte coadyuvada. En cambio el sustituto puede actuar sólo e iniciar el proceso.

Se distingue muy bien el sustituto procesal con el tercero adhesivo litisconsorcial, éste último actúa en nombro propio y por derecho propio y no ajeno, la cual nos permite diferenciar claramente ambas instituciones procesales; el sustituto obra en lugar de otro.

Vista hasta ahora todas las ideas anteriormente explicadas, nos planteamos la interrogante si existe la posibilidad que el tercero adhesivo pueda modificar

¹⁴⁷ Carnelutti: *Instituciones...* ob. cit., p. 154.

¹⁴⁸ Citados por Rengel- Romberg, T II, ob. cit., p. 488.

¹⁴⁹ Como señala Carnelutti, tanto la intervención y la sustitución son dos instituciones diversas, porque mientras la sustitución hace del tercero interesado un sujeto principal de la acción. O sea lo admite a actuar en el proceso en vez de parte; la intervención atribuye, en cambio, al tercero carácter de sujeto secundario de la acción, es decir, lo admite a actuar en el proceso junto a la parte. (Carnelutti, *Sistema*: ob. cit., pp. 46-47).

su condición a un sustituto procesal. Para responder a la idea planteada, recordemos que uno de los supuesto que trae a colación nuestra doctrina como sustituto procesal, ocurre cuando una de las partes ceda los derechos litigiosos después del acto a la contestación demanda a quien no es parte, debe ser autorizado por la otra parte de lo contrario el cedente ejercerá en el proceso los derechos del cesionario (artículo 1.557 C.C.). Si el tercero adhesivo litisconsorcial cede sus derechos litigiosos a quién no es parte del proceso, después que ocurrió el acto de la contestación de la demanda y por ende no obtiene el consentimiento de las partes, el tercero adhesivo litisconsorcial como cedente pasará ser un sustituto procesal del cesionario, deberá continuar el proceso en defensa de derechos ajenos. El tercero adhesivo simple no es titular de la relación sustancial debatida y por ende no puede disponer de los derechos litigiosos.

Qué ocurre si la parte principal cede sus derechos litigiosos al tercero adhesivo simple, después del acto de la contestación de la demanda y no obtiene autorización de la otra parte. Existirá en primer lugar una modificación de la parte principal a un sustituto procesal, estará en el proceso por los derechos del cesionario en esta caso de la parte coadyuvante, y en este panorama deberá participar el tercero adhesivo simple como un tercero adhesivo litisconsorcial, se estará discutiendo en el proceso derecho propios, y no ajenos y la decisión que se obtenga los afectara directamente su esfera jurídica.

Señala Rivas en el supuesto que el cedente o el enajenante de los derechos litigiosos no logre su salida en el proceso actuará en el proceso con el mismo carácter o condición, a la vez el cesionario o al adquirente tendrá su participación en el proceso como coadyuvante (según la normativa argentina al igual que la alemana) o como litisconsorte (según el sistema italiano).¹⁵⁰

Nuestra legislación no contiene disposición específica al respecto, consideramos en el caso que el supuesto que la parte principal ceda los derechos litigiosos al tercero adhesivo simple después del acto de la contestación de la demanda sin la autorización de la parte contraria, el tercero adhesivo simple modificará su condición a un tercero adhesivo litisconsorcial,

¹⁵⁰ Rivas, ob. cit., T 1, p. 306.

y gozará de todas las facultades de un litigante principal, de lo contrario estaría limitadas sus actuaciones.

2.2.3 Tercero Apelante

En este punto nos toca abordar la posibilidad que el tercero adhesivo modificar su condición a un tercero apelante, para ello haremos algunas consideraciones en relación a este supuesto y así ofrecer nuestra opinión.

Cuando se está ante las figura de los recursos, manifestamos que es un mecanismo que nos otorga nuestro ordenamiento jurídico para atacar decisiones judiciales, porque éstas nos causa un agravio y por ende lesiona nuestros intereses subjetivo y están dirigidos principalmente a las partes de un proceso. Por otro lado, están sujetos al principio de la doble instancia, en consecuencia la decisión recurrida debe pasar al superior. En efecto, si bien a *grosso modo*, los recursos tiene como principio atacar providencias judiciales, usualmente son de las partes y opera dentro del proceso en que se produce.

Algunos consideran que, el tercero adhesivo simple, no esta legitimado para apelar de la sentencia definitiva por no ser el destinatario de la misma, y el supuesto que intente el recurso de apelación es porque la sentencia lo ha perjudicado a él directamente, se ha producido los efectos directos de la cosa juzgada sobre él, es decir le ha causado un agravio en su esfera jurídica. Si se parte de estas ideas se sostiene que, no fue al proceso un tercero adhesivo simple sino litisconsorcial, y si actúo como simple puede tener legitimidad para apelar por el ordinal 6° del artículo 370 en concordancia del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, es decir según estos criterios el tercero adhesivo simple puede intentar el recurso de apelación aunque el coadyuvado no lo realice, de acuerdo a lo previsto en el artículo 297 Código de Procedimiento Civil. Fijada esta posición corresponde analizar la situación que se encuentra el tercero adhesivo ante los medios de ataques de la sentencia, como lo es la apelación y trataremos en el transcurso de la investigación averiguar que tan cierta o equivocadas son tales afirmaciones.

En el ord 6° artículo 370 del Código de Procedimiento Civil expresa:

“Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes:

(...)

6°) Para apelar de una sentencia definitiva, en los casos permitidos en artículo 297"

A su vez el artículo 297 *ejusdem* prevé:

No podrá apelar de ninguna providencia o sentencia la parte a quien en ella se hubiere concedido todo cuanto hubiere pedido; pero fuera de este caso, tendrá derecho apelar de la sentencia definitiva, no sólo las partes, sino todo aquel que, por tener interés inmediato en lo que sea objeto o materia del juicio resulte perjudicado por la decisión, bien porque pueda hacerse ejecutoria contra él mismo, bien porque haga nugatorio su derecho, lo menoscabe o desmejore"

De las dos disposiciones anteriormente transcrita nuestro legislador legitima a un tercero que sin haber participado en el juicio, es decir que para el momento que intente el recurso no había ingresado en el proceso pueda apelar de la sentencia definitiva porque resulte perjudicado por la decisión, ya sea porque pueda hacerse ejecutoria contra él, o porque haga nugatorio su derecho, lo menoscabe o desmejore, pues tiene un interés en recurrir.

Los recursos tienen como principio atacar providencias judiciales, usualmente son de las partes; pero la cualidad para el intento del recurso de apelación no necesariamente requiere ser parte del proceso. Como señala sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, basta tener interés inmediato en lo que sea objeto o materia del juicio, ya porque resulta perjudicado por la decisión, bien porque pueda hacerse ejecutoria contra el mismo, bien porque haga nugatorio su derecho, lo menoscabe o desmejore¹⁵¹ No es necesario para el intento del

¹⁵¹ CSJ/SCC sent 11-05-94, JRG, T 130, p. 385, la cual cita sentencia 4-08-76, G.F., N° 93, 3° etapa, p. 502. Véase igualmente sentencia CSJ/SCC, 28-05-91, JRG, T 117, p. 373. TSJ/ SCC Auto N° 014, 10-02-2000, JRG, T 162, p. 608, señaló: "La Sala, en decisión de 14 de agosto de 1976, relativa a la legitimidad del recurrente, estableció lo siguiente:" "... la cualidad para poder hacer uso del recurso de casación la da, únicamente, la de ser parte en el juicio en el cual se intente el recurso; esta cualidad es diferente a la que se exige para apelar, que no requiere ser parte en el proceso, bastando tener interés inmediato en lo que sea objeto o materia del juicio, ya porque resulte perjudicado por la decisión, bien porque haga nugatorio su derecho, lo menoscabe o desmejore..." Igualmente véase sentencia TSJ/ SCC, sent 26-07-2002, JRG, T 190, pp. 552-553.

recurso de apelación de las sentencias definitivas tener la condición de parte, sino todo aquel que, por tener interés inmediato en lo que sea objeto o materia del juicio, resulte perjudicado.

Ahora bien, consideramos que lo dispuesto en el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil no son aplicadas al tercero adhesivo indistintamente sea este simple o litisconsorcial, pues recordemos lo visto en *supra* I.-4., el tercero adhesivo sea este condición simple o litisconsorcial son partes del proceso al que interviene, el primero en su condición subsidiaria, auxiliar subordinada; y el tercero adhesivo litisconsorcial es parte autónoma.

Vescovi al citar Hitters señala tiene condición de parte cualquiera de los integrantes de un litisconsorcio; las partes accesorias, como el tercero adhesivo simple.¹⁵² Posteriormente señala Vescovi que, el tercero (adhesivo o no), al entrar en el proceso- esto es, luego de ser admitido- se convierte en parte y se aplican las reglas relativas a éstas.¹⁵³ Si en tercero adhesivo, será un litisconsorte de la parte, si no, será una parte independiente, pero esto no altera las reglas de la apelación.¹⁵⁴

Al respecto la jurisprudencia estableció: “Dentro del proceso sólo puede actuar las partes, entendiéndose por éstas los demandantes y las demandadas, así como los terceros contemplados en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil...”¹⁵⁵

Igualmente en otra sentencia se decide: “... en principio son partes en el proceso el demandante y el demandado, y aquellas que han asumido tal condición, el intervenir en la causa en alguna de las formas previstas en el artículo 370 del Código Civil (sic)”¹⁵⁶.

Al considerar al tercero adhesivo simple la condición de parte, le corresponde todos los medios procesales derivado de esa condición, entre ellos todos los

¹⁵² Vescovi, Enrique: *Los Recursos Judiciales y demás medios Impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1988, p. 107.

¹⁵³ *ibid*, p. 109.

¹⁵⁴ *idem*.

¹⁵⁵ CSJ/SCC, sentencia 24-09-1997, JRG, T 144, p. 513.

¹⁵⁶ TSJ/SCC sentencia 27-04-2004, N° 00319, JRG, T 210, p. 649.

medios de ataque o defensa, de acuerdo a lo previsto en artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, y no escapa el recurso de apelación contra la decisión. Si bien el tercero adhesivo simple no es titular de la relación sustancial debatida su intervención la realiza para evitar los efectos reflejos o indirectos de la decisión.

En efecto, al considerar que el tercero adhesivo adquiere el carácter de parte, significa que la sentencia lo puede afectar ya sea en forma refleja o directa, y como parte podrá intentar el recurso de apelación. Pensamos que, el tercero adhesivo no puede ubicarse dentro de los supuestos del ordinal 6 del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil y menos aun su modificación a la condición de tercero adhesivo apelante, por lo argumento anteriormente expresados.

Recordemos, que el tercero adhesivo simple está legitimado para intentar cualquier medio de ataque o defensa admisible en la etapa procesal que intervenga de acuerdo a lo establecido en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.¹⁵⁷ Claro está, el recurso de apelación intentado por el tercero adhesivo simple no debe oponerse a la voluntad de la parte que coadyuva, como señala sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, “... al ser la intervención accesoria de la parte a la que pretende coadyuvar, no le está permitido ir en contra de su voluntad, ni tampoco modificarla ni desmejorarla”.¹⁵⁸

Como señala Parilli, la participación adherente que posee el tercero adhesivo simple, le dará legitimidad únicamente para realizar actos procesales que beneficie a la parte que ayuda y en algunos casos siempre que ésta lo acepte, pues no le es concedida la prerrogativa de interponer recurso cuando la parte principal coadyuvada no esté de acuerdo¹⁵⁹

¹⁵⁷ **Artículo 380 CPC:** “El interviniente adhesivo tiene que aceptar la causa en el estado en que se encuentre al intervenir en la misma, y está autorizado para hacer valer todos los medios de ataque o defensa admisibles en tal estado de la causa, siempre que sus actos y declaraciones no estén en oposición con los de la parte principal”

¹⁵⁸ TSJ/SCC, sentencia 27-04-2004, N° 00319, JRG, T 210, p. 649.

¹⁵⁹ Parilli, ob. cit., 193.

Al respecto la jurisprudencia a señalado lo siguiente:¹⁶⁰

...considera esta Sala que el tercero interviniente en este caso, es decir, el ciudadano..., habiendo actuado como tercero adhesivo con fundamento en el ordinal 3° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, auxiliar de la parte demandada en el juicio que... propuso contra..., no es autónomo en el proceso, sino dependiente de la parte coadyuvada y sólo están autorizados a hacer valer en el proceso los medios de ataque o defensa que no estén en oposición con los de la parte principal,...

...al conformarse la parte demanda con el dispositivo del fallo que le fue adverso a su intereses, por haber renunciado a su derecho de apelar de la sentencia que dirimió el fondo de la controversia, cesó el interés que confirió legitimidad al tercero para intervenir en la causa, quedando éste limitado en el ejercicio de sus medios de ataques y defensa, por no poder estar sus actuaciones en oposición con las de la parte que pretendió ayudar a vencer en el proceso, y si ésta no apelo de la sentencia del a-quo, mal podría haberlo hecho el tercero..”

Parilli sostiene que, el tercero adhesivo simple, al interponer un recurso se constituirá en recurrente, pero el coadyuvado seguirá siendo el principal en la instancia superior aunque no sea él quien recurrió, pudiendo además el principal, defender la posición asumida por el tercero adhesivo.¹⁶¹

Con respecto al tercero adhesivo litisconsorcial, la situación es diferentes, pues como es considerado parte autónoma sus actos pueden estar en contraposición de la parte principal, la cual podrá interponer el recursos de apelación aun en contra de la voluntad de la parte principal.

2.2.4 Tercero excluyente

No se excluye la posibilidad que, el tercero adhesivo modifique su condición en el proceso que interviene ante la necesidad de presentar tercería excluyente

¹⁶⁰ CSJ/SCC, sentencia 10-08-99, N° 534, JRG, T 157, p. 383.

¹⁶¹ Parilli, ob. cit., p. 193.

prevista en el artículo 370 ord 1 del Código de Procedimiento Civil, cuando determine que la vía adhesiva que hizo valer en el juicio sea la equivocada o insuficiente.

El ord. 1 del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil regula la denominada intervención voluntaria y principal de los terceros contra ambas partes de un proceso pendiente y donde se pretende excluir la pretensión del demandante a través de un derecho preferente o concurrir con él en el derecho o intereses alegado con fundamento en el mismo título.

Señala Lino Palacio que la tercería excluyente tiene lugar cuando un tercero se incorpora a un proceso pendiente a fin de interponer, frente a las partes originarias una pretensión incompatible con la deducida por el sujeto activo.¹⁶² En el derecho venezolano esta clase de tercería se subdivide en excluyente, preferente o concurrente, según el grado de la pretensión deducida por el tercero, bien que aspire a excluir a las partes, a ser preferido a ellas por el orden de crédito a concurrir en igual grado.¹⁶³ En la tercería excluyente el tercero persigue que se le reconozca la titularidad de un derecho que dice ser suyo, eliminando la pretensión de las partes principales del juicio.¹⁶⁴

Al respecto sobre este punto no se ubico al nivel doctrinal ni jurisprudencial el fundamento de este supuesto de un tercero adhesivo a una tercería; únicamente en forma indirecta la sentencia del 15 de octubre de 1997 de la extinta Corte Suprema de Justicia, se plantea sobre la intervención del tercero en un recurso de nulidad por inconstitucionalidad, que lo hizo valer por tercero coadyuvante no por una tercería. Al respecto señaló la Corte:

(...) En este orden de ideas observa la Corte que los intervinientes manifiestan su adhesión “al presente recurso y a todas las pretensiones en él deducidas incluyendo la de amparo cautelar”. Esta última afirmación lleva inequívocamente a la Corte a concluir que los terceros intervinientes desean ser protegidos por un mandamiento de amparo, es decir, que los efectos de la decisión de amparo recaigan sobre sus situaciones particulares y no solamente en el de la actora. Por ello,

¹⁶² Lino Palacios, ob cit., p. 231

¹⁶³ Cuenca, T I, ob cit., p. 320.

¹⁶⁴ Parilli, ob. cit., p. 55.

aunque los intervinientes han cometido una imprecisión formal haciendo referencia al ordinal 3° del artículo 370, en lugar de aludir al ordinal 1° del mismo artículo, tal situación no puede ser óbice para negarles el acceso a la justicia como partes en el presente proceso, toda vez que es clara su intención de que las decisiones del presente proceso surtan efecto directo en su situación jurídica y así se declara”¹⁶⁵

Del extracto de la anterior sentencia observamos como el propio juzgador modifica la condición del tercero adhesivo simple aun interviniente principal, en aras que todos tenemos derecho al acceso a la justicia. Es el Juez quien modifica su calidad, pues se percate que la vía seleccionada por los intervinientes no es la más idónea para ser valer los derechos discutidos, y en consecuencia determina que existe un error formal y que por lo tanto se le tenga como partes del proceso en cuestión.

Si bien en este supuesto es el Juez quien modifica la condición alegadas por los intervinientes como terceros adhesivos a intervinientes principales, qué ocurre si son los mismos intervinientes durante el proceso quienes se percata de la situación y quiera modificar su condición. Se utilizaría los mismo argumentos esgrimidos en esta sentencia para su modificación.

En otra decisión se ofrece a los litigantes un sentido orientador en la vía correcta a seguir, pues algunos litigantes ante un juicio intenta sus intervención a través de lo previsto en el ord 1 y 3 del 370 CPC, en este supuesto el Tribunal Supremo de Justicia sostuvo:

...esta Sala advierte que las solicitudes de adhesión al recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad ejercido en forma conjunta con amparo cautelar y medida cautelar innominada de suspensión de efectos, interpuestos contra los actos administrativos contenidos en la Providencia... del 29 de noviembre de 2002, fueron fundamentadas en los ordinales 1° y 3° del artículo 370 *supra* indicado; no obstante, del análisis de los términos en que fueron planteadas las referidas solicitudes, aprecia fácilmente este Alto Tribunal que la intervención pretendida por los solicitantes no puede subsumirse en los supuestos regulados por el ord 1° del aludido artículo 370, visto

¹⁶⁵ CSJ/SPleno, sentencia 15-10-1997. Exp N° 0902. JRG, T 145, pp. 763-764.

que el mismo regula la denominada intervención voluntaria y principal de los terceros contra ambas partes de un proceso pendiente...

En este sentido, se advierte que la intervención solicitada... se presenta conforme a lo dispuesto en el 3° del señalado artículo 370, en concordancia con la norma del 381 del Código de Procedimiento Civil...¹⁶⁶.

El artículo 370 del Código de Procedimiento Civil permite las diferentes formas de participación de los terceros en la causa a la que no dio inicio. Cabe preguntar bajo los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia anteriormente mencionada, cómo es posible la intervención de terceros en un proceso alegando dos supuestos diferentes a saber, el ord 1 y 3 del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil la cual el legislador le da tratamientos diferentes a partir del artículo 371 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia no podríamos manifestar que existió un cambio o modificación de una intervención voluntaria principal a una intervención adhesiva, pues ambas intervenciones son excluyentes y debieron ser rechazadas al principio de su solicitud y no por el Tribunal Supremo de Justicia.

2.2.5 Otros supuestos

Corresponde analizar la posibilidad que el tercero adhesivo modifique su condición en el proceso al que interviene en otras esferas jurídicas, a saber: **primero**, en los supuestos previstos en el ord 2 del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil¹⁶⁷, en ocasión que durante el proceso pueda ocurrir que, se ejecute medida de embargo sobre bienes de su propiedad; **segundo** su condición de interviniente voluntario a una intervención forzosa, por cuanto puede ser citado por el coadyuvado por ser común a éste la causa pendientes

¹⁶⁶ TSJ/SPA, sent 25-06-03, N° 00949, JRG, T 200, p. 595.

¹⁶⁷ Art. 370 ord. 2° CPC: “Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes: ... 2°) Cuando practicado el embargo sobre bienes que sean propiedad de un tercero, éste se opusiere al mismo de acuerdo a lo previsto en el Artículo 546. Si el tercero sólo es un poseedor precario, a nombre del ejecutado, o si sólo tiene un derecho exigible sobre la cosa embargada, podrá también hacer la oposición, a los fines previstos en el aparte único del Artículo 546.

o en saneamiento o garantía, de acuerdo a lo previsto en los ordinales 4° y 5° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil.¹⁶⁸

Veamos cada uno de los planteamientos anteriormente mencionados. **Primero:** Otras de las posibilidades de intervención voluntaria principal de terceros en el juicio, que legitima nuestro legislador es a través de la oposición al embargo, previsto en el ord 2° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil en concordancia al artículo 546 *ejusdem* o a través de una tercería de dominio como lo prevé el art. 370 ord 1 *ejusdem*. La cual el tercero impugna por vía incidental el embargo, porque el mismo se practica sobre bienes de su propiedad, o es un poseedor precario o si sólo tiene un derecho exigible sobre la cosa embargada.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Art 370 ord 2° CPC: “ Los terceros podrán intervenir, o ser llamados a la causa pendiente entre otras personas, en los casos siguientes: ...4°) Cuando alguna de las partes pida la intervención del tercero por ser común a éste la causa pendiente. 5°) Cuando alguna de las partes pretenda un derecho de saneamiento o de garantía respecto del tercero y pida su intervención en la causa.

¹⁶⁹ Señala José Pedro Barnola Quintero que: la doctrina y la jurisprudencia referidas al Código de Procedimiento Civil derogado admitía la posibilidad para un tercero oponerse no ya sólo al embargo ejecutivo de conformidad con el artículo 469, sino también a las medidas preventivas. A su vez sostiene este autor que, “ Con la vigencia del nuevo Código y con la norma del ord 1° del artículo 370, del juicio de tercería de dominio como camino procesal para que el tercero propietario se oponga a las medidas cautelares, pareciera que el artículo 546 quedó como la norma adjetiva en la cual descansa exclusivamente el derecho a la oposición al embargo ejecutivo, la cual no es aplicable a la oposición de terceros a las medidas cautelares, habida cuenta que estos terceros tienen, precisamente, para ello la vía de la tercería de dominio consagrada en el referido ordinal 1°” En consecuencia se pregunta Barnola sin aún con la vigencia del nuevo Código pueden los terceros propietarios oponerse a las medidas cautelares conforme a lo previsto en el artículo 546, o debe necesariamente intentar el juicio de tercería al que se refiere el ord 1° del artículo 370 del nuevo Código. Para dar respuesta a su interrogante destaca la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal de 30-03-95; 14-11-96, ratificadas el 24-03-00 respectivamente, que estableció que la norma del artículo 546 del CPC, sólo corresponde a la oposición del tercero al embargo ejecutivo, habida cuenta que conforme al ord 1 del artículo 370 del mismo *ejusdem*, los terceros disponen para la oposición de las medidas cautelares la vía de la tercería, con estas decisiones se abandonó la doctrina tradicional que se seguía del fallo del 27 de julio de 1994. Lo cual él considera que en defensa al derecho a la propiedad y al compartir la opinión de Herínquez La Roche que la oposición a las medidas cautelares debe coexistir ambas vías procesales alternativamente; una forma corta y expedita la oposición del tercero, o la tercería del ord 1 artículo 370 *ejusdem* ante la necesidad de un lapso probatorio mayor. (Barnola Quintero, José Pedro: *La oposición al embargo por Terceros...* En: Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Libro Homenajes N° 8. 2002. pp. 145-146).

Si durante el procedimiento se acuerda una medida de embargo sobre los bienes del tercero adhesivo simple, siendo este propietario o poseedor de los mismos consideramos pertinente analizar si modifica su condición a lo previsto en el ord 2 del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, o por lo contrario intentar la oposición al embargo preventivo previsto en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil.¹⁷⁰

Pesamos pertinentes resaltar una vez mas nuestra postura en considerar al tercero adhesivo simple una parte en el proceso, aunque forma accesorio, subordinada o auxiliar de la parte principal, y nuestro legislador lo legitima para realizar todos los medios de ataque o defensa admisibles en el grado de la causa que se produzca su intervención de acuerdo al artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, pareciera a la luz de estas normas que, el tercero adhesivo simple puede intentar la oposición al embargo según lo previsto en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto es parte del proceso.

Consideramos pertinente que ante el decreto de alguna medida de embargo sobre los bienes del tercero adhesivo simple durante el proceso cambiar su condición adhesiva e intentar la oposición del embargo por vía incidental establecido el ord 2 del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil. Pues es otras de las formas de intervención voluntaria de los terceros, cambia de una intervención adhesiva simple a una principal. En efecto, si bien es considerado parte en el proceso no es titular de la relación sustancial debatida, no solicita al órgano jurisdiccional un pronunciamiento para sí sino el conocimiento del mejor derecho invocado por el coadyuvado. En consecuencia, la vía idónea para la mejor defensa de sus derechos es intentar la oposición al embargo por lo previsto en el ord 2 artículo 370 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 546 *ejusdem*, la cual puede intentarla antes, durante o después de la ejecución y hasta el último cartel de remate.

Bajo estos argumentos pareciera cuando se decreta las medidas cautelares secuestro y prohibición de enajenar y gravar recaídas sobre bienes de terceros

¹⁷⁰ Artículo 602 CPC: “Dentro del tercer día siguientes a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere lugar que alegar.”

solo se le permitiría acudir por la vía prevista en el ord 1 del artículo 370 y 371 del Código de Procedimiento Civil, es decir deberá proponer una tercería.¹⁷¹ Queremos en este punto resaltar las ideas expuestas por Barnola en la nota de pie de página n° 171, la cual nos adherimos, ante las medidas cautelares al tercero debe permitírsele las dos alternativas procesales, la oposición del tercero del ord 2° del artículo 370 por ser rápida y expedita, o la tercería del ord 1 artículo 370 *ejusdem* ante la necesidad de un lapso probatorio mayor.

Situación diferente al referirse al tercero adhesivo litisconsorcial, debido que es una parte autónoma, y actúa en nombre propio y por su propio derecho, si durante el proceso se ejecuta una medida de embargo sobre sus bienes, secuestro o prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, consideramos la oposición a la medida cautelar deberá ejercerla dentro los tres días siguientes a la ejecución de la medida (artículo 602 del Código de Procedimiento Civil).

El *segundo* supuesto que resaltamos anteriormente es la posibilidad de modificar su condición de interviniente voluntario adhesivo a una intervención forzosa, por cuanto puede ser citado por el coadyuvado por ser común a éste la causa pendientes o en saneamiento o garantía, de acuerdo a lo previsto en los ordinales 4° y 5° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 370 del Código de Procedimiento Civil ordinales 4° (“Cuando alguna de las partes pida la intervención del tercero por ser común a éste la causa pendiente”) y 5° (“Cuando alguna de las partes pretenda un derecho de saneamiento o de garantía respecto del tercero y pida su intervención en la

¹⁷¹ Señala la jurisprudencia que, “... en materia de medidas preventivas, la manera como los terceros pueden lograr la liberación de los bienes de su propiedad, o sobre los cuales tengan algún derecho, que haya sido afectado por una medida decretada en causa pendiente entre otras personas va a variar de acuerdo a cuál medida ejecutada...”.

“Si se trata de una medida de embargo que haya recaído sobre bienes de un tercero, éste de acuerdo a la letra de los artículos 370 ord 2°, 377 y 546 del Código de Procedimiento Civil, debe oponerse mediante diligencia o escrito...”

“Ahora, si la medida precautelativa que recae sobre bienes de un terceros un secuestro; o prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles,... ese tercero que se sienta afectado, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 370 ord 1° y 371 del Código de Procedimiento Civil, debe proponer demanda de tercería contra las partes contendientes...” (CSJ/ SCC, sentencia 9-02-94, en Pierre Tapia, T 2, 1994, pp. 271-272).

causa”), establecen ambas disposiciones la intervención forzosa por cuanto la intervención del tercero tiene lugar por voluntad de las partes.

En la llamada del tercero por ser común a éste la causa pendiente se caracteriza, primero, que tiene lugar por iniciativa de la parte demandante o demandada; y segundo tiene como función de lograr la integración del contradictorio en las cuales la causa pendiente es común al tercero.¹⁷²

Si el tercero ante una causa pendiente interviene a través de la intervención adhesiva y concretamente la simple, y durante el proceso ya sea la parte coadyuvada o no, solicita su participación para integrar el contradictorio, por cuanto existe una relación material única o conexa a ellos, no hay duda que su condición será modificada. Pues el tercero adhesivo simple no es titular de relación sustancia debatida, pero teme los efectos reflejos que se pueda dar en ese proceso. En el supuesto que exista una correlatividad del relación material debatida con el coadyuvado estamos ante un tercero adhesivo litisconsorcial sea este facultativo o necesario, no requiere ser llamado a la causa de acuerdo al ord 4° del Código de Procedimiento Civil.

En la cita de saneamiento y de garantía la define Loreto, “como una institución mediante la cual, dentro del ámbito de un proceso pendiente puede realizarse también el derecho que afirma una parte del mismo o ambas, a ser saneadas o garantizadas por un sujeto extraño y distinto de los que integran la relación procesal”¹⁷³

Si el tercero adhesivo simple tiene una relación jurídica con la parte coadyuvada o no ya sea por saneamiento o por garantía, inexorablemente su condición será modificada en el proceso que participa.

CONCLUSIÓN

La importancia que reviste un proceso judicial para las partes no puede verse entorpecidas por la voluntad de alguien distinto a las principales interesados. De allí que solo cuando un interés jurídico lo justifique se permite al tercero

¹⁷² Rengel-Romberg, T III, ob. cit., p. 193.

¹⁷³ Citado por Rengel-Romberg, ibid, p. 198. Véase igualmente Parilli, ob. cit., p. 227.

adhesivo intervenir, presentándose así como un soporte que actúa siempre en beneficio de éstas y el suyo propio. Se traduce en definitiva en una ayuda procesal por interés.

La noción de interés procesal no es ajena a la figura procesal del tercero adhesivo, pues para el nacimiento de su participación debe tener interés, como lo prevé el artículo 370 ord 3º del Código de Procedimiento Civil, para el tercero adhesivo simple. En efecto, el legislador fue muy amplio al permitir que, en una causa instaurada puedan intervenir terceros que consideren afectados sus derechos e intereses. Si bien en principio los procesos producen efectos jurídicos únicamente entre las partes, la naturaleza del tercero adhesivo permite su participación por cuanto, los efectos del proceso se proyecten en su esfera jurídica, así sea en forma refleja o directa. Sea esta su participación como un tercero adhesivo simple o litisconsorcial.

Las nociones de acción e interés, van unidas una depende de la otra, la participación del tercero adhesivo, no escapa de la noción de la acción, pues el tercero adhesivo simple o litisconsorcial acude ante los órganos de la Jurisdicción porque posee legitimación e interés para actuar ante él, pues trata con su participación, de no ver menoscabada su situación jurídica. En consecuencia el tercero adhesivo desplegará una cantidad de defensas con las limitaciones de su posición ya sea como parte subordinada, tal es el caso del tercero adhesivo simple o su posición como parte autónoma al referirnos al tercero adhesivo litisconsorcial, debido que la decisión que dicte el juez al respecto puede producir efectos que perjudique su relación ya sea indirectamente o directamente y en ambos casos el Juez lo está sentenciando.

Nos preguntamos a lo largo de la investigación la posibilidad de modificar el tercero adhesivo su condición en el proceso que actúa. En toda relación jurídica procesal puede ocurrir un aumento o modificación de los sujetos procesales que intervienen en el mismo, los cambios se produce ya sea porque otras personas intervienen como sucesores o sustitutos de los que iniciaron el litigio y estas nociones no escapa el tercero adhesivo.

Analizamos varias posibilidades de modificar el tercero adhesivo su condición dentro del proceso, claro esta dependiendo del tipo o clase de tercero adhesivo

nos referimos si este es simple o litisconsorcial. Uno de los supuestos fue, a través de la sucesión procesal, por cesión de derechos litigiosos o por actos post mortis (muerte del coadyuvado). Si ocurre de la parte principal al interviniente adhesivo simple lo constituirá en parte principal y, por consiguiente, cesará la accesoriedad de su intervención, situación que no ocurre con el tercero adhesivo litisconsorcial, por cuanto es parte principal y autónoma del proceso.

Sin embargo el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, prevé que, la participación de interviniente adhesivo simple puede ser modificada a litisconsorte de la parte principal, cuando la sentencia firme del proceso principal haya de producir efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria. En efecto cuando la sentencia firme del proceso principal produce efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria (eficacia directa), el interviniente adhesivo será considerado *litis consorte* de la parte principal.

Otros de los supuesto analizados como posibilidad de modificar su condición dentro del Proceso fue a través de la figura del sustituto procesal, como tercero apelante tercero excluyente, cuando se ejecute una medida de embargo ya sea ejecutivo o preventivo en sus bienes y por ultimo cuando era requerido por las partes por ser común a éste la causa pendiente o en saneamiento o garantía. Cada uno de los puntos en cuestión se debió hacer un análisis detallado dependiendo de la condición del tercero adhesivo, si este era simple o litisconsorcial, pues ambas figuras traen consecuencia y efectos diferentes. En efecto, dependiendo de su condición de parte subordinado o autónoma debió girar su modificación al respecto. Como ocurrió con uno de los puntos más controvertidos, referente al recurso de apelación de la decisión por tercero adhesivo simple, cuestión que se debió partir de la naturaleza jurídica que actúa, que es parte y por ende nace el derecho de apelar.

Las nociones del tercero adhesivo tienen diferentes matices dependiendo de la legislación que nos ubiquemos, y en Venezuela la misma ha sido solucionada por la doctrina y a jurisprudencia de forma muy escasa, queda en manos nuestra seguir realizando investigaciones que aporte mayores nociones al respecto y tratar en lo posible ser difundidas.

La pretendida compensación legal: notas críticas sobre una noción artificial

Alfredo DE JESÚS O.*

SUMARIO:

Introducción.

1. La Compensación antes del Código Civil Francés de 1804. 1.1.
La compensación en el Derecho Romano. 1.1.1. Derecho anterior a

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado mención *cum laude*, Investigador Asociado del Centro de Investigaciones Jurídicas, Ex preparador ordinario de las cátedras de Derecho Procesal Civil I y de Derecho Civil IV, Contratos y Garantías y ex Estudiante Asesor en Derecho Privado y Romano. **Universidad Panthéon Assas - París II**, Diploma de estudios profundos (DEA) de Derecho Privado General de la Escuela Doctoral de Derecho Privado. **Universidad Panthéon Sorbonne - París I**, Diploma de estudios profundos (DEA) de Derecho Comercial y Económico de la Escuela Doctoral de Derecho Comercial. **Escritorio Jurídico Hinestrosa, De Jesús, De Jesús & Sánchez**, Socio.

El trabajo que presentamos es una versión actualizada y adaptada al derecho venezolano del Ensayo titulado “*La compensación y su efecto ipso iure. Influencia del derecho romano en la codificación francesa de 1804 en materia de compensación: su verificación de pleno derecho*” que presentamos en el año 2002 en la ciudad de Buenos Aires, en el marco del Concurso Internacional para Estudiantes de Ciencias Jurídicas y Políticas sobre el Código Napoleón auspiciado por la Pontificia Universidad Católica Argentina.

La actualización del trabajo se hacía necesaria tras la aparición en el año 2004 del valioso libro de José Mélich-Orsini, titulado “*Modos de Extinción de las Obligaciones*” publicado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el cual se dedican varias páginas al estudio de la compensación.

Marco Aurelio. 1.1.2 Las reformas de Marco Aurelio. 1.1.3 Las reformas de Justiniano. 1.1.4 La compensación y L'ancien Droit.

- 2. La recepción de la compensación en el derecho codificado.** 2.1 *La compensación, el efecto ipso iure y el derecho francés*. 2.1.1 El contrasentido histórico. 2.1.2 El intrasentido legal 2.2 *La compensación, el efecto ipso iure y el derecho venezolano*. 2.2.1 El efecto ipso iure contestado. 2.2.2 el efecto *ipso iure* desplazado.

Conclusión.

INTRODUCCIÓN

El Código Civil venezolano consagra la compensación como un medio de extinción de las obligaciones en la Sección IV, del Capítulo IV “De la extinción de las obligaciones” del Título Segundo “De las obligaciones” del Libro Tercero “De las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos”. Dentro de esta sección, son los artículos 1331, 1332 y 1333 los que nos dictan los rasgos generales de esta institución, enunciando los elementos que más adelante nos permitirán conocer su contenido. De este modo, el artículo 1.331 nos señala que “cuando dos personas son recíprocamente deudoras se verifica entre ellas una compensación que extingue las dos deudas, del modo y en los casos siguientes”. Luego el artículo 1.332 complementado el concepto y funcionamiento de la institución añade que “la compensación se efectúa de derecho en virtud de la ley, y aun sin conocimiento de los deudores, en el momento mismo de la existencia simultánea de las dos deudas, que se extinguen recíprocamente por las cantidades concurrentes”. Estos dos artículos –junto con el 1.333 que nos señala lo que puede ser “materia” de compensación– nos detallan de manera muy precisa las conclusiones a las que llegaron los legisladores después de unos cuantos siglos de historia.

Es de esta manera, como queda consagrada esta forma de extinción de las obligaciones –según la nomenclatura de algunos– por satisfacción indirecta. Naturalmente, en vista de la ubicación de la compensación dentro del Capítulo relativo a la extinción de las obligaciones, el desarrollo del estudio de esta institución del derecho civil ha estado dirigido principalmente –y por muchos años casi exclusivamente– a afirmar su particularidad de extinguir las obligaciones a través de una especie de “procedimiento simplificado”. Hoy

en día, el debate doctrinario se ha desviado de su cauce original, para resaltar la función de garantía que algunos le han atribuido a la compensación, lo que nos ha obligado a retomar una discusión que parecía haber sido condenada al olvido: la naturaleza jurídica y los efectos de la compensación.

Como bien sabemos, el Código Civil venezolano fue fuertemente influenciado por la codificación francesa de 1804, especialmente en la parte relativa al derecho de las obligaciones, en la cual, prácticamente no contamos con ninguna norma autóctona. Esto tiene –como bien lo señala Maduro Luyando– unas consecuencias importantes desde un punto de vista práctico: la doctrina francesa, incluso la más moderna, es aplicable al derecho venezolano de las obligaciones. De modo que podemos apreciar la importancia de la evolución de estas discusiones y su aplicación en nuestro derecho.

La vigencia directa de la doctrina francesa en este asunto también podemos justificarla por la gran similitud de los artículos 1.331 y 1.332 del Código Civil venezolano y los artículos 1.289 y 1.290 del Código Civil francés de 1804, los cuales copiamos a continuación:

Artículo 1.289. Cuando dos personas son deudoras, una respecto de la otra, se opera entre ellas la compensación, que destruye las dos deudas de la manera y en los casos expresados más adelante¹.

Artículo 1.290. La compensación se verifica de pleno derecho, por la sola fuerza de la ley, aun sin el conocimiento de los deudores; las dos deudas se extinguen mutuamente desde el mismo instante en que existen a la vez, hasta la concurrencia de sus montos respectivos².

El debate que ha motivado el presente estudio trata sobre la naturaleza jurídica de la compensación y sus efectos. Especialmente sobre ese efecto que muchos han bautizado como “*ipso iure*”, “de pleno derecho” o “en virtud de la ley”, cuyo carácter equívoco, artificial e incoherente, intentaremos revelar.

¹ Article 1.289. Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés.

² Article 1.290.- La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

A los efectos de la presentación de los argumentos que nos guiarán en estas notas críticas, hemos considerado conveniente dividir la exposición en base a dos momentos históricos, tomando la promulgación del Código Civil francés como punto de referencia. En este sentido, analizaremos la institución de la compensación en el derecho anterior a la codificación francesa (Capítulo I) para luego referirnos a su recepción y evolución en el derecho codificado (Capítulo II).

1. LA COMPENSACIÓN ANTES DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 1804

Los aspectos más relevantes de este período de tantos siglos podemos resumirlos en el derecho romano (I) y el período conocido como del Derecho Antiguo (*l'Ancien droit*) (II).

1.1 *La compensación en el derecho romano*

En la Roma antigua, la compensación no se producía en virtud de la ley, inclusive, en la época del procedimiento de las acciones de la ley (*legis actiones*) la compensación era convencional. Poco a poco, y con el cambio del procedimiento de las *legis actiones* y sus posteriores reformas, la compensación judicial fue ganando terreno para luego seguir una evolución paralela a los distintos procedimientos judiciales³.

Señala el tratadista PETIT, que las reglas de la compensación no son claras sino a partir de la entrada en vigencia del procedimiento formulario (*per formulas*) antes del fin de la República y al principio del Imperio⁴, de allí que llegue a

³ Característica ésta última, del carácter judicial, muy típica del derecho romano, al punto de poder decirse que el derecho romano, se construye a partir de los procedimientos judiciales. No existía un “procedimiento ordinario” como el que regula el Código de Procedimiento Civil venezolano en su Libro Segundo por el cual –según el artículo 338– se ventilan las controversias sobre la mayoría de los derechos. En la Roma antigua, por el contrario, existían acciones y procedimientos especiales para cada derecho. De allí, la expresión “sin acción, no hay derecho”.

⁴ A través de las *lex Aebutia* y *Iuliae Iudiciariae*. Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido de la novena edición francesa. Ediciones Nuevo Mundo. Caracas, 1993. p. 236 n° 727.

afirmar que la compensación en Roma era de carácter judicial⁵. Este nuevo procedimiento viene a sustituir el excesivamente formalista procedimiento de las *legis actiones*, el cual tuvo una vigencia de aproximadamente seis siglos. Pero a pesar de este dato, en lugar de estudiar la compensación dividiendo el análisis en función de los distintos procedimientos judiciales romanos, preferimos seguir las directrices planteadas por *Girard* y *Petit*, tomando como punto de referencia las dos grandes reformas que incidieron de manera determinante en la concepción que hoy en día tenemos de la compensación. Para ello, distinguiremos entre el derecho anterior (A) y posterior a *Marco Aurelio* (B) para luego pasar a analizar las reformas de *Justiniano* (C).

1.1.1 Derecho anterior a *Marco Aurelio*

Sobre el derecho anterior a *Marco Aurelio* debemos señalar que las reglas que regían la compensación provenían principalmente de las *Institutas* de *Gaius*. Según éstas, la compensación sólo podía ser declarada por el juez en los casos de acciones de buena fe (*bonæ fidei*) y sólo si el crédito era exigible y provenía de la misma fuente (*ex eadem causa*). Es importante destacar que el juez no estaba obligado a declarar la compensación, éste tenía derecho a tomarla en cuenta o no⁶. En virtud de que en ese entonces se consideraba que la violación de un derecho producía una ofensa y su sanción siempre significaba una indemnización pecuniaria, no importaba el contenido del derecho, es decir, no importaba si la prestación se refería al pago de sumas de dinero o no, porque el juez siempre transformaba en dinero el objeto de las pretensiones. Estas normas fueron aplicadas a través del procedimiento *per formulas*, el procedimiento de las *legis actiones* en virtud del *principio de la unidad de la pretensión planteada* al juez –cuya formulación se le atribuye a *Ihering*, no permitía que éste extendiera su examen en el mismo procedimiento a la otra obligación, impidiéndole el pronunciamiento sobre una eventual compensación⁷. Si no se verificaban las anteriores condiciones, el juez simplemente se veía impedido de declarar la compensación.

⁵ Petit, Eugene. *op. cit.* p. 654 n° 521.

⁶ Petit, Eugene. *op. cit.* p. 654 n° 522.

⁷ Duboc, Guy. *La compensation et les droits des tiers*. Tome 202. Bibliothèque de Droit Privé dirigée par Jacques Ghestin. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1989. p. 11 n° 7.

Si las obligaciones no eran de *bonæ fidei* o si procedían de distintas causas (*ex dispari causa*) el juez no podía compensarlas. Ante esta situación cada parte debía demandar de manera autónoma sus pretensiones y aunque con el tiempo se admitieron las demandas reconventionales, el juez tenía que decidir sobre cada una de ellas de forma individual y debía condenar a los deudores en los mismos términos, es decir, individualmente, por separado. No obstante, nada lo impedía de invitar a las partes a compensar sus deudas voluntariamente⁸. Al respecto, nos señalan *Levy y Castaldo*, que los romanos encontraron un medio empírico de resolver la situación mediante el uso de las demandas reconventionales. Simplemente hacían lo posible para que la solución de la demanda reconventional le fuera designada al mismo juez que conocía de la acción principal para luego intentar que las respectivas sentencias fueran dictadas el mismo día. De este modo, las partes, antes de proceder a la ejecución de la sentencia, compensaban convencionalmente sus deudas⁹.

Dos excepciones derogaban este régimen común: a) la compensación *argentarii* y b) la *deductio* del *bonorum emptor*.

- a. La compensación *argentarii* se refería al caso en el que un banquero ejercía una acción contra un cliente con el cual tenía una cuenta corriente. En este caso, el banquero tenía que compensar las obligaciones vencidas sin importar su causa, exigiendo el saldo de la cuenta so pena de perder su derecho por incurrir en una *plus petitio*¹⁰. La gravedad del asunto es que en virtud de los efectos extintivos de la *litis contestatio*, el demandante no solo perdía el proceso, sino que perdía también la posibilidad de intentar nuevamente la demanda¹¹. Las obligaciones compensables debían consistir en pagos de sumas de dinero o cosas fungibles¹².
- b. La *deductio* del *bonorum emptor* se refería al caso de la persona (*bonorum emptor*) que había adquirido el patrimonio de un insolvente, que en virtud de haberse hecho titular de los derechos de crédito de

⁸ Petit, Eugene. *op. cit.* p. 655 n° 522.

⁹ Levy, Jean-Philippe y Castaldo, André. *Histoire du droit civil*. 1^{re} édition. Dalloz. Paris, 2002. p. 1028 n° 727.

¹⁰ Petit, Eugene. *op. cit.* p. 654 y 655 n° 523.

¹¹ Levy, Jean-Philippe y Castaldo, André. *op. cit.* p. 1027 n° 726.

¹² Duboc, Guy. *op. cit.* p. 11 n° 8.

éste, accionaba contra un deudor de éste último con el cual tenía a su vez, deudas pendientes. Es decir, cuando el *bonorum emptor* accionaba contra un deudor del insolvente, que tenía derecho de oponer la compensación verificada ante su antiguo acreedor. En estos casos, había lugar a la deducción (*deductio*) del monto que el insolvente le debía al demandado. En Roma, cuando una persona era declarada insolvente se procedía a la cesión de su patrimonio (*venditio bonorum*). Por un lado, en estos casos se podían compensar las obligaciones aún no vencidas en virtud de que con la “quiebra” se perdía el beneficio del término y por el otro, cuando no se trataba de cosas fungibles el juez debía estimar su valor en dinero¹³.

Como podemos apreciar, en esta época el campo de la compensación estaba muy reducido, aspecto que cambia drásticamente con las reformas posteriores.

1.1.2 Las Reformas de *Marco Aurelio*

Durante el reinado de *Marco Aurelio* (desde 161 hasta el 180 d.C.) –según *Justiniano*, a través de un rescripto de éste emperador– se amplía considerablemente el régimen de la compensación. En este sentido, se extiende a las acciones de derecho estricto (*actiones stricti iuris*) y se le da una gran libertad al juez para pronunciarse sobre la compensación mediante la decisión de una excepción de dolo (*exceptio doli*) incluida en la fórmula¹⁴. La razón de esto es que los juristas –como *Paulo*– consideraban que había dolo cuando se reclamaba lo que después se debía devolver¹⁵ y en virtud de ello se cree –aunque todavía se discute– que la declaratoria con lugar de la *exceptio doli* hacía sucumbir absolutamente al demandante, ya que el juez sólo podía condenar a alguien en ausencia de dolo.

Esta excepción por las particularidades del procedimiento *per formulas* debía ser opuesta *in limine litis*.

¹³ Duboc, Guy. *op. cit.* p. 12 n° 8.

¹⁴ La fórmula (de ahí, el nombre de procedimiento formulario) era un escrito redactado por el magistrado, que le era enviado al juez a través del propio demandante y consistía en instrucciones al juez sobre la manera en que debía resolver el juicio.

¹⁵ Gaudemet, Jean. *Droit privé romain*. 2^e édition. Monchrestien. Paris, 2000. p. 291.

1.1.3 Las Reformas de *Justiniano*

Bajo *Justiniano* habían desaparecido la compensación *argentarii* y la *deductio* del *bonorum emptor* (por haber desaparecido la *venditio bonorum*) y el procedimiento *per formulas* había sido sustituido por el procedimiento extraordinario (*cognitio extra ordinem*)¹⁶. Una de las consecuencias de este cambio de procedimientos judiciales es que mientras la condena en el procedimiento *per formulas* era siempre en dinero, la condena en la *cognitio extra ordinem* podía ser en especie, lo que venía a complicar –en la práctica– la situación de la compensación.

Por ello, *Justiniano* a través de una constitución del año 531 reforma el funcionamiento de la compensación desde un punto de vista procesal en varios asuntos puntuales, entre ellos, incluye las acciones reales (*actiones in rem*) dentro del campo de la compensación y prohíbe la compensación cuando era invocada por el detentador de la cosa ajena. Pero sin duda alguna, la reforma más importante que debemos al cambio del procedimiento es que al no existir la posibilidad de oponer una *exceptio doli* –por haber desaparecido esta institución procesal– para que el juez declarara la compensación, tenía que crearse una forma de evitar un pago doble innecesario cuando se trataba de obligaciones que reunían las condiciones para ser compensadas.

Para solucionar esta problemática procesal y darle cabida a la compensación, *Justiniano* en su reforma, señala que la compensación sería admitida *ipso iure*, que, ahora fuera del ámbito de la *exceptio doli*, pasaba a ser una institución más autónoma. Esto se traducía en la posibilidad de que pudiera ser opuesta en cualquier estado del proceso y no *in limine litis* como debía hacerse en el procedimiento *per formulas*.

Del análisis anterior, podemos reafirmar con especial vehemencia, la *naturaleza judicial de la compensación* en el derecho romano. Sin embargo,

¹⁶ Al principio, el procedimiento extraordinario, como su nombre lo indica, estaba restringido a un tipo especial de acciones, por ejemplo, en materia de alimento y fideicomisos. Con el pasar del tiempo el procedimiento extraordinario fue ganando terreno frente al procedimiento formulario el cual desaparece en el año 342 bajo los emperadores Constantino y Constante. Bernad Mainar, Rafael. *Curso de Derecho Privado Romano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2001. p. 229.

desde la Edad Media, varios autores, han interpretado que la mención “*ipso iure*” le confería a la compensación una *naturaleza legal*, desestimando que en Roma la mención *ipso iure* lo que buscaba era oponerse a los medios de extinción *exceptionis ope*¹⁷.

1.1.4 La compensación y l’ancien droit

La mayor preocupación en materia de compensación de los autores del llamado *Ancien droit* fue la de determinar el significado y alcance de la expresión *ipso iure* atribuida a *Justiniano*¹⁸. En este sentido, discutían si en virtud de la mencionada expresión la compensación bajo *Justiniano* tenía una naturaleza legal o si por el contrario, mantenía su naturaleza judicial. El problema se plantea –en términos de *Appleton*¹⁹– por una errónea interpretación de *Teófilo*²⁰, quien fuera uno de los miembros de la comisión²¹ encargada de la creación de las *Institutas*²² de *Justiniano*²³.

Por un lado, la tesis de la compensación legal, es decir, la compensación que se opera necesaria y automáticamente en virtud de la ley, aun sin el conocimiento de las partes fue defendida por el glosador *Martinus Gosia* en el siglo XII y perpetuada por *Cujas* en el siglo XVI²⁴. Por otro lado, para

¹⁷ Señala Bernad Mainar que “en el derecho clásico, mientras que los primeros se podían alegar en cualquier instancia del proceso, los modos de extinción *ope exceptionis* sólo eran eficaces si se proponían ante el magistrado y posteriormente se incluían en la fórmula. En la época justiniana, sin embargo, los modos de extinción de las obligaciones operan con igual eficacia, pues la excepción es un medio de defensa más del demandado y se puede proponer incluso tras la *litis contestatio*”. Bernad Mainar, Rafael. *op. cit.* p. 384.

¹⁸ En sentido contrario, Kaser señala que la expresión *ipso iure* no era de Justiniano sino que podía provenir de la doctrina (*Das Römische Privatrecht*, Tomo 1, § 151, nota 4) citado por Duboc, Guy. *op. cit.* p. 13 n° 11, nota 32.

¹⁹ *Appleton Histoire de la compensation en droit romain*. Annales de l’Université de Lyon. Nasson éditeur. Paris, 1895. p. 30 y ss. n° 12 y ss.

²⁰ Teófilo. *Paraphrase des institutes*, IV, 6, 30.

²¹ La Comisión fue formada por Teófilo, Doroteo y Triboniano.

²² Las *Institutas* que consistía en una obra de enseñanza y de orientación fuertemente inspirada en el Derecho romano clásico, fue una de las cuatro obras de la compilación que luego, en la Edad Media se bautizaría como *Corpus Iuris Civilis* y que le hacía contrapeso al *Corpus Iuris Canonici* que recopilaba la legislación de la Iglesia.

²³ Duboc, Guy. *op. cit.* p. 14 n° 11.

²⁴ Duboc, Guy. *op. cit.* p. 14 n° 11.

Azon (siglo XII) y *Accurse* (siglo XIII) la compensación tenía que ser opuesta y pronunciada por el juez; sin embargo, admiten el efecto retroactivo de la decisión del juez, la cual en definitiva no tendría sino un efecto declarativo. Por su parte, *Bartole* defendió en el siglo XIV que *ipso iure* significaba *sine facto iuducis*, es decir, sin la intervención del juez; para él, una declaración extrajudicial del deudor expresando que quería beneficiarse de la compensación era necesaria y suficiente. A finales del siglo XVI una tesis conciliadora fue propuesta por *Doneau*, según la cual, *ipso iure* no significaba “sin el conocimiento de las partes”; él proponía que se admitiera que la compensación opera de pleno derecho sólo cuando ella fuese invocada, sus efectos serían retroactivos y funcionaría como un pago simplificado. Sin embargo, esta tesis no convenció²⁵.

La discusión sobre la naturaleza legal o judicial y el significado de la expresión *ipso iure* llegó a un aparente final con la obra de *Pothier* quien acogió la tesis de la compensación legal. Nos referimos al fin de la discusión más por razones históricas que por el valor de los argumentos que *Pothier* nos ofrece sobre este punto particular, en el que no hace mucho más que tomar posición a favor del efecto “automático” de la compensación. Lo que sucede es que la trascendencia de la obra de *Pothier* se perpetuó debido a la grandísima influencia que ejerció en la elaboración del Código Civil francés de 1804.

La tesis de *Pothier*, comienza con la clásica definición romana de compensación: es la extinción de dos recíprocos derechos (*compensatio est debiti et crediti inter se contributio*). En cuanto al carácter *ipso iure* de la compensación expone: “La compensación se hace de pleno derecho... Cuando se dice que la compensación se hace de *pleno derecho*, *ipso iure*, eso significa que se hace por la sola virtud de la ley, sin que haya sido pronunciada por el juez, ni aun opuesta por las partes... Así tan pronto aquel que era acreedor de una persona deviene deudor por una suma u otra cantidad susceptible de compensación con aquella de la que era acreedor, y *viceversa*, tan pronto aquel que era deudor de una persona deviene su acreedor por una suma

²⁵ Mazeaud, Henri, Léon et Jean; Chabas, François. *Leçons de droit civil. Tome II/ Premier Volume. Obligations. Théorie générale*. Les 4e et 5e éditions ont été assurées par Michel De Juglart. 9e édition par François Chabas. Montchrestien. Paris, 1998. p. 1192 n° 1156. Levy, Jean-Philippe y Castaldo, André. *op. cit.* p. 1030 n° 730.

susceptible de compensación con aquella de la que era deudor, la compensación se hace; y las deudas respectivas quedan desde aquel momento extinguidas hasta la debida concurrencia, por la sola virtud de la ley... Nuestro principio de que la compensación extingue las deudas respectivas *ipsa iuris potestate*, sin que haya sido opuesta, se establece no sólo por los términos *ipso iure*, de que se sirven las leyes, términos a los cuales no se puede dar otro sentido, sino también por los efectos que los textos de derecho dan a la compensación”²⁶.

Pothier, influenciado por *Cujas* y por los lexicógrafos *Brisson*, *Spigelius* y *Pratejus* pone fin a la discusión sobre la naturaleza de la compensación resaltando especialmente su fuente en la ley. Sus efectos se producen “de pleno derecho, *ipso iure*... por la sola virtud de la ley, sin que haya sido pronunciada por el juez, ni aun opuesta por las partes” y así fue como quedó consagrada en el Código Civil francés de 1804 y de allí, en los Códigos que siguieron sus pasos, como es el caso de nuestro Código Civil venezolano.

2. LA RECEPCIÓN DE LA COMPENSACIÓN EN EL DERECHO CODIFICADO

Si bien, en su momento dijimos que la discusión sobre el efecto *ipso iure* de la compensación había llegado a su fin con *Pothier*, en el sentido de que en cierto modo, fue él quien, a través de sus obras, indujo a los redactores del Código Civil francés a adoptar la tesis de la compensación legal. Lo cierto es que tal afirmación estaba muy lejos de la realidad y los años que siguieron a la codificación de 1804 fueron testigos del rechazo casi absoluto de lo que había sido impuesto por el legislador, siguiendo a este importante jurista del *ancien droit*.

Esta corriente contraria a la “voluntad del legislador” podemos analizarla tomando en consideración los argumentos de la moderna doctrina francesa (I), que como hemos dicho, consideramos aplicables al derecho venezolano (II).

²⁶ Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Ediciones Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1993. p. 399 n° 635.

2.1 La compensación, el efecto *ipso iure* y el derecho francés

Como hemos visto, el Código Civil francés de 1804 establece de manera, muy clara y precisa, que la compensación “se verifica de pleno derecho, por la sola fuerza de la ley, aun sin el conocimiento de los deudores” y “las dos deudas se extinguen mutuamente desde el mismo instante en que existen a la vez”. Esta tesis, fue “aceptada” en Francia durante la mayor parte del siglo XIX debido a los tiempos de la exégesis que se imponían en el momento. Debemos recordar que el Código Civil de los franceses a parte de ser la primera codificación contemporánea fue más que una compilación de leyes, una verdadera revolución tanto desde un punto de vista jurídico como político, por lo que su respeto era algo casi sagrado. Lo que en definitiva le permitió sobrevivir casi inalterado durante sus primeros 70 años a pesar de los múltiples cambios políticos que se vivieron en la época. Durante este tiempo la doctrina se limitó a hacer un trabajo de interpretación exegético²⁷ parecido al que se hacía con la Biblia. Las clases impartidas en las facultades de derecho siguieron naturalmente este método, de ahí la famosa frase de *Bugnet* quien dijo una vez: “yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código Napoleón²⁸”. Estas circunstancias hicieron que se perdiera el interés por las discusiones jurídicas del régimen anterior y el debate sobre la naturaleza y los efectos de la compensación, corrió con esa suerte.

Pero poco a poco, influenciado en lo social, lo económico y lo político por la revolución industrial y el advenimiento de la tercera república francesa; y en lo jurídico entre otros aspectos, por la presión ejercida por la doctrina alemana, especialmente por *Savigny*, se fue gestando una posición crítica del Código Civil francés para llegar a la producción doctrinal que conocemos hoy en día.

²⁷ La Escuela de la Exégesis se sostiene sobre dos principios rectores: (i) todo el derecho está contenido en la ley escrita, y; (ii) el jurista sólo puede extraerlo indagando la voluntad del legislador. Señala Ghestin que la Escuela de la Exégesis no negó la necesidad de interpretar la ley, pero descartó cualquier intervención subjetiva en ese proceso. Para descubrir la intención del legislador debía recurrirse a la “interpretación gramatical” del texto seguido de un análisis lógico. Ghestin, Jacques; Goubeaux, Gilles avec le concours de Muriel Fabre-Magnan. *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. Introduction générale*. 4e édition. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1994. p. 109 y ss. n° 153.

²⁸ Debemos señalar que si bien el Código Civil francés de 1804 sancionado ese año bajo el nombre “Código Civil de los franceses” fue luego rebautizado como “Código Napoleón”.

Precisamente ha sido la doctrina moderna la que se ha dedicado a retomar la discusión que tanto tiempo había consumido a los juristas desde tiempos remotos. La influencia de la Escuela Histórica alemana y el Código Civil alemán de 1890, en el desarrollo de la doctrina francesa posterior fue bastante importante, ya que el texto alemán a pesar de las sólidas raíces romanas llega en varios aspectos a conclusiones muy distintas a las del código francés. La compensación es un claro ejemplo de estas diferencias conceptuales entre ambos textos.

La influencia del Código Civil alemán en general y en particular, el tema de la compensación, puede decirse que llega a Francia a través de *Saleilles* en 1896 con su obra dedicada al estudio de la obligación según el primer proyecto de Código Civil para el Imperio alemán²⁹, el cual se podía resumir en las líneas siguientes: “Si hay dos deudas recíprocas que tengan el mismo objeto y que sean exigibles, no habrá extinción de pleno derecho de cada una de ellas hasta la concurrencia de la menor, sin el conocimiento de las partes; porque no puede haber un pago contra la voluntad y a las espaldas de quien paga; pero cada una de ellas mantiene a la otra en jaque y otorga a cada una de las partes, el medio de pagar lo que debe, renunciando a lo que se le debe... (art. 281)”³⁰ y para que esto se verifique es suficiente “una declaración unilateral de voluntad de la parte de uno de los deudores hacia el otro (art. 282), declaración que puede producirse sin necesidad de esperar que el otro demande, por lo que no es para nada análoga a la antigua excepción de la cual se servía el derecho romano para hacer valer la compensación. En fin, esa declaración de compensación tiene un efecto retroactivo, en el sentido de que las dos deudas serán consideradas extinguidas desde el día en que la compensación era posible (art. 283)”³¹.

Sin embargo, señala *Saleilles* que lo interesante del asunto no es que se rechace la compensación legal y su forma de verificación *ipso iure* a espaldas y en contra de la voluntad de las partes. Para él, lo curioso es el rechazo a que

²⁹ Con su libro titulado “Estudio sobre la teoría general de la obligación según el primer proyecto de Código Civil para el Imperio Alemán”.

³⁰ Saleilles, Raymond. *La théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. Troisième édition. LGDJ. Paris 1925. p. 43 n° 55.

³¹ Saleilles. Raymond. *op. cit.* p. 43 n° 55.

la compensación opere por vía de excepción judicial, el hecho de admitir que ésta se verifique por una declaración de voluntad de una parte a la otra significa una gran simplificación³².

En vista de esto la doctrina francesa casi de forma inmediata retomó los estudios sobre la compensación en el derecho romano para denunciar las graves inconsistencias entre el concepto de compensación legal y el efecto *ipso iure* y las otras normas que sobre la compensación se encuentran reguladas de forma aislada en distintas secciones del Código Civil. La doctrina se ocupará entonces de denunciar un contrasentido histórico (A) y el consecuente contrasentido legal (B).

2.1.1 El contrasentido histórico

Es a la doctrina moderna a quien le debemos la tarea de revisar el concepto de la compensación y de advertirnos que el origen de la discusión se debe a una errónea interpretación de uno de los textos justinianos recogido en sus *Institutas*. En este sentido, podemos citar a *Terré, Simler y Lequette* quienes señalan que “un texto de las *Institutas* de Justiniano hace producir un efecto *ipso iure* a la compensación. De esa fórmula se ha deducido el carácter automático y de pleno derecho, mientras que Justiniano sólo quería, desde un punto de vista procesal, abrir el campo de la compensación y conferirle plena autonomía, lo que, anteriormente, no podía ser invocado sino por vía de excepción de dolo, que debía, además, ser opuesta *in limine litis*. Los redactores del código tomaron este contrasentido histórico y lo agravaron con las precisiones relativas a la fuerza de la ley y su efecto, sin el conocimiento de los deudores”³³. En igual sentido, se pronuncian los hermanos *Mazeaud y Jean Chabas* al advertir que “en Derecho romano, la compensación debía ser demandada en justicia... a través de la excepción de dolo opuesta *in limine litis*. Justiniano, teniendo en cuenta la modificación del procedimiento romano y de la supresión de las acciones de derecho estricto, indica que ya no era necesario oponer la excepción de dolo desde el inicio del proceso;

³² Saleilles, Raymond. *op. cit.* p.44 n° 56.

³³ Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves. *Droit civil. Les obligations*. 7e édition. Droit Privé Précis. Dalloz. Paris, 1999. p. 1168 n° 1309.

fuese cual fuese la acción, el demandado podía oponer la compensación en cualquier estado de la causa. Los juristas bizantinos tradujeron esa situación diciendo que la compensación opera *ipso iure* y no *exceptionis ope*; pero la compensación era judicial, en ese sentido –salvo acuerdo de las partes– ella debía ser reclamada en justicia y ser declarada por el juez”³⁴. En este orden, de ideas también se pronuncian entre otros, los romanistas *Petit*³⁵, *Gaudemet*³⁶, *Levy* y *Castaldo*³⁷ y los civilistas *François*³⁸; *Flour*, *Aubert* y *Savaux*³⁹; *Starck*, *Roland* y *Boyer*⁴⁰, *Malaurie* y *Aynès*⁴¹, *Mendegris*⁴², *Duboc*⁴³.

A parte del contrasentido histórico que se ha sido denunciado, un gran número de inconsistencias conceptuales se puede apreciar de la redacción de otros dispositivos que regulan la compensación en diversas operaciones específicas.

2.1.2 El intrasentido legal

Lo primero que debemos señalar es que el pretendido efecto *ipso iure*, colige con varias de las normas que regulan la compensación en el Código Civil francés. Si fuera cierto que la compensación operara “de pleno derecho, en virtud de la ley, aun sin el consentimiento de los deudores” no habría forma de explicar la existencia –entre otros– de los artículos 1.294 que regula la compensación, la fianza y la solidaridad (a), y 1.295 (primera parte) que regula la compensación y la cesión de derechos de crédito. Pareciera que estos

³⁴ Mazeaud, Henri, Léon et Jean; Chabas, François. *op. cit.* p. 1192 n° 1156.

³⁵ Petit, Eugene. *op. cit.* p. 657 n° 525, nota 1.

³⁶ Gaudemet, Jean. *op. cit.* P. 290 y 291.

³⁷ Levy, Jean-Philippe y Castaldo, André. *op. cit.* p. 1025 y ss. n° 724-731.

³⁸ François, Jérôme. *Droit civil. Tome 4: Les obligations. Régime général* sous la direction de Christian Larroumet 1re édition. Collection Droit Civil dirigée par Christian Larroumet. Economica. Paris, 2000. p. 64 n° 71.

³⁹ Flour, Jacques; Aubert, Jean-Luc; Flour, Yvonne; Savaux, Éric. *Droit civil. Les obligations. Volume 3: Le rapport d'obligation*. Armand Colin. Éditions Dalloz. Paris, 1999. p. 287 n° 461.

⁴⁰ Starck, Boris; Roland, Henri; Boyer, Laurent. *Droit civil. Les obligations. Tome 3. Régime général*. 6e édition. Litec. Paris, 1999. p. 136 n° 314.

⁴¹ Malaurie, Philippe; Aynès, Laurent. *Droit civil. Tome VI. Les Obligations*. 10e édition 1999/2000. Éditions Cujas. Paris 2000. p. 643 y ss. n° 1071.

⁴² Mendegris, Roger. *La nature juridique de la compensation*. Tome 104. Bibliothèque de Droit Privé dirigée par Jacques Ghestin. LGDJ. Paris, 1969. p. 19 n° XX.

⁴³ Duboc, Guy. *op. cit.* p. 13 n° 11.

artículos lo que exigen es una declaración de voluntad de quien quiere aprovecharse de la compensación, acercándose en cierto modo, al modo de funcionamiento propuesto por el Código Civil alemán.

La compensación, la fianza y la solidaridad

Artículo 1.294.- El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal. Pero el deudor principal no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al fiador. El deudor solidario no puede tampoco oponer la compensación de lo que el acreedor debe a su codeudor⁴⁴.

Como señala *François*, para explicar el artículo 1.294 hay que admitir *necesariamente* que la compensación no surte efectos si ella no es opuesta⁴⁵. ¿Si la compensación se verificara –según el texto del artículo 1.290– de pleno derecho el fiador tendría que oponerla?

La compensación y la cesión de derechos de crédito

Artículo 1.295.- El deudor que ha aceptado pura y simplemente la cesión que un acreedor ha hecho de sus derechos a un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que hubiera podido oponer al cedente antes de la aceptación...⁴⁶

Lo mismo sucede en materia de cesión de derechos de crédito cuando la publicidad de la cesión en los términos del artículo 1.690 del Código Civil francés se ha verificado mediante la aceptación del deudor cedido. Según el artículo 1.295 si el deudor cedido ha aceptado pura y simplemente la cesión, pierde el derecho de oponer al cesionario la compensación que podía oponerle

⁴⁴ Article 1.294.- *La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.*

Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

⁴⁵ François, Jérôme. *op. cit.* p. 64 n° 72.

⁴⁶ Article 1.295.- *Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a fait de ses droits à un tiers ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant...*

al cedente por las obligaciones compensables entre ellos antes de producirse la aceptación, incluso antes de producirse la cesión. Nos preguntamos: ¿si la compensación se verifica de pleno derecho qué sentido tiene reservarse la compensación?, ¿la obligación no se habría extinguido desde el mismo momento en que las obligaciones compensables existieron simultáneamente? Este artículo también nos hace pensar que la compensación no produce sus efectos si no ha habido una manifestación por parte del beneficiario de la misma⁴⁷ en la que exprese su intención de aprovecharse de ella.

Como consecuencia de esta reacción doctrinal, el derecho francés ha atenuado sensiblemente este efecto *ipso iure* de la compensación a nivel jurisprudencial. En este sentido, nos señala *Malaurie y Aynès*⁴⁸ que hoy en día a pesar de la regla del artículo 1.290 del Código Civil, la compensación no produce sus efectos si ella no ha sido invocada por el beneficiario. De esta regla, surgen tres consecuencias: primero, que el juez no puede suplirla de oficio⁴⁹; segundo, no se interrumpe la prescripción si ella no es invocada y tercero, el beneficiario puede renunciar a aprovecharse de la compensación de forma anticipada o después de haberse reunidos las condiciones. Las soluciones jurisprudenciales que nos resumen estos autores han sido ampliamente aceptadas por la doctrina.

En virtud de este error en la concepción de la institución, en lo que podríamos decir que son sus normas de carácter general, se producen una serie de inconsistencias que demuestran que los efectos de la compensación no se producen ni pueden producirse *ipso iure*. Y aunque es tentador evadir el fondo del asunto alegando que se trata de simples excepciones al principio general que derivan en la especialidad de las operaciones en cuestión, el argumento parece desprovisto de contenido.

Esta discusión puede y debe plantearse en nuestro país. La coherencia del derecho venezolano de las obligaciones bien amerita el esfuerzo.

⁴⁷ Francois, Jérôme. *op. cit.* p. 65 n° 73.

⁴⁸ Malaurie, Philippe y Aynès, Laurent. *op. cit.* p. 643 y 644 n° 1071.

⁴⁹ Por una razón de orden lógico –y que no se debe necesariamente al hecho de que no sea una materia que interese al orden público–, el juez generalmente ignora las circunstancias para pronunciarse sobre una eventual compensación si ésta no es opuesta por alguna de las partes.

2.2 *La compensación, el efecto ipso iure y el derecho venezolano*

Como hemos dicho, el Código Civil venezolano acoge la tesis de la compensación legal y su verificación “*ipso iure*”, “de pleno derecho” o “en virtud de la ley” en términos idénticos a los del Código Civil francés. Sin embargo, la discusión sobre la naturaleza jurídica de la institución y sus efectos no había despertado un especial interés en nuestra doctrina. En todo caso, mientras una parte de la doctrina ha defendido el pretendido efecto *ipso iure*, nos permitimos contestarlo (A) y desplazarlo por un mecanismo coherente con el resto del ordenamiento jurídico (B).

2.2.1 El efecto ipso iure contestado

Lo poco que habíamos encontrado sobre el tema eran los breves comentarios que hicieramos en el 2002 sobre la excepción de compensación en la cesión de créditos en nuestro estudio titulado, “La cesión de créditos. Contribución a una teoría jurídica de la cesión de créditos en el marco del derecho general de las obligaciones”⁵⁰, en el cual contestamos el concepto de compensación legal y en nuestro trabajo de investigación sobre la compensación presentado en la Pontificia Universidad Católica Argentina en el marco del Primer Concurso Internacional para Estudiantes de Ciencias Jurídicas y Políticas sobre el Código Napoleón, titulado “La compensación y su efecto *ipso iure*. Influencia del derecho romano en la codificación francesa de 1804 en materia de compensación: su verificación de pleno derecho”⁵¹ en el cual nos dedicamos nuevamente a contestar el concepto de compensación legal a través de un análisis histórico. Por su parte, el año pasado José Mélich-Orsini, presentó en su libro sobre “Modos de Extinción de las Obligaciones” un valioso estudio sobre la compensación en el que mantiene la tesis de la compensación legal.

A parte de estos trabajos, la mayoría de los estudios sobre el derecho de las obligaciones que abordaban el tema de la compensación se limitaron a un

⁵⁰ De Jesús O., Alfredo. *La Cesión de Créditos. Contribución a una teoría jurídica de la cesión de créditos en el marco del derecho general de las obligaciones*. Caracas, 2002. p. 91 y ss.

⁵¹ De Jesús O., Alfredo. *La compensación y su efecto ipso iure. Influencia del derecho romano en la codificación francesa de 1804 en materia de compensación: su verificación de pleno derecho*. Buenos Aires, 2002.

análisis exegético de la institución. En este sentido, *Eloy Maduro Luyando*, señalaba que la compensación “como su nombre lo indica, es aquella que opera de derecho en virtud de la ley, desde el momento en que existen simultáneamente las dos deudas, que se extinguen por las cantidades concurrentes (artículo 1.332)”⁵². Nos parece curioso que añade que “aun cuando opera de pleno derecho” debe ser opuesta en el acto de contestación de la demanda. Lo que atribuye al hecho de que se trata de una excepción que el juez no puede oponer de oficio por tratarse de una materia que no interesa al orden público, a nosotros nos refleja otra de las inconsistencias conceptuales sobre las que venimos haciendo referencia, lo que nos ha convencido de que la pretendida verificación *ipso iure* de la compensación no es más que la legalización de un error que debe ser corregido.

Por su parte, *Mélich-Orsini* señala que si bien varias normas “hablan de la posibilidad de “oponer” o no la compensación o sea, que, a pesar del supuesto automatismo desde el momento en que se ha dado la concurrencia de las condiciones objetivas de compensabilidad, el efecto de la compensación podría no darse si ninguno de los interesados hace valer la compensación legal”⁵³. Al respecto nos preguntamos: ¿si el efecto de la compensación “podría no darse” si ninguno de los interesados hace valer la compensación, cuál sería el fundamento para mantener ese “supuesto automatismo”? Consideramos que la necesidad de oponer la compensación para que esta pueda surtir sus efectos y el pretendido efecto automático o *ipso iure*, son tesis contradictorias. Se hace imperioso escoger alguna de las dos vías: o la compensación surte sus efectos cuando se opone, o surte efectos automáticamente en virtud de la ley. Pretender conciliar ambas posiciones nos parece algo forzado.

En este orden de ideas, aceptar que la necesidad de oponer la compensación para que esta surta sus efectos no se contradice con el pretendido automatismo, haciendo ver que lo que se obtiene como corolario de esta situación es que la compensación no puede operar de oficio porque no interesa al orden público, como parecieran sostener *Eloy Maduro Luyando*⁵⁴ y *José Mélich-Orsini*⁵⁵,

⁵² Maduro Luyando, Eloy. *Curso de obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1999. p. 468.

⁵³ Mélich-Orsini, José. *Modos de extinción de las obligaciones*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, n° 60. Caracas, 2004. p. 180.

⁵⁴ Maduro Luyando, Eloy. Op cit. p. 468.

⁵⁵ Mélich-Orsini, José. Op. cit. p.179 y ss.

nos parece sugerir un camino equívoco. De no ser así, ¿qué sentido tendría el artículo 1.332 del Código Civil venezolano, al decir que no es solo que la compensación se efectúa de derecho en virtud de la ley, sino que opera “aun sin conocimiento” de los deudores? Al no encontrar una respuesta satisfactoria a esta pregunta, la conclusión no puede ser otra: la compensación no opera de pleno derecho. El pretendido automatismo con el que supuestamente opera la compensación no es más que un artificio y el empleo del argumento del orden público pareciera eludir el problema de fondo.

Dicho esto, proponemos afirmar que en el derecho venezolano, a pesar del texto imperfecto del artículo 1.332 del Código Civil venezolano, la compensación no opera de pleno derecho. Dicho esto, quedará entonces por determinar cómo sí opera la compensación.

2.2.2 El efecto *ipso iure* desplazado

La compensación opera a través de un acto voluntario. Una declaración. A través de esta declaración, el deudor manifiesta que desea compensar sus obligaciones, siempre que éstas se encuentren en una “situación objetiva de compensabilidad”⁵⁶. Esta situación objetiva de compensabilidad se presenta cuando se cumplen los requisitos del artículo 1.331 y que se han identificado como requisitos de la compensación legal⁵⁷, a saber: la existencia de deudas recíprocas, su homogeneidad, su liquidez y su exigibilidad.

En este sentido, la tesis que proponemos de la compensación voluntaria, lo único que rechaza es el pretendido efecto *ipso iure* de la compensación. El resto de las condiciones de funcionamiento de la mal llamada compensación legal se mantienen *mutatis mutandi*, es decir, siempre y cuando no contradigan el carácter voluntario de la operación.

Compensación voluntaria y no compensación convencional. La doctrina se ha empeñado en clasificar la compensación como legal, judicial y convencional. No insistiremos en el equívoco concepto de compensación legal y la suerte de

⁵⁶ Concepto empleado por José Mélich Orsini. Ver Mélich-Orsini, José. Op. cit. p.156 y ss.

⁵⁷ Mélich-Orsini, José. Op. cit. p.163 y ss.

la llamada compensación judicial no nos interesa en los momentos. La compensación convencional sería aquella que se produce en virtud de la “voluntad de las partes” cuando no se da la llamada situación objetiva de compensabilidad⁵⁸, es decir, cuando no se cumple con alguno o algunos de los requisitos del artículo 1.331 del Código Civil venezolano. *Mélich-Orsini*, señala que la compensación convencional también es conocida como compensación voluntaria⁵⁹. Pero rechazamos esta asimilación porque por compensación voluntaria nos referimos a una compensación que se produce en virtud de una manifestación de voluntad. Para que se produzca, basta la manifestación de voluntad de la persona que quiera compensar su deuda, no es necesario la manifestación de voluntad de la otra parte, ni ningún acto de confirmación de su parte. Si esa llamada situación objetiva de compensabilidad se presenta y el deudor manifiesta su voluntad de operar la compensación, la otra parte no podrá oponerse a ello, ni interesa su posición al respecto. La compensación voluntaria se manifiesta pues a través de un acto jurídico unilateral, y no a través de una convención, concepto que supone el encuentro de dos o más voluntades⁶⁰.

Ahora bien, pareciera que la parte a la que se le opone la compensación debería tener conocimiento de que su deudor ha compensado sus deudas. Incluso podemos pensar en la necesidad de un mecanismo de publicidad para proteger los derechos de terceras personas. Esas precisiones las haremos cuando estudiemos el régimen de la compensación voluntaria. En los momentos, nuestro único propósito es comprobar que la llamada compensación legal es un sin sentido jurídico, y que el mecanismo que mejor se adapta al resto de nuestro derechos de las obligaciones es el de la compensación voluntaria.

Por otro lado, en cuanto a las inconsistencias legales que la doctrina francesa ha encontrado en los artículos 1.294 y 1.295 de su código, tenemos que advertir que las mismas tienen vigencia en nuestro derecho. Esto, en vista de que los

⁵⁸ Mélich-Orsini, José. Op. cit. p.158.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ “En derecho privado como en derecho público, el acto unilateral está definido en oposición a la convención”. Ver Encinas De Munagorri, Rafael. *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*. Préface Lyon-Caen. Bibliothèque de droit privé. Tome 254. LGDJ, 1995. p. 35, n° 18.

artículos 1.336 y 1.337⁶¹ del Código Civil venezolano son casi una copia de las mencionadas disposiciones del texto francés.

Nosotros creemos que hoy en día no hay nada que nos sugiera el mantener la institución de la compensación en los términos planteados por el artículo 1.332 de nuestro Código Civil. Las expresiones “*ipso iure*”, “de pleno derecho” o “en virtud de la ley” que en definitiva son aceptadas como sinónimo de “automático” carece de justificación científica, por no decir que resulta completamente incomprensible. En todo caso, los historiadores del derecho nos han proporcionado suficientes argumentos para poder decir que tales expresiones son ajenas a la institución de la compensación. De esto no nos queda sino proponer la adopción de un sistema similar al establecido en el Código Civil alemán o al que a su imagen ha construido la doctrina y la jurisprudencia francesa. Una compensación, cuya verificación dependa de un acto voluntario: la declaración de voluntad de quien pudiendo, quiera aprovecharse de ella y que sus efectos sean retroactivos al día en el cual se cumplieron los requisitos de compensabilidad.

En nuestro derecho, también pueden atenuarse los efectos de la llamada compensación legal y su verificación automática haciendo de ella un acto voluntario del mismo modo en que lo ha hecho la jurisprudencia francesa. Por otro lado, la tesis del acto voluntario estaría en perfecta concordancia con otras disposiciones del derecho venezolano como por ejemplo, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil haciendo coherente la oposición de la compensación en juicio con la naturaleza de la institución; y el artículo 1.973 que requiere de un “reconocimiento del derecho” para interrumpir civilmente la prescripción.

CONCLUSIÓN

Hemos constatado que la concepción de una compensación legal se debe a un error de interpretación –aunque no falta quien señale que se trata de un error de traducción– de uno de los textos justinianos, que fue retomado en la Edad Media a través de la Escuela de los Glosadores y perpetuado en el

⁶¹ De Jesús O, Alfredo. *op. cit.* p. 88 y ss.

Código Civil francés, el cual influyó de manera determinante en la de redacción de los códigos de varios países del mundo, especialmente de Europa y América Latina, dentro de ellos, nuestro Código Civil venezolano. Por otro lado, hemos visto como el Código Civil alemán, a pesar de compartir en gran parte las sólidas raíces del derecho romano que inspiraron a los juristas franceses, elaboraron una teoría de la compensación innovadora –en el sentido, de que se separa del carácter esencialmente judicial de la compensación del derecho romano clásico– que pareciera estar dotada de una gran coherencia.

Según el Código Civil alemán, la compensación opera con la manifestación de voluntad de quien quiere y puede beneficiarse de ella. Este principio en nada se opone a la tradición romana, y el hecho de admitir una compensación extrajudicial con efectos retroactivos no parece perjudicar los derechos de eventuales terceros interesados. La doctrina francesa y su jurisprudencia, sobre este punto, fuertemente influenciada por el derecho alemán, ya han tomado los primeros pasos para seguir estas directrices.

Nos preguntamos entonces: (i) ¿Se justifica hoy en día en Venezuela la vigencia de la tesis de la compensación legal y su verificación *ipso iure*? y (ii) ¿Existe alguna razón para rechazar la aplicación de la tesis propuesta de la compensación voluntaria?

La noción de acto jurídico unilateral no debe sorprendernos. En todo caso y como bien lo enseñaba Jean Carbonnier, “es mucho más natural para el hombre, el querer algo él sólo que querer algo con otro, y el derecho no podía negar consecuencias a un acto tan familiar de la vida como lo es el que consiste en tomar una decisión”⁶².

⁶² Carbonnier, Jean. Droit civil. Les obligations. IV, n° 18. citado por Encinas De Munagorri. Rafael. *op. cit.* p. 1, n° 1. “Il est bien plus naturel à l’homme de vouloir tout seul que de vouloir à deux, et le droit ne pouvait pas ne pas attacher de conséquences à un acte aussi familier de la vie que celui qui consiste à prendre une décision”.

La incompetencia del tribunal como causa de inadmisibilidad de los recursos contenciosos administrativos

Alfredo DE STEFANO PÉREZ *

SUMARIO:

Introducción.

- 1. La competencia del Tribunal en el Derecho Procesal Civil.**
- 2. Las causas de inadmisibilidad del Recurso Contencioso Administrativo. La competencia del Tribunal como causa de inadmisibilidad del recurso.**
- 3. Comentarios de la doctrina acerca de la Admisión del Recurso Contencioso Administrativo en Venezuela (especial referencia a la competencia del tribunal).**
- 4. Referencia del derecho extranjero seguida por nuestra legislación en la materia.**
- 5. La incompetencia del tribunal en el Contencioso Administrativo Español. Doctrina y Jurisprudencia.**
- 6. La incompetencia del tribunal en el Contencioso Administrativo según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.**

* **Universidad Central De Venezuela.** Abogado, mención *Magna Cum Laude*, Rango 2/247. Escuela de Derecho, Profesor de Derecho Administrativo. *Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Especialización en Derecho Administrativo (Tesisista). **Tribunal Supremo de Justicia, Sala Electoral**, Secretario.

7. **La incompetencia del Tribunal en el Contencioso Administrativo según la Jurisprudencia de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia.**
 8. **La incompetencia del tribunal en el contencioso administrativo según la jurisprudencia de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (Sentencia n° 97, 02-03-05): 8.1. Antecedentes del caso. 8.2. Motivación y decisión del fallo.**
- Comentarios finales.**

INTRODUCCIÓN

Cuando inicialmente se planteó realizar este estudio no parecía el tema ofrecer mayor posibilidades para amplio desarrollo, quizás por haber permanecido éste velado dentro del contexto de las causales de inadmisibilidad legalmente previstas en el contencioso administrativo, pudo influir en ello la existencia de algunos puntos más polémicos y recurrentes en la discusión doctrinal y jurisprudencial más reciente en nuestro país, como son el agotamiento de la vía administrativa y la caducidad de la pretensión, obviamente causales de inadmisibilidad que han centrado la atención ampliamente por las diversas aristas que destellan en cuanto a su regulación normativa y su aplicación práctica.

Si el lector reflexiona un instante podrá advertir que el examen del tema de la incompetencia del tribunal como causa de inadmisibilidad de los recursos contenciosos administrativos ha sido objeto de un desinterés por parte de la doctrina que resulta incomprensible, puede ser en razón de haberse entendido ampliamente superada la discusión en torno al tema o quizás irrelevante en la práctica por la aplicación de los principios generales del derecho procesal en sustitución de la regulación draconiana sobre el particular que el legislador concibió en la redacción de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia,¹ a mediados de la década del setenta del siglo pasado (hoy reproducido literalmente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).²

¹ En adelante nos referiremos a ésta de la siguiente forma: LOCSJ.

² En adelante nos referiremos a ésta de la siguiente forma: LOTSJ.

Pero, este tema que parecía excluido de la controversia académica y jurisprudencial, retomó vigencia cuando entrado el nuevo siglo la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia³ replanteó la aplicación literal del artículo 84, numeral 2, de la LOCSJ, conforme al cual la incompetencia del tribunal ante quien se interpuso la demanda o recurso impone la declaratoria de inadmisibilidad de la pretensión y, en consecuencia, el archivo del expediente.

Así pues, la jurisprudencia de dicha Sala del Máximo Tribunal del país recalcó insistentemente, valga la redundancia, la aplicación de la referida doctrina judicial, lo que sugirió que podría reiniciarse la discusión sobre el tema, pero el tiempo transcurrió sin hallar quien replicara a la mencionada tesis interpretativa que resurgía como cual ave fénix de las cenizas, para así convertir en un monólogo el planteamiento de un problema que afectaba directamente los derechos constitucionales de los justiciables. Transcurrido un período prudencial, la propia Sala entró en consideración de los perjuicios que podría generar la mencionada declaratoria de inadmisibilidad del recurso sobre la esfera jurídica de los recurrentes y matizó su decisión a los efectos de que el tiempo transcurrido desde la interposición del recurso ante el órgano jurisdiccional incompetente no fuese considerado en el cómputo del lapso de caducidad, implacable causal de inadmisibilidad que defenestraba las posibles esperanzas de los justiciables de volver a interponer su recurso ante el tribunal competente. El aludido gesto, si bien una apertura a una demostración de cierto grado de sensibilidad hacia los intereses afectados, no era suficiente para eludir la crítica que se cernía sobre el rigorismo que manifestaba la Sala en la aplicación de la causal de inadmisibilidad relativa a la incompetencia del tribunal.

En este período de predominio de la anterior tesis restrictiva respecto a la causal de inadmisibilidad en cuestión, muchas fueron las críticas a *sotto voce* que el medio académico formuló, pero careció entonces de la resonancia requerida para hacerse sentir, lo que terminó por parecer un coro a “*bocca chiusa*” como aquel pasaje del mundo lírico contenido en la ópera *Maddame Butterfly* de Giacomo Puccini.

³ En adelante nos referiremos a ésta de la siguiente forma: SPA-TSJ.

En el curso del año 2004, la Asamblea Nacional aprobó la LOTSJ, aportando pocas modificaciones sobre el tema bajo examen, por cuanto se limitó a copiar literalmente la previsión legal de su antecesora en cuanto a la incompetencia del tribunal como causal de inadmisibilidad de la demanda o recurso. En consecuencia, el derogado artículo 84, numeral 2, de la LOCSJ, conservó su vigencia reproducido en el artículo 19, aparte 5, de la novísima Ley Orgánica del Máximo Tribunal. De manera que, la nueva legislación no contribuyó en nada a resolver el problema que originó la ley precedente, por tanto, la jurisprudencia contencioso administrativa elaborada por el órgano jurisdiccional que se ubica en la cúspide de dicha jurisdicción permaneció inalterable.

Sin embargo, de improviso surge un interlocutor en la polémica planteada por la SPA-TSJ, es así como conforme a la sentencia n° 97, del 2 de marzo de 2005, proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,⁴ esta Sala se pronunció sobre la constitucionalidad del criterio sostenido por su par, rebatiendo la tesis restrictiva de la aplicación de la causal de inadmisibilidad relativa a la incompetencia del tribunal, desenlazando así el nudo gordiano en que quedó trabado el derecho constitucional de los justiciables.

De esta manera, una sucesión de hechos que acaecen en el marco de la doctrina judicial del Máximo Tribunal de la República planteó la vigencia de la discusión acerca de la incompetencia del tribunal como causal de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo. En ese contexto nace la inquietud de reseñar la polémica que ocasionó el tema entre ambas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, pero, una vez encaminado en dicha faena, surgen preguntas que fueron conduciendo a este autor a una investigación más exhaustiva que trazó el esquema actual de la obra, como es el examen de la regulación de la competencia en el derecho procesal civil, la búsqueda del modelo normativo que copió el legislador con relación a la competencia en el contencioso administrativo; indagar el desarrollo del tema en la doctrina y la jurisprudencia extranjero y nacional; y, por último, referirnos a la tesis restrictiva de la SPA-TSJ y la tesis amplia sostenida por su homóloga, la SC-TSJ.

⁴ En adelante nos referiremos a ésta de la siguiente forma: SC-TSJ.

Bajo ese esquema se pretende desarrollar esta obra, anhelando que el desarrollo del trabajo sea no más que una aproximación a un tema que una vez la doctrina y la jurisprudencia pretendieron superar y sin razonables explicaciones adquirió una vigencia inusitada cuando parecía haber sido suficientemente dilucidado. Espero que el recorrido por estas páginas que siguen sean para el lector de tanto interés y complacencia como resultó, finalmente, el cumplimiento del empeño propuesto por el autor.

1. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL

Pareció prudente para iniciar la obra aproximarnos, si bien someramente por no constituir la ocasión para mayores comentarios sobre el particular, al estudio de la noción de la competencia en el derecho procesal civil. Asentadas algunas nociones preliminares sobre el tema, podríamos proseguir el examen de la competencia del tribunal dentro del específico ámbito del derecho procesal administrativo.⁵

En tal sentido, la noción de competencia es posible encontrar en todo manual o tratado de derecho procesal civil que pueda abrirse en nuestras manos, así la competencia ha sido entendida como la medida de la capacidad o aptitud del órgano jurisdiccional para conocer de los litigios que se le plantean.

En todo ordenamiento jurídico la función jurisdiccional es ejercida por un conjunto de órganos jurisdiccionales, los cuales encuentran necesariamente delimitada la esfera de su competencia para el ejercicio de dicha función conforme a una serie de criterios preestablecidos por la legislación procesal.

De esta manera, la competencia resulta ser el mecanismo conforme al cual a cada tribunal se le atribuye el conocimiento de una determinada categoría de asuntos con preferencia respecto a los restantes tribunales que conforman el poder judicial.

⁵ Asumiendo la terminología del contencioso administrativo propuesta por el autor hispano Jesús González Pérez.

Entonces, de forma conclusiva cabe afirmar que las reglas que definen la competencia definen el ámbito de actuación de los tribunales.

Ahora bien, corresponde señalar que en el derecho procesal civil la competencia ha sido considerada como una excepción dilatoria, pero, a los fines de adentrarnos en esta concepción cabe formular unas consideraciones previas de teoría general.

Con relación al término excepción, cabe señalar que a éste le ha sido atribuido diversos significados jurídicos, de tal manera que, en un sentido genérico, puede entenderse como toda defensa que el demandado proponga con respecto a la pretensión del actor, indistintamente de la índole de tal defensa, verse ésta sobre los hechos o el derecho debatido o sobre alguna irregularidad del procedimiento; por el contrario, en un sentido restringido, es la defensa que el demandado alega para paralizar el ejercicio de la acción o destruir su eficacia jurídica, fundada en una omisión procesal o en una norma sustancial.⁶

Asimismo, cabe señalar que la doctrina procesal ha clasificado las excepciones en: *dilatorias*, que serían aquellas que atacan al procedimiento, se fundamentan en circunstancias que impiden la normal constitución de la relación procesal (ausencia de los presupuestos procesales), o impiden su desenvolvimiento (litispendencia, defecto legal, etc), y su consecuencia es la paralización de la causa; y, *perentorias*: aquellas que atacan al fondo del derecho y su efecto es la extinción de la acción o el derecho.⁷

No obstante, cabe advertir que la anterior clasificación ha sido objeto de críticas, en razón de no existir un uniforme tratamiento sobre el tema en los diversos ordenamientos jurídicos. Empero, a los meros fines introductorios que presenta este epígrafe estimemos suficiente las consideraciones previamente formuladas.

⁶ Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo III. Ediar S.A. Editores. Buenos Aires, 1958. p. 79; Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Tercera edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1966. p. 90; Arcaya, Pedro Manuel. *Estudio crítico de las excepciones de inadmisibilidad y otras previas del derecho procesal venezolano*. Tipografía Garrido. Caracas, 1955. pp. 16-17.

⁷ Alsina, Hugo. *Ob. cit.*, pp. 79-81.

Asimismo, conviene precisar que el Código de Procedimiento Civil de 1987 fusionó bajo la figura de las *cuestiones previas* las excepciones dilatorias y de inadmisibilidad que preveía el Código derogado, constituyendo una de las mayores innovaciones que aportó la reforma del ordenamiento jurídico procesal nacional, procurando así simplificar y agilizar el curso del proceso. A pesar de la sustitución de las expresiones *excepciones dilatorias* y *excepciones de inadmisibilidad*, dentro de la terminología del Código, por la denominación *cuestiones previas*, no cabe entender que la problemática conceptual sobre el tema haya quedado superada, razón por la cual valgan las consideraciones teóricas desarrolladas bajo este intitulado.

En ese contexto, la doctrina diferencia entre aquellos requisitos que condicionan que el juez admita la pretensión en la sentencia (derecho, calidad, interés), y aquellos otros que condicionan que el juez dicte una sentencia con plena eficacia (presupuestos procesales).

Los presupuestos procesales son definidos por la doctrina como los “supuestos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal”,⁸ así como aquellos “requisitos necesarios para que se instaure válidamente la relación procesal entre actor y órgano jurisdiccional que permita a éste último resolver la controversia”.⁹ Por tanto, resulta imprescindible que éstos se den para que el juez dicte la sentencia que resuelva la controversia, indistintamente que ésta sea favorable o desfavorable para el demandante.

En ese marco conceptual, se enuncian como presupuestos procesales: la competencia del tribunal, la capacidad de las partes y las formalidades prescritas para la demanda.

De manera que, cabe apreciar que los presupuestos procesales no guardan relación con la razón de lo pedido en la demanda, no se discute el derecho, sino el modo como se pide, el procedimiento a seguirse.¹⁰

⁸ Couture, Eduardo. *Ob. Cit.*, p. 93.

⁹ Pesci Feltri Martínez, Mario. *Estudios de derecho procesal civil*. 2ª Edición. Editorial jurídica venezolana. Caracas, 2000. p. 246.

¹⁰ Alsina, Hugo. *Ob. Cit.*, p. 86.

Es así, como la competencia es entendida como un presupuesto procesal sin el cual no existe relación procesal válida, clasificándose *tradicionalmente* como una excepción dilatoria del proceso, actualmente prevista como cuestión previa en el artículo 346, ordinal 1, del Código de Procedimiento Civil.

Pasando a examinar el tratamiento que se le otorga a la cuestión previa de la incompetencia del tribunal en el ordenamiento jurídico procesal ordinario, cabe señalar que alegada ésta el Juez procederá a pronunciarse de inmediato a los cinco días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de emplazamiento,¹¹ y en el caso de declaratoria con lugar de ésta *producirá el efecto de pasar los autos al Juez competente para que continúe conociendo, conforme al procedimiento que deba seguir*.¹²

Conforme con lo anterior, la cuestión previa de la incompetencia del tribunal produce la declinatoria del expediente al tribunal competente, a diferencia de otras cuestiones previas (calificadas también como excepciones dilatorias por el Código derogado) como sería la falta de jurisdicción, o la litispendencia que producen la extinción del proceso,¹³ o las contenidas en los ordinales 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del artículo 346, del Código de Procedimiento Civil que paralizan el proceso hasta que el demandante subsane dichos defectos u omisiones dentro del plazo legal, vencido éste sin que se produzca debidamente dicha subsanación el proceso se extinguirá.¹⁴

2. LAS CAUSAS DE INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL COMO CAUSA DE INADMISIBILIDAD DEL RECURSO

Con relación a la formulación de las causas de inadmisibilidad en el contencioso administrativo, para una mejor comprensión de sus orígenes, vale señalar que por cuanto la aparición del contencioso administrativo está estrechamente

¹¹ Artículo 349 del Código de Procedimiento Civil.

¹² Artículo 353 del Código de Procedimiento Civil.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Artículos 350 y 354 del Código de Procedimiento Civil.

relacionada con la concepción que la propia Administración juzgue sus actos y en el entendido -en aquellos albores- que la demanda introducida por el ciudadano no implicaba reconocer un derecho subjetivo a éste, quien era concebido como un mero colaborador en la preservación del ordenamiento legal, esto derivó en que la Administración pasara a admitir la demanda, lo que determina que desde su origen la figura de la admisión del recurso en el contencioso administrativo haya sido concebida como un filtro para dar curso o no a la demanda. Quizás ello explica por que la admisión de la demanda¹⁵ en el contencioso administrativo se diferencie tanto de la admisión en primera instancia en el proceso civil ordinario, mientras que se aproxima al recurso de casación en cuanto a la exigencia del cumplimiento de una serie de requisitos legales para su admisión, lo que permite destacar como el recurso contencioso administrativo era concebido como un medio extraordinario.¹⁶

¹⁵ La doctrina procesal ha criticado el empleo de la expresión “admisión de la acción o de la demanda” por estimar que realmente aquello que se admite es la pretensión, ello fundamentado en las diferencias conceptuales de cada uno de los referidos términos, mientras que la acción es concebida como el derecho constitucional de acceder a los órganos jurisdiccionales, lo que se concretiza con la presentación de la demanda ante el tribunal, hecho éste que una vez acaecido imposibilita que pueda haber un pronunciamiento sobre la admisibilidad o no de la acción, por haberse producido sus efectos jurídicos; por otra parte, la demanda es el escrito contentivo de la pretensión que se aduce ante el juez, es el acto de inicio del procedimiento, si bien está sometido a un mínimo de formalidades legales, no resulta objeto de admisión o no, pues igualmente se habrían producido ya sus efectos jurídicos como sería evitar la caducidad; en vez, la pretensión es concebida como el contenido de la acción, es la aspiración del actor de que le sea satisfecho un interés jurídico por parte del órgano jurisdiccional. La lectura adminiculada de las anteriores nociones permite concluir que la admisibilidad versa sobre la pretensión, no sobre la acción ni la demanda. No obstante las anteriores consideraciones, cabe señalar que la expresión “admisión de la demanda o de la acción” resulta de frecuente empleo por la legislación, la doctrinal judicial y los ensayos jurídicos. A los fines del presente trabajo, entiéndase advertida la distinción conceptual antes referida, aún cuando pueda ser usada indiscriminadamente en estas líneas una u otra terminología. El análisis de esta disertación teórica de la doctrina procesal es recogida por: Ortiz-Ortiz, Rafael. *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*. Editorial Frónesis, S.A. 1º edic. Caracas, 2004. pp. 58, 304-313; Ortiz-Ortiz, Rafael. *La inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa como condición del acceso a la justicia*. En: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje Nº 2. Caracas, 2001. pp. 234-235.

¹⁶ Alonso Ibáñez, María del Rosario. *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*. Editorial Civitas, S.A. 1º edición. Madrid, 1996. pp. 64-66.

En este marco histórico, la doctrina de la época pretendió justificar la admisión de la demanda en el contencioso administrativo con base a la defensa de los intereses del Estado que se veían involucrados en las referidas controversias.

En oposición a tal tesis, hoy día se cuestiona la formulación de las causas de inadmisibilidad en el contencioso administrativo por ser el reflejo de “una acumulación de privilegios históricos que se vinieron a sumar a lo que en la legislación procesal civil se consideraban excepciones dilatorias”.¹⁷

Signado por ese origen, el contencioso administrativo produjo una contienda entre Administración y Poder Judicial en cuanto a las materias que podrían ser objeto de control por parte de éste último, lo que impuso que el examen de la jurisdicción contencioso administrativa acerca de su competencia para conocer un asunto planteado se configurase como un presupuesto procesal de admisibilidad, incluso, el primero a revisar.¹⁸

Adentrándonos en el objeto principal del trabajo, como es examinar el tratamiento otorgado a la incompetencia del tribunal en el ámbito del contencioso administrativo, cabe acotar que este estudio tendrá como referencia principal la LOCSJ (1977), por haber sido el primer texto legal que estableció una regulación sistemática de dicha jurisdicción, y por cuanto, como bien se señaló anteriormente, la LOTSJ (2004) no hace más que reproducir la normativa específica sobre el particular. No obstante, cabe señalar que la LOCSJ, aún cuando desarrolló toda una sistematización de la regulación del contencioso administrativo, esto no obedeció a una pretensión de reglamentación definitiva acerca de la materia, por cuanto se entendió que el artículo 206 constitucional (1961) imponía la necesidad de dictar una ley especial, sin embargo, el proyectista de la ley del Máximo Tribunal de la República estimó prudente, aún de forma provisoria y en espera de la aprobación de la referida ley especial, incluir la regulación de la jurisdicción contencioso administrativo en el aludido proyecto legislativo.¹⁹

¹⁷ *Ibidem*, p. 400.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 71-72.

¹⁹ Desde 1977 hasta el presente el legislador se ha mostrado indolente ante la necesidad de dictar la correspondiente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a pesar de los diversos anteproyectos de dicha legislación que han sido elaborados. Apenas en el año 2005 llegan las primeras noticias acerca de un proyecto de ley en discusión en el Parlamento.

Entrando en materia de examen, hallamos que el artículo 84 de la LOCSJ dispuso las causas de inadmisibilidad de las demandas o solicitudes que se intentaran ante la Corte, y el artículo 124 *ejusdem* estableció las causas de inadmisibilidad específicas de los recursos nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, la conjugación de los precedentes dispositivos legales configuraron las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo.

En tal sentido, el elenco de causas de inadmisibilidad de dichos recursos quedó conformado así: 1) por disponerlo así la Ley; 2) la incompetencia del tribunal; 3) la caducidad de la pretensión; 4) la acumulación de acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles; 5) no haber acompañado los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible; 6) no haber agotado la vía administrativa;²⁰ 7) la demanda contenga conceptos ofensivos o irrespetuosos; 8) la demanda resulte de tal modo inteligible o contradictoria que resulte imposible su tramitación; 9) la manifiesta falta de representación que se atribuya al actor, 10) la falta de cualidad o interés del recurrente; y 11) la existencia de un recurso paralelo.

Pues, cabe apreciar de entrada como la ley comentada concibió la incompetencia del tribunal como una causal de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, lo que distaba mucho de la regulación prevista en el Código de Procedimiento Civil vigente para entonces, que enumeraba dicho presupuesto procesal como una excepción dilatoria que producía la declinatoria del conocimiento de la causa al tribunal que resultase competente.²¹

Pero dicha ley especial de la materia encuentra sus primeros esbozos en fechas distantes (Proyecto de ley elaborado por el Ministerio de Relaciones Interiores y Hacienda en el año 1941), a tal fin recomendamos examinar la compilación de proyectos legislativos que contiene la obra colectiva: *El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela*. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979.

²⁰ Valga la acotación que dicho requisito fue suprimido por la LOTSJ, aún cuando se conservó la exigencia del cumplimiento de la vía administrativa previa en las demandas contra la República.

²¹ Artículo 248 del Código de Procedimiento Civil (1916): “son excepciones dilatorias: 1º la declinación de la jurisdicción del tribunal ante el cual se haya propuesto la demanda, por incompetencia de éste o por litis pendencia, o porque el asunto debe acumularse a otro proceso de que esté conociendo un tribunal distinto”.

Conforme a esta acotación, podemos destacar como la problemática que se desarrolla en este trabajo encuentra su punto de partida con la LOCSJ, que ya para el momento de su entrada en vigor adoptó una solución diametralmente opuesta a la regulación ordinaria en el ordenamiento jurídico procesal del país. De esta manera, interesa saber qué comentarios ameritó dicha disposición desde un principio.

3. COMENTARIOS DE LA DOCTRINA ACERCA DE LA ADMISIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA (ESPECIAL REFERENCIA A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL)

La primera opinión coincidente de dos destacados procesalistas, como son Leopoldo Márquez Añez²² y Aristides Rengel Romberg²³, que formularon sus comentarios sobre el artículo 84 de la LOCSJ, versa sobre la peculiaridad del sistema de admisibilidad consagrado en dicho texto normativo en comparación con la admisión de la demanda en el procedimiento del juicio ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil. En ese sentido, advierten como el auto de admisión en el sistema procesal civil es una mera actuación de trámite o sustanciación por parte del tribunal que conoce en primera instancia del asunto, la cual está relacionada con los poderes del juez como director del proceso, una actuación de impulso procesal. Por el contrario, en el contencioso administrativo el pronunciamiento del juez acerca de la admisibilidad del recurso es una carga o deber de éste, sólo estando previsto que remita únicamente para la sentencia definitiva el examen de las excepciones o defensas opuestas por las partes en el curso del juicio, salvo que el juez considere que deba resolverse alguna de ellas previamente (artículo 130 de la LOCSJ).^{24 25}

²² Márquez Añez, Leopoldo. *Aspectos procedimentales en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*. En: El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979. pp. 211-228.

²³ Rengel Romberg, Aristides. *El auto de admisión del recurso contencioso-administrativo de anulación en el sistema de la nueva ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela*. Revista de Derecho Público n° 8. Editorial jurídica venezolana. Caracas, 1981. pp. 169-189.

²⁴ Márquez Añez, Leopoldo. *Ob. cit.*, p. 212; Rengel Romberg, Aristides. *Ob. cit.*, p. 172.

²⁵ Cabe advertir en cuanto al énfasis que los mencionados autores otorgan al carácter de obligación que adquiriría para el juez el pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso en el

De esta manera, en su oportunidad se consideró una innovación del legislador exigir *in limine litis* un pronunciamiento del juez respecto de la admisibilidad del recurso. Dicho examen de oficio de las causales de inadmisión del recurso *in limine litis* es uno de los poderes atribuidos al juez contencioso administrativo por la ley que lo diferencian del juez civil, quien no le está dado determinar la concurrencia de los presupuestos procesales *a motu proprio* al momento de admitir la demanda, limitándose únicamente a examinarlos en el proceso en caso de que sea alegado por la contraparte.

Una explicación a las actitudes disímiles del juez civil y del juez contencioso administrativo ante la admisión de la demanda puede encontrarse en el hecho que el proceso civil ordinario se rige por el principio dispositivo (artículo 12 del Código de Procedimiento Civil), conforme con el cual es una carga procesal de las partes aducir los defectos de los presupuestos procesales y demás requisitos legales asociados a la admisibilidad de la demanda.²⁶

Asimismo, se ha entendido que esta revisión que efectúa el juez antes de iniciarse el proceso tiene por finalidad última depurar la jurisdicción contencioso administrativa de causas que no cumplan con los requisitos esenciales para su sustanciación y posterior decisión de fondo, liberando medios y esfuerzos en los órganos judiciales para abocarse a causas que lo ameriten.

contencioso administrativo en contraposición con la naturaleza jurídica que le era otorgada a dicha actuación en el proceso civil ordinario, que ésta divergencia respondía a la peculiaridad que el Código de Procedimiento Civil (1916) no contemplaba la existencia de un auto de admisión de la demanda, lo que se impuso en los predios judiciales más como una práctica que por mandato legal. Efectuada la anterior aclaratoria, podemos entender por que en el proceso civil ordinario la admisión de la demanda ha sido, atávicamente, entendida como un mero pase formal de la demanda para la continuación de la causa, a pesar que su actual regulación legal haya superado tal concepción y haya conferido el carácter de auto decisorio, de conformidad con el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil (1987) que sí prevé la admisión de la demanda como una actuación formal del proceso e incluso dispone específicas causales a examinar en la demanda para que sea admisible. Artículo 341: “Presentada la demanda, el Tribunal la admitirá si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o alguna disposición expresa de la Ley. En caso contrario, negará su admisión expresando los motivos de la negativa. Del auto del Tribunal que niegue la admisión de la demanda, se oirá apelación inmediatamente, en ambos efectos”.

²⁶ Márquez Añez, Leopoldo. *Ob. cit.*, p. 214.

En definitiva, respecto a las consideraciones generales acerca del artículo 84 de la LOCSJ, Marquez Añez sostiene que el legislador incorporó en la norma jurídica bajo examen varios de los requisitos previstos en la ley procesal ordinaria como excepciones dilatorias y como excepciones de inadmisibilidad.²⁷

Examinando en específico el punto relativo a la incompetencia del tribunal como causal de inadmisibilidad del recurso, el referido autor manifiesta su desacuerdo con el hecho que se pueda entender que este presupuesto procesal pueda producir la inadmisibilidad del recurso, postulando que priven los mismos principios que rigen en el proceso civil. A tal efecto, observa que el ordenamiento jurídico procesal prevé dos remedios ante la configuración de esta causa: 1) la declinatoria de la causa por la incompetencia del tribunal y 2) el conflicto de competencia, pero en cualquiera de los dos casos existirá un pronunciamiento que determinará el tribunal competente y su posterior remisión a éste de las actuaciones. En fin, ello resulta diametralmente opuesto a la solución delineada por el régimen de la LOCSJ, que pareciera conducir a sostener que el juez se va a limitar a comprobar su propia incompetencia, agotándose allí su pronunciamiento.²⁸

Sobre este mismo particular, en fecha más reciente, Ortiz-Ortiz se ha pronunciado aseverando el contrasentido que supone la disposición legal *in commento*, por considerar que la falta de competencia del tribunal en ningún caso puede significar la inadmisibilidad de la pretensión “en nuestro sistema judicial”, “sino remitir el expediente al tribunal que sea, efectivamente, el competente (a diferencia de la falta de jurisdicción que acarrea la nulidad de lo actuado y el archivo del expediente)”.²⁹ En apoyo a su tesis, recuerda que la inadmisibilidad de la pretensión implica una declaración definitiva de los órganos jurisdiccionales de no ofrecer tutela jurídica porque se supone la pretensión no tiene cabida en derecho, pero tal manifestación, con las graves consecuencias que produce, sólo puede proferirse en casos tan evidentes que no ofrezca duda alguna. Por consiguiente, en el caso que se declare la inadmisibilidad de la pretensión fundada en la incompetencia del tribunal, sostiene que ello constituiría “un menoscabo del derecho a un debido proceso,

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 220.

²⁹ Ortiz-Ortiz, Rafael. *La inconstitucionalidad del...*, p. 236.

y una limitación de acceso a la justicia, y por consiguiente esta norma debe reputarse inconstitucional, y su vacío debe llenarse disponiendo que el expediente sea remitido al tribunal que resulte ser competente. Debe tomarse siempre en cuenta que la “competencia” no es un presupuesto del proceso sino de la sentencia de mérito, lo cual implica que los actos cumplidos por ante un tribunal incompetente son válidos y producen plenos efectos jurídicos”.³⁰

4. REFERENCIA DEL DERECHO EXTRANJERO SEGUIDA POR NUESTRA LEGISLACIÓN EN LA MATERIA

Expuestas las consideraciones precedentes, advertimos que la incompetencia del tribunal como causal de inadmisibilidad del recurso, prevista en el artículo 84 de la LOCSJ, no pareciera encontrar su génesis en el ordenamiento jurídico procesal ordinario venezolano, que otorga un tratamiento y unas consecuencias bien diferentes a este presupuesto procesal. Asimismo, no apreciamos que la adopción de dicha solución haya sido cónsona con la doctrina procesal general revisada en los anteriores epígrafes.

De esta manera, resulta necesario indagar la posible fuente jurídica que sirvió de modelo a nuestro legislador en la elaboración del artículo 84, ordinal 2º, de la LOCSJ, descartado como ha sido el Código de Procedimiento Civil (1916) y advertida la disconformidad de la doctrina procesal con tal planteamiento.

Siguiendo esa orientación, nos parece encontrar un importante precedente en la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa española³¹ de 1956, que preveía dos posibles soluciones diferentes al supuesto de la incompetencia del tribunal:

- 1) “cuando se declare la incompetencia de la Sala con anterioridad a la sentencia, se remitirán las actuaciones a la que sea competente para que siga ante ella el curso de los autos” (artículo 8. 3).

³⁰ *Idem.*

³¹ En adelante nos referiremos a ella de la siguiente forma: LJCA.

Conforme con esta primera solución, la incompetencia puede ser apreciada en el trámite de admisión del recurso, si consta de modo inequívoco y manifiesto, o en el de alegaciones (artículo 71), en ambos casos, consecuencia ineludible de la declaración de incompetencia era la remisión de las actuaciones a la órgano jurisdiccional competente, de modo que, en definitiva, la interposición del recurso ante un tribunal incompetente no acarrea, en los casos referidos, la inadmisibilidad del recurso.

- 2) Por otra parte, el artículo 82 de dicha ley determinaba que: “la sentencia declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en los casos siguientes: a) que se hubiere interpuesto ante un Tribunal que carezca de (...) competencia para ello, por corresponder el asunto (...) a otro órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa”.

En este caso, el legislador preveía que si la tramitación del recurso superaba las fases de admisión y de alegaciones previas ya no sería posible como consecuencia de la declaración de incompetencia remitir las actuaciones al tribunal competente, sino que procedería la declaración de la inadmisibilidad del recurso en la sentencia, lo que pondría fin al proceso.

Sin pretender sostener categóricamente que éste haya sido la fuente jurídica de inspiración de la normativa patria sobre el particular, estimamos muy probable que el proyectista de la LOCSJ haya considerado el modelo propuesto por la legislación española vigente para la época en la oportunidad de redactar la norma jurídica relativa a las causas de inadmisibilidad del recurso, más cuando consideramos que nuestro ordenamiento jurídico es tributario del derecho continental europeo, principalmente países como Francia, Italia y España, aunque quizás en mayor medida influenciado por los aportes en esta especialidad efectuados por esta última nación.

Este tratamiento desigual del mismo hecho (la incompetencia del tribunal) generó un amplio debate en la doctrina y jurisprudencia española que resulta interesante repasar, por cuanto puede contribuir en el esclarecimiento de la problemática bajo estudio.

5. LA INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

De entrada, cabe advertir que el planteamiento de dos soluciones para un mismo supuesto de hecho parece incomprensible, mucho más cuando una de ellas es capaz de producir graves consecuencias en la esfera jurídica del justiciable.

Algunas críticas referidas al comentado artículo 82 de la LJCA se fundaban en lo formalista e injustificada en que resultaba, mucho más por sancionar con tal severidad al justiciable cuando su error en la interposición del recurso era, seguramente, el resultado de un desatino del abogado que lo representó o asesoró en la elección del tribunal competente.

Asimismo, criticando la arbitrariedad de la norma, Toledo Jáudenes manifestaba que:

Pronto se advierte la arbitrariedad de que la admisibilidad del recurso dependa, en estos casos, de la perspicacia, atención o, incluso, de la simple posibilidad de la Sala de examinar cumplidamente la cuestión en el trámite de admisión o de la bondad de la parte demandada y coadyuvante de formular alegaciones previas en vez de contestar a la demanda incoando la causa de inadmisibilidad del artículo 82, *a*), LJ. Hay, obviamente, que buscar un criterio dogmáticamente fundado y ajustado al propio tiempo a razones de Justicia material que justifique el trato discriminatorio previsto en los artículos 8.º, 3 y 82, *a*), LJ, para quienes interponen recursos contencioso-administrativos ante órganos incompetentes.³²

Acertadamente observa el autor que la declinatoria de las actuaciones al tribunal competente o la simple declaratoria de inadmisibilidad del recurso y archivo del expediente dependía de circunstanciales hechos como eran la diligencia del tribunal para examinar su competencia en el trámite de admisión

³² Toledo Jáudenes, Julio. *Incompetencia del tribunal contencioso-administrativo: inadmisibilidad del recurso o remisión al órgano competente*. Revista de Derecho Administrativo Española Nº 36. Enero-marzo 1983. pp. 129 y ss.

de la demanda o la actuación de buena fe de la parte contraria de alegar como defensa la incompetencia del tribunal en vez de contestar la demanda.

Incluso, cabe subrayar que la declaratoria de inadmisibilidad del recurso en la sentencia definitiva implicaba necesariamente que el tribunal en el trámite de admisión de la demanda había aceptado su competencia para conocer del caso, pero visto el carácter de orden público de las causales de inadmisibilidad y, por ende, su revisión en cualquier momento, tal pronunciamiento no vinculaba al propio tribunal para declararse incompetente en la sentencia definitiva, arrastrando ello la inadmisibilidad del recurso, y sorprendiendo así la buena fe de los justiciables que podían confiar en el pronunciamiento precedente sobre dicha causa de admisión de la demanda.

Todo ello conducía a insistir en la necesidad de buscar una solución que respondiera a la justicia material, en vez de limitarse a la aplicación formalista de la ley. La doctrina no formulaba una crítica a la exigencia del requisito de la competencia del tribunal como presupuesto procesal, sino las consecuencias que pretendían atribuirse a éste acorde con la interpretación literal o restrictiva de la norma procesal que lo consagraba como causa de admisión de la demanda.

En ese sentido, se planteó que si la declaratoria de incompetencia del tribunal producía la declinatoria de la causa cuando se realizaba antes de dictar sentencia y, a su vez, era aceptado que el examen de la competencia podía efectuarse en cualquier momento, entonces, fundado en el principio antiformalista, se interpretó que, siempre que ello fuera posible, la declaración de incompetencia debía hacerse mediante Auto, de manera que, resultara aplicable el mecanismo previsto en el artículo 8.3 de la LJCA. Otra solución proponía realizar una interpretación restrictiva en la aplicación del artículo 82 de la mencionada ley, de manera que los efectos de la inadmisibilidad del recurso sólo procederían en el caso excepcional de que el recurrente hubiese interpuesto el recurso ante un tribunal incompetente en contra de la precisa y correcta notificación de la decisión administrativa.³³

³³ Toledo Jáudenes, Julio. *Fin de la inadmisibilidad del recurso por incompetencia del tribunal contencioso-administrativo*. Revista de Derecho Administrativo Española N° 44. Octubre-Diciembre 1984. pp. 795 y ss.

Entrada en vigencia la Constitución española de 1978, la jurisprudencia tuvo la ocasión de considerar el tema a la luz de los principios constitucionales, profiriendo importantes decisiones que condujeron a zanjar la discusión.

Al respecto, distinguiremos este examen de la jurisprudencia española sobre el tema, en dos partes, una primera relativa al Tribunal Constitucional y otra correspondiente al Tribunal Supremo.

Conforme con ello, cabe señalar que el Tribunal Constitucional español en sentencia de 18 de febrero de 1985 proclamó la derogación por inconstitucionalidad del artículo 82, a), de la LJCA.

El razonamiento del Tribunal primeramente excluyó la posibilidad de una interpretación del precepto conforme a la Constitución, por considerar que no resultaba fácilmente compatible las exigencias del artículo 24.1 de la Constitución española con el tenor literal del artículo 82, a), de la LJCA, por ende, estimó que en el precepto legal no existían elementos que permitieran conducir a una interpretación restrictiva de la misma.

De seguidas, el Tribunal reitera su conocida doctrina de que, en principio, el derecho a la tutela judicial queda satisfecho con una decisión fundada en Derecho que puede ser de inadmisión; así como aquella alusiva a que no resulta conforme a la Constitución “un sistema que estableciese condiciones de admisión artificiales o arbitrarias por no responder a ninguna finalidad que el Legislador, dentro del marco de la Constitución, puede legítimamente perseguir”.³⁴

En ese orden de ideas, el Tribunal concluyó que no resultaba compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva la libre facultad del órgano jurisdiccional de optar por declarar la inadmisibilidad del recurso por propia incompetencia antes de proferir sentencia o en la oportunidad de dictar ésta. Asimismo, observó que las soluciones previstas en los artículos 8.3 y 82.a de la ley no constituían vías complementarias (como pretendió entender la doctrina en aras de fundamentar la interpretación flexible de ésta), sino alternativas, y, en

³⁴ Sentencia citada por: Vacas García-Alós, Luis. *El derecho a la tutela judicial efectiva en lo contencioso-administrativo*. La Ley-Actualidad S.A. Madrid, 1996. p. 126.

consecuencia, declaró que la mera existencia de la segunda alternativa impedía u obstaculizaba gravemente la tutela judicial efectiva, no resultando compatible con la Constitución.

Igualmente, el Tribunal desechó la tesis relativa a la aplicación del supuesto normativo consagrado en el artículo 82.a de la ley, en aquel caso en que el recurrente, en contra de la notificación del acto administrativo, se había dirigido a la Sala incompetente:

No cabe presumir que quien incurre en un error procesal obra así por negligencia o contumacia. Normalmente quien acude al recurso contencioso-administrativo intenta eliminar con la mayor rapidez posible del mundo del Derecho un acto del poder que considera antijurídico. Si yerra al dirigirse al órgano competente, su error alargará inevitablemente el tiempo necesario para que el Juez restaure el orden jurídico que él estima violentado y, en consecuencia, si fuese negligente o contumaz, lo fue contra su interés.³⁵

En definitiva, el Tribunal declaró que no existía finalidad que justificara el obstáculo al libre acceso judicial que el artículo 82.a de la ley constituía, por consiguiente, declaró derogado ese precepto.

Siguiendo esa misma orientación, el Tribunal Constitucional español en sentencia de 11 de marzo de 1985 reiteró que la técnica de declarar la incompetencia en la oportunidad de dictar sentencia, existiendo en la propia ley otros mecanismos para depurar el tema competencial, no resultaba compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, por tanto, resultando aplicable la solución contenida en el artículo 8.3 de la LJCA.³⁶

Asimismo, el referido órgano jurisdiccional profirió fallo en 8 de octubre de 1985 donde repite sus consideraciones en torno a lo injustificado que resulta considerar la incompetencia del tribunal como un supuesto que pueda conducir a la inadmisibilidad del recurso, pero agregó "...que la sentencia recurrida, a su vez, infringió el art. 24.1 de la C.E. en el mismo sentido, a no dar efectividad en el fallo al principio de conservación de las actuaciones judiciales practicadas,

³⁵ Sentencia citada por: Toledo Jáudenes, Julio. *Fin de la inadmisibilidad...*, pp. 795 y ss.

³⁶ Sentencia citada por: Vacas García-Alós, Luis. *Ob. cit.*, p. 127.

que es consustancial con la declaración de incompetencia de una Sala en la técnica general de la LJCA y que se compone de la precisión del Tribunal que resulte competente para conocer de aquellas, y de la remisión de las actuaciones para que se sigan ante el mismo el curso de los autos”.³⁷

Una vez más el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de ratificar los anteriores criterios en la sentencia dictada el 25 de abril de 1991, oportunidad en la cual razonó, en idéntico sentido, acerca de la inconstitucionalidad del artículo 82.a de la ley en cuestión.

Entrando a examinar los pronunciamientos realizados sobre el tema por el Tribunal Supremo español, cabe señalar que, en su jurisprudencia correspondiente a los años ochenta del siglo pasado, éste se preocupó de flexibilizar el criterio en aquellos casos en que se recurría de un acto que no había sido notificado, o había sido notificado de forma defectuosa o errónea, casos en los cuales se arbitró como solución la declaratoria de la incompetencia del tribunal y la remisión de las actuaciones, por cuanto estimó que no resultaba posible que un actuar ilegal de la Administración pudiese derivar consecuencias negativas al justiciable.

Constituyó un avance jurisprudencial en el tema, la sentencia dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en fecha 12 de noviembre de 1981, que ostentó el mérito de haber planteado la necesidad de flexibilizar el criterio de interpretación del artículo 82.a de la LJCA con anticipación a que el Tribunal Constitucional abordara el examen de la constitucionalidad de la norma, sosteniendo en dicho fallo la tesis que planteaba la posibilidad que tenía el tribunal de declarar su incompetencia en cualquier momento y remitir las actuaciones, aún después de “vista” la causa y pendiente para sentencia definitiva.

Dichos razonamientos eran expresados de la siguiente manera:

En el proceso contencioso-administrativo (...) [*la competencia*] es improrrogable y las normas que lo regulan de orden público e inderogables por voluntad de las partes y del Tribunal, es un

³⁷ Sentencia citada por: *Ibidem*, p. 133.

presupuesto procesal apreciable de oficio, previa audiencia de las partes, en cualquier momento anterior a la sentencia, debiéndose interpretar a estos efectos la normativa del artículo 8.3 de la Ley de esta Jurisdicción, en el sentido de que, por regla general, cuando la incompetencia no se ha apreciado por el Tribunal en el trámite de admisión del recurso del artículo 62, ni se ha invocado por la parte demandada o coadyuvante en el trámite de alegaciones previas, debe dicho Tribunal, si estima que es incompetente, apreciarlo antes de dictar sentencia y remitir las actuaciones a la Sala que entienda es la competente para que se siga ante ella el curso de los autos, y ello no sólo porque, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de esta Jurisdicción, se han redactado sus preceptos de modo tendentes a evitar interpretaciones formalistas que, al conducir a la inadmisión de numerosos recursos contencioso-administrativos, comportan la subsistencia de infracciones administrativas en pugna con la Justicia, contenido del verdadero interés público y fundamento básico de toda organización política, ni tampoco sólo porque al ser la competencia improrrogable la Sala debe en cualquier momento anterior a la sentencia, incluso después de la vista, apreciarlo así.³⁸

La propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de febrero de 1982, sigue adentrándose en el examen del tema al plantear dudas acerca de la vigencia del art. 82.a de la ley confrontado con el artículo 24.1 de la Constitución española y la exposición de motivos de la LJCA. Nótese que no será hasta casi exactamente tres años después cuando el Tribunal Constitucional español declarará la inconstitucionalidad del referido precepto legal.

Una vez asentado el criterio del Tribunal Constitucional en cuanto a la inconstitucionalidad del artículo 82.a de la LJCA, el Tribunal Supremo español acogió dicho criterio en sus sucesivos fallos, por ejemplo, las sentencias 11/1986, de 21 de enero; 3362/1986, de 7 de junio; 8066/1986, de 12 de noviembre; y 2858/1990, de 6 de abril.

Sin embargo, un punto de quiebre en la pacífica jurisprudencia hasta entonces sostenida por el Tribunal Supremo representó el fallo emanado en fecha 20 de diciembre de 1994. En dicha decisión se determinó que, cuando hubiese

³⁸ Sentencia citada por: Toledo Jáudenes, Julio. *Incompetencia del...*, pp. 129 y ss.

sido notificado correctamente el recurrente, indicándosele correctamente el tribunal competente, y por una actuación negligente de éste en la interposición del recurso al no hacerlo tal como se le señaló, dejó firme y consentido el acto recurrido, el Tribunal no podría anular la firmeza adquirida por éste.

El Tribunal consideró únicamente aplicable el artículo 8.3 de la LJCA en aquellos casos en que la notificación del acto objeto de recurso contencioso-administrativo hubiera sido defectuosa, no así cuando ésta hubiere sido correcta e indicó el tribunal competente. Sorprendentemente, la referida sentencia retorna a criterios superados por la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, así como contradice la doctrina judicial del Tribunal Constitucional.

Inmediatas críticas generó el comentado fallo, González Pérez consideró “un paso atrás en la progresiva doctrina jurisprudencial que había interpretado con generosidad el principio antiformalista como una proyección de norma general de la tutela judicial efectiva”.³⁹ Como fundamento de su crítica, señaló que cuando el artículo 8.3 de la ley prevé que el tribunal se declare incompetente y remita las actuaciones a aquel que deba conocer de la causa, no establece distinción alguna en orden a los posibles defectos de la notificación, sencillamente impone la remisión cualquiera que hubiera sido el contenido de la notificación. Por tanto, si la Ley no efectuaba tal distinción, el intérprete no podría realizarla. Asimismo, sostuvo que la declaración de inadmisibilidad constituiría un atentado al principio de la tutela judicial efectiva en el caso que el recurrente haya actuado por error, bien por no reparar en la notificación, o porque, aunque consciente de lo que en la notificación se le señalaba, haya juzgado que la indicación no era correcta y hubiese acudido a la órgano jurisdicción que estimó competente.⁴⁰

Para hacer referencia a la situación actual del tema en el ordenamiento jurídico español, es preciso señalar que, entrada en vigor la LJCA de 1998, la polémica desarrollada en torno a la incompetencia del tribunal como causal de

³⁹ González Pérez, Jesús. *Un nuevo atentado al principio de la tutela jurisdiccional efectiva: la inadmisibilidad por incompetencia del tribunal*. (Sentencia de 20 de diciembre de 1994, aranzadi 10443). Revista de Derecho Administrativo Española N° 86. Abril-Junio 1995. pp. 255 y ss.

⁴⁰ *Idem*.

inadmisibilidad del recurso capaz de producir el archivo del expediente encontró su punto final.

Así pues, el artículo 51.1, literal a, de la referida ley prevé la incompetencia del tribunal como causal de inadmisibilidad del recurso, pero tal previsión es concatenada con el artículo 7.3 de la ley que prevé la remisión de las actuaciones al tribunal competente. De tal manera, la concurrencia del supuesto de incompetencia del tribunal ante el cual fue interpuesto el recurso no producirá la inadmisibilidad del recurso en sentido propio, si no la puesta en marcha de los mecanismos previstos en la ley para remitir la causa al tribunal competente, de conformidad con la lectura adminiculada de los artículos 51 y 7.3 de la ley en cuestión.

Planteado en dichos términos la regulación legal respecto a la incompetencia del tribunal como causa de inadmisibilidad del recurso, no queda duda que el legislador acogió en la redacción de la ley las orientaciones formuladas por la doctrina y la jurisprudencia que debidamente fueron expuestas anteriormente, lo que cierra la problemática derivada de este punto.

6. LA INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL EN EL CONTEN- CIOSO ADMINISTRATIVO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Una vez realizada una indagación sobre el tema en la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, resulta de interés destacar dos sentencias que dilucidaron la discusión en torno a la incompetencia del tribunal entendida como una causal de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo capaz de producir el archivo del expediente, en lugar de la tesis tradicionalmente aceptada en el derecho procesal civil.

Un primer pronunciamiento del Alto Tribunal está contenido en el fallo dictado el 11 de julio de 1985, Caso *Tahem Sociedad Anónima*, oportunidad en la cual la Sala Político Administrativa entró a conocer de una apelación de un auto dictado por su Juzgado de Sustanciación que declaró inadmisile el recurso por estimar incompetente al máximo tribunal para conocer del mismo. Aún cuando en dicha decisión la Sala determinó su incompetencia para resolver el asunto sometido a su conocimiento, consideró necesario formular algunas

consideraciones sobre la causal de inadmisibilidad relativa a la incompetencia del tribunal, prevista en el artículo 84, ordinal 2, de la LOCSJ, las cuales nos permitimos citar a continuación:

No obstante que la incompetencia figura en la Ley de la Corte como causal de inadmisibilidad (artículos 84, ordinal 1º, 115 y 124, ordinal 4º), se observa:

Cuando se ha promovido, como es el caso, un recurso contencioso-administrativo genérico (tramitable siempre conforme a las reglas provisionales de la Ley de la Corte), pero cuyo conocimiento corresponde a otros de los órganos previstos igualmente en la misma Ley de la Corte (Tribunales Superiores o Corte Primera), esa incompetencia no tiene —y así lo ha establecido reiteradamente la Sala— al efecto de la “inadmisibilidad” en sentido procesal estricto (desechar el recurso y no darle entrada al juicio, según reza el artículo 261 del Código de Procedimiento Civil) sino que, pese a que la Ley da la expresión “no admitirá” se le da el efecto procesal de las llamadas “excepciones dilatorias”, cuestiones de competencia, declarar su incompetencia y pasar los autos al Tribunal que considere competente para que continúe conociendo, con la advertencia de que, por no haberse dictado aún la Ley de lo contencioso-administrativo, el procedimiento es el mismo, por eso, la Sala no da por terminado el juicio, sino que dispondrá conforme lo ha venido haciendo: pasar el expediente a la Corte Primera.

Por lo expuesto, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que NO ES COMPETENTE para conocer y decidir el presente recurso de anulación interpuesto por la empresa “TAHEM SOCIEDAD ANONIMA”, contra la Resolución N° 0010, dictada en fecha 17 de abril de 1984, por la Comisión para el Registro de la Deuda Externa Privada; y, como consecuencia, declara que el competente es la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, a quien ordena remitir estos autos originales a los fines legales consiguientes.⁴¹

⁴¹ Gaceta Forense N° 129, Vol. I, 3º etapa, pp. 144-145.

Interesa recoger de este fallo la claridad como el Alto Tribunal estimó que, a pesar de que el legislador incluyó en el elenco de las causales de inadmisibilidad la incompetencia del tribunal, la ausencia de este requisito no produce los efectos de una “inadmisibilidad” en sentido estricto, sino aquellos propios de la equivalente “excepción dilatoria” prevista en el Código de Procedimiento Civil, como era declarar la incompetencia del tribunal y remitir las actuaciones al tribunal competente a los fines de la continuación de la causa. No cabe duda que el sentenciador fundamentó sus consideraciones a partir del marco doctrinal general relativo a la competencia y las excepciones dilatorias, expuestas en términos generales en este trabajo en capítulos precedentes.

En una posterior decisión, de fecha 06 de junio de 1989, Caso *Spiderlock C.A.*, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia reiteró que la consecuencia de la determinación de la falta de competencia del tribunal es la declinatoria de la competencia por parte de éste al tribunal que juzgue competente para conocer del asunto y la remisión inmediata del expediente a este último.

En el caso en cuestión, se había interpuesto ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo un recurso contencioso administrativo contra una resolución dictada por el Ministro de Fomento, en la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de éste, el Juzgado de Sustanciación de la Corte lo declaró inadmisibile por resultar incompetente dicho tribunal para conocer del mismo. La parte actora apeló de tal decisión ante la referida Corte, que procedió a declarar sin lugar la apelación pero advirtió que era “Indemne, siempre, la potestad de la Sala... por ser Juez último de su propia competencia”⁴² y, al final, ordenó publicar, registrar y remitir el expediente.

Una vez recibido el expediente, la Sala Político Administrativa del Alto Tribunal se pronunció de la siguiente manera:

Resulta un tanto ambigua y confusa la determinación tomada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa, pues a pesar de declarar sin lugar la apelación y, por ende, confirmarla “inadmisibilidad” del recurso de nulidad ejercido, alude a la potestad que tiene esta Sala

⁴² Gaceta Forense N° 144, Vol. I, 3° etapa, p. 66.

de ser Juez último de su propia competencia y, por ende, remite el expediente, aun cuando la “inadmisibilidad” conduciría a la terminación del asunto y, en su virtud, al archivo del expediente.

No obstante lo anterior, estima la Sala que, en realidad, la Corte Primera lo que hizo fue declararse incompetente para conocer y considerar que por serlo esta Sala, le enviaba el expediente a fin de que decidiera lo conducente al respecto. Así queda aclarado.

II

Establecido lo anterior, se observa:

Hasta el 31 de diciembre de 1976, esta Sala era la única autoridad judicial encargada de conocer y decidir los recursos de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares, sin importar el órgano autor del acto impugnado.

Fue, pues, en virtud de la Ley que entró en vigencia 1º de enero de 1977 cuando quedó diversificada la jurisdicción contencioso-administrativa y, a partir de entonces, son tres los órganos: esta Sala, la Corte Primera, y los juzgados superiores regionales.

Ello justifica la norma contenida en el ordinal 2º del artículo 84 de la Ley, reiterado en el ordinal 4º del artículo 124.

Mas, aun cuando la incompetencia es una causa de “inadmisibilidad”, esta Sala ha sostenido (sentencia del 16-5-88 Sociedad Financiera Consolidada C.A.) que si se trata del mismo recurso de nulidad, pero intentado ante un órgano distinto del competente, la cuestión conduce a una simple declaratoria de incompetencia y el envío del asunto al que, dentro de la misma jurisdicción contencioso-administrativa, fuese el competente, sin que se entienda como motivo para no darle entrada.⁴³

De esta manera, cabe concluir que la Corte Suprema de Justicia había asentado una doctrina pacífica en cuanto a considerar que la incompetencia del tribunal para conocer del recurso contencioso administrativo, si bien era considerada por el legislador como una causa de inadmisibilidad del recurso, no podía

⁴³ *Ibidem*, pp. 66-67.

atribuírsele los efectos de la inadmisibilidad en sentido estricto, sino que debía de declinarse la competencia al tribunal que se estimare competente para conocer del asunto y remitir las actuaciones a éste, tal como el Código de Procedimiento Civil preveía con relación a la “excepción dilatoria” (Código de 1916), posteriormente denominada “cuestión previa” (Código de 1987), de la falta de competencia del tribunal, produciéndose así la activación de los mecanismos para depurar el tema competencial.

Por tanto, advertimos que en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia la polémica sobre el particular había quedado resuelta tempranamente, contribuyendo ello a que en el medio forense hubiese quedado agotada la discusión sobre dicha cuestión.

7. LA INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Pasando a examinar la tesis jurisprudencial adoptada por la SPA-TSJ, cabe apreciar que dicha Sala en sentencia N° 53, de 22 de enero de 2002, entró a pronunciarse acerca de la admisibilidad de un recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con acción de amparo constitucional contra un acto administrativo dictado por el Comandante General de la Guardia Nacional de Venezuela, en tal sentido, pasó primeramente a determinar la competencia de la Sala para conocer del asunto que le fuera planteado, concluyendo lo siguiente:

En el caso de autos se evidencia que el recurso se ejerce contra la decisión del Director General del cuerpo de seguridad anteriormente identificado, cuyos actos no están sometidos al control jurisdiccional de esta Sala, por tanto, la Sala carece de competencia para conocer del recurso planteado, y en consecuencia, el recurso interpuesto es inadmisile de conformidad con lo previsto en el artículo 84 numeral 2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Así se decide.

(...)

Atendiendo a los razonamientos expresados, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia

en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara INADMISIBLE el recurso de nulidad interpuesto conjuntamente con la acción de amparo, por el apoderado judicial del ciudadano ALEXIS JOSÉ BRACHO GUERRA, contra el acto administrativo contenido en el Resuelto N° GN-7011 de fecha 27 de noviembre de 2000, suscrito por el COMANDANTE GENERAL DE LA GUARDIA NACIONAL DE VENEZUELA, mediante el cual se le pasó a situación de retiro por medida disciplinaria, de conformidad con el artículo 84, ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Archívese el expediente.⁴⁴

Efectuada una lectura del fallo se advierte el cambio jurisprudencial asumido por la SPA-TSJ, retornando a una posición rigorista, a una interpretación literal e inflexible acerca de la aplicación de la falta de competencia del tribunal como causa de inadmisibilidad del recurso, tesis que bien ha quedado demostrado la otrora Corte Suprema de Justicia desde mitad de los años ochenta del siglo pasado, curiosamente contemporáneamente con las posiciones asentadas por el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Supremo español, había desechado. Pero, de este cambio producido en la doctrina judicial del Máximo Tribunal lamentamos, además, la falta de razonamiento exhibido en la decisión respecto al fundamento jurídico que sirvió de base para respaldar este retroceso jurisprudencial del contencioso administrativo. En los términos como queda expuesta la sentencia, pareciera ignorarse la polémica que se ha producido en torno a este tema en la doctrina y la jurisprudencia española y nacional, sustentándose el fallo en una mera literalidad del artículo 84.2 de la LOCSJ, soslayando el hecho que tal criterio representa un paso atrás de casi dos décadas en la doctrina contencioso administrativa, así como configura un grave atentado al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que resulta incomprensible aún más en el contexto de un marco constitucional progresista y protector de los derechos de los justiciables.

El referido pronunciamiento de la Sala se repitió en sucesivas sentencias como son las números: 94, del 29 de enero de 2002; 884, del 25 de junio de 2002; y 960, del 16 de julio de 2002.

⁴⁴ Consultada en Internet: www.tsj.gov.ve

Siguiendo esa línea jurisprudencial, cabe destacar la sentencia número 465, proferida el 15 de enero de 2003.

El mencionado caso trata de una apelación de un auto del Juzgado de Sustanciación de la Sala, de fecha 14 de agosto de 2002, que declaró inadmisibile por falta de competencia de la Sala para conocer de un recurso contencioso administrativo de nulidad contra un acto emanado de la Alcaldía del Municipio El Hatillo del Estado Miranda y ordenó remitir las actuaciones al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo Distribuidor de la Región Capital.

En la oportunidad de pronunciarse acerca de la apelación formulada por la parte actora, la Sala, una vez formulado el correspondiente examen de la competencia para conocer del asunto, determinó lo siguiente:

En virtud de lo anterior y visto que el presente caso está referido a un recurso contencioso de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad contra Resolución N° DDA-437-1 0-01 de fecha 25 de octubre 2001, dictada por la Alcaldía del Municipio El Hatillo del Estado Miranda, el cual reviste carácter afín con las competencias atribuidas a los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo, es evidente que esta Sala no es competente para conocer el presente asunto. Por lo tanto, el Juzgado de Sustanciación al declarar inadmisibile el presente recurso, de conformidad con el ordinal 2° del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no debió ordenar la remisión del expediente al Juzgado que consideró competente, pues la inadmisibilidat del recurso comporta la extinción del juicio, y por ende el archivo del expediente.

En consecuencia, se confirma el auto apelado sólo en lo que respecta a la inadmisibilidat por incompetencia, dejando sin efecto la orden de remitir el expediente al Juzgado Superior Distribuidor en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital. Así se decide.⁴⁵

En el referido fallo puede apreciarse, de una lectura entrelíneas, una especie de admonición al Juzgado de Sustanciación de la Sala por desconocer la

⁴⁵ Consultada en Internet: www.tsj.gov.ve

elemental e incontrovertida –según la jurisprudencia reiterada- consecuencia que se deriva de la falta de competencia del tribunal.⁴⁶

El anterior criterio fue ratificado una vez más en la sentencia n° 549, del 8 de abril de 2003.

Finalmente, esta tesis jurisprudencial encuentra un punto de flexibilización con las consideraciones expuestas en la sentencia n° 1230, del 19 de agosto de 2003. En dicha oportunidad, la SPA-TSJ pasó a resolver el recurso de apelación contra un auto del Juzgado de Sustanciación de la Sala que declaró inadmisble por falta de competencia del tribunal para conocer del recurso contencioso administrativo contra una resolución dictada el Defensor del Pueblo, en la cual se acordó retirar al recurrente del cargo que ocupaba en dicha institución.

En el aludido fallo la Sala declaró la competencia de los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativos para conocer de la referida querella funcional, por consiguiente, consideró ajustado a derecho el pronunciamiento del Juzgado de Sustanciación relativo a la inadmisibilidad del recurso de conformidad con el artículo 84.2 de la LOCSJ, sin embargo, la peculiaridad de la presente decisión está contenida en las siguientes consideraciones:

No obstante la inadmisibilidad del recurso interpuesto, debe la Sala observar que en la situación evaluada ha sido clara la pretensión del recurrente de salvaguardar legítimamente sus derechos, acudiendo por ante esta Máxima Instancia a los fines de que se produzca un pronunciamiento acerca de la validez del acto administrativo mediante el cual se acordó retirarlo del cargo que ejercía de Defensor Adjunto adscrito a la Defensoría Delegada del Pueblo en el Estado Bolívar “A”; de la Defensoría del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela.

pretensión (*sic*) reseñada que podría verse menoscabada por el transcurso del tiempo, toda vez que pudiera producirse el vencimiento del lapso legalmente establecido para ejercer ante el tribunal competente, el recurso respectivo.

⁴⁶ Una reflexión sobre el caso concreto, al margen del análisis jurídico, nos permite observar como el remedio fue peor que la enfermedad, como dice el refrán, de manera que la inconformidad del recurrente con respecto a la decisión del Juzgado de Sustanciación de la Sala pagó un precio insospechado al momento de formular su reclamo.

En tal orden considera para el caso concreto la Sala considera su deber ineludible garantizar la preeminencia y respeto de los derechos y garantías constitucionales, fundamentalmente los vinculados con aspectos de índole laboral como en el caso presente, con el fin de asegurar el orden social justo consagrado por la Carta Magna, y que prevalezca la verdad, como elemento consustancial de la justicia; en razón de ello y visto que el impugnante acudió ante esta Sala a pesar de no constituir ésta la autoridad judicial competente para conocer del presente caso, pero sí es el máximo órgano de la jurisdicción en la cual se enmarca el asunto planteado, que no es otra que la contencioso administrativa, es necesario establecer que el tiempo transcurrido desde la interposición de la querella contencioso–funcionarial por ante este Alto Tribunal hasta la fecha de publicación del presente fallo, no deberá ser tomado en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos de caducidad para ejercer el recurso pertinente. Así se declara.⁴⁷

La citada sentencia sin duda constituye una reflexión importante de la Sala acerca de las graves consecuencias que produce su tesis restrictiva relativa a la aplicación del artículo 84.2 de la LOCSJ, como sería la posibilidad que haya vencido el plazo legal para intentar un nuevo recurso, una vez declarada la inadmisibilidad del primer recurso interpuesto y ordenado el archivo del expediente, por tanto, el órgano jurisdiccional arbitró en resguardo de los derechos constitucionales de los justiciables que no se considerara el tiempo transcurrido desde la interposición de la querella contencioso funcional por ante el tribunal incompetente hasta la fecha de publicación del fallo que se pronuncie sobre la inadmisibilidad del recurso en virtud de la referida incompetencia, y que así dicho tiempo no sea tomado en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos de caducidad para ejercer el recurso pertinente.

Puede estimarse plausible la consideración del Máximo Tribunal con relación a los derechos constitucionales de los justiciables, reconociéndose el mérito que posee haber flexibilizado su tradicional criterio restrictivo, pero tal situación no disipa la duda que surge con referencia a la razón por la cual el tribunal únicamente morigeró su criterio para la materia funcional, ¿acaso únicamente en dichos casos resultan afectados los derechos constitucionales

⁴⁷ Consultada en Internet: www.tsj.gov.ve

de los justiciables que tanta inquietud le ocasiona pensar que puedan ser trasgredidos con su decisión de inadmisibilidad del recurso?, no serían tan válidas esas consideraciones para los restantes casos, más cuando resulta ampliamente aceptado hoy día el carácter subjetivo del contencioso administrativo, y, en consecuencia, se entiende que dicha jurisdicción persigue la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas, lo que no permite entender por qué resultaría posible distinguir entre uno y otros casos en la aplicación de este criterio.

En fin, nos parece que esta decisión no resuelve la problemática generada por el retorno a la aplicación restrictiva de la norma jurídica objeto de estudio, eludiendo el verdadero examen del tema que está involucrado en dicha discusión.

El anterior criterio, limitado a los casos de materia funcionarial como en su formulación original se planteó, fue reiterado pacíficamente por la SPA-TSJ,⁴⁸ a pesar de la incongruencia implícita que contiene en sus consideraciones sobre el particular.

El seguimiento de la evolución jurisprudencial de la SPA-TSJ, hasta aquí planteada, pareciera sugerir al lector que existe una plena convicción en el referido órgano jurisdiccional respecto a los efectos que deben atribuírsele a la falta de competencia del tribunal, como es la declaratoria de la inadmisibilidad del recurso, implicando ello la extinción del juicio, y, en consecuencia, el archivo del expediente.

Sin embargo, aún cuando parecieran existir sobradas razones para concluir lo anterior, cabe apreciar que la aplicación de la interpretación literal del artículo 84.2 de la LOCSJ no resulta homogénea, pues ella pareciera únicamente aplicable a los juicios contentivos de recursos contenciosos administrativos (de nulidad o por abstención, casos sobre los que versan los fallos precitados), no resultando igualmente dicha rigurosidad a otros supuestos, como, a modo de ejemplo, en el caso de los juicios relacionados con el contencioso administrativo de los contratos administrativos (sentencias números 357, del

⁴⁸ En fecha más reciente, en las sentencias números 782, de 07-07-04; 1114 y 1115, de 18-09-04; 1715, de 07-10-04; 1796, de 19-10-04, y 1900, de 27-10-04, entre otras.

26 de febrero de 2002, y 49, del 15 de enero de 2003) donde la Sala procedió a declarar su incompetencia para conocer del asunto y ordenó remitir las actuaciones al órgano jurisdiccional competente.

De manera que, el artículo 84, ordinal 2, de la LOCSJ (hoy reproducido en el artículo 19, aparte 5, de la LOTSJ), no pareciera tener una aplicación uniforme para todos los casos de “demanda, solicitud o recurso” que se interponga por ante la SPA-TSJ, lo que evidencia cierto grado de incongruencia en la soluciones adoptadas por la Sala según la materia que se trate en la aplicación de dicha norma jurídica.

8. LA INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL EN EL CONTEN- CIOSO ADMINISTRATIVO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. (SENTENCIA N° 97, 02-03-05)

Corresponde ahora examinar la solución que sobre el tema adoptó recientemente la SC-TSJ, en su sentencia n° 97, de fecha 2 de marzo de 2005, que resolvió la polémica que venía desarrollándose en la doctrina y la jurisprudencia por más de dos décadas con la vigencia, primero, del artículo 84, ordinal 2, de la LOCSJ, y, luego, con el artículo 19, aparte 5, de la LOTSJ. En tal sentido, procederemos a exponer los antecedentes del referido caso y las consideraciones que sirvieron de fundamento para el Máximo Tribunal en su decisión.

8.1 Antecedentes del caso

La sentencia objeto de examen tuvo lugar con ocasión de un recurso de revisión constitucional interpuesto por los apoderados judiciales del Banco Industrial de Venezuela C.A. contra la sentencia n° 1460, proferida por la SPA-TSJ, el 19 de diciembre de 2002, que declaró inadmisibile el recurso contencioso administrativo de anulación interpuesto por la referida persona jurídica contra sendos actos administrativos emanados por el Ministro de Finanzas.

La mencionada sentencia de la SPA-TSJ declaró su incompetencia para conocer del asunto, por estimar que los actos recurridos habían sido dictados

de conformidad con potestades de naturaleza tributaria, consagradas en el Código Orgánico Tributario, por tanto, el conocimiento de dicho asunto correspondía, en primer instancia, a los juzgados superiores de lo contencioso tributario y, en consecuencia, dictaminó la inadmisibilidad del recurso por corresponder el conocimiento del caso a otro tribunal, de conformidad con el artículo 84, ordinal 2, de la LOCSJ.

Resumiendo brevemente los alegatos sustentados por la empresa estatal en su recurso extraordinario de revisión constitucional, cabe mencionar que se arguyó que la declaratoria de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto contra los actos del Ministro de Finanzas vulneraba sus derechos constitucionales al juez natural, a la defensa, al debido proceso, al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, por cuanto –se insistió– la Sala Político Administrativa resultaba el órgano jurisdiccional competente para conocer del caso por considerar que los actos recurridos fueron dictados en ejercicio de potestades sancionadoras de la Administración derivadas de un contrato suscrito entre el referido Banco y el Ministerio, por ende, estimó que se había desconocido el marco legal de competencias que tiene atribuida dicha Sala del Máximo Tribunal. Asimismo, señaló que dicha inadmisibilidad fundada en la incompetencia del tribunal constituía un grave obstáculo para acceder a la jurisdicción y para obtener un pronunciamiento de fondo en la controversia.

Por último, la representación judicial del mencionado Banco sostiene que la LOCSJ debió interpretarse de manera integral con relación a la Constitución y al Código de Procedimiento Civil, lo que hubiese conducido a la Sala a declararse incompetente para conocer de la causa y remitir el expediente al tribunal que estimase competente para ello, acorde con las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil.

Esbozados en tales términos la sentencia objeto de revisión constitucional y los argumentos que sustentan dicho recurso, de seguidas expondremos los razonamientos que orientaron la decisión de la SC-TSJ en este asunto.

8.2 *Motivación y decisión del fallo*

Una vez examinada la competencia de la SC-TSJ para conocer del recurso de revisión constitucional, así como los presupuestos para su procedencia, el

juzgador pasa a analizar los planteamientos que sustentan el recurso, procediendo a formular sus razonamientos respecto a la materia objeto de examen en el presente estudio.

En tal sentido, el órgano jurisdiccional advierte que la declaratoria de inadmisibilidad de un recurso fundado en la incompetencia de la Sala se aparta de la interpretación realizada por dicho juzgador con relación a los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, acceso a la justicia y el principio *pro actione*, que comprenden el derecho de todo ciudadano “a acceder a la justicia, al juzgamiento con las garantías debidas, a la obtención de un sentencia cuya ejecución no sea ilusoria y a que los requisitos procesales se interpreten en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales”.

Asimismo, la Sala ratifica que el principio *pro actione* forma parte del núcleo esencial de los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, así como evoca que en oportunidades anteriores la inadvertencia de este principio ha derivado en la revisión constitucional de fallos (véase: sentencia SC-TSJ, N° 2229, del 20 de septiembre de 2002).

En ese mismo orden de razonamiento, la sentencia observa que el principio *pro actione* ha sido objeto de un sistemático tratamiento por la jurisprudencia de la Sala, asentando ésta que tal principio postula que “las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión”, toda vez que este principio integra el núcleo del derecho a la tutela judicial efectiva en el sentido de garantizar la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, lo que necesariamente implica una interpretación favorable al ciudadano con relación a los requisitos procesales relativos a la admisibilidad de su recurso, a los fines de garantizar el acceso a la justicia.

Con respecto al derecho al debido proceso, el juzgador advierte que este es un derecho complejo que, a su vez, comprende un conjunto de derechos para el procesado entre los que figura el derecho de acceso a la justicia, a ser oído, a un proceso debido, de acceso a los recursos legalmente previstos, a un tribunal competente, independiente e imparcial, a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, a un proceso sin dilaciones indebidas y a la ejecución de las sentencias.

Como corolario de los razonamientos precedentes la Sala estimó que efectivamente el fallo proferido por la SPA-TSJ se apartó de los criterios asentados por su jurisprudencia en cuanto al derecho de acceso a la justicia y el derecho a la acción que están constitucionalmente garantizados, cuando dicha Sala declaró inadmisile una demanda por considerarse incompetente y ordenó el archivo del expediente, ello fundamentado en una aplicación literal del entonces artículo 84, ordinal 2°, de la LOCSJ, actualmente reproducido en el vigente artículo 19, párrafo 6, de la LOTSJ, que bien advierte “no toma en cuenta los criterios de esta Sala que antes fueron expuestos”.

A pesar de las anteriores consideraciones, la SC-TSJ estimó abundar en otras apreciaciones que conducen forzosamente a la misma conclusión, ello así observa que constituye una máxima en derecho procesal que la competencia es requisito esencial para la resolución de fondo del asunto, no así para su tramitación, lo que impone que “mal puede declararse la inadmisibilidad de una demanda por razón de la incompetencia sin que con ello se enerve el contenido esencial derecho al acceso a la justicia y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial eficaz”.

La Sala aprecia que la aplicación literal de la aludida norma jurídica contenida en la LOTSJ plantea una indebida desigualdad procesal y una indeseable inseguridad jurídica al existir en el ordenamiento jurídico para un mismo supuesto de hecho (la incompetencia del tribunal ante el cual se interpuso la causa) dos soluciones jurídicas disímiles, según el proceso se rigiese por el Código de Procedimiento Civil o por la LOTSJ, lo que conduce a sostener la necesaria incompatibilidad de alguna de estas soluciones con respecto al derecho de acceso a la justicia y al principio *pro actione*, ante lo cual concluye que, acorde con los razonamientos precedentes, debe prevalecer la norma procesal civil.

Por consiguiente, la SC-TSJ consideró que el órgano jurisdiccional que profirió el fallo objeto de revisión constitucional debió desaplicar, vía control difuso, la referida norma legal ante la existencia de una norma de rango constitucional que garantiza de manera expresa el derecho de acceso a la justicia, mucho más cuando existe una interpretación con carácter vinculante de la Sala Constitucional al respecto.

Finalmente, la decisión observa que la propia SPA-TSJ en su jurisprudencia reciente ha flexibilizado su criterio anterior, concluyendo que si bien la

incompetencia del tribunal produce la inadmisibilidad del recurso, a los fines de no menoscabar los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, a efecto del lapso de caducidad no deberá computarse el tiempo transcurrido hasta la decisión de incompetencia de la Sala.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la SC-TSJ declaró que ha lugar a la revisión constitucional solicitada contra la sentencia dictada por la SPA-TSJ, en fecha 19 de diciembre de 2002, en consecuencia, ordenó que dicha Sala se pronunciara nuevamente acerca de la competencia para conocer el recurso interpuesto, aplicando la doctrina vinculante de la SC-TSJ.

COMENTARIOS FINALES

La referida sentencia de la SC-TSJ sin duda efectúa un análisis sucinto de la polémica que encierra el tema de la incompetencia del tribunal concebida como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo; en ese mismo pronunciamiento el órgano jurisdiccional examina la definición y alcance de los principales derechos constitucionales vulnerados para los justiciables con la adopción de la tesis que propende la aplicación literal del artículo 19, aparte 5, de la LOTSJ, desarrollando así las nociones del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio *pro actione*, así como la discusión respecto a la constitucionalidad de las causas de inadmisibilidad de los recursos a la luz del precitado derecho constitucional.

Estimando acertados los razonamientos formulados por la SC-TSJ en su fallo, así como oportuna su intervención a manera de saldar de una vez la problemática existente sobre el tema, no cabe más que apreciar que dicho pronunciamiento se inserta en las orientaciones filosóficas que dicta el texto constitucional, materializándose así la noción de Justicia que configura uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico, tal como señala el artículo 2 constitucional al concebir a Venezuela como *un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*.

Es así, como conforme a este supremo valor que debe regir la sociedad y la actuación por los órganos que conforman el Poder Público, debe orientarse la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, mucho más en aquellos casos

relativos a las instituciones procesales vinculadas con las formas de acceso a la justicia por el ciudadano.

Por tanto, las normas jurídicas relacionadas con el acceso a la justicia deberán ser consideradas con el debido recelo por el legislador, así como por el propio operador jurídico llamado a aplicarlas, en cuanto a los límites que pretendan determinarse respecto al acceso a la justicia para evitar así afectar la esencia de dicho derecho constitucional.

En este sentido, cabe apreciar que el derecho de acceso a la justicia no se limita a acceder a los órganos jurisdiccionales, si no que se extiende al derecho a un proceso debido, sin dilaciones que puedan afectar la esencia de la función jurisdiccional, y que este proceso conduzca a obtener un pronunciamiento fundamentado en el Derecho, no implicando ello necesariamente una decisión acerca del fondo de la controversia, ni mucho menos garantizando la satisfacción de la pretensión sustantiva deducida en la causa.

Cuando se indica que este derecho comprende el derecho a obtener un fallo fundado en derecho, no debe entenderse que esto garantiza un pronunciamiento acerca del fondo de la causa, sino únicamente que todo ciudadano tiene derecho a obtener una respuesta judicial motivada, razonable y coherente a sus pretensiones, lo que presupone, primeramente, el ejercicio de la acción conforme con los requisitos procesales establecidos por la ley, por lo que no resulta contrario a este derecho la decisión de inadmisibilidad del recurso cuando efectivamente no concurren los presupuestos procesales para la admisión de la demanda.

Siguiendo la línea de esta exposición, resulta un tema resuelto por la doctrina y la jurisprudencia lo relativo a la constitucionalidad de las causas de inadmisibilidad de los recursos legalmente previstas. En tal sentido, si bien existe un derecho de acceso a la justicia, éste no se manifiesta como un derecho absoluto, es susceptible de ser objeto de condicionamientos legales, lo que obviamente requiere ser cónsono con el contenido esencial del derecho constitucional pues de lo contrario éste se haría nugatorio.

De esta manera, aceptado como constitucional que el derecho de acceso a la justicia pueda estar condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos

procesales impuestos por ley, adquiere relevancia el principio *pro actione*, conforme con el cual la interpretación judicial de dichos obstáculos procesales debe orientarse a favor del ejercicio de la acción, “teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo”, de modo que tal interpretación “no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimiento no razonables de las normas procesales”.⁴⁹

García de Enterría ha desarrollado ampliamente el tema del principio *pro actione* o *favor actionis*, entendido como la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de la actividad de la Administración, por constituir un derecho fundamental del ciudadano el acceso a la justicia, lo que impone que las excepciones a la admisión de los recursos deben ser interpretadas de manera restrictiva, por cuanto las mismas constituyen limitaciones al anterior derecho, por tanto, a los fines de hacer procedente el ejercicio efectivo del mismo, debe procurarse siempre la interpretación más favorable a este efecto.⁵⁰

De esta manera, se postula la interpretación teleológica de la norma en contraposición de aquella literal, lo que rayaría en un exceso de formalismo. Consecuencia de esta interpretación finalista es la necesidad de ponderar la sanción jurídica y la entidad real del incumplimiento del presupuesto procesal.

El principio *pro actione* persigue evitar que ciertas interpretaciones de los requisitos legales establecidos para acceder a la justicia lleguen a eliminar u obstaculizar injustificadamente dicho derecho ciudadano.

Este marco conceptual relativo al principio *pro actione* ha encontrado su principal desarrollo en la doctrina y jurisprudencia española, por lo cual caben citar algunas consideraciones expuestas por el tribunal constitucional español.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español, 193/2000, de 18 de julio, citada en: González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Editorial Civitas. 3ª edición. Madrid, 2001. p. 37.

⁵⁰ García de Enterría, Eduardo. *El principio de interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*. Revista de la Administración Pública nº 42. Madrid, 1963. pp. 267 y ss.

Así pues, en la sentencia 139/1987, de 22 de julio, consideró la viabilidad de la exigencia legal de los requisitos de admisibilidad de los recursos, si bien indicó que estos tendrían por límites en su aplicación el principio de la proporcionalidad y finalidad pretendida, por cuanto debían de ser interpretados siempre en el sentido más favorable para la efectividad del derecho constitucional de acceso a la justicia. Asimismo, señaló que cuando uno de dichos requisitos haya perdido su finalidad o su incumplimiento pueda ser subsanable, es razonable concluir que su exigencia pueda convertirse en desmesurada o excesiva desde la perspectiva constitucional, afectado el derecho a la tutela judicial efectiva.⁵¹

Asimismo, en la sentencia 15/1990, de 1 de febrero, agregó que el derecho a la tutela judicial efectiva impone al juez favorecer la defensa e intereses cuya tutela ante él se reclame, debiéndose abstener éste de negar dicha protección mediante la aplicación desproporcionada de las normas procesales relativas a la inadmisibilidad el recurso, “teniendo en cuenta, en el ejercicio de ese *favor actionis*, la entidad del defecto, la posibilidad de cumplir a pesar de todo los fines que la regla incumplida persigue, los datos normativos y los que resulten de la resolución judicial de instancia”.⁵²

Acorde con ese orden de razonamientos, se considera que las causales de inadmisibilidad del recurso deben ser examinadas a la luz de la finalidad última respecto a la cual su consagración en el ordenamiento jurídico pretendía servir, a los fines de procurar evitar que su aplicación irrestricta no resulte lesiva a otros derechos constitucionales dignos de tutela. Ello así, debe regir un criterio de proporcionalidad entre la *ratio* del requisito y los efectos de la sanción que pueda preverse en caso de su incumplimiento, lo que conduciría a la ponderación en la aplicación de los requisitos procesales de la acción acorde con principio *favor actioni*.

Igualmente, cabe insistir que no son admisibles aquellos requisitos que puedan estimarse excesivos, resultados de un formalismo, no compadeciéndose con el derecho de acceso a la justicia, o que no luzcan justificados o proporcionados

⁵¹ Sentencia citada por: González Pérez, Jesús. *El derecho a...*, p. 45.

⁵² Sentencia citada por: Rivero Ysern, José Luis. *Vía administrativa de recurso y jurisdicción contencioso-administrativa*. En: *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Javier Barnes Vázquez (compilador). Editorial Civitas, S.A.. Madrid, 1993. p. 223.

conforme con las finalidades pretendidas con sus consagración, que en todo caso deben estar orientadas por los lineamientos constitucionales. En fin, las anteriores consideraciones imponen al juez ponderar la exigencia legal de un requisito al momento de aplicarlo a un caso en concreto. Así pues, al advertirse el incumplimiento de un requisito legal deberá juzgarse la naturaleza del mismo, cotejarlo con la finalidad pretendida de su previsión como tal y el derecho constitucional digno a ser tutelado en el caso en cuestión, a fin de evitar inadmitir un recurso por una interpretación excesivamente formalista.

Las precedentes consideraciones no pretenden sugerir una inobservancia automática de los presupuestos procesales legalmente establecidos para la admisión de los recursos, lo que implicaría dejar al arbitrio de las partes el modo de su cumplimiento prescindiendo de formalidades esenciales, además, cabe señalar que la consagración de dichos requisitos procesales “no responden al capricho puramente ritual del legislador, sino a la necesidad de dotar al proceso de ciertas formalidades objetiva en garantía de los derechos e intereses legítimos de las partes que intervienen en el proceso”.⁵³

Este marco conceptual no se opone al cumplimiento de los requisitos procesales previstos en la ley que se deben entender que persiguen regularizar el proceso, pero, ello no impide que se procure la aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones derivadas del incumplimiento de alguno de dichos requisitos, de manera que éstas se correspondan a la gravedad de la inobservancia, a su incidencia en el proceso y sobre los derechos y posibilidades de defensa de las partes en él presentes.⁵⁴

La interpretación de un obstáculo procesal debe efectuarse conforme al principio *pro actione* que teniendo presente la razón de la norma y el criterio de proporcionalidad entre el requisito inobservado advertido y la sanción derivada del mismo, no impida el conocimiento de fondo de la causa con base

⁵³ Sentencia 16/1992, citada por: V.V.A.A. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. (Doctrina jurisprudencial). Editorial Ariel S.A. 1ª edición. Barcelona, 1995. p. 288.

⁵⁴ En tal sentido, se pronunció la sentencia del Tribunal Constitucional español 142/194, citada por: V.V.A.A. *Derechos fundamentales...*, p. 289.

a rigurosos formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales.

De esta manera, consideramos que los anteriores razonamientos contribuyen a reforzar indubitadamente la inconstitucionalidad de la tesis que pretende atribuir a la incompetencia del tribunal los efectos de la inadmisibilidad del recurso en sentido estricto, prescindiendo de aplicar los mecanismos existentes en el ordenamiento jurídico procesal para depurar el tema competencial en el curso del proceso.

Asimismo, estimamos injustificado concebir la falta de competencia como una causa de inadmisibilidad del recurso y, aún aceptada su consagración legal como tal, desproporcionado la atribución de la consecuencia jurídica de la extinción del juicio y del archivo del expediente, por ser contrario a la doctrina básica del derecho procesal y a los derechos constitucionales de los justiciables, al implicar ello la posibilidad de que el recurrente vea cerrado el acceso a la justicia ante la configuración de la caducidad del recurso; no siendo posible solventar dicha lesión a los intereses del particular mediante la formulación jurisprudencial –como se pretendió– de una artificial solución que implicaba la no consideración del tiempo transcurrido desde la interposición del recurso ante el tribunal incompetente hasta la fecha en que dicho órgano jurisdiccional proferiera su pronunciamiento en tal sentido, por cuanto –a nuestro criterio– esta solución carece de asidero jurídico por cuanto es ampliamente aceptado el hecho que el requisito procesal relativo a la caducidad del recurso constituye un plazo legal para la interposición de éste, el cual corre fatalmente, inexorablemente, no siendo posible su interrupción o suspensión.

En fin, al concluir el presente estudio no cabe más que la satisfacción de poder afirmar que el presente tema es una página superada en los anales del contencioso administrativo.

Costas procesales y revocatoria de los actos por la administración en el contencioso tributario

Valmy DÍAZ IBARRA¹
Jorge JRAIGE ROA²

“...realmente resulta poco o nada edificante la temeridad administrativa, que con innegable mala fe y frente a jurisprudencia revocatoria constante, repetida y abrumadora, sostiene criterios injustos para obligar a pleitos, o con la esperanza de que estos dejen de interponerse por un descuido, o se estrellen por un desliz procesal”.

Niceto Alcalá-Zamora

¹ **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, *Facultad de Derecho*, Profesor de Derecho Fiscal. **Universidad Central de Venezuela**, *Especialización en Derecho Tributario*, Tesis pendiente. **Asociación Venezolana de Derecho Financiero y Asociación Venezolana de Derecho Tributario**, Miembro. **Romero-Muci & Asociados-Despacho de Abogados**, Asociado.

² **Universidad de Los Andes**, Abogado *summa cum laude*. **Universidad Central de Venezuela**, *Especialización en Derecho Tributario*, Tesis pendiente. **Universidad Metropolitana**, Magíster en Gerencia Tributaria. **Universidad de Salamanca**, Reino de España, Curso de Especialización en Derecho Tributario. **Romero-Muci & Asociados-Despacho de Abogados**, Asociado.

SUMARIO

Introducción

1. **Naturaleza de las costas procesales.**
2. **Sistemas de regulación de la condenatoria en costas.** *2.1 Sistema Subjetivo. 2.2 Sistema Objetivo. 2.3 Sistema Mixto.*
3. **Supuestos de Procedencia.** *3.1 Vencimiento total. 3.2 Convenimiento. 3.3 Desistimiento.*
4. **Tendencia Actual de Condenatoria en costas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.**
5. **El estado de la cuestión en el Contencioso Tributario. La evolución de la LOHPN al COT. El caso de los municipios.**
6. **El término “no hay materia sobre la cual decidir”, las costas procesales y la revocatoria de los actos tributarios impugnados.**
7. **¿Implica la revocatoria un convenio?**
8. **El análisis del asunto en la jurisprudencia contencioso tributaria.**

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Como indica Chiovenda, la condenatoria en costas se justifica porque la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar, pues es interés del Estado que la utilización del proceso no se resuelva en daño para quien tiene la razón³. En igual sentido se pronuncia nuestra jurisprudencia clásica, señalando como fundamento de la institución el hecho de evitar que la actuación de la ley implique una disminución en el patrimonio de quien ha vencido totalmente a su contrario⁴.

En el ámbito del contencioso tributario, dicha institución ha evolucionado desde una exclusión total hasta su completa aceptación, bajo un régimen subjetivo.

³ Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, Tomo III, p. 355.

⁴ Henríquez La Roche, Ricardo. *Código de Procedimiento Civil*. Caracas, Ediciones Liber, 2004, Tomo II, p. 388.

De esta forma, hoy en día resulta claro, sin resquicio para la duda, que tanto la Administración Tributaria Nacional como las Administraciones Tributarias Estadales y Municipales (y aún las sectoriales) pueden ser perfectamente condenadas en costas, cuando resulten totalmente vencidas o convengan en los procesos contencioso tributarios, salvo que hayan tenido motivos racionales para litigar.

Ahora bien, a pesar de esta completa apertura del contencioso tributario a la institución de la condena en costas, aún existe un reducto en el que lamentablemente no se ha logrado un tratamiento ajustado a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, puesto que se están presentando innumerables casos en los cuales se omite la condena en costas que forzosamente debería producirse, cuando la Administración Tributaria revoca los actos que lesionan los intereses subjetivos de los contribuyente, una vez que los mismos han sido impugnados en sede judicial.

Esta situación, que se ha hecho patente en los casos de reparos pacífica y sistemáticamente anulados por la jurisdicción contencioso tributaria, acarrea severas distorsiones en el contencioso tributario y graves perjuicios económicos a los contribuyentes.

Por tal motivo, el presente trabajo tiene como propósito analizar si dicha revocatoria debería conducir al pago de las costas procesales por parte de la Administración Tributaria que ejerce su facultad de autotutela cuando ya los actos revocados han sido sometidos a revisión jurisdiccional.

1. NATURALEZA DE LAS COSTAS PROCESALES

Las costas procesales constituyen el efecto económico del proceso, por indemnizar al litigante vencedor los gastos incurridos con ocasión del proceso iniciado a los fines de lograr el reconocimiento judicial de su derecho. Como indica Borjas, en el sistema subjetivo se impone dicha condenación al litigante temerario, en castigo por su proceder doloso, mientras que bajo el sistema objetivo esa condenación no tiene nada en común con tal castigo, y las costas son consideradas como una indemnización que el litigante vencido debe a su adversario por los gastos del proceso que, con buena o mala fe, le obligó a

intentar o sostener. En ese sistema, la temeridad da lugar al pago de daños y perjuicios, no al simple reintegro de los gastos procesales⁵.

Luego, independientemente del sistema escogido para su procedencia (subjetivo u objetivo), lo cierto es que las costas procesales poseen una naturaleza eminentemente indemnizatoria, cuyo propósito es resarcir los gastos injustamente causados a la parte que tuvo la razón en juicio, tal y como ha sido sentado por nuestra jurisprudencia:

Las anteriores consideraciones demuestran, por sí solas, la naturaleza jurídica y razón de ser de la condena en costas: se trata de un mecanismo procesal mediante el cual se impone judicialmente la obligación a determinada persona de resarcir los gastos injustamente causados a la parte que tuvo la razón en juicio, aunque aquélla no fuese culpable ni negligente cuando desconoció la pretensión de quien resultó vencedora; mecanismo procesal que, en definitiva, se justifica y sustenta como garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, para evitar que el proceso cause perjuicios a quien obtuvo la victoria procesal. De manera que la inexistencia de un medio de resarcimiento económico como la condena en costas, implicaría una merma al derecho a la efectividad e integralidad de la tutela judicial que reconoce el artículo 26 del texto constitucional⁶.

En tal virtud, es claro que las costas tienen como finalidad evitar que la parte totalmente vencedora sufra injustificadamente perjuicios económicos a causa de su defensa en juicio⁷.

2. SISTEMAS DE REGULACIÓN DE LA CONDENATORIA EN COSTAS

Una vez revisado someramente el fundamento, justificación y naturaleza de la condenatoria en costas, es preciso desarrollar lo relacionado con sus sistemas

⁵ Borjas, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Caracas, Librería Piñango, Cuarta Edición, 1973, Tomo II, p. 147.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, No. 2801, de fecha 7-12-04.

⁷ Idem.

de regulación, los cuales, en criterio de Mayra Gguillermo Izquierdo⁸, “atienden a la forma como en definitiva cada ordenamiento jurídico disciplina el titular de la obligación de pago de los gastos (sic) del juicio.”

En este sentido, Chiovenda⁹ considera que el régimen de la condenatoria en costas ha estado históricamente representado por tres sistemas fundamentales, a saber: (i) aquél en el que cada litigante sufrague sus propios gastos con ocasión del pleito; (ii) un sistema intermedio, según el cual las costas serán soportadas o no por el vencido, conforme a determinadas condiciones; y, (iii) que dichos gastos sean soportados en su totalidad por la parte que haya resultado vencida.

En el primero de los supuestos señalados, las resultas del juicio carecen de importancia alguna a los efectos de la declaratoria por parte del juez del pago de las costas, es decir, independientemente del reconocimiento que haga el juzgador de la legitimidad y procedencia de las pretensiones procesales de las partes, cada una de éstas deberá soportar los gastos incurridos en sus defensas¹⁰. Bajo el sistema intermedio, pasan a formar parte del análisis cognoscitivo del juez –a los efectos de decretar la condenatoria–, la mala fe de la parte que resulte vencida. Por último, surge el sistema mediante el cual el pago de los gastos hechos por las partes en la sustanciación de los asuntos judiciales, responde simplemente a la circunstancia absoluta o incondicionada del vencimiento, teniendo dicha teoría su génesis –según Chiovenda¹¹–, en la influencia de dos elementos o hechos concomitantes: a) la dificultad práctica de comprobar, en la mayor parte de los casos, la mala fe o culpa del litigante,

⁸ Guillermo Izquierdo, Mayra. *La condena en costas procesales contra los entes públicos*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores No. 6, 2004, p.49.

⁹ Citado por Zambrano, Freddy. *Condena en costas y cobro judicial de honorarios de abogado*. Caracas, Editorial Atenea, 2002, p. 44.

¹⁰ Quienes defendían este sistema, consideraban que para poder producirse un vencimiento, era necesario obtener la declaración de un derecho que en principio era discutible, y es precisamente ante dicho carácter discutible, que muchas personas podrían abstenerse de acudir ante los órganos encargados de administrar justicia, bajo el temor de resultar condenados al pago de las costas. Por su parte, los principales detractores del sistema, argumentan el uso abusivo del proceso judicial, específicamente en los casos en los que el vencimiento de una de las partes era más que predecible.

¹¹ Citado por Guillermo Izquierdo., ob.cit., p. 50.

y b) la idea de considerar los gastos del pleito o costas, como una disminución del derecho que debe resarcirse conjuntamente con el derecho declarado.

Hoy en día, la clasificación a la que hicimos mención en los párrafos precedentes, se encuentra fundamentalmente resumida en los dos sistemas que se indican a continuación:

2.1 Sistema subjetivo

A partir de este sistema, la parte que resulte vencida en un proceso judicial podrá ser exonerada del pago de los gastos procesales incurridos por su contendor o contraparte, siempre y cuando aquélla (parte vencida) haya tenido motivos racionales para litigar o lo haya hecho en ausencia de temeridad.

Según nos comenta Borjas¹², nada más justo que imponer al que dolosamente haya litigado, la pena de resarcir a su contrario todos los gastos que hubo de hacer para defender judicialmente su derecho, por él injustamente desconocido y disputado.

Es entonces bajo este sistema, donde lo más importante es la apreciación que realiza el juez del elemento subjetivo vinculado a la existencia de temeridad o no en la actuación la parte vencida, situación ésta que condiciona la procedencia de la condena en costas. Así, en los antiguos sistemas en los que se adoptaba esta teoría o sistema, se castigaba a los litigantes temerarios y se le confería al tribunal la facultad de establecer si ha habido noria temeridad; decidido ello, el juzgador no podría encontrar mérito para exonerar las costas, siendo en consecuencia las mismas de aplicación ineludible tanto con respecto al fondo del litigio como en los incidentes.

Esta teoría ha sido abandonada por la mayoría de las legislaciones adjetivas modernas, incluida la venezolana, la cual, a partir de la reforma del Código de Procedimiento Civil (CPC) llevada a cabo en el año de 1986, excluyó la posibilidad de exonerar del pago de las costas a la parte que haya tenido motivos racionales para litigar. Sin embargo, a pesar de la separación que del

¹² Borjas, ob. cit., p. 144.

sistema fue hecha por el referido Código, nuestro ordenamiento jurídico vigente aun conserva claros rasgos del sistema subjetivo de costas, caso específico de la Ley Orgánica de Amparos sobre Derechos y Garantías Constitucionales¹³, o en el caso concreto del Código Orgánico Tributario (COT)¹⁴, cuya normativa, a pesar de contemplar la condena en costas en los supuestos en el que (i) sea declarado sin lugar el recurso contencioso tributario, (ii) la Administración Tributaria intente el juicio ejecutivo o, (iii) en los que dicha Administración resulte totalmente vencida; consagra de manera expresa la facultad de los Tribunales para “eximir del pago de costas, cuando a su juicio la parte perdedora haya tenido motivos racionales para litigar, en cuyo caso se hará declaración expresa de estos motivos en la sentencia.”

Ciertamente, con relación a la existencia y aplicabilidad del sistema subjetivo de costas en el ejercicio de la acción de amparo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en los términos que se transcriben a continuación:

(...) juzga la Sala necesario advertir al respecto que tal condena se encuentra condicionada por la existencia de la actitud temeraria en los accionantes al momento de la interposición de la acción, elemento que dicha Corte no encontró evidente, al considerar justificada su actuación. De tal manera que, siendo éste un elemento de carácter subjetivo que el legislador dejó a juicio del juez de amparo cuando sentenciara la causa y dado que, en el presente caso, su inexistencia ha sido la opinión de la Corte expresada en su fallo, encuentra esta Sala que por tratarse de un elemento de tal naturaleza, no hallado al momento de proferir su fallo, la misma actuó ajustada a derecho cuando estimó conveniente no realizar la condena, por no ser imperativa su procedencia, sino por el contrario un juicio de valoración y apreciación para el juez (Sentencia No. 1643 de esta Sala, del 17 de julio de 2002, caso: Carlos Alberto Arteaga y otros).

¹³ Artículo 33 LOADGC: Cuando se trate de quejas contra particulares, se impondrán las costas al vencido, quedando a salvo las acciones a que pudiere haber lugar.

No habrá imposición de costas cuando los efectos del acto u omisión hubiesen cesado antes de abrirse la averiguación. El Juez podrá exonerar de costas a *quien intentare el amparo constitucional por fundado temor de violación o de amenaza, o cuando la solicitud no haya sido temeraria.*

¹⁴ Artículo 327, párrafo único COT.

Como se observa, en materia de amparo constitucional, el legislador estableció el sistema subjetivo de la condenatoria en costas, por lo que no basta con el vencimiento total sino que su imposición requiere además, que se trate de una accionante temerario, esto es, aquel que haya activado la prestación de la función jurisdiccional basado en motivos fútiles, lo que constituye “una actualización del supuesto de falta de lealtad o de probidad que prohíbe el artículo 170.2° del Código de Procedimiento Civil”, tal y como lo sostuvo esta Sala al referirse a la “temeridad sobrevenida”, en la sentencia n° 147 del 13 de febrero de 2003, caso: Beatriz Montero Arévalo.

Visto lo anterior, esta Sala no evidencia elemento alguno que indique temeridad por parte del presunto agraviado y, por ende, no procede la condenatoria en costas, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y los criterios jurisprudenciales citados ut supra. Así se decide”.¹⁵ (Resaltado nuestro)

Por su parte, la Sala Político Administrativa destaca el carácter subjetivo del régimen de costas acogido por la legislación adjetiva tributaria, a través del extracto jurisprudencial que transcribimos de seguidas:

“En este mismo orden de ideas, también debe esta Sala destacar la impertinencia del alegato subsidiario de la apelante en torno a la supletoriedad del régimen sobre las costas previsto en el Código de Procedimiento Civil, que dice le era aplicable, ya que precisamente dicho texto acoge el llamado sistema objetivo de la condenatoria en costas, *no así el Código Orgánico Tributario, que por el contrario **asume el sistema subjetivo***, el cual permite al juzgador la posibilidad de eximir de costas a la parte vencida, cuando considere que ésta tuvo motivos racionales para litigar, situación que se infiere como no evidenciada por el sentenciador del fallo apelado, mas no por ello puede entenderse que el mismo resulta arbitrario y contrario a derecho, en razón de lo cual esta alzada ratifica dicha condenatoria. Así se declara.¹⁶ (Resaltado nuestro).

Una vez evidenciada la posición asumida tanto por la Sala Constitucional como por la Sala Político Administrativa respecto al sistema subjetivo en materia

¹⁵ Sentencia No. 3058, 4-11-03, caso: Semaan Yamil Karam Fanyanos.

¹⁶ Sentencia No. 00802, 11-06-02, caso: Petrolera Zuata Petrozuata, C.A.

de amparo constitucional y en materia tributaria, respectivamente, es preciso comentar que esta teoría o sistema ha sido objeto de grandes críticas con ocasión de los abusos a los que se prestaba la exención de costas por parte de algunos jueces que con ligereza y permisividad acordaban este beneficio a situaciones que no se correspondían con la finalidad perseguida por la ley¹⁷, aunado a los perjuicios económicos producidos a la parte vencedora –a pesar del absoluto reconocimiento de su derecho por parte del fallo–, circunstancias éstas que fueron reconocidas por el legislador patrio en la exposición de motivos del CPC, y que motivaron la adopción del sistema objetivo de costas del que hablaremos a continuación.

2.2 Sistema Objetivo

En virtud de este sistema, la condena en costa se impone a todo vencido, haya habido o no temeridad de su parte al defender o sostener su derecho en juicio, bastando únicamente el vencimiento total (principio victus victori) para que se le ordene el pago de los gastos procesales incurridos por el vencedor del juicio.

Este sistema basado en la teoría del vencimiento puro y simple, nació en el derecho romano, con Zenón: “El juez debe condenar en las costas al vencido”, y en la Ordenanza de Luis XIV de 1667, sin embargo, tal y como nos lo comenta LÓPEZ DEL CARRIL¹⁸, su desarrollo se le debe al gran discípulo de Victorio Scialoja, el procesalista italiano Giuseppe Chiovenda, “quien lo construye, lo clarifica y explica en su obra *La condena en Costas* publicada en Italia en 1900 y vertida al castellano en 1928”.

Así las cosas, tenemos que la teoría objetiva de la condenación en costas, se establece por el simple hecho de la derrota, sin consideración de la existencia o inexistencia de culpa, mala o buena fe, ejercicio abusivo del derecho, etc., en otras palabras, la actuación culpable (temeraria) o razonable (de buena fe) del vencido no tiene ninguna significación a los efectos de la condena.

¹⁷ Zambrano, ob.cit., p. 49.

¹⁸ López del Carril, Julio. *La condena en costas*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1959, pp. 63-64.

Este sistema objetivo es acogido de manera expresa y lacónica por nuestra legislación procesal, específicamente en el artículo 274 del CPC, en virtud del cual: “A la parte que fuere vencida totalmente en un proceso o en una incidencia se la condenará al pago de las costas”. Se observa entonces, que a diferencia de los Códigos anteriores (v.g. Código de 1916, en el que se contemplaba la posibilidad de eximir del pago de las costas a aquella parte que, aun resultando vencida, su buena fe se evidenciare de los autos), la reforma de 1986 ignora cualquier elemento subjetivo mediante el cual se pudiera eximir a la parte perdedora del pago de los gastos procesales incurridos por la vencedora, debiendo en consecuencia el juez, bajo la simple premisa del vencimiento total, ordenar al vencido el pago de las costas.

En cuanto al reconocimiento jurisprudencial del sistema, el Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el particular, en los términos que exponemos de seguidas:

El sistema en el que sienta sus bases las costas procesales, es el llamado por la doctrina y jurisprudencia, sistema objetivo de la condenatoria en costas el cual consiste en imponer las costas procesales a la parte totalmente vencida en el proceso o en una incidencia, *sin posibilidad para el juez de exonerar a la parte vencida del cumplimiento de tal obligación con la parte vencedora (...)*¹⁹ (Resaltado nuestro)

2.3 Sistema Mixto

A pesar de que la doctrina procesal no hace referencia a la existencia de un sistema mixto y que al comienzo de la presente exposición hicimos referencia únicamente a dos sistemas de regulación de las costas, es necesario indicar el reconocimiento que sobre el particular ha sido establecido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión del análisis del régimen de condenatoria en costas previsto para el procedimiento contencioso tributario en el artículo 327 del COT. En este sentido, la Sala dejó sentado el criterio que exponemos a continuación:

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, No. 72, 5-02-02, caso: Oficina Técnica de Construcciones C.A. vs. Banco Unión S.A.C.A.

De la normativa precedentemente transcrita [artículo 327 COT], se observa que el legislador tributario acogió respecto de las costas procesales un *sistema mixto*, que da cabida tanto al denominado sistema objetivo admitido en forma general por nuestra regulación adjetiva y que prescribe la condenatoria inexorable de la parte vencida en juicio, como al sistema subjetivo de costas, en el cual contrariamente al anterior, se permite al juzgador eximir del pago de las costas procesales a la parte perdidosa, cuando le asistan motivos suficientes y racionales para litigar²⁰.

Este sistema mixto al que hace referencia el Máximo Tribunal, encuentra gran similitud con el denominado sistema intermedio desarrollado por Chiovenda y que fuera acogido por el legislador del Código de Procedimiento Civil de 1916.

No obstante lo anterior, consideramos necesario resaltar la contradicción existente entre los criterios acogidos por la propia Sala Político Administrativa con relación a la naturaleza del sistema de condenatoria en costas establecido por el legislador del COT de 2001, dado que, tal como habrá podido ser evidenciado, por una parte se considera que el sistema previsto en materia tributaria es subjetivo y por el otro, se concluye que se trata de un sistema mixto (Casos Petrozuata, y Municipio Baruta del Estado Miranda, respectivamente, citados en páginas precedentes).

En todo caso, somos de la opinión de que la regulación de las costas procesales prevista en el artículo 327 del COT podría ser perfectamente encuadrada dentro del sistema subjetivo de costas, ya que si bien es cierto que la referida norma contempla el pago de los gastos ocasionados en la *litis* en los supuestos de vencimiento total, la posibilidad de facultar al juez para eximir de su pago, pudiera hacer incluir al régimen dentro del sistema subjetivo de condenatoria en costas²¹.

²⁰ Sentencia No. 00936, 28-07-04, caso: Municipio Baruta del Estado Miranda en ejercicio del recurso de apelación contra sentencia dictada por el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario.

²¹ Conteste con esta afirmación, Mayra Guillermo Izquierdo (ob. cit., pp. 129-130) al analizar la condena en costas prevista en el COT, concluye: “la norma [artículo 327] concluye con la adopción del sistema subjetivo de la condenatoria en costas, matizando así el principio general, de manera que es muy sui generis el sistema adoptado, por ello se refirió supra la contradicción, lo que no permite, en realidad incluirlo en una categoría específica, aunque se sugiere, no obstante lo matizado de su carácter subjetivo incluirlo como tal, por no ser absoluta su naturaleza, en el sentido que baste su vencimiento”.

3. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

De conformidad con lo previsto en la legislación adjetiva vigente, la condenatoria en costas deberá ser declarada por los Tribunales en los casos específicos que indicaremos a continuación²²:

3.1 *Vencimiento Total*

Tal y como hemos señalando a lo largo del presente artículo, el vencimiento total constituye el elemento fundamental de la condenatoria en costas dentro del ordenamiento jurídico venezolano, ello tanto en la modalidad genérica del sistema objetivo, como en los casos excepcionales relativos a la condena desde el punto de vista subjetivo.

Ciertamente, el dispositivo legal contenido en el artículo 274 del CPC, el cual se erige como el principio básico del sistema objetivo de la condenatoria en costas en Venezuela, prescribe que se le impondrá el pago de dichas costas “a la parte que fuere totalmente vencida”. En este mismo sentido, el artículo 327 del COT (sistema subjetivo o mixto, según se considere) contempla que: “declarado totalmente sin lugar el recurso contencioso” o cuando a su vez “la Administración Tributaria resultare totalmente vencida por sentencia definitivamente firme”, el Tribunal procederá en la respectiva sentencia a condenar en costas al contribuyente o responsable, o a la Administración Tributaria según se trate (...), con lo cual queda más que evidenciada la necesidad del vencimiento total a los efectos de la condena.

Una vez hechas las consideraciones anteriores, es preciso delimitar lo que nuestra jurisprudencia ha entendido por vencimiento total. A tales efectos, a continuación transcribiremos el extracto de una sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual, fundamentándose en la posición ya fijada por la Sala de Casación Civil respecto del análisis de la norma contenida en el artículo 274 del CPC, dejó sentado el siguiente criterio:

²² Si bien es cierto que la condenatoria en costas constituye –una vez que se haya verificado el supuesto de vencimiento total– una obligación para los jueces, existen como hemos visto, ciertas excepciones (materia de amparo y materia tributaria) en las que el juzgador podrá eximir del pago de las costas a la parte vencida.

El artículo 274, del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente:

“Artículo 274: A la parte que fuere vencida totalmente en un proceso o en una incidencia, se le condenará al pago de las costas”.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 0363 del 16 de noviembre de 2001, estableció:

“El legislador establece el principio general que gobierna nuestro sistema legal en materia de imposición de costas, el cual es llamado por la doctrina y la jurisprudencia, sistema objetivo de la condenatoria en costas, que responde a la máxima popular forense ‘Quien pierde paga’, lo cual traduce que quien haya sido vencido totalmente en un juicio o en una incidencia, debe ser condenado al pago de costas, lo cual toma como índice para la imposición de costas el hecho objetivo del vencimiento: victus victori.

La Sala entra a considerar que existe vencimiento total, cuando el demandado es absuelto totalmente o el actor obtiene en la definitiva todo lo que pide en el libelo; lo único que debe tenerse en cuenta para determinar el vencimiento total a los fines de la condenatoria en costas es la correspondencia de la pretensión deducida con el dispositivo de la sentencia definitiva (subrayado de la Sala).

La jurisprudencia de este Máximo Tribunal, en decisiones de antigua data, ya venía definiendo aplicaciones frecuentes del concepto en los términos siguientes:

- a) No hay vencimiento total cuando se admiten sólo alguno o algunos de los daños y perjuicios reclamados. (Sentencia de 26 de julio de 1934);
- b) No hay vencimiento total cuando hay diferencia, por pequeña que esta sea, entre el monto de lo pedido y el monto de lo acordado. (Sentencia de 18 de noviembre de 1949);
- c) No resulta totalmente vencida la parte demandada que sucumbe en la acción que le ha sido propuesta; pero que salga vencedora en la reconvencción formulada por ella. (Sentencia de 22 de junio de 1918).

Asimismo, a juicio de esta Sala y con fundamento en reiterada doctrina, el concepto de vencimiento total debe encontrarse en el dispositivo del fallo y, concretamente, en el examen de la

pretensión procesal ejercida mediante la interposición de la acción correspondiente. Es decir, 'el vencimiento total no es afectado por el hecho de que alguno o algunos de los fundamentos o medios defensivos empleados por la parte que los opone haya prosperado. Por lo que, si luego del examen de la pretensión procesal ejercida mediante la interposición de la acción correspondiente, el juez la declara con lugar, habrá vencimiento total y debe condenar en costas de conformidad con el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil' (Sentencia de 5 de mayo de 1999) (Resaltado del fallo)²³.

Suficientemente clara es la posición acogida por la Sala de Casación Civil y confirmada por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, en cuanto a: (i) la plena adopción del principio objetivo de la condenatoria en costas, resumido en la máxima “*victus victor expensas debet*”, dejando de lado como lo indica Zambrano²⁴, “cualquier consideración en torno a la temeridad, mala fe o cualesquiera otras consideraciones”; (ii) identificar al vencimiento total para el caso del demandado con la absolucón total del mismo y en el caso del demandante, cuando obtiene todo lo que pide en su libelo, con lo cual queda excluido a los efectos de la condenatoria cualquier vencimiento parcial; (iii) la necesaria correspondencia de la pretensión deducida con el dispositivo de la sentencia definitiva; y (iv) el deber que recae en el juez de condenar en costas cuando la pretensión procesal es declarada totalmente con lugar.

3.2 Convenimiento

El convenio, entendido como un medio de autocomposición que pone fin al proceso a través de “la declaración unilateral de voluntad del demandado, por la cual éste se aviene o conforma con la pretensión del actor contenida en la demanda, sin necesidad del consentimiento de la parte contraria”²⁵,

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, No. 2242, 24-09-02, caso: Jolhman Jesús Leal Ramírez. Dicha posición ha sido pacíficamente ratificada por la propia Sala Constitucional, mediante reciente sentencia de fecha 2-03-05, caso: María Rafaela Chirinos (expediente 04-1870), así como por la Sala de Casación Civil a través de la decisión dictada en fecha 12-04-05, caso: Juan Amendoro Flores Roa (expediente 03-055).

²⁴ Zambrano, ob. cit., p. 81.

²⁵ Couture, citado por Rengel-Romberg, Aristides. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Caracas, Editorial Arte, 1994, T. III, p. 356.

constituye otros de los supuestos de procedencia de la condenatoria en costas en el ordenamiento jurídico venezolano.

En efecto, el artículo 282 del CPC prescribe expresamente la condenatoria en costas para el caso del convenimiento en los siguientes términos:

Cuando convinieren en la demanda en el acto de la contestación, pagará las costas si hubiere dado lugar al procedimiento, y si fuere en otra oportunidad, las pagará igualmente, si no hubiere pacto en contrario. Caso de que las partes estén en desacuerdo respecto de la primera parte del párrafo anterior, el Juez abrirá una articulación por ocho días para decidir sobre las costas.

De la norma parcialmente transcrita, se infiere con meridiana claridad el deber que tendrá todo demandado de soportar el pago de las costas cuando convinieren en la pretensión de procesal de su contraparte, excepción hecha de los casos en los que dichas partes hubieren pactado el no pago de los gastos incurridos con ocasión del proceso.

Con gran acierto, Apitz²⁶ partiendo de criterios doctrinales y jurisprudenciales, concluye que: “el que conviene en la demanda es asimilable al perdedor o vencido en un proceso y, por lo tanto, debe pagar las costas procesales.”

En todo caso, es importante destacar que al hablarse del convenimiento a los efectos de la condenatoria en costas, nos referimos al convenimiento total²⁷, por ser este el medio que realmente pone fin al proceso y en consecuencia ser el único que pudiera dar lugar al vencimiento total, supuesto éste –insistimos– imprescindible para la procedencia del pago de las costas.

La posición anterior ha sido reconocida por la extinta Corte Suprema de Justicia mediante el fallo que parcialmente transcribimos a continuación:

²⁶ Apitz, Juan Carlos. *Las Costas Procesales y los Honorarios Profesionales de los Abogados. Jurisprudencia Orgánica: 1957-1999*. Caracas, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., 2000, T.I., p. 86.

²⁷ Rengel-Romberg considera que desde el punto de vista doctrinal y teórico es insostenible la existencia de un convenimiento parcial, ya que el único que podría considerarse como un medio de autocomposición procesal es el convenimiento total en la demanda, ello en virtud de que el reconocimiento de alguno de los hechos efectuado por el demandado, no pone fin al proceso.

El único punto por decidir, entonces, luego de la declaración anterior, se plantea en relación con las costas del presente proceso, ya que consideran los apoderados del actor que el monto pagado por el Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas no incluye el correspondiente a las costas, a la cual estiman tienen derecho por haber resultado su defendido triunfador. En ese sentido, sin embargo, *considera la Sala que tal planteamiento resulta improcedente ya que no es dable pretender una condenatoria de costas en este juicio cuando, por una parte, no puede afirmarse que el Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas realizó **un convenimiento total** (...)*²⁸.

3.3 Desistimiento

El desistimiento definido por Rengel-Romberg²⁹ como “la declaración unilateral de voluntad del actor por la cual éste renuncia o abandona la pretensión que ha hecho valer en la demanda, sin necesidad del consentimiento de la contraria”, se erige como otro de los presupuestos a través de los cuales se configura la procedencia de la condenatoria en costas.

Así expresamente lo contempla el CPC en sus artículos 282 (encabezamiento) y 320³⁰ (quinto aparte):

Artículo 282. *Quien desista de la demanda*, o de cualquier recurso que hubiere interpuesto, *pagará las costas* si no hubiere pacto en contrario.

Artículo 320. (...omissis...)

En la sentencia del recurso se hará pronunciamiento expreso sobre costas conforme a lo dispuesto en el Título VI de este libro. *La condena en costas del recurso será obligatoria en caso de desistimiento o cuando se le deje perecer.*

En criterio de Borjas, la justificación de la condena en costas para los supuestos de desistimiento encuentra su fundamento, en el hecho que:

²⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, 13-03-97, caso: Raúl Vicente Crespo, en acción de amparo constitucional ejercido contra el Presidente del Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas.

²⁹ Rengel-Romberg, ob. cit., p. 351.

³⁰ Regulación prevista para el caso de recursos de casación.

no sería justo que, llamado alguien a juicio y obligado a hacer gastos para defenderse, quedase perjudicado con la pérdida de dichos gastos, cada vez que el actor o al recurrente les conviniese diferir para mejor ocasión el ejercicio de su acción o recurso, o cuando, reconociendo la propia sin razón, desistieren de la acción o del recurso intentado. Los que así obran, dictan sentencia definitiva contra sí mismos, declarándose totalmente vencidos, y es sabido que a la parte totalmente vencida en un juicio o en una incidencia se la debe condenar al pago de las costas.³¹

En cuanto a la oportunidad en la cual debe tener lugar el desistimiento a los fines de determinar la procedencia de la condenatoria en costas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado con relación al caso concreto de la acción de amparo, que si la renuncia de la pretensión por parte del accionante se efectúa antes de darse inicio en el proceso a la fase del contradictorio, la condena en costas es improcedente. A los efectos de validar la afirmación anterior, veamos el siguiente extracto jurisprudencia de dicha Sala:

De conformidad con el artículo transcrito [artículo 33 de la Ley Orgánica de Amparo], cuando los efectos del supuesto acto u omisión lesivos hubieren culminado antes de la apertura de la averiguación, no tendrá lugar la condenatoria en costas. *En el presente caso, se observa que el desistimiento de la acción fue planteado antes de celebrarse la audiencia constitucional, esto es, antes de dar apertura al contradictorio en el presente proceso.* Así, al haber sido homologado el desistimiento en cuestión y, en consecuencia, al haberse omitido pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto debatido en la presente causa, *no hay lugar a la imposición de costas*, tal como lo pretende el solicitante de esta ampliación, lo cual implicaría, además, una modificación de los términos en los cuales fue homologada la presente causa, a todas luces inadmisibles. Así se declara³² (Resaltados nuestros).

En igual sentido, la misma Sala Constitucional ha manifestado que en los casos concretos de acción de amparo, el desistimiento no dará lugar a la

³¹ Borjas, ob. cit., p. 268.

³² Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, No. 574, 27-09-01, caso: Inversiones Martinique, C.A.

condenatoria en costas sí la demanda se fundamenta un justificado temor de violación de derechos constitucionales. Así lo deja entrever la Sala, en el extracto del fallo que se transcribe de seguidas:

No hay condenatoria en costas por cuanto, en opinión de la Sala, la demanda se fundamentó en un justificado temor de violación de derechos constitucionales, apreciación que refuerza la manifestación de la coadyuvante del supuesto agravante en el sentido de que “el desistimiento no es malicioso ni temerario como tampoco lo fue la acción de amparo. Así se decide”³³.

Del criterio *ut supra* transcrito, se evidencia con paladina claridad la asunción reiterada por parte de la Sala, del sistema subjetivo de costas en materia de amparo constitucional, contemplándose así, la posibilidad de eximir del pago de dichos gastos procesales inclusive en los casos de desistimiento.

Contraria a la posición anterior, la Sala Político Administrativa y la Sala de Casación Civil, acogiendo el sistema objetivo de condenatoria en costas previsto en el Código de Procedimiento Civil, ha impuesto de manera constante mediante decisiones de recientísima data el pago de las costas en los supuestos tanto de desistimiento tácito (v.g. falta de fundamentación en el recurso de apelación), como en el de desistimiento expreso de los accionantes.³⁴

No obstante lo precedente, es menester mencionar una sentencia dictada por la Sala Político Administrativa, mediante la cual dicho Tribunal apartándose del criterio pacífico al que hacemos referencia líneas anteriores, exime del pago de las costas procesales al Fisco Nacional a pesar de haber desistido tácitamente de su acción recursiva dada la falta de presentación del escrito de formalización de la apelación. Nos referimos al fallo No. 00126, dictado en fecha 29 de enero de 2002, con ponencia del Magistrado Hadel Mostafá Paolini, caso: Fisco Nacional en apelación contra la sentencia dictada por el

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, 20-02-03, caso: Freddy Balza Colmenares.

³⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Nos. 3380, 3383, 3391, todas del 26-05-05; así como de fechas 23-03-04 y 21-08-03, casos: Jaimary Bienes y Raíces, C.A., y Alfonso Elespuru, respectivamente.

Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario, en fecha 13 de julio de 2000.

Finalmente, vale la pena destacar la improcedencia de la condena en costas en los casos específicos de desistimientos llevados a cabo a través de una transacción, ello en virtud de que el mismo artículo 282 del CPC prevé la posibilidad de eximir el pago en los supuestos de pacto entre las partes. Dicha posibilidad ya ha sido validada y por ende reconocida por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en los términos que se exponen a continuación:

En consecuencia, visto que en el presente caso se cumplieron todos los extremos para que se dé por consumado el desistimiento, pues al abogado José Manuel Restrepo Cubillos le fue otorgada expresamente la facultad para desistir y, además, en la materia sobre la cual versa la controversia no está prohibida la transacción, esta Sala declara consumado el desistimiento del recurso de casación y, en consecuencia, da por terminado el procedimiento del referido recurso. Así se decide.

(...*omissis*...)

No hay condenatoria al pago de las costas, dado que el desistimiento del recurso de casación deriva de la transacción efectuada entre las partes del juicio con el fin de dar por terminado el mismo.”³⁵

4. TENDENCIA ACTUAL DE CONDENATORIA EN COSTAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Una vez analizados los sistemas que rigen la condenatoria en costas en Venezuela, así como sus principales supuestos de procedencia, a continuación procederemos a resaltar de manera breve y concisa algunas pautas establecidas por la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República durante los últimos años en materia de costas procesales.

³⁵ Sentencia del 29-07-03, caso: Carmen Josefa Salamanca *et al.*

4.1 Condenatoria en costas sin solicitud de parte, no configura el vicio de ultra petita

Así ha sido expresamente reconocido por la Sala Político Administrativa mediante sentencia en la que señaló:

Sobre el particular, se observa que desde la promulgación del primer Código Orgánico Tributario en 1982, hasta el vigente de 2001, se ha mantenido la norma que establece la condenatoria en costas al Fisco Nacional, siendo del mismo tenor a la contenida en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, esto es, de carácter imperativo; en el primero, *Declarado totalmente sin lugar el recurso contencioso, (...) o cuando a su vez la Administración Tributaria resultare totalmente vencida (...) el tribunal procederá en la respectiva sentencia a condenar en costas, y en el segundo, A la parte que fuere vencida totalmente en un proceso (...) se la condenará al pago de las costas*, siendo que ambas expresiones constituyen una orden cuyo destinatario es el Juez y, por tanto, la condenatoria debe ser objeto de expreso pronunciamiento en la sentencia. Esta declaratoria no está sometida a la solicitud de la parte, porque verificado el vencimiento total, el Juez está en la obligación de condenar a la parte vencida al pago de las costas respectivas.

Por tanto, al resultar totalmente vencida la Administración Tributaria en el fallo recurrido, el a quo no incurrió en el vicio de ultrapetita al condenarla en costas, aún cuando la recurrente no lo había solicitado. Así se declara³⁶ (Cursivas de la Sala, negrillas nuestras).

4.2 La decisión mediante la cual se condene en costas debe ser expresa, positiva y precisa

En criterio del Máximo Tribunal, las sentencias condenatorias en costas no pueden ser implícitas, por el contrario, *“la condenatoria en costas requiere*

³⁶ Sentencia del 29-06-04, caso: Procuraduría General de la República contra la sentencia de fecha 26 de marzo de 2003, dictada por el Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario (Expediente 2003-1445).

de pronunciamiento explícito en la decisión, dándose siempre a la parte la posibilidad de solicitar que la omisión sea salvada”³⁷.

4.3 La sentencia que impone las costas es constitutiva y no declarativa

En efecto, la Sala Político Administrativa siguiendo el criterio acogido pacíficamente en decisiones anteriores, ha ratificado el carácter constitutivo del fallo que impone las costas, al prescribir: “siendo la sentencia que impone las costas una sentencia constitutiva y no declarativa, la omisión del pronunciamiento puede subsanarse mediante la solicitud de ampliación del fallo en el punto de costas”³⁸.

4.4 La condenatoria en costas es accesoria de la condena principal

Tal como señalamos al comienzo del presente trabajo, el carácter accesorio de la condenatoria en costas defendido por CHIOVENDA, ha sido ratificado actualmente por la Sala Político Administrativa. Tal afirmación se desprende del extracto jurisprudencial que transcribimos a continuación:

Dispone dicha norma [artículo 274 CPC]: “A la parte que fuere vencida totalmente en un proceso o en una incidencia, se la condenará al pago de las costas”. *Es por ello, que constituye una declaratoria accesoria de la condena principal, donde el Juez una vez que constate si hubo vencimiento total de las partes, debe condenar en costas a la parte perdedora.* En consecuencia, esta Sala considera que la omisión de tal declaratoria puede ser subsanada por la vía de la ampliación, sin que ello implique la modificación del dispositivo del fallo.”³⁹ (Resaltado nuestro).

³⁷ Ibidem, pp. 8-9.

³⁸ Idem.

³⁹ Sentencia No. 00428, del 20-03-01, caso: Inversiones Alfamín, C.A. y otros vs. C.V.G. Venalum (Expediente 13.304)

4.5 La omisión del juez de condenar en costas a la parte totalmente vencida no configura el vicio de incongruencia negativa

Al respecto, la Sala de Casación Civil ha considerado que aquellas sentencias en las que el juzgador omite pronunciarse sobre la condenatoria en costas serán susceptibles de ser impugnadas con fundamento en los motivos de casación de fondo previstos en el ordinal 2° del artículo 313 del CPC (falsa o falta de aplicación del artículo 274 o 281 *ejusdem*, según sea el caso) y no, a través del vicio de incongruencia negativa⁴⁰.

4.6 La condenatoria en costas prevista en el artículo 274 del CPC no puede ser interpretada como una sanción procesal

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia desestimó la demanda de nulidad intentada contra el artículo 274 del referido instrumento legal interpuesta con motivo de la violación del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la defensa, concluyendo dicha Sala, que el precepto contenido en el artículo en comentarios constituye un medio de resarcimiento económico por parte del totalmente vencido y no una sanción procesal violatoria de los derechos constitucionales antes enunciados. En este sentido, el Máximo Tribunal declaró:

En consecuencia, considera esta Sala que la norma que se impugnó, esto es, el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, no se encuentra viciado de la inconstitucionalidad que se denunció, pues lo que impuso es un sistema objetivo de condena en costas cuya naturaleza jurídica es la de un medio de resarcimiento económico por parte de quien resultó totalmente vencido en juicio frente a la contraria, que garantiza la plena efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial, y, en modo alguno, puede considerarse como una sanción procesal en la que no se respete la garantía de la culpabilidad, ni que busque el reproche al exceso de demandas infundadas, en detrimento del derecho de acceso a la justicia. Por tanto, como ese medio de resarcimiento económico puede fundarse en un sistema objetivo de responsabilidad patrimonial, en el que resulta irrelevante la culpa del responsable, no constituye

⁴⁰ Sentencia No. 0022, del 24-01-02, caso: Banco Sofitasa vs. María E. Colmenares (Expediente 00-0602)

violación ni al derecho a la presunción de inocencia ni al derecho a la defensa. De allí que se desestima esta demanda de nulidad. Así se decide⁴¹.

4.7 De conformidad con el CPC, existen dos especies de condena en costas, la genérica y la específica

Ciertamente, de acuerdo con el criterio establecido por la Sala de Casación Civil, la condena en costas puede ser dividida en dos especies, a saber: **(i)** la genérica, prevista o desarrollada en el artículo 274 del Código aplicable a la parte totalmente vencida (bien que la demanda interpuesta por el actor sea declarada sin lugar en todas sus partes, o que el demandado resulte absolutamente vencido); y **(ii)** la específica, consagrada en los artículos 281 y 320 *ejusdem*, correspondiente a la condena en costas de la parte apelante de una sentencia que posteriormente es confirmada en todas sus partes por la Alzada o el relativo a la condena en costas del recurso extraordinario de casación declarado improcedente⁴².

4.8 Improcedencia de la condenatoria en costas de la parte totalmente vencida, cuando la contraparte victoriosa goza de algún privilegio procesal mediante el cual esté eximida de dicha condena

La Sala Constitucional, basándose en el principio de igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consideró como una desigualdad injustificable que la República, y los entes que gozan del privilegio procesal no puedan ser condenados en costas y sí puedan serlo los particulares que litigan contra ella y resulten totalmente vencidos. En consecuencia, la referida Sala dejó sentado el criterio que transcribimos a continuación:

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, No. 2801, de fecha 7-12-04.

⁴² Sentencia No. 0404, del 25-04-03, caso: Luisa S. González vs. Danira R. España (Expediente 00-0829)

(...) la Sala interpreta que cuando la República o los entes que gozan del privilegio de no ser condenados en costas, obtienen sentencia favorable, no puede condenarse en costas a su contraparte, así ellos hayan dado pie a las demandas en su contra. Esta declaración, la hace la Sala con efectos *ex nunc*, es decir, a partir de la fecha del presente fallo, el cual debe a su vez ser publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Así, finalmente, se decide”⁴³.

5. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL CONTENCIOSO TRIBUTARIO. LA EVOLUCIÓN DE LA LOHPN AL COT. EL CASO DE LOS MUNICIPIOS

De acuerdo con lo dicho, de manera general y como ha ocurrido en Venezuela, los sistemas de condenatoria en costas fueron evolucionando desde la no procedencia absoluta, pasando por la condena sólo al litigante inescrupuloso (sistema subjetivo), hasta llegar al sistema objetivo, en el cual paga las costas la parte totalmente vencida, independientemente de que su actuación haya dado lugar al proceso o no⁴⁴.

En el caso del contencioso tributario, antiguamente la condenatoria en costas del Fisco Nacional y Municipal no era posible, toda vez que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (LOHPN) y la Ley Orgánica de Régimen Municipal (LORM) lo prohibían expresamente⁴⁵.

⁴³ Sentencia del 18-02-04, caso: Recurso de Interpretación Constitucional de los artículos 21, numerales 1 y 2, artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con relación al privilegio procesal de no condenatoria en costas de la República y otros entes jurídicos-públicos (Expediente 01-1827)

⁴⁴ La doctrina describe ese cambio del sistema de costas en el foro patrio, introducido por el Código de Procedimiento Civil de 1987, de la siguiente forma: “*Conforme con la legislación derogada, el Juez debía juzgar la temeridad; hoy la ley misma la deduce de una presunción que se funda en el hecho de haber sido ‘totalmente vencido’ el litigante*”. Vid. Mendoza, José Rafael. *El Libelo, Las Costas, La Sentencia*. En *Conferencias sobre el Nuevo Código de Procedimiento Civil*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, No. 4, 1986, pp. 266-267.

⁴⁵ Artículo 10 LOHPN: En ninguna instancia podrá ser condenada la Nación en costas, aun cuando se declaren confirmadas las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se declaren sin lugar, se dejen perecer o se desista de ellos.

Artículo 105 LORM: Para que proceda la condenatoria en costas contra el Municipio será necesario que éste resulte totalmente vencido por sentencia definitivamente firme en juicio de

Sin embargo, esta posición fue completamente abandonada con la promulgación de nuestro primer Código Orgánico Tributario en 1982, cuyo artículo 211 señalaba lo siguiente: "...Cuando a su vez el sujeto activo del respectivo tributo resulte totalmente vencido por sentencia definitivamente firme, será condenado en costas en los términos previstos en este artículo". En la actualidad dicha regulación se mantiene de forma similar en el artículo 327 del COT de 2001⁴⁶.

En este punto conviene destacar que en el caso de los Municipios el asunto no resultaba tan claro, puesto que la autonomía local era esgrimida como un obstáculo que impedía la condenatoria en costas de los entes menores. Sin embargo, nuestra jurisprudencia reaccionó correctamente a dicha tesis y comenzó a desaplicar por vía de control difuso de la constitucionalidad el artículo 105 de la LORM para aplicar preferentemente el COT, sobre la base de consideraciones como éstas:

(...) la imposibilidad de condenatoria en costas en juicios contenciosos administrativos podría provocar la restricción al acceso de la justicia de los particulares, en aquellos casos en que las expensas del juicio, no

contenido patrimonial. *En ningún caso se condenará en costas al Municipio, cuando se trate de juicios Contencioso Administrativos de anulación de actos administrativos municipales.*

El monto de la condenatoria en costas del Municipio, cuando proceda, no podrá exceder del diez por ciento (10%) del valor de la demanda. La retasa será siempre obligatoria. En todo caso, el Juez podrá eximir de costas al Municipio, cuando éste haya tenido motivos racionales para litigar.

⁴⁶ Artículo 327 COT-2001: Declarado totalmente sin lugar el recurso contencioso, o en los casos en que la Administración Tributaria intente el juicio ejecutivo, el Tribunal procederá en la respectiva sentencia a condenar en costas al contribuyente o responsable, en un monto que no excederá del diez por ciento (10%) de la cuantía del recurso o de la acción que de lugar al juicio ejecutivo, según corresponda. Cuando el asunto no tenga una cuantía determinada, el tribunal fijará prudencialmente las costas.

Cuando, a su vez la Administración Tributaria resultare totalmente vencida por sentencia definitivamente firme, será condenada en costas en los términos previstos en este artículo. Asimismo, dichas sentencias indicarán la reparación por los daños que sufran los interesados, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Tributaria.

Los intereses son independientes de las costas pero ellos no correrán durante el tiempo en el que el juicio esté paralizado.

Parágrafo Único: El Tribunal podrá eximir del pago de costas, cuando a su juicio la parte perdedora haya tenido motivos racionales para litigar, en cuyo caso se hará declaración expresa de estos motivos en la sentencia.

reembolsables, fueran superiores a los perjuicios ocasionados por actos administrativos ilegales, todo lo cual conduciría al resultado de que a la postre, quien aún habiendo ganado un juicio de nulidad, viera de todos modos su patrimonio gravemente mermado en virtud del juicio y sin posibilidades de indemnización⁴⁷.

Adicionalmente, observamos que en materia de costas procesales la recién aprobada Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM)⁴⁸ recoge, por lo que respecta al contencioso tributario, lo que nuestra jurisprudencia ha venido estableciendo de manera pacífica y reiterada, en el sentido de que los entes locales pueden ser condenados a pagar las costas en los juicios en los que resulten totalmente vencidos.

Esto deviene como consecuencia de eliminar la prohibición expresa prevista en el ya referido artículo 105 LORM. En tal virtud, ahora se llega a la condenatoria en costas directamente por aplicación de normas legales del COT y la LOPPM, en lugar de hacerlo por desaplicación del 105 LORM como se hacía bajo la vigencia de la Ley derogada⁴⁹.

Ahora bien, a pesar de que la tendencia moderna ha sido instaurar sistemas objetivos de costas procesales, como se indicó anteriormente, en el contencioso tributario venezolano se establece un régimen subjetivo, puesto que se otorga al juez la posibilidad de eximir del pago de costas a la parte totalmente vencida cuando, a su juicio, hayan existido motivos racionales para litigar.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario, de fecha 3-12-96, caso: Comercializadora de Alimentos Loyazala, C.A., consultada en Romero-Muci, Humberto. *Jurisprudencia Tributaria Municipal y Autonomía Local*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1997, Tomo II, p. 819.

⁴⁸ Publicada en la Gaceta Oficial No. 38.204 del 8 de junio de 2005.

⁴⁹ *Vid.* Sentencias TS2CT, 10-02-98, Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela (CANTV); TS3CT, 28-09-98, Corimón, C.A.; TSJ-SPA, 27-01-04, Repsol YPF Venezuela; TSJ-SPA, 11-05-04, Bariod de Venezuela S.A.; TSJ-SPA, 4-08-04, Constructora Nase C.A.; TSJ-SPA, 28-08-04, Mira Múltiples Impactos Rápidos Asociados C.A.

6. EL TÉRMINO “NO HAY MATERIA SOBRE LA CUAL DECIDIR”, LAS COSTAS PROCESALES Y LA REVOCATORIA DE LOS ACTOS TRIBUTARIOS IMPUGNADOS

En nuestro foro resulta muy común que ante la revocatoria de los actos impugnados, los tribunales contencioso tributarios declaren que el proceso se debe dar por terminado porque “no hay materia sobre la cual decidir” y, en consecuencia, al no existir vencimiento pues tampoco procede condenatoria en costas contra la Administración Tributaria recurrida o contribuyente accionante.

Esta situación resulta reprochable, puesto que siempre existe materia sobre la cual pronunciarse, tal y como fue reconocido de manera contundente por nuestra casación civil:

En otro orden de ideas y sin desvirtuar la precedente decisión, la Sala, en ejercicio de la función pedagógica que le corresponde desarrollar, advierte sobre la inadecuada utilización en las sentencias, en la expresión: “no tiene materia sobre la cual decidir”. En ese sentido, estima que tal dispositivo es contradictorio en sí mismo, en razón a que siendo producto de un análisis y conclusión devenida del ejercicio de la función exhaustiva que corresponde al jurisdicente para tomar su decisión; mal puede hablarse al final de dicho análisis que dentro del contexto de los supuestos estudiados no existe en lo absoluto materia para resolver, y por mala praxis gramatical concluir en una antinomia dispositiva, ajena al contenido y alcance del artículo 19 del Código de Procedimiento Civil, que sanciona la abstención de decidir y que bien pudiera traducirse o interpretarse como una expresión vaga u oscura a la cual se contrae el legislador en el infine del artículo 254 eiusdem, y en una indeterminación de la cosa u objeto de decisión .

De allí que es necesario desarraigar dicha expresión que bien pudiera ser sustituida para considerar como materia dispositiva, los supuestos entretejidos en las motivaciones y argumentos utilizados para estructurar la sentencia y que en definitiva limitan un pronunciamiento más allá de las sujeciones contenidas en la sentencia que toca proferir, por un parte y, por la otra, que la lógica jurídica nos enseña que siempre habrá algo sobre lo cual emitir un pronunciamiento o decidir; lo contrario equivale a que los jueces eludan el cumplimiento de sus funciones, por lo que es de impretermisible necesidad abandonar esta viciosa práctica, dejar de utilizar

como dispositivo en los fallos tal expresión, y en cumplimiento de la función pública jurisdiccional del juez o jueza, en el desempeño de la labor que le corresponde desarrollar cuando procede a cumplir con su deber de administrar justicia, debe declarar algún derecho.

Por lo expuesto, se recomienda a los jueces o juezas de instancia, procurar acoger el presente criterio, para garantizar la *sindéresis*, cuando se proceda a dictar la máxima decisión procesal de la jurisdicción. En consecuencia, se declara que en lo sucesivo y a partir de la publicación de la presente decisión, deberá procederse conforme lo aquí expresado. Así queda establecido⁵⁰.

Dicha cuestión es de capital importancia en el caso que nos ocupa, puesto que esta reflexión de la Sala debe llevar siempre a nuestros tribunales tributarios a valorar el hecho de la revocatoria como parte de su decisión definitiva y, consecuentemente, a revisar la procedencia de una condenatoria en costas contra el Fisco que revoca su acto⁵¹.

7. ¿IMPLICA LA REVOCATORIA UN CONVENIMIENTO?

El convenio es el *alter ego* del desistimiento y constituye un medio de autocomposición procesal a cargo de la *parte accionada en juicio*. Como se indicó *ut supra*, Rengel-Romberg le define como una declaración unilateral de voluntad del demandado, por la cual éste se aviene o conforma con la pretensión del actor contenida en la demanda, sin necesidad del consentimiento de la parte contraria⁵².

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, de fecha 10-03-04, caso Inversiones Las Tomitas, S.R.L.

⁵¹ Un ejemplo de cómo tal práctica obra en contra de los derechos de los recurrentes lo encontramos en una decisión del Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Oriental en la que, mediando la revocatoria de los actos impugnados, se negó la solicitud de que se declarara que no había materia sobre la cual decidir aplicando el criterio de la Sala Civil; pero sorprendentemente también se desestimó la condenatoria en costas requerida por la recurrente, por considerar que no estaba cubierto el requisito legal de pronunciamiento definitivo. Así, a pesar de que correctamente se siguió el curso de acción descrito por el TSJ, se erró al no emitir un pronunciamiento definitivo (meollo de la reflexión de la Sala Civil) y se omitió decisión sobre las costas argumentando que no había vencimiento total (Sentencia del TSCTRO, 23-09-04, Terranova de Venezuela, S.A.)

⁵² Rengel-Romberg, ob. cit., pp. 356-360.

Si bien ha existido división en cuanto a su naturaleza⁵³, nosotros consideramos con GONZÁLEZ PEREZ que efectivamente implica un allanamiento expreso del demandado a las pretensiones del accionante⁵⁴.

En materia contencioso tributaria, el convenimiento está permitido⁵⁵ pero se encuentra sujeto a la previa autorización del ejecutivo, o, como indica la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, al *fiat* del ciudadano Procurador⁵⁶.

Los efectos del convenimiento son los siguientes: (i) terminación del proceso, (ii) sentencia acorde con la pretensión del accionante⁵⁷, y por último, pero no menos importante (iii) condenatoria en costas del demandado que se allana a la pretensión de su contraparte (accionante), tal y como lo estatuye el CPC⁵⁸.

⁵³ Tal diversidad es sintetizado de manera excelente por Rengel-Romberg (ob. cit., pp. 349-350) de la siguiente forma: “La diversidad de opiniones va desde aquellas que identifican estas figuras jurídicas con la confesión (Liebman), hasta aquellas que si bien las distinguen de ésta, porque la confesión sólo versa sobre hechos singulares (Chiovenda), tratan de darle una estructura y función diferentes, pero que difieren entre sí cuando tratan de precisar el alcance de la renuncia y del allanamiento y la vinculación que producen para el juez, y son concebidos por unos como renuncia o allanamiento al derecho material que fundamenta la pretensión (Carnelutti, Guasp), y por otros, ya como la declaración de que es fundada la pretensión del adversario o infundada la propia pretensión del actor (Betti), o bien como un acto de disposición directa de la relación jurídica material, que no sustrae al juez del examen relativo a la fundamentación de la pretensión hecha valer (renuncia), o como una declaración de verdad, referida en la fundamentación de la pretensión del actor (reconocimiento), que vincula al juez a considerar existentes los hechos, pero que no lo vincula a su juicio respecto de las consecuencias jurídicas y a la norma de ley aplicable al caso concreto (Micheli)”.

⁵⁴ González Pérez, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Bogotá, Editorial Temis, 1985, p. 349.

⁵⁵ Artículo 328 COT: En los procedimientos judiciales consagrados en este Título, el Fisco podrá desistir de cualquier acción o recurso, o convenir en ellos, previa instrucción del Poder Ejecutivo.

⁵⁶ Artículo 68 LOPGR: Los abogados que ejerzan en juicio la representación de la República no pueden convenir, desistir, transigir, comprometer en árbitros, conciliar o utilizar cualquiera otro medio alternativo para la solución del conflicto, sin la expresa autorización del Procurador o Procuradora General de la República, previa instrucción escrita de la máxima autoridad del órgano respectivo.

⁵⁷ González Pérez, ob. cit., p. 352.

⁵⁸ Artículo 282 CPC: Quien desista de la demanda, o de cualquier recurso que hubiere interpuesto, pagará las costas si no hubiere pacto en contrario.

Esto se encuentra acorde con lo que señalado por la Sala Civil del máximo Tribunal, en el sentido de que en toda causa *siempre* hay algo que decidir. Luego, en los casos de convenimiento (y revocatoria) *también* hay algo que decidir, solo que ese “algo” debe ser forzosamente el reconocimiento total de la pretensión del actor y, consecuentemente, la condenatoria en costas del demandado.

Respecto a sus consecuencias en materia de costas procesales, debemos empezar por señalar que la doctrina coincide de manera unánime en cuanto a la idea de que el convenimiento es un *acto procesal*, por lo cual un convenimiento propiamente dicho implica una actuación formal llevada a cabo en el curso de un proceso y documentada en el expediente judicial respectivo, por medio del cual se pone fin a la *litis*.

En este sentido, resulta oportuno preguntarse si la revocatoria de los actos administrativos tributarios ya impugnados en sede judicial constituye un acto procesal o no, si es equiparable al convenimiento y, por ende, si debe conducir a la condenatoria en costas de la Administración Tributaria que revoca.

A los fines de discernir esta inquietud, comencemos por revisar la definición de acto procesal que Rengel-Romberg formula en estos términos: “conducta realizada por un sujeto procesal susceptible de constituir, modificar o extinguir el proceso”⁵⁹.

Desde esta perspectiva, resultaría indudable que la revocatoria representaría un acto procesal a los fines del contencioso tributario, puesto que implica una acción del sujeto demandado (Administración Tributaria recurrida) que pone fin al proceso. Ello así, independientemente de que sea un hecho verificado fuera del proceso, puesto que tal y como reconoce la doctrina clásica procesal italiana, para establecer la cualidad procesal de un acto jurídico es necesario determinar si es o no procesal la relación jurídica que resulta constituida,

Cuando conviniere en la demanda en el acto de la contestación, pagará las costas si hubiere dado lugar al procedimiento, y si fuere en otra oportunidad, las pagará igualmente, si no hubiere pacto en contrario. Caso de que las partes estén en desacuerdo respecto de la primera parte del párrafo anterior, el Juez abrirá una articulación por ocho días para decidir sobre las costas.

⁵⁹ Rengel-Romberg, ob. cit., p. 143.

sustituida o modificada por el acto. Por tanto, la procesalidad del acto no se debe a su cumplimiento en el proceso sino a su valer para el proceso⁶⁰.

De esta forma, consideramos que mediante el acto administrativo revocatorio, la Administración Tributaria Municipal conviene en el proceso incoado contra los actos administrativos revocados, pues con esta acción evidentemente reconoce y acepta que estos se encuentran viciados de nulidad, tal como es argumentado por el recurrente.

Tal situación, indudablemente tiene que suponer una condenatoria en costas contra la Administración Tributaria recurrida, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 282 del CPC, el cual dispone lo siguiente:

Quien desista de la demanda, o de cualquier recurso que hubiere interpuesto, pagará las costas si no hubiere pacto en contrario.

Cuando conviniere en la demanda en el acto de la contestación, pagará las costas si hubiere dado lugar al procedimiento, y si fuere en otra oportunidad, las pagará igualmente, si no hubiere pacto en contrario. Caso de que las partes estén en desacuerdo respecto de la primera parte del párrafo anterior, el Juez abrirá una articulación por ocho días para decidir sobre las costas.

Tan evidente es dicha consecuencia, que muy autorizada doctrina patria correctamente la asume como un dogma acorde con las más altas garantías procesales constitucionales, al señalar que de acuerdo a la jurisprudencia, cuando la Administración Tributaria, en uso de su potestad de autotutela, revoca el acto administrativo que ya ha sido accionado ante la jurisdicción contencioso tributaria, procede indefectiblemente la condenatoria en costas contra dicha Administración.

En efecto, para Fraga Pittaluga, esta solución se asienta en un principio básico del proceso, cual es de la lealtad procesal, en tanto no cabe duda que la revocatoria tardía es una conducta no sólo censurable, sino además dañosa, puesto que obliga al contribuyente a instaurar un juicio totalmente innecesario,

⁶⁰ Carnelutti, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 425.

con todas las molestias y gastos que ello supone⁶¹. De igual forma lo entendió nuestra jurisprudencia, al señalar lo siguiente: “Sin embargo al ejercer tal facultad tardíamente, después de haber originado todo un proceso tributario en segunda instancia, el Fisco Nacional le causó gastos y honorarios al contribuyente que debe repararle”⁶².

Ello queda reafirmado por el hecho de que la ley entiende que no es el vencimiento el único supuesto que hace surgir el reembolso de las costas entre las partes, cuando no interviene la declaración de derecho contra una de aquéllas⁶³. Asimismo, Chiovenda expresa que

el principio de la culpa que ha sido eliminado del derecho moderno como fundamento de la condena en costas del vencido, mantiene su importancia en la acción judicial, siempre que se plantea el problema de si una persona que no sea el vencido debe pagar las costas. El fundamento de esta obligación no está en el vencimiento, sino en el hecho culpable de haber molestado a otro con la amenaza de un pleito al que no se le da curso⁶⁴.

Las costas procesales se erigen entonces, de acuerdo con lo indicado *ut supra*, como un complemento indispensable de la declaración del derecho de una parte en el proceso, de manera que se trata de una especie de indemnización que procede siempre que se declare judicialmente un derecho⁶⁵.

⁶¹ Fraga Pittaluga, Luis. *La Defensa del Contribuyente frente a la Administración Tributaria*. Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 1998, p. 231.

⁶² Sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 06-12-90, citada por Fraga Pittaluga (ob. cit.). Sin embargo, es bueno indicar que en esta decisión la Corte asumió la revocatoria como una renuncia a la oposición que el demandado formula contra las pretensiones del accionante, en el sentido de que la Administración Tributaria desiste de la contención procesal a la pretensión de los contribuyentes-recurrentes y, por ende, dictó la condena sobre la base de un desistimiento y no de un convenio. Luego, a pesar de que el resultado es justo y, en nuestro criterio, correcto, disintimos del camino tomado por el máximo tribunal, puesto que estimamos que en los casos de revocatoria lo que se produce es un allanamiento (convenimiento) y no una renuncia (desistimiento) a pretensiones procesales.

⁶³ Fraga Pittaluga, Luis. *La Terminación Anormal del Proceso Administrativo por Inactividad de las Partes, Perención de la Instancia y Desistimiento*. Valencia-Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1996, p. 131.

⁶⁴ Chiovenda, Giuseppe. *La Condena en Costas*. Roma, 1900, pp. 231 y ss.

⁶⁵ Fraga Pittaluga. *La terminación anormal...* p. 131.

Ciertamente, como enseña Eduardo Couture (Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo III, pág. 338), el daño que un sujeto cause en caso de litigar sin derecho, debe estar preceptivamente a su cargo, puesto que el costo del proceso no debe gravitar, ni directa ni indirectamente, sobre aquél que tiene razón.

Así pues, cuando la resolución revocatoria es emitida por la Administración Tributaria recurrida, luego de que el contribuyente ejerce el Recurso Contencioso Tributario de anulación que da lugar al proceso judicial que culmina por obra de tal revocatoria, es evidente que el accionante se ha visto obligado a asumir el costo y los gastos procesales que naturalmente origina la solicitud de nulidad en vía judicial de un acto administrativo.

En tal virtud, consideramos que la Administración Tributaria recurrida debe ser condenada al pago de las costas procesales, por cuanto sus actuaciones causaron la movilización del órgano jurisdiccional *sin razón alguna, así como la pérdida de tiempo y dinero a los recurrentes*.

Sobre ese punto se pronunció la jurisprudencia patria, en sentencia de fecha 10 de junio de 1999, emanada del Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario, la cual estableció lo siguiente:

(...) por entenderse diametralmente del contenido de las Resoluciones...que al haber la Administración anulado y revocado parcialmente las Planillas objeto de la presente contención, es por lo que este Juzgador considera que no hay materia sobre la cual decidir. Así se declara...

(...) Costas (...)

(...) En el caso de autos, *aun cuando la Administración declaró la nulidad de las Planillas de Liquidación enumeradas al comienzo de este fallo, se permitió el desarrollo de un procedimiento Contencioso Tributario* hasta casi su conclusión, para emitir su decisión sobre el Recurso Jerárquico previamente ejercido por la contribuyente en Sede Administrativa; *ocasionándole tanto a ésta como al Órgano Jurisdiccional la utilización de tiempo y dinero, sin ningún tipo de justificación que fundamente en esa oportunidad la emisión de un dictamen, cuyo conocimiento, por efectos de la normativa legal, correspondía a esta Instancia Jurisdiccional*. En virtud de ello, se

condena al Fisco Nacional al pago de las Costas Procesales, calculadas sobre la base del diez por ciento (10%) del monto de la controversia. Así se declara” (resaltados nuestros).

Del contenido de la sentencia parcialmente transcrita podemos observar que la intención del sentenciador es clara, imponiendo costas a la parte que movilice el aparato de justicia sin justificación alguna que lo fundamente, ya que esto desnaturaliza los fines del mismo, los cuales confluyen en la búsqueda de la verdad, materializada a través de la emanación de sentencias.

Ello, en todos los casos, ocasiona graves perjuicios tanto al órgano jurisdiccional, como a la otra parte en el proceso, tal como ocurre en el caso de los contribuyentes que demandan la nulidad de los actos posteriormente revocados e incurrir en gastos y costos económicos derivados del juicio, desde el mismo momento en que se propone la acción y hasta que la causa queda extinguida.

El aserto anterior resulta incuestionable, tal como ha sido reconocido por la doctrina:

Todo proceso –y el proceso contencioso administrativo [y tributario] no es una excepción– implica una serie de gastos que variarán según la complejidad del mismo. En unos serán mínimos y en otros serán fabulosos; pero por simple y sencillo que el proceso sea, siempre dará lugar a unos gastos”⁶⁶ (Inciso nuestro).

Resulta entonces completamente ilógico e injusto que en este tipo de casos, en el cual la Administración Tributaria, habiéndole ocasionado tanto al Tribunal de la causa como a los recurrentes una pérdida de tiempo y dinero, totalmente injustificada –lo cual quedó por demás evidenciado con la anulación de las Resoluciones impugnadas–, sean los accionantes los que tengan que soportar en definitiva todos los gastos incurridos en el transcurso del proceso.

Nuevamente, traemos a colación lo reconocido por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, el cual ha señalado que quien ve reconocido en juicio su derecho debe ser indemnizado por la contraparte, puesto que: “... pensar lo

⁶⁶ González Pérez, ob. cit., p. 411.

opuesto, significaría hacer gravitar el pago de las costas sobre aquél que tiene razón, lo cual es contrario al principio acogido por nuestro legislador...”⁶⁷.

Conforme a todo lo anterior, en el caso de la revocatoria se observa que, de una manera clara, la Administración Tributaria accionada reconoce, expresa e inequívocamente, que sus actos son absolutamente írritos e improcedentes y que, en consecuencia, se encuentran viciados de nulidad absoluta cuando, en ejercicio de su facultad de autotutela, lo elimina del mundo del derecho. Así, queda paladinamente evidenciado que en dichos supuestos la Administración Tributaria ha estado sosteniendo los procesos *sin razón y sin derecho*, lo cual otorga fundamento suficiente para que nuestros respetables juzgadores de lo contencioso tributario condenen en costas a la Administración accionada.

En este sentido, conviene citar lo expresado por Mayra Guillermo Izquierdo sobre el particular:

*Para concluir con las razones que hacen procedente la condenatoria en costas contra los entes públicos, debe señalarse que incluso la disposición del artículo 259 de la Constitución que expresa “...los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos (...) contrarios a derecho, (...) condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en **responsabilidad de la Administración**; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y **disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa**” (...) serviría de fundamento para sostener igualmente lo apropiado y viable de la condena en costas contra los entes públicos”⁶⁸ (destacados de la autora).*

Ciertamente, como bien indica Apitz, nuestra jurisprudencia es clara al considerar que la parte que conviene en la demanda es asimilable al perdedor o vencido en un proceso y, por lo tanto, debe pagar las costas procesales⁶⁹.

⁶⁷ Sent. CSJ-SCC, 25 de octubre de 1995, caso: J.E. Estrada vs. Trefilca, C.A., citada por Apitz, ob. cit., p. 1.

⁶⁸ Guillermo Izquierdo, ob. cit., p. 113.

⁶⁹ Doctrina judicial que se desprende de la decisión dictada por la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, en fecha 8 de febrero de 1995, caso: Constantino Ferrara, consultada en Apitz, ob. cit., p. 86.

En este sentido, reconocemos que la revocatoria de los actos no constituye desde un punto de vista estrictamente formal un convenio, puesto que no reviste, formalmente insistimos, una declaración de voluntad del demandado por la que se muestra en conformidad con la pretensión del actor (Henríquez La Roche)⁷⁰, más sin embargo tiene los mismos efectos y, por ende, debería acarrear las mismas consecuencias; razón por la cual debe tenerse como una suerte de “convenio informal”.

No podemos olvidar que de acuerdo con la regulación adjetiva prevista en el Código de Procedimiento Civil, los actos procesales se consideran válidos, aun adoleciendo de defectos formales, si han alcanzado su objetivo⁷¹.

Siguiendo esta línea argumental, estimamos ilógico que no se le dé a la revocatoria el alcance procesal que posee (un verdadero convenio “informal”), puesto que sí constituye, indudablemente, un acto procesal de tipo extintivo, el cual cumple cabalmente con su propósito de poner fin al proceso contencioso tributario intentado por el contribuyente que es el destinatario de esa revocatoria.

Ello además se ajusta al precepto constitucional contenido en el artículo 26 de la Constitución de 1999, según el cual el Estado tiene la obligación de garantizar que las disputas que deban ser resueltas en sede judicial tienen que ventilarse y decidirse con arreglo a una serie de principios progresistas, entre los que se encuentran la celeridad e informalidad procesal, al punto de que la carta magna obliga al poder público a deferir una justicia totalmente deslastrada de *formalismos inútiles*⁷².

⁷⁰ Henríquez La Roche, Ricardo. *Modos Anormales de Terminación del Proceso Civil*. Citado por Apitz, ob. cit., p. 86.

⁷¹ Artículo 206 CPC: Los Jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular cualquier acto procesal. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la ley o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez.

En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado.

⁷² Artículo 26 CN-99: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

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

Así, la revocatoria de los actos ya impugnados en sede judicial constituye una suerte de “*convenimiento informal*”, el cual debe acarrear la condenatoria en costas para la Administración Tributaria que de este peculiar modo se allana a las pretensiones del contribuyente que acciona en sede contencioso tributaria. Vale decir que esta conclusión se pone aún más de manifiesto, en aquellos procesos en los cuales comparece la Administración Tributaria para consignar el acto contentivo de la revocatoria, pedir que se ponga fin al juicio y que se le exima de costas (si la Administración Tributaria no considerara ello un convenio, entonces no tendría necesidad de solicitar que se le dispensen las costas).

En sustento de esta tesis, podemos indicar que nuestra doctrina reconoce inequívocamente que el convenio formal por parte de la Administración Tributaria implica una revocatoria implícita del acto impugnado, la cual supone, a su vez, el reconocimiento de la ilegalidad de la actuación administrativa:

(...) siendo que los actos administrativos en general se extinguen por *revocación* o *anulación*, surge la interrogante acerca de cuál sería la naturaleza de la actuación de un funcionario al convenir en el recurso, ya que ello *implicaría el reconocimiento de la ilegalidad del acto, denunciada por el recurrente* (...) si aceptamos que basta una simple instrucción para convenir, mediante un medio unilateral de autocomposición procesal, se estaría reconociendo la ilegalidad de la actuación administrativa, salvo que este convenio se asimile al acto en sentido contrario ⁷³ (destacados nuestros)

De esta manera, si el convenio constituye una revocatoria, por argumento en contrario la revocatoria debe suponer un convenio, aunque carente de las formalidades legales pertinentes claro está.

En todo caso, el punto álgido radica en el hecho indiscutido de que esta situación conlleva un reconocimiento inequívoco de la ilegalidad de la actuación administrativa que, en consecuencia, implica el allanamiento de la parte demandada a las pretensiones del accionante, lo cual forzosamente debe

⁷³ Dupuy, Elvira. *Convenimiento, Perención y Desistimiento en el Proceso Contencioso Tributario*. En *Contencioso Tributario Hoy. Jornadas Internacionales*. Caracas, FUNEDA-AVDT, 2004, Tomo I, p. 158.

conducir al vencimiento total del accionado y, consecuentemente, a su condenatoria en costas.

De hecho en el caso de la revocatoria es más patente la necesidad de las costas, puesto que con el ejercicio de esa potestad de autotutela, la Administración Tributaria estaría reconociendo sin resquicio para la duda, que el proceso de impugnación intentado por el contribuyente era *totalmente innecesario*, lo cual denota que el Fisco recurrido *no tenía motivos racionales para litigar* y, por ende, que no le está dado al juez eximirle de costas.

Sobre el particular, en una decisión de avanzada, nuestros tribunales tributarios de instancia han reconocido que, a pesar de que la revocatoria carece de las formalidades de un convenio, lo cierto es que tiene los mismos efectos y, en consecuencia, debe acarrear la condenatoria en costas de la Administración Tributaria que revoca su acto:

En el presente caso se pretendía la nulidad de un acto, que con posterioridad a la sustanciación del Recurso Contencioso Tributario, la Administración Tributaria revocó. Tal revocatoria llama la atención a este sentenciador, en cuanto a los efectos y naturaleza de la misma, toda vez que si esta situación no constituye un convenio en el estricto sentido de la palabra, la Administración ha actuado como si lo hubiese realizado.

Así esta satisfacción extraprocesal de los pedimentos hechos por la recurrente en sede administrativa y en sede judicial, tienen las mismas consecuencias que un verdadero convenio en materia civil, pero con la variación de que la Administración debe ceñirse a las normas y procedimientos conforme a la ley.

(...)

En este sentido se observa que la Administración, en razón de su errado funcionamiento, motivó a que la recurrente iniciara un procedimiento contencioso y en consecuencia le generó gastos por su defensa.

(...) la decisión administrativa que anula el acto impugnado es una manifestación de voluntad querida por la Administración en uso de sus atribuciones legales y corresponde a la aceptación de los alegatos de la recurrente, [sic] las cuales fueron en forma tardía ya que mientras tuvo vida legal dicha acta causó una disminución patrimonial que se

patentiza, por lo menos, con la contratación de abogados para la prosecución de un juicio, elementos suficientes para considerar la aplicabilidad del Artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, ya que además, conforme al Artículo la Administración Tributaria ha dado lugar al procedimiento”⁷⁴.

Aunado a lo anterior, es obvio que la Administración Tributaria en estos casos no puede argüir que tenía motivos racionales para litigar, puesto que indudablemente fue su actitud ilegítima la que dio lugar al proceso, como único medio (*extrema ratio*) para obtener el reconocimiento o satisfacción de su derecho⁷⁵. No en balde González Pérez es categórico al señalar que no puede eximirse de costas a la Administración Pública que se allana a la demanda del particular, porque dio lugar, con su acto, al proceso⁷⁶.

De hecho, la realidad venezolana nos demuestra que las Administraciones Tributarias en muchas ocasiones persisten en la perniciosa práctica de emitir objeciones fiscales, sobre la base de criterios pacífica y reiteradamente desestimados por la jurisprudencia, muy seguramente con la esperanza de que un descuido del contribuyente permita al acto irritito quedar firme y aupadas por el hecho de que nuestros tribunales no les están condenando en costas.

A título de ejemplo, tenemos el caso del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), el cual insistía en desconocer la compensación como medio válido para extinguir la obligación derivada de

⁷⁴ Sentencia del TS9CT, a cargo del Dr. Raúl Márquez Barroso, de fecha 16-09-04, caso: Tecpetrol de Venezuela, S.A.

⁷⁵ Henríquez La Roche. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil*. Maracaibo, Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, 1986, p. 226.

⁷⁶ González Pérez, ob, cit., p. 353. En igual sentido se pronuncia López del Carril, ob. cit., p. 173: “...cuando la administración pública se allana frente una demanda contencioso administrativa que en sus fundamentos reproduce el pedimento original que formuló el particular ante el ente administrativo y que éste denegó, le impone las costas a la Administración Pública, pues que ésta reconoce así su sin razón, y la procedencia de la petición del particular, como asimismo la falta de derecho con que ha hecho incurrir al particular en la erogación de gastos causídicos que han sido injustos e innecesarios, pues no habría necesidad de incurrir en ellos si se hubiese reconocido oportunamente, vale decir en la etapa original administrativa, el derecho tardíamente reconocido en la instancia contencioso-administrativa”.

los “dozavos” del Impuesto a los Activos Empresariales⁷⁷. De igual forma podemos nombrar el caso del Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), el cual persiste en emitir reparos por la exclusión de rubros como “utilidades”, de la base de cálculo de la contribución parafiscal prevista en el artículo 10 de su Ley de creación⁷⁸. Tales reparos siguen siendo formulados a pesar de que han sido sistemáticamente anulados por nuestra jurisprudencia.

En estos supuestos, lamentablemente nuestra jurisdicción tributaria no ha otorgado una solución completa al problema, ya que a pesar de realizar un avance importante al declarar la nulidad de estos criterios errados, se ha abstenido de condenar en costas a las Administraciones Tributarias Nacional y Sectorial, que de manera contumaz han insistido en sus consideraciones equivocadas.

Sobre este particular, resulta lapidaria una frase de Alcalá-Zamora que, de forma contundente, ilustra la situación descrita y sus consecuencias:

(...) realmente resulta poco o nada edificante la temeridad administrativa, que con innegable mala fe y frente a jurisprudencia revocatoria constante, repetida y abrumadora, sostiene criterios injustos para obligar a pleitos, o con la esperanza de que estos dejen de interponerse por un descuido, o se estrellen por un desliz procesal⁷⁹.

Por ello, coincidimos sin reparos con Blanco-Uribe en la idea de que la condenatoria en costas pondría coto definitivo a este tipo de prácticas nefastas que atentan contra los derechos subjetivos de los particulares y, adicionalmente, sobre cargan inútilmente a nuestros tribunales; puesto que las Administraciones

⁷⁷ *Vid.* Sentencias del TSJ-SPA: Expediente 2002-1086, 16-12-03, Transporte Caura, S.A.; No. 00069 del 21/01/03; No. 000361 del 11/03/03; No. 00759 del 27/05/03; No. 0881 del 17/06/03; y No. 1995 del 17/12/03.

⁷⁸ Ver, entre otras, las siguientes decisiones: CSJ-SPA, ET, 5-04-94, caso Fábrica Nacional de Cementos; CSJ-SPA, ET, 21-10-97, caso Dart de Venezuela, C.A.; TS3CT, 12-05-99, caso Pasteurizadora Táchira; CSJ-SPA, 3-11-99, caso Miranda, Entidad de Ahorro y Préstamo; CSJ-SPA, ET, 1-12-99, caso Citibank; TSJ-SPA, 4-06-02, caso Makro Comercializadora, S.A.; TSJ-SPA, 23-01-03, C.A. Tabacalera Nacional; TSJ-SPA, 18-03-03, Alimentos Kellogg S.A., y TSJ-SPA, 26-03-03, Productos de Vidrio S.A.

⁷⁹ Alcalá-Zamora, Niceto. *Lo Contencioso administrativo*. Buenos Aires, 1943.

Tributarias cesarían en esta conducta ilegítima compelidas por el peso económico de las costas procesales⁸⁰.

8. EL ANÁLISIS DEL ASUNTO EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO TRIBUTARIA

Una vez expuestas nuestras consideraciones respecto de la condena en costas en los casos concretos de revocatoria de actos administrativos por parte de las autoridades tributarias, a continuación analizaremos los criterios establecidos sobre el particular tanto por los tribunales de instancia, como por la propia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a través de los siguientes fallos:

8.1 Sentencia de la Sala Político Administrativa del TSJ, de fecha 29 de julio de 2004, caso: Municipio Baruta del Estado Miranda en ejercicio del recurso de apelación contra la decisión dictada por el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario

Mediante esta decisión, la Sala consideró que la revocatoria del acto administrativo efectuada por la Administración Tributaria del Municipio Baruta del Estado Miranda, no puede ser bajo ningún concepto asimilada al convenimiento en la demanda previsto en el artículo 263 del CPC, puesto que, para poder hablarse de dicho medio de autocomposición procesal en materia tributaria, es necesaria la instrucción previa del Poder Ejecutivo –de conformidad con lo previsto en el artículo 328 del Código Orgánico Tributario–, que en el caso concreto del presente análisis, estaría representado por el Alcalde del referido Municipio.

Basándose en el criterio anteriormente expuesto, el Tribunal Supremo de Justicia revocó la condenatoria en costas impuesta por el Juzgado de Instancia

⁸⁰ Blanco-Urbe, Alberto. Conferencia Magistral pronunciada en el marco de las VII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, organizadas en Caracas por la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT), del 25 al 27 de noviembre de 2004.

contra la Administración Tributaria Municipal, al considerar que no se daba el presupuesto establecido en el artículo 282 del CPC –condena en costas a la parte que conviene en la demanda–. No obstante lo precedente, no podemos dejar de advertir el formalismo extremo del cual se hizo valer la Alzada para desconocer el derecho que tiene un contribuyente de obtener la restitución de unos gastos procesales en los que ha incurrido con ocasión de un juicio que jamás debió haber tenido lugar, tal como lo reconoció implícitamente la Administración Tributaria Municipal a través de la revocatoria de su acto administrativo.

8.2 Sentencias de la Sala Político Administrativa del TSJ, de fechas 27 de octubre de 2004 y 26 de mayo de 2005, casos: Fisco Nacional en ejercicio del recurso de apelación contra las decisiones dictadas por los Tribunales Superior Tercero y Superior Segundo de lo Contencioso Tributario del Área Metropolitana de Caracas, respectivamente

A través de los citados fallos, la Sala Político Administrativa decidió que no había materia sobre la cual decidir, en idénticos casos en los que la Administración Tributaria Nacional procedió a efectuar la revocatoria de unos actos administrativos en los que se había declarado improcedente la compensación de las obligaciones correspondientes a los dozavos del impuesto a los activos empresariales con créditos en exceso del impuesto sobre la renta, situación ésta que en nuestro criterio constituyó sin resquicios para la duda sendos supuestos de convenimiento informal. No obstante el Máximo Tribunal, acogiendo quizá la posición fijada en la sentencia citada en el punto anterior, omitió en ambas decisiones cualquier pronunciamiento respecto de la condenatoria en costas del Fisco Nacional, a pesar de la contradicción abierta y flagrante materializada por la Administración Tributaria Nacional, respecto de la jurisprudencia pacífica del Tribunal Supremo en materia de compensación de dozavos de impuesto a los activos empresariales e impuesto sobre la renta pagado en exceso.

8.3 *Sentencia del Tribunal Superior Sexto de lo Contencioso Tributario, de fecha 28 de mayo de 2001, caso: Hidro Agri de Venezuela, C.A. vs. SENIAT*

En este caso, la representación judicial de la mencionada contribuyente solicitó la condenatoria en costas del Fisco Nacional, fundamentándose para ello en la anulación del acto administrativo recurrido, la cual fue llevada a cabo por parte del entonces Ministro de Hacienda a través de la declaratoria de procedencia de la solicitud de gracia presentada por la contribuyente con anterioridad al inicio del proceso. En este orden de ideas, el Juzgado Superior Sexto declaró que no existía materia sobre la cual decidir, eximiendo al Fisco Nacional del pago de las costas procesales.

Ahora bien, el referido Tribunal fundamentó la improcedencia de la condenatoria en costas, interpretando que la anulación del acto administrativo impugnado no podía configurar bajo ninguna circunstancia un supuesto de convenimiento en la demanda, en virtud de que dicho medio de autocomposición procesal sólo puede materializarse “por medio de escrito presentado personalmente por la parte que lo suscriba, o por diligencia ante el secretario o acta ante el Tribunal, y de ninguna manera porque dicha declaratoria aparezca de un acto extrajudicial, aun cuando ello conste de documento público”.

En ese mismo sentido, el Tribunal de Instancia consideró –al igual que lo hizo años más tarde el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa–, que al “tratarse de un Órgano del Estado, para desistir o convenir en los procedimientos judiciales, deben cumplirse formalidades especiales, a las cuales en las cuales no se les exige a las partes en un proceso ordinario, donde solo debe estar presente la manifestación de voluntad de desistir del proceso o de convenir en las pretensiones de la contraparte”, concluyendo en consecuencia, que las resultas de la petición de gracia no puede asimilarse a un convenimiento y por ende se hace improcedente la condena en costas.

Si bien es cierto que consideramos acertada la decisión del sentenciador, queremos dejar en claro que tal aseveración no responde al apego irrestricto a la formalidad efectuado por el tribunal, sino que, en el caso concreto en análisis, el inicio del proceso y en consecuencia los gastos incurridos por la recurrente con ocasión del mismo, no tienen origen en la temeraria actuación

administrativa ya que el perdón de la deuda no implica un reconocimiento de la ilegalidad del acto administrativo y por ende una aceptación de las pretensiones procesales del contribuyente, situación ésta que imposibilita la existencia de supuesto de convenimiento tácito o expreso.

8.4 Sentencia del Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario, de fecha 15 de octubre de 1997, caso: Embotelladora la Perla, S.A., vs. Municipio Antolín del Campo del Estado Nueva Esparta

A diferencia de las posiciones jurisprudenciales acogidas en las decisiones anteriores, en el presente caso, el Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario consideró la procedencia de la condena en costas contra el Municipio, a partir del hecho de que éste último declaró mediante resolución decisoria del recurso jerárquico interpuesto por la contribuyente, la nulidad absoluta del acto administrativo objeto de impugnación por ante el referido tribunal, es decir, una vez que la contribuyente había ejercido por denegatoria tácita del recurso jerárquico su acción contenciosa en vía jurisdiccional, la autoridad tributaria municipal dejó sin efecto legal alguno la resolución recurrida. Así, el órgano judicial declaró que no tenía materia sobre la cual decidir, procediendo a condenar en costas al Municipio no por considerar que se trataba de un convenimiento (artículo 282 del CPC), sino “por permitir el desarrollo de un procedimiento contencioso-tributario hasta casi en conclusión, ocasionándole tanto a la contribuyente como al Organo (sic) Jurisdiccional la utilización de tiempo y dinero, sin ningún tipo de justificación que fundamente la decisión”, fundamentándose en consecuencia en el artículo 218 del Código Orgánico Tributario (norma que regulaba la condena en costas en materia tributaria) aplicable *rationae temporis*.

8.5 Sentencia del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario, de fecha 25 de marzo de 2004, caso: Petro-Lago, C.A., vs. SENIAT

En esta decisión de reciente data, el Juzgado Superior Noveno de lo Contencioso Tributario a través de la “homologación” del pronunciamiento administrativo mediante el cual se revocó el acto administrativo que dio origen

al proceso judicial, consideró procedente la condenatoria en costas de la Administración Tributaria Nacional, al concluir que si bien la actuación administrativa no configura en sentido estricto un convenio en materia civil, sus efectos y consecuencias sí constituían elementos suficientes para la procedencia de la aplicación del artículo 282 del CPC (costas por convenio).

Consideramos acertada la interpretación llevada a cabo por el Tribunal de instancia, en virtud de que dicho órgano administrador de justicia apartándose de formalidades extremas entró a analizar el verdadero fondo de la actuación administrativa, el cual no fue otro que el absoluto reconocimiento de la pretensión procesal anulatoria de la contribuyente, con la sola particularidad, que dicho reconocimiento fue llevado a cabo después de haber sido sustanciado casi en su totalidad un proceso judicial —el mismo fue verificado después de informes—. Asimismo, es de resaltar tal y como lo hace la decisión en su motiva, que la contribuyente pudo esperar el resultado del proceso judicial en el que obviamente obtendría un vencimiento total, situación ésta que indefectiblemente daría lugar a la condenatoria en costas del Fisco Nacional.

CONCLUSIONES

El régimen de la condenatoria en costas ha estado históricamente representado por tres sistemas fundamentales, a saber: *(i)* aquél en el que cada litigante sufra sus propios gastos con ocasión del pleito; *(ii)* un sistema intermedio, según el cual las costas serán soportadas o no por el vencido, conforme a determinadas condiciones; y, *(iii)* que dichos gastos sean soportados en su totalidad por la parte que haya resultado vencida.

Actualmente, el régimen de condenatoria en costas ha sido incluido fundamentalmente en los sistemas objetivo y subjetivo. A partir del sistema subjetivo, la parte que resulte vencida en un proceso judicial podrá ser exonerada del pago de los gastos procesales incurridos por su contendor o contraparte, siempre y cuando aquélla (parte vencida) haya tenido motivos racionales para litigar o lo haya hecho en ausencia de temeridad. Dicho sistema, se encuentra actualmente contemplado en nuestro ordenamiento jurídico vigente a través de la Ley Orgánica de Amparos sobre Derechos y Garantías Constitucionales y del Código Orgánico Tributario.

En virtud del sistema objetivo de costas, la condena se impone a todo vencido, haya habido o no temeridad de su parte al defender o sostener su derecho en juicio, bastando únicamente el vencimiento total (principio victus victori expensas debet) para que se le ordene el pago de los gastos procesales incurridos por el vencedor del juicio. En nuestro criterio, existe una evidente contradicción por parte de la Sala Político Administrativa del TSJ, en cuanto a la naturaleza de la condenatoria en costas prevista en el Código Orgánico Tributario de 2001, al ser considerada la misma por una parte como integrante del sistema subjetivo y por la otra como parte del sistema mixto.

En todo caso, somos de la opinión de que la regulación de las costas procesales prevista en el artículo 327 del Código Orgánico Tributario podría ser encuadrada dentro del sistema subjetivo de costas.

En criterio de la Sala Constitucional del TSJ, existe vencimiento total, cuando el demandado es absuelto totalmente o el actor obtiene en la definitiva todo lo que pide en el libelo.

Por otra parte, el convenimiento, entendido como presupuesto de procedencia de la condenatoria en costas se encuentra previsto expresamente en el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil. El convenimiento al que hacemos referencia a los efectos de dicha condena es el convenimiento total por ser este el medio que realmente pone fin al proceso o incidencia y en consecuencia ser el único que pudiera dar lugar al vencimiento total.

El desistimiento de la acción constituye igualmente un supuesto de procedencia de condenatoria en costas, ello a tenor de lo previsto en los artículos 282 y 320 del Código de Procedimiento Civil. Así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado con relación al caso concreto de la acción de amparo, que si la renuncia de la pretensión por parte del accionante se efectúa antes de darse inicio en el proceso a la fase del contradictorio, la condena en costas es improcedente.

En igual sentido, la referida Sala Constitucional ha manifestado que en los casos concretos de acción de amparo, el desistimiento no dará lugar a la condenatoria en costas si la demanda se fundamenta un justificado temor de violación de derechos constitucionales. De igual forma, se ha indicado que la

condena en costas es improcedente en los casos específicos de desistimientos llevados a cabo a través de una transacción.

Por lo que respecta a la materia concreta que nos ocupa, observamos que el ejercicio de la facultad de autotutela por parte de la Administración Tributaria, que se materializa mediante la revocatoria de actos ya impugnados en un proceso contencioso tributario, constituye un acto procesal, puesto que implica el accionar de una de las partes (demandado) que extingue la relación procesal entablada como consecuencia del recurso contencioso tributario interpuesto por el particular afectado (sujeto pasivo tributario o no).

Luego, a pesar de que dicha revocatoria no reviste desde el punto estrictamente formal un convenio, lo cierto es que posee los mismos efectos procesales extintivos, toda vez que tal actuación de la Administración Tributaria demandada pone fin al proceso intentado contra los actos revocados.

En consecuencia, esta revocatoria debe tenerse como un “convenio informal”, máxime en aquellos procesos en los cuales comparece la Administración Tributaria para consignar el acto contenido de la revocatoria y pedir que se ponga fin al juicio.

Adicionalmente, es de hacer notar que la aplicación de este criterio ayudaría a precaver procesos inútiles, puesto que pondría fin a los reparos temerarios formulados por las Administraciones Tributarias a pesar de que existen criterios pacíficos y reiterados en contra (*I.e.* Inclusión de “utilidades” para la contribución del INCE y rechazo de la compensación en el caso de los “dozavos” del Impuesto a los Activos Empresariales, por parte del SENIAT), toda vez que el peso económico de las costas actuaría como elemento disuasivo por lo que respecta a estas prácticas perniciosas.

Finalmente, vale destacar que la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha dejado sentado respecto a la condena en costas, los siguientes criterios: (i) Cuando se decreta sin solicitud de parte, ello no configura el vicio de ultra petita; (ii) La decisión mediante la cual se aplique debe ser expresa, positiva y precisa; (iii) Es accesoria de la condena principal; (iv) La omisión del juez de condenar en costas a la parte totalmente vencida no configura el vicio de incongruencia negativa; (v) No puede ser interpretada

como una sanción procesal; (vi) De conformidad con el Código de Procedimiento Civil, existen dos especies de condena en costas, la genérica y la específica; (vii) Es improcedente, cuando la contraparte victoriosa goza de algún privilegio procesal mediante el cual esté eximida de dicha condena.

Por su parte, la Jurisprudencia de la Sala Político Administrativa, asumiendo una posición formalista con relación al convenio previsto en el Código Orgánico Tributario, ha señalado que la revocatoria de los actos administrativos llevada a cabo por las Administraciones Tributarias no constituye un verdadero medio de autocomposición procesal (entendido como convenio), con lo cual ha considerado improcedente la condena en costas en dichos casos. En nuestra opinión, dicha posición resulta excesivamente formal y desatiende las realidades económicas que se desprenden hoy en día del proceso, razón por la cual se coloca de espaldas a la naturaleza de la institución de la condenatoria en costas.

Comentarios sobre algunas decisiones judiciales relativas al defensor *ad litem*

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN*

SUMARIO:

Introducción.

1. La figura del defensor judicial o defensor *ad litem*.
 2. Algunas decisiones judiciales de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia relativas a la figura del defensor *ad litem*.
 3. Obligaciones del defensor *ad litem*.
 4. Limitaciones derivadas de la propia naturaleza del defensor judicial.
 5. El sentido que debe dársele a la función del defensor judicial.
- A manera de conclusión.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada, Especialista en Derecho Procesal. *Doctorado en Derecho*, Tesista. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho*, Profesora Agregado, *Cátedra de Derecho Civil I Personas*, Jefe. *Instituto de Derecho Privado*, Investigadora Docente. Autora, entre otras, de **Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil**, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores No. 1, Caracas/Venezuela/ 2001, y numerosos ensayos difundidos en publicaciones especializadas.

INTRODUCCIÓN

La oportunidad de escribir sobre algún tópico de Derecho Procesal nos pareció propia para reflexionar, brevemente, sobre una figura muy trajinada en el foro judicial, a saber, el defensor *ad litem* o defensor judicial.

Sin embargo, el mismo no lo estudiaremos en una forma amplia y extensa sino únicamente comentaremos las funciones y limitaciones de éste importante auxiliar de justicia con ocasión a algunas decisiones judiciales.

De manera pues, que con las siguientes líneas deseamos simplemente reflexionar en torno al defensor *ad litem* a la luz de diversas sentencias. En consecuencia, hemos considerado conveniente prescindir de la doctrina general sobre la materia y nos centraremos básicamente en decisiones jurisprudenciales.

1. LA FIGURA DEL DEFENSOR JUDICIAL O DEFENSOR *AD LITEM*

El defensor judicial o defensor *ad litem*, se presenta dentro del proceso jurisdiccional como una necesidad derivada del derecho a la defensa de la parte demandada. Constituye así una formalidad esencial o fundamental del proceso contencioso en aquellos juicios en los cuales la parte demandada no ha podido ser citada personalmente.

Esto pues una vez que se han agotado las formalidades de la citación, si el demandado no ha hecho presente o no ha constituido apoderado judicial en el expediente a los fines de su defensa, es imperativo de ley que dicha representación la asuma un abogado que será nombrado por el Tribunal, a los fines de la continuación del proceso¹. Si el demandado no ha logrado ser emplazado personalmente y no atiende el juicio por sí o mediante apoderado, se precisa de la designación de un defensor con quien se entenderá la citación².

¹ Véase artículos 223, 224 y 232 del Código de Procedimiento Civil, que refieren que a falta de comparecencia del demandado "... se le nombrará defensor, con quien se entenderá la citación."

² Véase Corte Suprema de Justicia/Sala Político-Administrativa, Sent. 3-6-99, Jurisprudencia de Ramírez y Garay – en lo sucesivo J.R.G., T. 155, p. 482. Refiere que, de conformidad con los artículos 223, 609 y 614 del Código de Procedimiento Civil se precisa igualmente de un defensor *ad litem* a los fines de la cláusula compromisoria (ibid., pp. 481-483.)

A falta de citación personal del demandado la ley procesal dispone a los fines de la continuación del proceso la figura del defensor judicial o defensor *ad litem*, como proyección del derecho básico a la defensa, consagrado en el artículo 49 de la Carta Fundamental³.

Su intervención está pues supeditada a la carencia de citación personal, pues si ha tenido lugar ésta última aunque el demandado no haya constituido apoderado no se precisa la intervención del defensor judicial. El demandado, en tal caso se considera a derecho a los fines del proceso y si no constituye apoderado judicial o actúa asistido, es posible que a petición del demandado el Tribunal proceda a designarle un abogado, de conformidad con el artículo 4 de la Ley de Abogados⁴. Sin embargo, como es obvio ésta última figura no se corresponde con la del defensor judicial.

Respecto a la persona que será designado defensor dispone el artículo 225 del Código de Procedimiento Civil: “El Tribunal al hacer el nombramiento del defensor del defensor, dará preferencia, en igualdad de circunstancias, a los parientes y amigos del demandado o a su apoderado, si lo tuviere, oyendo cualquier indicación del cónyuge presente, si lo hubiere y quisiere hacerla”.

³ Véase Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional sentencia N° 531 del 14-4-05, En: www.tsj.gov.ve: Véase también en: J.R.G., T. 221, pp. 145- 149.” Ahora bien, establece el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil que una vez agotada la citación personal y la citación por carteles sin que el demandado compareciese, el Tribunal procederá al nombramiento de un defensor con quien se entenderá la referida citación. Dicha disposición fue prevista por el legislador con el fin de garantizar el derecho a la defensa del demandado dentro de un proceso, derecho que ha sido dispuesto por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a través del artículo 49, como uno de los derechos fundamentales inherentes a toda persona.”

⁴ Refiere dicho artículo: “Toda persona puede utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses. Sin embargo, quien sin ser abogado deba estar en juicio como actor, como demandado o cuando se trate de quien ejerza la representación por disposición de ley o en virtud de contrato, deberá nombrar abogado, para que lo represente o asista en todo el proceso.

Si la parte se negare a designar abogado esta designación la hará el Juez. En este caso la contestación de la demanda se diferirá por cinco audiencias. La falta de nombramiento a que se refiere este artículo será motivo de reposición de la causa, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al Juez con conformidad con la ley.” Véase: Corte 1ª de lo Contencioso Administrativo, Sent. 25-11-99, J.R.G., T. 159, pp. 256-258, la designación de abogado por parte del Juez, de conformidad con el artículo 4 de la Ley de Abogados, procede únicamente en relación a la parte demandada o accionada.

Al efecto, ha indicado el Máximo Tribunal que:

Cuando el legislador toma en cuenta que para la designación se prefiere a los apoderados, a los parientes y amigos del demandado, y se oiga a su cónyuge (si se tratare de persona natural, casada) lo que se está significando es que el defensor a nombrarse debe tener interés en la defensa, debido a sus nexos con el defendido, lo que demuestra que es la defensa plena la razón de la institución⁵.

De tal suerte que de ser posible la designación del defensor tendrá lugar entre abogados que sean parientes o amigos⁶ del demandado así como su apoderado si lo tuviere. Sin embargo, en la práctica es difícil que el Tribunal tenga conocimiento de los abogados en ejercicio que son parientes o amigos del demandado a los fines de su defensa. En cuanto, a la designación del apoderado del demandado como defensor, es menester la actualidad de dicha designación. Se ha considerado que cuando un defensor *ad litem* tiene el carácter de apoderado judicial de la demandada está válidamente citado desde la primera actuación que conste en autos de conformidad con los artículos 216 y 217 del Código de Procedimiento Civil.⁷

⁵ Véase sentencia Tribunal Supremo de Justicia/ Sala Constitucional, N° 33 del 26 de enero de 2004, en: www.tsj.gov.ve Véase también en: J.R.G., T. 208, pp. 102-107. Dicha decisión agrega “ (...) Tal norma (artículo 225 del Código de Procedimiento Civil), colide con la Ley de Abogados (artículo 4), que establece que la representación en juicio sólo corresponde a abogados en ejercicio, y aunque el defensor *ad litem* no es un mandatario; sin embargo, el espíritu de dicha ley especial -que debe ser respetado- es que la actividad procesal sea efectuada por abogados en ejercicio, por lo que los parientes y amigos mencionados en el artículo 225 citado, deben ser abogados para ser defensores, pero por el hecho de que no lo sean y no se les pueda nombrar, no surge razón para no consultarlos sobre cuál profesional del derecho será nombrado defensor, ya que lo que se busca es que quien asuma la defensa tenga interés en ella”. Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala de Casación Social, Sent. 144 del 12-6-01, J.R.G., T. 177, 850 y 851, considera que si el defensor designado a los codemandados defiende intereses contrapuestos procede la reposición de la causa.

⁶ Se aprecia un caso en que se repuso la causa al estado de contestación por cuanto se consideró que existía amistad íntima y comunidad de intereses entre la parte actora y el defensor judicial que afectaba la objetividad de éste último, véase, AMCST6, Sent. 26-2-98, J.R.G. T. 146, pp. 299-301 (Sent. N° 72-98 del Repertorio).

⁷ Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Casación Social, Sent. N° 0252 del 12-4-05, J.R.G., T. 221, pp. 628-631; “...La noción ante expuesta tiene una excepción contemplada en el propio artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que cuando ocurra alguna de las hipótesis previstas en el artículo 216 *eiusdem*, no es menester que el apoderado presente,

En todo caso, el auto mediante el cual se designa o revoca el nombramiento del defensor *ad litem*, no tiene apelación ni casación por ser una decisión de mera sustanciación que solo pretende ordenar el proceso.⁸

El defensor judicial surge como una necesidad del proceso, a los fines de preservar el derecho a la defensa de la parte demandada. La ausencia u omisión del defensor judicial en aquellos casos en que la ley prevé su intervención, no permite la constitución válida del proceso y vicia de nulidad las actuaciones correspondientes, por lo que su intervención constituye sin lugar a dudas una formalidad esencial.⁹ Formalidad que permite la continuación del juicio la cual interesa inclusive a la parte actora¹⁰. Y aun cuando en

cuando realiza la diligencia o cuando presencie un acto en el proceso, un poder con facultad expresa para darse por citado, pues en este caso, la citación surge de la presunción de que la parte está enterada de la demanda, y no de la facultad específica atribuida a su apoderado”. (ibid., p. 629). Véase igualmente: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Casación Social, Sent. N° 140 del 12-6-01, J.R.G., T. 177, pp. 844-848.

⁸ Corte Suprema de Justicia/Cas., Sent. 19-6-96, J.R.G., T. 138, pp. 535 y 536.

⁹ Véase en este sentido, sentencia Tribunal Supremo de Justicia/ Sala Constitucional, N° 33 del 26 de enero de 2004, en: www.tsj.gov.ve Véase también en: J.R.G., T. 208, pp. 102-107. “El derecho de defensa en el proceso, contemplado como derecho fundamental en el artículo 49 constitucional, se desarrolla legalmente mediante varias instituciones, siendo dos de ellas la de la defensoría y la de la necesidad de la doble instancia (la cual admite excepciones).

La institución de la defensoría se divide en pública, destinada a otorgar asistencia técnica integral a los imputados en el proceso penal que no contraten defensores particulares; y en privada, la cual opera en el proceso de naturaleza civil, bajo diversas figuras como la del defensor de quien goza de la declaratoria de justicia gratuita, o como la del defensor *ad litem*. Esta última clase de defensoría (*ad litem*) persigue un doble propósito: 1) Que el demandado que no puede ser citado personalmente, sea emplazado, formándose así la relación jurídica procesal que permite el proceso válido. Desde esta vertiente, la defensa obra incluso en beneficio del actor, ya que permite que el proceso pueda avanzar y se dicte la sentencia de fondo. 2) Que el demandado que no ha sido emplazado o citado, se defiende, así no lo haga personalmente.”

¹⁰ Véase Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, sentencia N° 531 del 14-4-05. En: www.tsj.gov.ve Véase también en: J.R.G., T. 221, pp. 145- 149; “Señala esta Sala que la designación de un defensor *ad litem* se hace con el objeto de que el demandado que no pueda ser citado personalmente, sea emplazado y de este modo se forme la relación jurídica procesal que permita el desarrollo de un proceso válido, emplazamiento que incluso resulta beneficioso para el actor, ya que permite que la causa pueda avanzar y se logre el resultado perseguido como lo es la sentencia; el abogado que haya sido designado para tal fin juega el rol de representante del ausente o no presente, según sea el caso y tiene los mismos poderes de un apoderado judicial, con la diferencia que, su mandato proviene de la Ley y con la excepción de las facultades especiales previstas en el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil. Por tanto, mediante

multiplicidad de casos el defensor *ad litem* no logre contactar a su representado no obstante las diversas gestiones realizadas, su intervención formal podrá convertirse en sustancial en el caso de aquellas defensas o excepciones que no precisan de un contacto directo con el demandado. En otros casos, ciertamente sus posibilidades de actuación se ven sustancialmente limitadas porque su defensa o excepción precisa de la prueba del pago o de otros medios extintivos de las obligaciones y el defensor judicial ni siquiera está en condiciones de saber si los instrumentos que se le oponen emanan de su representado.

Sus facultades y deberes se corresponden con las necesarias a los fines de garantizar la defensa de su representado. Obviamente, debe velar por el cumplimiento de sus deberes fundamentales pues inclusive ha jurado cumplirlos fielmente. En efecto, simultáneamente a la aceptación del cargo el defensor debe juramentarse ante el *Juez* y el Secretario¹¹, siendo fundamental la

el nombramiento, aceptación de éste, y respectiva juramentación ante el Juez que lo haya convocado, tal como lo establece el artículo 7 de la Ley de Juramento, se apunta hacia el efectivo ejercicio de la garantía constitucional de la defensa del demandado a la que se ha hecho mención.”

¹¹ De conformidad con el artículo 104 del Código de Procedimiento Civil. Las diversas decisiones judiciales citan igualmente el artículo 7 de la Ley de Juramento. En la generalidad de los casos se alude a que la juramentación debe estar firmada por el Juez además del Secretario, aunque tenga lugar por diligencia, véase: AMCST2, Sent. 21-1-99, J.R.G., T. 150, pp. 140 y 141, se evidencia que el acto de juramentación fue cumplido porque consta fecha cierta, nombre de la designada para asumir la defensa del demandado, aceptación de tal designación, el juramento de cumplir fielmente la función que le ha sido encomendada y fue suscrito por Juez y Secretario como exige la ley; AMCST5, Sent. 15-10-99, J.R.G., T. 158, pp. 200 y 201, una diligencia suscrita por la Secretaria, el diligenciante y la Juez, “*deja de ser diligencia y se convierte en acta*” llenándose así la exigencia legal referida a la Ley de Juramento. Véase en el mismo sentido de prescindir de formalismos exagerados: Corte Suprema de Justicia/Sala de Casación Penal, sent. N° 2140 del 19-11-99, J.R.G., T. 159, pp. 543 y 544, refiere que el abogado defensor al aceptar el cargo ofreció su compromiso de cumplir bien y fielmente los deberes inherentes al mismo. El hecho de haber obviado la palabra “juro” no conlleva la falta del mismo. (ibid., p. 543). Se aprecia excepcionalmente sentencias que señalan que la juramentación debe tener lugar por *acta* y no por *diligencia*: Tribunal Supremo de Justicia/Sala de Casación Social, Sent. N° 371 del 9-8-00, J.R.G., T. 168, pp. 573-576; Corte Suprema de Justicia/Casación, Sent. 10-3-98, J.R.G., T. 146, pp. 556 y 557; AMCSMT1, Sent. 16-9-96, J.R.G., T. 139, pp. 22 y 23. Sin embargo, es de observar que si están llenos los extremos del Juramento dicha distinción es enteramente intrascendente. Véase en este último sentido: Corte Suprema de Justicia/Cas. Tribunal Constitucional, Sent. 2-6-98, J.R.G., T. 147, pp. 552-555, se trata de un amparo

intervención del Juzgador al punto que en algunos casos se ha llegado a considerar la reposición de la causa en razón de la nulidad de las actuaciones¹², en tanto que en otros casos, acertadamente –en nuestra opinión– se ha atendido al criterio relativo a que se alcanzó el fin pretendido por la ley por lo que la reposición sería inútil en atención al artículo 206 del Código de Procedimiento Civil y 26 de la Constitución¹³.

declarado CON lugar porque el Superior declaró nula la juramentación de la defensora judicial hecha ante el Secretario y el Juez, actuando la defensora como diligenciante; Se indica que el artículo 7 de la Ley de Juramento señala que los Jueces y demás funcionarios judiciales prestarán juramento ante el Juez o Tribunal que los haya convocado, y el artículo 104 del Código de Procedimiento Civil prevé que el Secretario suscribirá con el Juez contestaciones, recusaciones, aceptaciones, etc., es decir, *lo que previó la ley es que la juramentación debe hacerse ante el Juez y que el Secretario debe suscribirla* (destacado nuestro).

¹² Véase en este sentido: AMCST5, Sent. 5-3-03, J.R.G., T. 197, pp. 63 y 64; Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. 604 del 25-3-03, J.R.G., T. 197, pp. 291-299; Tribunal Supremo de Justicia/Sala de Casación Social, Sent. N° 371 del 9-8-00, J.R.G., T. 168, pp. 573-576; Corte Suprema de Justicia/Casación, Sent. 10-3-98, J.R.G., T. 146, pp. 556 y 557; AMCST3, Sent. 28-5-98, J.R.G., T. 147, pp. 142-144; Corte Suprema de Justicia/Cas., Sent. 19-11-97, J.R.G., T. 145, pp. 504 y 505; AMCST2, Sent. 10-10-96, J.R.G., T. 140, pp. 133 y 132; Corte Suprema de Justicia/Cas., Sent. 23-10-96, J.R.G., T. 140, pp. 441 y 442; AMSCMT1, Sent. 16-9-96, J.R.G., T. 139, pp. 22 y 23; Corte Suprema de Justicia/Cas., Sent. 7-12-95, J.R.G., T. 136, pp. 452 y 453; DFMEMSCMT9, Sent. 3-6-93, J.R.G., T. 125, pp. 57 y 58; Corte Suprema de Justicia/Cas., Sent. 12-3-92, J.R.G., T. 120, pp. 580 y 581; DFEMSCMT1, Sent. 26-5-92, J.R.G., T. 121, pp. 11 y 12.

¹³ Véase en este sentido: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. N° 3543 del 18 de diciembre de 2003, J.R.G., T. 206, p. 234, “ya que de los autos se observa que en el referido juicio fueron ejercidos tanto por la defensor *ad litem* como por el demandante todos los medios de defensa que el ordenamiento prevé, por lo que su reposición no modificaría el fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia”. En el mismo sentido: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. N° 323 del 4-5-00, J.R.G., T. 165, pp. 301 y 302, las actuaciones desplegadas por el defensor convalidaron su falta de juramentación ante el Juez por lo que la defensa permaneció incólume en el proceso y una reposición sería inútil. Véase: Corte Suprema de Justicia/Cas., Sent. 23-4-98, J.R.G., T. 147, pp. 329-331, se casa la sentencia que repuso la causa por la no juramentación del defensor ante el Juez, pues considera la Sala que antes de decretar tal reposición por omisiones formales en el acto de juramentación ha debido el Tribunal reflexionar, si la falta de tal formalidad está prescrita como causa de nulidad, si el requisito del acta ante el Juez era indispensable para alcanzar el fin y si el acto obtuvo la finalidad para el cual estaba destinado; al no ponderarse tales aspectos se infringió el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil. Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala de Casación Social, Sent. N° 110 del 10-5-00, J.R.G., T. 165, pp. 718 y 719, carece de legitimación la parte actora para denunciar que debió reponerse el juicio debido a que la defensora *ad litem* no fue juramentada ante el Juez.

Ahora bien, algunas afirmaciones que se aprecian en diversas decisiones judiciales permiten reflexionar sobre el alcance de la intervención del defensor y sobre el sentido útil de diversas actuaciones que inclusive serían discutibles en el caso del defensor privado. De seguidas, veremos diversas referencias jurisprudenciales al respecto.

2. ALGUNAS DECISIONES JUDICIALES DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA RELATIVAS A LA FIGURA DEL DEFENSOR *AD LITEM*

Vale la pena referir algunas sentencias relativamente recientes que ha dictado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en las que se alude expresamente a la figura del defensor *ad litem*.

2.1 Sentencia N° 967 del 28 de mayo de 2002¹⁴

En tal decisión la Sala, con ponencia del magistrado Iván Rincón Urdaneta, indicó:

A este respecto, resulta imperioso para esta Sala aclarar varios puntos:

En principio, es necesario recordar que el derecho a la defensa es evidentemente de orden público y se encuentra garantizado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 49 numeral 1, el cual dispone: “La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso”. Si no existe derecho a la defensa en cualquier proceso éste se encontrará viciado de nulidad. El legislador, previó claramente que en los casos en que no se encontrara a la parte demandada el Tribunal debía nombrar un abogado, a los fines de garantizar ese derecho a la defensa.

Así, la persona que ocupa este cargo juega el rol de representante del ausente o no presente, según sea el caso y tiene los mismos poderes de un apoderado judicial, con la diferencia que su mandato proviene de la Ley y con la excepción de las facultades especiales previstas en

¹⁴ Véase En: www.tsj.gov.ve Véase también en: J.R.G., T. 189, pp. 400-406.

el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil. Por tanto, mediante el nombramiento, aceptación de éste, y respectiva juramentación ante el Juez que lo haya convocado, tal como lo establece el artículo 7° de la Ley de Juramento, se hace efectiva la garantía constitucional de la defensa del demandado.

En el presente caso se puede constatar que el Juzgado accionado, basándose en los argumentos anteriormente señalados, nombró un defensor **ad litem** para garantizar la defensa de la parte demandada en el juicio y que el 16 de julio de 2001, la abogada designada para desempeñar dicho cargo, abogada..., aceptó el mismo y prestó juramento ante el Juez, de acuerdo al artículo 7 de la Ley de Juramento.

Siendo ello así, no hay dudas para la Sala que la actuación del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas estuvo ajustada a derecho, ya que el derecho a la defensa y las disposiciones legales que la protegen son de eminente orden público, cuya inobservancia ocasiona un menoscabo a la defensa de la parte que no se encuentre en el juicio y quebranta de esta manera el principio de igualdad procesal contenido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y previsto a su vez en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil.

De seguidas la Sala hace referencia a algunos señalamientos relativos al procedimiento especial de hipoteca¹⁵ y agrega:

¹⁵ “Ahora bien, en cuanto al decreto de embargo solicitado por el demandante es necesario resaltar –previo cuestionamiento de la sentencia consultada– el contenido del artículo 662 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone lo siguiente:

“Si al cuarto día no acreditan el deudor o el tercero haber pagado, se procederá al embargo del inmueble, y se continuará el procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el Título IV, Libro Segundo de este Código, hasta que deba sacarse a remate el inmueble. En este estado se suspenderá el procedimiento si se hubiere formulado la oposición a que se refiere el artículo 663...”.

El contenido de la norma transcrita **ut supra** expresa que si al cuarto día de intimados los deudores no acreditan el pago exigido, se procederá al embargo del inmueble hipotecado, y se continuará el procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el Título IV, Libro 2° del mismo código, hasta que se saque a remate el inmueble; la misma disposición consagra que si se hace oposición a la ejecución dentro de los ocho días de la intimación, se suspende el procedimiento, y si la oposición llena los extremos exigidos en el artículo 663 **eiusdem**, el juez declarará el procedimiento abierto a pruebas y la sustanciación continúa por los trámites del procedimiento ordinario hasta que deba sacarse a remate el inmueble hipotecado.

La Sala de Casación Civil en sentencia del 19 de marzo de 1997, caso: Banco Industrial de Venezuela contra Ferro Pigmentos C.A., estableció lo siguiente:

(...) Visto lo anterior, considera esta Sala, congruente con las disposiciones transcritas *ut supra*, que la defensora *ad-litem* de la intimada debió hacer uso de la oposición que le confiere el artículo 662 del Código de Procedimiento Civil, por lo que no hacer uso del mismo denota falta de interés por parte de la ejecutada de manifestar sus derechos y ejercer los medios procesales que le consagra la ley, por lo que estima esta Sala, que el juez de primera instancia al constatar que la defensora *ad-litem* tomó posesión del cargo el 16 de julio de 2001 y que pasados cuatro días desde su juramentación no hizo uso de la oposición que le confiere la ley, debió ordenar el embargo del inmueble y continuar el procedimiento conforme lo dispone el artículo 662 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente la Sala señala que coincide con el Juzgado Superior al haber declarado con lugar la acción de amparo en razón de la infracción de los derechos denunciados por la parte accionante, por lo que confirma dicha declaratoria con lugar de la acción de amparo ejercida por los accionantes contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.¹⁶ La citada

“... La oposición a la ejecución de hipoteca, prevista en el artículo 663 del Código de Procedimiento Civil, constituye propiamente la oportunidad que tiene la parte ejecutada para contestar la pretensión del ejecutante...

Evidentemente, lo que se decida en la oposición es trascendental, por cuanto constituye la única oportunidad de defensa al fondo del asunto, que tiene el ejecutado...” (Subrayado de la Sala).”

¹⁶ Agrega: “Tal forma de proceder por parte del *a quo* lesionó el orden público, e infringió de los artículos 15, 206 y 208 del Código de Procedimiento Civil, además de los derechos denunciados como conculcados por la parte accionante, pues como se ha sostenido reiteradamente, no le es dable a las partes, ni aún al juez, alterar las formas procesales con que el legislador ha revestido la tramitación de los juicios, razón por la cual esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia coincide en este sentido con el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y confirma, en los términos aquí señalados, la decisión dictada por ese tribunal el 24 de agosto de 2001.

... Por los razonamientos expuestos, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley **CONFIRMA** la sentencia dictada por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas del 24 de agosto de 2001, que declaró **CON LUGAR** la acción de amparo constitucional interpuesta por los ciudadanos ... contra el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil Mercantil y Tránsito de la misma Circunscripción Judicial” (mayúsculas y negrillas del original).

decisión refiere la necesidad formal del defensor *ad litem* en el proceso a fin de garantizar el derecho a la defensa de la parte demandada y adicionalmente de su lectura sutilmente¹⁷ se desprende que el lapso para hacer oposición comenzó a correr a partir de la fecha de aceptación y juramentación del defensor, pues indica que “*se tomó posesión del mismo*” y pasados cuatro días desde la juramentación no se hizo uso de la oposición. No obstante cabe aclarar que el lapso a los fines de oposición en el procedimiento especial de hipoteca es de ocho (8) días y no de cuatro (4) de conformidad con el artículo 663 del Código Adjetivo, aunque en los primeros tres días (3) deba acreditarse el pago de conformidad con el artículo 662 *eiusdem*, pues de lo contrario se procede al embargo del inmueble al cuarto (4to) día.¹⁸ De tal suerte, que de tomarse el criterio indicado, en todo caso el defensor tendría ocho (8) días para formular oposición pues en modo alguno tal posibilidad de defensa culmina al cuarto día.

A raíz de dicha decisión, algunos Tribunales de Instancia del Área Metropolitana de Caracas han considerado que de conformidad con dicha sentencia, el lapso para contestar la demanda ha de computarse a partir de la fecha de la aceptación y simultánea *juramentación* del defensor, sin necesidad de citación, y así lo advierten expresamente en el auto de designación del defensor y en la correspondiente boleta de notificación. Otros Tribunales de Primera Instancia y especialmente los de Municipio adoptan el criterio de que con posterioridad a la notificación y juramentación, se precisa adicionalmente de la citación del defensor a los fines de que comience a correr el lapso para la contestación de la demanda. Este último criterio, está particularmente justificado en aquellos procedimientos en que el lapso de contestación para la demanda es corto o abreviado, como el caso del juicio breve o del procedimiento de ejecución de hipoteca (que curiosamente era el que se indicaba en la sentencia comentada). Esto último porque el defensor precisa de un tiempo mínimo a los fines de tratar de ubicar a su representado y adicionalmente porque el defensor en principio no es un apoderado judicial que pueda

¹⁷ Decimos “sutilmente” porque la citada decisión no explana o explica detalladamente lo relativo al cambio del criterio reiterado sobre la necesidad de citación del defensor judicial.

¹⁸ La sentencia indica que “... la defensora *ad-litem* tomó posesión del cargo el 16 de julio de 2001 y que pasados cuatro días desde su juramentación no hizo uso de la oposición que le confiere la ley, debió ordenar el embargo del inmueble...”.

entenderse citado tácitamente¹⁹ o que tenga facultad expresa para darse por citado²⁰ sino que precisa de las formalidades de citación.

La necesidad de citación del defensor judicial se aprecia en diversas decisiones judiciales del Máximo Tribunal, indicándose que “No puede entenderse que el acto de aceptación del cargo de defensor *ad litem*, pueda constituir un acto de citación presunta de acuerdo al artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, pues es necesario que el acto de citación cumpla con una serie de formalidades requeridas por la ley, toda vez que el defensor *ad litem* no puede ser considerado un apoderado judicial designado por la parte, sino un funcionario nombrado por el Tribunal.”²¹ Se aprecia una decisión de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que señala que el defensor *ad litem* debe dejar que la parte actora impulse su citación, y en consecuencia no debe darse por citado.²² En efecto, los Tribunales de Instancia generalmente han considerado que es contrario a derecho que el defensor *ad litem* se de espontáneamente por citado a través de diligencia.²³ Ello salvo la excepción indicada para el caso de que el defensor *ad litem* designado sea apoderado judicial de la demandada, donde

¹⁹ Véase artículo 216 del Código de Procedimiento Civil.

²⁰ Véase artículo 217 del Código de Procedimiento Civil.

²¹ Véase: Tribunal Supremo de Justicia/ Sala de Casación Civil, Sent. 00603 del 15 de julio de 2004, J.R.G., T. 213, pp. 415-421. Véase también: Véase: Tribunal Supremo de Justicia/ Sala Político-Administrativa, Sent. 00746 del 30-6-04, J.R.G., T. 212, pp. 458-461, tomando en consideración el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, ya que si el poder, para el caso del apoderado judicial, o la autorización judicial previa en el caso del defensor, no contienen una habilitación expresa para ejercer dicha facultad (darse por citado), debe entenderse entonces que no será procedente la aplicación de la figura consagrada en el artículo 216 *eiusdem*.

²² Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Político-Administrativa, J.R.G., T. 191, Sentencia 19-9-02, p. 534, la sentencia refiere que no debió la defensora darse por citada un día y al día siguiente oponer cuestiones previas, lo cual evidencia a juicio de la Sala una conducta alejada de la ética que los profesionales del Derecho deben guardar en el cumplimiento de sus elevadas funciones como servidores de la justicia.

²³ Véase: AMCSFM1, Sent. 10-6-99, J.R.G., T. 155, pp. 50 y 51 (Nº 1256-99 del Repertorio). Véase el mismo sentido relativo a que el defensor no puede darse por citado: DFMEMST1, Sent. 8-11-90, J.R.G., T. 114, pp. 81 y 82. En sentido contrario, véase: AMCSCMT7, Sent. 31-7-96, J.R.G., T. 139, pp. 37y 38, refiere que el defensor judicial puede darse por citado sin esperar la citación del Alguacil.

según ha referido la jurisprudencia procedería la citación tácita a la notificación.²⁴

De tal suerte, que en cuanto a las formalidades para asumir el cargo de defensor, se distingue la *designación* del Tribunal, la *notificación*²⁵ del mismo, la *aceptación*²⁶ y *simultánea juramentación*; y en algunos Tribunales se precisa adicionalmente de la *citación*. Los tribunales que prescinden de la citación lo advierten expresamente en el auto correspondiente²⁷. De lo contrario, con posterioridad a la juramentación, el actor debe impulsar la citación del defensor, solicitándola expresamente y consignando al efecto los fotostatos correspondientes para la expedición de la compulsa del defensor.

2.2 Sentencia N° 33 del 26 de enero de 2004.²⁸ Deber del defensor judicial de comunicarse con el demandado. Improcedencia de confesión ficta. Reposición

La Sala Constitucional del Máximo Tribunal, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, señaló lo siguiente:

Ahora bien, la función del defensor *ad litem*, en beneficio del demandado, es el de defenderlo, el que el accionado pueda ejercer su derecho de defensa, lo cual supone que sea oído en su oportunidad legal. De allí, que no es admisible que el defensor *ad litem* no asista a contestar la demanda, y que por ello se apliquen al demandado los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. El defensor *ad litem* ha sido previsto en la ley (Código de Procedimiento Civil),

²⁴ Véase *supra* N° 1. Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Casación Social, Sent. N° 0252 del 12-4-05, J.R.G., T. 221, pp. 628-631; Tribunal Supremo de Justicia/Sala Casación Social, Sent. N° 140 del 12-6-01, J.R.G., T. 177, pp. 844-848.

²⁵ Generalmente se conceden de uno (1) a tres (3) días para la aceptación o excusa contados a partir que conste en autos la notificación.

²⁶ Véase: AMCST5, Sent. 24-2-99, J.R.G., T. 151, pp. 210 y 211, el defensor *ad litem* puede renunciar al término para aceptar o excusarse porque ese término se otorga a favor del nombrado, no así el termino para contestar la demanda.

²⁷ Haciendo mención expresa a la citada sentencia de la Sala Constitucional de fecha 28 de mayo de 2002.

²⁸ Véase sentencia Tribunal Supremo de Justicia/ Sala Constitucional, N° 33 del 26 de enero de 2004, en: www.tsj.gov.ve Véase también en: J.R.G., T. 208, pp. 102-107.

para que defienda a quien no pudo ser emplazado, no para que desmejore su derecho de defensa.

Pero debe la Sala, en aras a delinear las relaciones del derecho de defensa y la función del defensor *ad litem*, proceder a analizar, como debe encarar tal función el defensor, a fin de cumplir con ella cabalmente.

En este sentido, la Sala considera que es un deber del defensor *ad litem*, de ser posible, contactar personalmente a su defendido, para que éste le aporte las informaciones que le permitan defenderlo, así como los medios de prueba con que cuente, y las observaciones sobre la prueba documental producida por el demandante.

El que la defensa es plena y no una ficción, se deduce del propio texto legal (artículo 226 del Código de Procedimiento Civil), que prevé el suministro de las litis expensas para el defensor, lo que significa que él no se va a limitar a contestar la demanda, sino que realizará otras actuaciones necesarias (probatorias, etc.) a favor del demandado.

Lo expuesto denota que para que el defensor cumpla con su labor, es necesario, que de ser posible, entre en contacto personal con el defendido, a fin de preparar la defensa.

Para tal logro no basta que el defensor envíe telegramas al defendido, participándole su nombramiento, sino que para cumplir con el deber que juró cumplir fielmente, debe ir en su búsqueda, sobre todo si conoce la dirección donde localizarlo.

(...)

En el caso de autos, constaba en el expediente laboral la dirección del demandado, antes de la fecha del nombramiento del defensor. Luego, era impremitible que el defensor acudiera a la dirección del defendido a preparar la defensa, a menos que éste se negare, no bastando a ese fin enviarle un telegrama notificándole el nombramiento. Si el defensor no obra con tal diligencia, el demandado queda disminuido en su defensa, por lo que la decisión impugnada, que no tomó en cuenta tal situación, infringió el artículo 49 constitucional y así se declara.

Seguidamente el Tribunal declaró con lugar el amparo interpuesto, procedió a anular las actuaciones correspondientes y repuso la causa al estado de nueva citación del demandado en primera instancia.²⁹

²⁹ Al efecto concluye la Sala: “Por las razones expuestas, la Sala declara con lugar el amparo propuesto y, en consecuencia, SE ANULA la sentencia del 14 de marzo de 2002, pronunciada

La Sala resalta la función primordial de defensa que ejerce el defensor respecto de quien no ha podido ser emplazado personalmente e insiste en la importancia de que el defensor judicial de ser posible vaya en la búsqueda personal de su representado a los fines de preparar su defensa.³⁰ Tal sentencia permite la reposición de la causa en aquellos casos en que el defensor no ha efectuado las diligencias necesarias a los fines de contactar a su representado.³¹ Esta interpretación ha sido ratificada en otras decisiones tanto de la misma Sala Constitucional³² como de otras Salas³³. Así mismo, en forma acertada, la Sala Constitucional se pronunció en torno a la improcedencia de la confesión ficta en el caso de que el defensor judicial no conteste la demanda, pues en modo alguno éste puede agravar la situación de su representado, cuando su objeto es precisamente su defensa. Finalmente, ante el incumplimiento primario de los deberes del defensor, en aras de preservar el derecho a la defensa, se ordena la reposición de la causa.

por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, se ANULAN las actuaciones de la primera instancia a partir de los carteles y se REPONE el juicio al estado de nueva citación del demandado en la primera instancia. Así se decide.” La Sala adicionalmente remitió las actuaciones del expediente al correspondiente Colegio de Abogados: “... Dada la actuación de la abogada ..., como Defensora **ad litem**, la Sala acuerda remitir copia de la presente decisión al Colegio de Abogados del Estado Carabobo, a los fines de que un Tribunal Disciplinario investigue los aspectos disciplinarios correspondientes a la actuación de dicha abogada.³⁰ Siendo la búsqueda de su representado la obligación previa a la contestación más importante del defensor, según veremos *infra* N° 3, por cuanto en ocasiones ésta será vital a los fines de una efectiva defensa.

³¹ Aun cuando la sentencia refiere que no es suficiente el envío de telegrama sino que el defensor debe ir en búsqueda del demandado personalmente, por cuanto esto es muy difícil de probar, creemos que es recomendable que conste en el expediente el envío del telegrama como muestra de las diligencias efectuadas por el defensor.

³² Véase Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional sentencia N° 531 del 14-4-05, En: www.tsj.gov.ve; Véase también en: J.R.G., T. 221, pp. 145- 149.

³³ Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Casación Social, Sent. 0212 del 7 de abril de 2005, J.R.G., T. 221, pp. 614-619.

2.3 *Sentencia N° 531 del 14 de abril de 2005.*³⁴ *Improcedencia de confesión ficta. Deber de vigilancia del Juzgador respecto de la actuación del defensor. Reposición*

La Sala Constitucional del Máximo Tribunal con ponencia del Magistrado Arcadio Delgado Rosales, ante la declaración de confesión ficta del Juez de Primera Instancia por la no contestación de la demandad del defensor *ad litem* señaló:

(...) Infiere esta Sala de los alegatos esgrimidos por el recurrente, que su acción de amparo se encuentra más bien dirigida a atacar la negligencia mostrada por el abogado designado como defensor *ad litem*, en la oportunidad de realizar su función de defensa a favor de éste, pues parte de tal circunstancia para además alegar que el Juzgado de Primera Instancia incurrió en violaciones constitucionales, toda vez que dicho órgano jurisdiccional no instó o exhortó al referido defensor para el cumplimiento de su labor, en pro de sus derechos como parte del proceso, en su condición de demandado.

(...) Sin embargo en el caso de autos, el abogado designado como defensor del demandado no cumplió con los deberes inherentes a su cargo, puesto que se evidencia del estudio hecho a las actas, que una vez aceptado el cargo y juramentado para el cumplimiento de dicha actividad, su participación en la defensa de los derechos de su representado fue inexistente, ya que el mismo no dio contestación a la demanda interpuesta y ni siquiera impugnó la decisión que le fue adversa a dicho representado; por lo que visto que el defensor *ad litem* tiene las mismas cargas y obligaciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil con respecto a los apoderados judiciales, esta negligencia demostrada por el abogado..., quien juró cumplir bien y fielmente con los deberes impuestos, dejó en desamparo los derechos del entonces demandado.

Aunado a lo anterior, considera esta Sala que el Juez como rector del proceso debe proteger los derechos del justiciable, más aún cuando éste no se encuentra actuando personalmente en el proceso y su defensa se ejerce a través de un defensor judicial, pues como tal debe velar por la adecuada y eficaz defensa que salvaguarde ese derecho

³⁴ En: www.tsj.gov.ve Véase también en: J.R.G., T. 221, pp. 145-149.

fundamental de las partes, por lo que en el ejercicio pleno de ese control deberá evitar en cuanto le sea posible la transgresión de tal derecho por una inexistente o deficiente defensa a favor del demandado por parte de un defensor ad litem.

Asimismo, ha sido criterio de la doctrina que el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil constriñe al Juez a evitar el perjuicio que se le pueda causar al demandado, cuando el defensor ad litem no ejerce oportunamente una defensa eficiente, ya sea no dando contestación a la demanda, no promoviendo pruebas o no impugnando el fallo adverso a su representado, dado que en tales situaciones la potestad del juez y el deber de asegurar la defensa del demandado le permiten evitar la continuidad de la causa, con el daño causado intencional o culposamente por el defensor del sujeto pasivo de la relación jurídica procesal en desarrollo; por lo que corresponderá al órgano jurisdiccional -visto que la actividad del defensor judicial es de función pública- velar por que dicha actividad a lo largo de todo el iter procesal se cumpla debida y cabalmente, a fin de que el justiciable sea real y efectivamente defendido.

En el caso bajo análisis observa esta Sala que, si bien es cierto que el Juzgado Primero de Primera Instancia realizó todo lo conducente en un principio para la tutela del derecho a la defensa del demandado, como lo reflejan sus intentos de citación, y vista su imposibilidad el posterior nombramiento de un defensor ad litem, aquel al avistar el cúmulo de omisiones por parte del defensor judicial que devenían en una violación del derecho a la defensa del demandado ausente, debió en la oportunidad de dictar su decisión de fondo, como punto previo, reponer la causa al estado en que dejó de ejercerse eficientemente la defensa del demandado, actividad que podía perfectamente realizar atendiendo a lo establecido en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dado que, con la declaratoria con lugar de la demanda, con fundamento en la confesión ficta del demandado –por la omisión del defensor ad litem- vulneró el orden público constitucional, cuya defensa indiscutiblemente correspondía a dicho órgano jurisdiccional.

(....) Es decir, que no resulta suficiente que el Tribunal asegure los trámites que concluyen con la aceptación y juramentación del defensor ad litem, sino que la actuación debe ser vigilada en todo momento por el órgano jurisdiccional, a los fines de que esa participación por parte dicho defensor se haga activa, y de esta forma se garantice el derecho a la defensa del justiciable.

Prevía referencia de decisiones anteriores de la misma Sala³⁵ la decisión que comentamos señaló que la falta de contestación de la demanda por parte del defensor, la declaración de confesión ficta del Juez de Primera Instancia y la negativa del Superior a declarar la reposición, se traduce en una violación al derecho a la defensa. El Máximo Tribunal indicó que **no** puede existir *confesión ficta* por parte del defensor *ad litem*³⁶ y que de darse tal situación, el Juzgador como rector y vigilante del proceso, ha de tomar los correctivos necesarios a los fines pertinentes, ciertamente a través de la reposición. De allí que en el caso concreto la Sala ordenó la reposición al estado de nueva citación del demandado.³⁷

³⁵ Agrega la decisión: “Ciertamente, es necesario señalar que esta Sala a través de su fallo N° 967 del 28 de mayo de 2002, en un caso análogo, indicó que bastaba con el nombramiento y posterior juramentación del defensor *ad litem* por parte del órgano jurisdiccional, para garantizar el derecho a la defensa de la parte demandada en juicio; sin embargo, el 26 de enero de 2004, al asumir un nuevo criterio, esta Sala fue más allá y estableció mediante decisión N° 33, que “(...) la función del defensor *ad litem*, en beneficio del demandado, es el de defenderlo, el que el accionado pueda ejercer su derecho de defensa, lo cual supone que sea oído en su oportunidad legal. De allí, que no es admisible que el defensor *ad litem* no asista a contestar la demanda, y que por ello se apliquen al demandado los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. El defensor *ad litem* ha sido previsto en la ley (Código de Procedimiento Civil), para que defienda a quien no pudo ser emplazado, no para que desmejore su derecho de defensa. (...omisis...) Si el defensor no obra con tal diligencia, el demandado queda disminuido en su defensa, por lo que la decisión impugnada, que no tomo en cuenta tal situación, infringió el artículo 49 constitucional y así se declara”.

³⁶ Véase también: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Casación Social, Sent. 0212 del 7 de abril de 2005, J.R.G., T. 221, pp. 614-619. Véase igualmente la citada decisión de la Sala Constitucional No. 33 del 26-1-04.

³⁷ “Vista la transición en cuanto al criterio que había venido sosteniendo la Sala, y dado que con esta última decisión se arribó a la consideración de que esa deficiente o inexistente defensa por parte del defensor judicial vulnera el derecho a la defensa de quien representa, derecho que en virtud de su importancia debe ser protegido en todo momento por el órgano jurisdiccional, se estima que el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, no debió con su decisión convalidar la actuación del defensor *ad litem*, ya que la misma dejaba en franca indefensión al ciudadano ... y atentaba contra el orden público constitucional, razón por la cual y dado que esta Sala en todo momento está llamada a garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se anulan todas las actuaciones realizadas en la primera instancia a partir y se repone el juicio al estado de que se ordene una nueva citación del demandado en dicha instancia. Así se decide.

Se aprecia así de las dos últimas decisiones citadas de la Sala Constitucional que la función del defensor judicial es vital como garantía de defensa y por ende el incumplimiento primario de su función debe ser supervisado por el órgano jurisdiccional, de ser necesario a través de la reposición. De tal suerte, pues que por la naturaleza de su intervención y el órgano que lo designa, no se puede pretender que las consecuencias de su actuación reciban el mismo tratamiento que las del defensor privado por parte del Juzgador, quien es vigilante y director del proceso; la designación del defensor privado emana de la parte en tanto que la del defensor *ad litem* proviene del propio Tribunal. En consecuencia, la indefensión del primero es imputable a la selección del demandado ante quien responderá personalmente; en tanto que el Juzgador debe ser vigilante en la actuación del auxiliar de justicia designado. De allí que haya sido superada alguna interpretación aislada según la cual la única forma de ir contra la actuación del defensor judicial es ejercer las vías procesales a fin de reclamar la responsabilidad correspondiente.³⁸

3. OBLIGACIONES DEL DEFENSOR *AD LITEM*

Según indicamos³⁹ el defensor *ad litem* o defensor judicial como claramente su nombre lo indica, tiene como objetivo fundamental la defensa de su representado, esto es la defensa de la parte demandada.

Dada la actuación del abogado... , como defensor *ad litem*, esta Sala considera necesario remitir copia certificada de la presente decisión al Colegio de Abogados de adscripción del profesional del derecho en cuestión para que tome, al respecto, las medidas disciplinarias que estime pertinentes, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. “

³⁸ Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala de Casación Civil, Sentencia No. 00203 del 9 de mayo de 2003, J.R.G., T. 199, “la Sala estima que no fue incumplida la formalidad procesal referida al nombramiento y juramentación del defensor *ad litem*. En todo caso, si esto no cumplió con los deberes inherentes al cargo para el cual fue requerido, acepto y fue juramentado, ello no determina la reposición de la causa, pues se cumplió el trámite establecido por la ley, el cual no resulta afectado por la falta de diligencia del abogado nombrado defensor judicial, lo que en definitiva solo genera responsabilidad frente a los representados, quienes tienen a su disposición otras vías o medios procesales contra aquel, por no haber actuado como un buen padre de familia.”

³⁹ Véase *supra* N° 1.

Ahora bien, a los fines de preparar en forma efectiva dicha “defensa” lo primero que debe hacer el defensor judicial es realizar todas las gestiones necesarias a los fines de contactar o ubicar a su representado. Tales trámites o gestiones han de ser personales, telegráficos y telefónicos, si fuere el caso. El defensor judicial si está dentro de sus posibilidades, debe buscar personalmente al demandado⁴⁰. Sin embargo, como difícilmente el defensor puede acreditar prueba de dicha búsqueda o en ocasiones ésta no es posible⁴¹ es recomendable el envío de uno o varios telegramas⁴², los cuales suelen consignarse al expediente bien sea en la contestación de la demanda o en la fase probatoria. Si cursa teléfono en el expediente o se lo suministra la parte actora igualmente debe tratar de ubicar a su representado por esta vía. Sin duda tales diligencias no deben ser omitidas porque la ubicación personal del demandado en ocasiones constituye la única forma efectiva de defensa en los casos en los cuales la excepción por excelencia viene dada por el pago o el cumplimiento de la obligación demandada.

Tal formalidad ciertamente es sustancial porque de ella depende en buena medida las posibilidades de actuación del defensor y en consecuencia, la defensa de su representado. Eventualmente, se aprecian expedientes donde el demandado tiene conocimiento de la demanda en su contra en razón del telegrama que le

⁴⁰ Véase: Tribunal Supremo de Justicia/ Sala Const Sentencia N° 33 del 26 de enero de 2004. En: www.tsj.gov.ve: se indica que no es suficiente con el defensor envíe telegramas a su representado sino que si conoce su dirección debe ir personalmente a su búsqueda. Al efecto la decisión indica: “...En este sentido, la Sala considera que es un deber del defensor **ad litem**, de ser posible, contactar personalmente a su defendido, para que éste le aporte las informaciones que le permitan defenderlo, así como los medios de prueba con que cuente, y las observaciones sobre la prueba documental producida por el demandante. Lo expuesto denota que para que el defensor cumpla con su labor, es necesario, que de ser posible, entre en contacto personal con el defendido, a fin de preparar la defensa. Para tal logro no basta que el defensor envíe telegramas al defendido, participándole su nombramiento, sino que para cumplir con el deber que juró cumplir fielmente, debe ir en su búsqueda, sobre todo si conoce la dirección donde localizarlo.” En el mismo sentido: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Casación Social, Sent. 0212 del 7 de abril de 2005, J.R.G., T. 221, pp. 614-619.

⁴¹ Porque el lugar es de alta peligrosidad o se ubica fuera del ámbito o jurisdicción del Tribunal.

⁴² Pensamos que es conveniente que el defensor más que consignar el acuse de haber enviado un telegrama al demandado, consigne copia del contenido del mismo, debidamente sellado por el Instituto Postal Telegráfico. Esto porque tal ente procede a sellar la copia a petición del remitente una vez que se ha cancelado el costo del envío, y el simple envío no refleja la información contenida en éste.

enviara el defensor judicial; y más aún, existen casos donde el demandado ha efectuado pagos válidos que darán lugar a una declaratoria sin lugar o parcialmente con lugar de la demanda, lo que pone en evidencia la importancia de ubicar al demandado. En algunos casos ciertamente la omisión de dicha búsqueda puede dar lugar a la reposición del proceso porque en efecto, difícilmente habrá una buena defensa sin la participación real del defendido.

Ahora bien, una vez agotadas las gestiones a los fines de localizar a su representado, el *defensor ad litem*, en el curso del debate judicial tiene -en la medida que la naturaleza de su función y los hechos que conozca lo permitan- las mismas posibilidades de actuación que el defensor privado en cuanto a la contestación de la demanda y otras actuaciones del proceso.

En este sentido, el defensor judicial debe contestar la demanda o puede en su defecto oponer cuestiones previas si a éstas hubiere lugar. La *contestación de la demanda* es sin lugar a dudas el acto fundamental del proceso que define o marca los límites de la litis, y a ésta ha de dirigirse en buena medida la actividad fundamental del defensor judicial.

Ahora bien, ¿Cuál es el efecto a nivel procesal si el defensor judicial no contesta la demanda? En primer término, debe aclararse que obviamente *NO* podrá existir en tal caso en modo alguno *confesión ficta*⁴³. Esta es exclusiva del defensor privado⁴⁴, o de la parte debidamente citada en forma personal, pero en modo alguno la conducta u omisión del defensor *ad litem* que tiene por fin garantizar la defensa de su representado puede agravar su situación. Ello al margen de la responsabilidad disciplinaria⁴⁵ a que hubiere lugar por

⁴³ Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Casación Social, Sent. 0212 del 7 de abril de 2005, J.R.G., T. 221, pp. 614-619. Véase igualmente decisiones citadas *supra* N° 2 de la Sala Constitucional N° 33 del 26-1-04 y N° 531 del 14-3-05.

⁴⁴ Pues como indicamos *supra* N° 2 al comentar la sentencia 531 del 14-4-05 de la Sala Constitucional, el defensor privado es escogido por la propia parte demandada en tanto que el defensor judicial es un auxiliar de justicia que nombra el Tribunal para garantizar la defensa del demandado. Ciertamente no puede tener el mismo efecto la equivocación en la escogencia de la propia parte que la del órgano jurisdiccional, éste está en el deber de subsanar los vicios cometidos en el *iter* procesal. La culpa en la elección del apoderado constituye un problema privado mientras que la necesidad del defensor constituye un aspecto procesal de orden público.

⁴⁵ Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. 118 del 17-3-00, J.R.G., T. 163, pp. 352 y 353, se ordena remitir las actuaciones del defensor *ad litem* que no contestó la

estar incurso en uno de los supuestos de negligencia manifiesta consagrados en el artículo 62 de la Ley de Abogados, aun cuando el defensor *ad litem* podría alegar una causa extraña no imputable⁴⁶ a los fines de la reanudación del lapso.

De allí que, ante la imposibilidad de declarar la confesión ficta del demandado por la omisión del defensor, algunos opinan que se debe considerar la demanda contradicha en todas sus partes, como si se tratase de demandas contra la República o como acontece en el juicio de divorcio⁴⁷. Sin embargo, en nuestra opinión, realmente la interpretación más consecuente con el derecho de defensa es *REPONER* el proceso al estado de contestación de la demanda, pues bien pueden existir en el caso concreto defensas –algunas estrictamente de parte-distintas a la mera contradicción que el defensor pueda hacer valer. De no ser así, el Legislador no hubiese previsto la necesaria intervención del defensor judicial como garantía de defensa sino que habría consagrado la contradicción de la demanda ante la imposibilidad de citación personal. Creemos que el Juzgador como director del proceso debe velar por el cumplimiento de tal formalidad esencial y lo ideal a los fines de combinar el derecho de defensa con la celeridad procesal es que tal reposición tenga lugar de oficio inmediatamente a que acontezca la falta de contestación de la demanda; si ello no es posible, en todo caso es deber del Juzgador la reposición al momento de la sentencia definitiva. Bajo ningún concepto la formalidad esencial de la contestación de la demanda que define los términos de la *litis* puede considerarse una reposición inútil.

La contestación de la demanda es sin lugar a dudas el acto primordial y básico que define el destino procesal del juicio de que se trae. En ésta además de la típica contestación genérica consistente en negar, rechazar y contradecir la demanda en todas y cada una de sus partes, tanto en los hechos como en el derecho, o algunas contestaciones específicas según los hechos de que se

demanda, al Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados, a fin de que inicie el procedimiento disciplinario correspondiente. Véase igualmente decisiones citadas supra N° 2, de la Sala Constitucional, N° 33 del 26-1-04 y N° 531 del 14-4-05.

⁴⁶ Véase sobre la posibilidad del abogado de alegar causa extraña no imputable bien sea por hecho fortuito o fuerza mayor: Tribunal Supremo de Justicia/Sala de Casación Social, Sent. N° 263 del 25-3-04. En: www.tsj.gov.ve

⁴⁷ Véase: artículo 758 del Código de Procedimiento Civil.

trate, el defensor debe hacer valer a favor de su patrocinado *a todo evento*, cualquier excepción o defensa. Esto es, hará valer excepciones o defensas tales como la prescripción, la reducción de intereses convencionales de conformidad con el artículo 1.746 del Código Civil, la improcedencia de la petición de indexación⁴⁸, la circunstancia de que contra los incapaces absolutos no corre la prescripción⁴⁹, la omisión de las formalidades que precisan los instrumentos cambiarios, la circunstancia de no haberse probado que las facturas aceptadas han sido suscritas por alguien capaz de obligar al ente incorporal, la falta de cualidad del actor o del demandado, perención, etc.

Es decir, el defensor judicial podría oponer defensas que se derivan del expediente y que en algunos casos ni siquiera dependen de la circunstancia de haber contactado a su representado. Adicionalmente, el defensor podrá advertir al juez de la omisión de documentos fundamentales en que haya incurrido el actor en su libelo, impugnar fotostatos de conformidad con el artículo 429 del Código Adjetivo, así como solicitar la reposición de la causa en razón de cualquier trasgresión procesal sustancial que haya acontecido en el respectivo expediente. Puede suceder sin embargo, que después de dicho análisis el defensor judicial no encuentre alegatos específicos que pueda hacer valer a favor de su representado y se vea en la necesidad de hacer una contradicción genérica, pero tal circunstancia por sí sola no supone en modo alguno incumplimiento por parte de sus funciones porque a nadie se le puede exigir más de lo que puede dar.

De tal suerte, que las facultades o posibilidades del defensor *ad litem* en la contestación de la demanda son amplias en aquellos casos en que las circunstancias procesales y sustantivas así lo permitan.

⁴⁸ Se aprecia en el foro judicial frecuentemente que la petición de indexación pretende acumularse al interés convencional el cual suele ser alto a los fines de precaver la inflación. En tales casos la indexación es improcedente pues esta solo es acumulable al interés legal. En otras oportunidades se aprecia que pretende la indexación de intereses, petición también improcedente porque no existe indexación de intereses ni calculo de intereses sobre la cantidad indexada pues ello equivaldría a una doble indemnización. Creemos que este tipo de apreciaciones son las típicas consideraciones que puede advertirle un defensor judicial al Juzgador al margen de haber contactado o no a su representado.

⁴⁹ Esto ante un juicio de prescripción adquisitiva, de conformidad con el artículo 1.965, ordinal 1° del Código Civil..

A partir, de la contestación de la demanda, las funciones del defensor continúan para el resto de las actuaciones procesales, y así podrá promover pruebas, oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte, evacuar pruebas, presentar informes y hacer observaciones a los informes. Sin embargo, el sentido útil de estos últimos actos dependerá en gran parte del caso concreto y de la posibilidad efectiva de haber contactado a su representado. De no haberse materializado esto último las posibilidades de actuación del defensor se opacan por la propia dinámica del proceso, ya que desconoce los hechos, los instrumentos que se le presentan y generalmente hasta la firma que se le opone.⁵⁰ Su deber es la defensa de su representado, pero su función no escapa de los deberes impuestos al abogado en general, por lo que su actividad no puede estar orientada por el ejercicio de defensas o recursos infundados, y de allí en buena medida se derivan sus limitaciones.

De seguidas, veamos cuáles son esas limitaciones procesales con las que se topa el defensor judicial en el caso de no haber logrado contactar a su representado.

4. LIMITACIONES DERIVADAS DE LA PROPIA NATURALEZA DEL DEFENSOR JUDICIAL

Las posibilidades de actuación del defensor judicial dependerán del caso concreto. Existen supuestos donde tendrá a su alcance defensas o excepciones a favor de su representado aunque no logre ubicarlo. Existen otros casos, que tienen lugar buena parte de las veces, en que a pesar de hacer uso de algunos alegatos o defensas a favor de su representado, el defensor ve limitada las posibilidades de éxito porque luego de un análisis exhaustivo aprecia que la

⁵⁰ De allí la importancia de contactar o ubicar al demandado, referida por la Sala Constitucional en su sentencia N° 33 del 26-1-04, “es un deber del defensor ad litem, *de ser posible*, contactar personalmente a su defendido, para que éste le aporte las informaciones que le permitan defenderlo, así como los medios de prueba con que cuente, y las observaciones sobre la prueba documental producida por el demandante” (destacado nuestro). Es natural que esta obligación del defensor como bien indica la Sala debe tener lugar “de ser posible” pues como nadie está obligado a hacer lo imposible, no será imputable al defensor la imposibilidad de ejercer alguna excepción o defensa para cuyo ejercicio precisaba del contacto con su representado.

defensa más efectiva sería el “pago”, o algún otro hecho extintivo de la obligación distinta a la prescripción.⁵¹

Por otra parte, en los casos en que se le oponen instrumentos privados, si el defensor no ha podido contactar al demandado, se encuentra en la imposibilidad material de saber si la firma que se presenta corresponde a su representado por lo que mal puede desconocer tal documento de conformidad con el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil. Así mismo, en ocasiones le será imposible conocer aspectos sustanciales como la existencia de cosa juzgada. En tales casos el demandado personalmente *a posteriori* podrá atacar los efectos de la decisión definitiva mediante los mecanismos procesales correspondientes, a saber, el ejercicio de la acción excepcional de invalidación⁵² o como se aprecia en las decisiones citadas mediante la vía del amparo⁵³, que ordene la reposición de la causa. Esto último no en razón de la violación del derecho a la defensa derivado de la conducta negligente del defensor *ad litem*⁵⁴ -porque no es el caso-, sino en virtud de violaciones al debido proceso o al derecho a la defensa⁵⁵ según se trate.

Sin embargo, según indicamos⁵⁶ el defensor podrá tener a su alcance algunas defensas ajenas a la circunstancia de ubicar o no a su representado. Y éstas

⁵¹ Recordemos que ante la exigencia de cumplimiento de una obligación que ha sido probada por el actor el demandado tiene la carga de probar el pago o algún otro medio extintivo de la obligación. Al efecto indica el artículo 1.355 del Código Civil: “Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberto de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación”

⁵² De conformidad con el artículo 328, ordinales 1º, 3º y 5º del Código de Procedimiento Civil, relativos a fraude en la citación, falsedad del instrumento o cosa juzgada.

⁵³ Véase *supra* N° 2.

⁵⁴ Porque éste no puede desconocer una firma sin saber si efectivamente corresponde al demandado así como no puede probar el pago si no ubica a su representado. Tales circunstancias no pueden presumirse producto de una pretendida negligencia por parte del defensor, si éste hizo lo necesario por localizar a su representado. Recordemos que la ley prohíbe a los abogados ejercer defensas infundadas.

⁵⁵ La omisión o el error en la dirección o sede donde efectivamente ha de tener lugar la citación personal del demandado, constituye ciertamente una formalidad sustancial que da lugar a la reposición de la causa. Tal reposición podría ser imputable o no al actor, si no aportó la verdadera dirección del demandado a los fines de su ubicación, pero ciertamente no al defensor *ad litem*.

⁵⁶ Véase *supra* N° 3.

son las que ciertamente deberá hacer valer en su contestación. Es decir, el defensor debe ofrecer una buena defensa dentro sus posibilidades y del conocimiento que se desprende de autos, pero de no haber logrado contactar a su representado a pesar de su búsqueda, el resultado del proceso no puede serle imputado a dicho auxiliar de justicia. Esto porque la ley impone actuar bajo la verdad, probidad y rechaza el uso de defensas y recursos innecesarios y de dicha regla no escapa el defensor judicial.

El defensor judicial debe velar por la defensa de su representado, esa es su principal función y su único objetivo. Sin embargo, algunas decisiones⁵⁷, acontecidas a raíz del incumplimiento primario de las funciones esenciales del defensor⁵⁸, contienen afirmaciones que no necesariamente se corresponden con las obligaciones que le impone la ley en la generalidad de los casos.

Una de las decisiones citadas indica que el defensor *ad litem* no ejerció “oportunamente una defensa eficiente, ya sea no dando contestación a la demanda, *no promoviendo pruebas o no impugnando el fallo adverso a su representado*”.⁵⁹

Y al efecto cabe preguntarse: ¿Existirá siempre incumplimiento por parte del defensor por no intervenir activamente en la fase de promoción y evacuación probatoria? o ¿Está obligado el defensor a ejercer el recurso de apelación?

Creemos que todo dependerá del caso concreto; ciertamente no será lo mismo haber contactado al demandado y contar con elementos suficientes para hacerle frente al debate procesal que encontrarse limitado por la simple negación de los hechos que le impone su actuación en algunos supuestos.

Si el defensor judicial ha cumplido cabalmente con las funciones primarias que le son propias y necesarias a sus posibilidades, no tiene sentido que se pretenda de su parte actuaciones inútiles y hasta temerarias, en aquellos casos en que agotó en su momento las posibilidades de defensa de su representado.

⁵⁷ Véase *supra* N° 2.

⁵⁸ como es gestionar la búsqueda de su representado y dar contestación a la demanda .

⁵⁹ Véase Tribunal Supremo de Justicia/SConstitucional, sentencia N° 531 del 14-4-05. En: www.tsj.gov.ve Véase también en: J.R.G, T. 221, pp. 145- 149.

Decimos esto porque creemos que en ocasiones se hace una enumeración de actuaciones procesales a las que presuntamente estaría obligado el defensor cuando lo cierto es que en el caso concreto algunas sería inútiles y en otros casos serán evidentemente improcedentes; el incumplimiento grave de los deberes básicos del defensor en casos excepciones no puede dar lugar a enunciar como regla general que el defensor esté obligado a efectuar actuaciones procesales sin sentido útil de defensa o infundadas. Esta no es su función ni su sentido.

Así por ejemplo, si se han agotado todas las gestiones para ubicar al demandado sin que éste aparezca y el defensor hace una contestación efectiva desde el punto de vista de las defensas que explana; las cuales ratifica en la etapa de *promoción de pruebas* según el principio de la comunidad de prueba, poco sentido útil generalmente tendrá su intervención en una etapa procesal posterior.⁶⁰ Pero además de lo anterior que no es sustancial porque lo alegado por el defensor no precisa de prueba si está en el expediente, si el defensor no contacta a su representado poco tendrá que promover. Es de recordar que el artículo 62 de la Ley de Abogados considera negligencia manifiesta cuando el abogado “no promueve pruebas cuando se le han suministrado oportunamente los datos o elementos necesarios”. Y ciertamente, éste no es el caso de un defensor que no logró contactar a su representado a pesar de las gestiones realizadas. Distinto es el supuesto en que el defensor haya ubicado a su representado éste le haya facilitado el material probatorio y el defensor lo omita, en tal supuesto estamos ante el incumplimiento previsto en la citada norma consagrada en el artículo 62 de la Ley de abogados.

En cuanto a la *evacuación de pruebas* ¿Será estrictamente necesario que el defensor esté presente en algún acto de evacuación de pruebas? Obviamente no, porque en el caso reseñado el defensor desconoce los hechos porque no ha podido contactar a su representado, y entonces vale preguntarse ¿qué sentido útil tendría su asistencia a una testimonial si ni siquiera cuenta con elementos de conocimiento a los fines de la repregunta? De allí que las actuaciones del defensor han de verse con el criterio procesal que rige para las formalidades que dan origen a una reposición, si no existe un sentido útil

⁶⁰ Sin embargo, recordemos que el principio de la comunidad de prueba procede de oficio pues las pruebas se incorporan al proceso la margen de la parte que las aporta.

no ha lugar a trasgresión de formas procesales⁶¹. *Mutatis mutandi* ello es aplicable a la actuación del defensor; no puede compararse bajo ningún concepto la necesidad del defensor judicial en el acto de contestación de la demanda con etapas procesales posteriores que no reclaman su intervención porque generalmente desconoce los hechos.

En cuanto a la posibilidad de ejercer recursos relativos a decisiones interlocutorias dictadas a lo largo del debate procesal, ciertamente ello está en manos del defensor a los fines de la mejor defensa de su representado. Sin embargo, vemos con recelo la posibilidad de ejercer el *recurso de apelación* de la sentencia definitiva por parte del defensor *ad litem*, por diversas razones.

Primero porque procesalmente tiene efectos sustancialmente distintos⁶² la necesidad de defensa o excepción al ejercicio de un recurso o de una acción. Uno supone una situación pasiva o estática producto de una necesidad procesal que escapa de la voluntad del demandado; otro, el recurso, implica una situación activa o dinámica que debería contar con el conocimiento del demandado dadas las consecuencias procesales que conlleva.

En segundo término, creemos que no se puede afirmar como regla general que el defensor esté obligado a apelar de la sentencia definitiva en todo caso porque a esto ni siquiera está obligado el defensor privado. Esto pues dentro de los deberes del abogado impuestos expresamente por ley se encuentra el no ejercer recursos innecesarios o improcedentes de conformidad con el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil⁶³ y 22 del Código de Ética

⁶¹ De conformidad con el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil.

⁶² Incluso desde el punto de vista de las costas.

⁶³ Que prevé: "Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y probidad. En tal virtud deberán:

1° Exponer los hechos de acuerdo a la verdad.

2° No interponer pretensiones ni alegar defensas, ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos;

3° No promover pruebas, ni realizar, ni hacer realizar, actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan."

Parágrafo único,. Las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causen.

Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando:

profesional del Abogado⁶⁴. Aun cuando el defensor pueda haber hecho ciertas defensas a todo evento que sean desechadas por el Juzgador, si la sentencia definitiva ha sido consecuencia de un necesario y lógico curso procesal, mal puede el defensor ejercer una apelación de una decisión definitiva que objetivamente se presenta ante sus ojos ajustada a derecho. De allí, que si la prohibición de ejercer recursos o defensas innecesarios se aplica a todo abogado, el defensor no debería apelar de una decisión que difícilmente podría ser diferente. Ello no obsta, para que excepcionalmente, el defensor dada la naturaleza de la decisión definitiva ejerza el recurso de apelación. Es decir, creemos que el defensor judicial *está legitimado* para ejercer el recurso de apelación *mas no obligado* a ello.

Pretender una suerte de ejercicio obligatorio del recurso de apelación en todas las circunstancias, no sólo es contrario a la función primaria del defensor, sino que propiciaría una segunda condenatoria en costas en perjuicio de su representado de conformidad con el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil⁶⁵, el cual ciertamente, no le ha dado facultad expresa para tal actuación. La misma consideración vemos predicable respecto a la incidencia que generaría la posible oposición a la una medida preventiva de conformidad con el artículo 274 *eiusdem*. La actuación del defensor debe tender a facilitar la defensa de su representado y no a propinarle costos adicionales generados por defensas infundadas.

Por otra parte, además de la discusión relativa a la obligatoriedad de la apelación del defensor judicial, es de observar que la ley establece que al abogado no se le puede exigir la realización de actuaciones si no le han suministrado las expensas necesarias al efecto. Así, indica el artículo 172 del Código de Procedimiento Civil: “Las partes deben suministrar a sus apoderados lo

1° Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentalmente infundadas.

2° Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales de la causa:

3° Obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso” (Destacados nuestros)

⁶⁴ “El abogado deberá abstenerse de hacer uso de recusaciones injustificadas y de ejercer otros recursos y procedimientos legales innecesarios, con el solo objeto de entorpecer o retardar la secuela del juicio.” (Destacado nuestro).

⁶⁵ Además de la posible condenatoria prevista en primera instancia de conformidad con el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil.

suficiente para expensas. Si no lo hicieren, no podrán ellas exigir responsabilidad al apoderado que hubiere dejado de hacer algo que ocasiones gastos”. Tal norma es perfectamente aplicable al defensor judicial. Las litis expensas o costos mínimos que recibe el defensor ciertamente sólo cubren la intervención necesaria a los fines de garantizar su defensa en primera instancia pues en modo alguno trae implícita posibles gastos para el ejercicio de recursos ordinarios o extraordinarios. Ciertamente, creemos que a los efectos de llevar un juicio más allá de la sentencia definitiva, como es el caso del recurso de apelación o casación, al abogado defensor se le deben suministrar las expensas a tal fin. La defensa de su representado no puede significar para el defensor judicial una carga que no le corresponde⁶⁶.

En razón de que el defensor *está legitimado mas no obligado a apelar*, su *notificación* –de ser necesaria⁶⁷– con tal fin debe ser *personal*, pues no se puede pretenderse en una materia como la que nos ocupa una suerte de notificación en la cartelera del Tribunal, a los fines del cómputo de lapso de apelación. Sin embargo, la posible notificación de la decisión definitiva al defensor a los fines de la apelación no exonera al Tribunal de efectuar la notificación pertinente a la parte demandada. De tal suerte, que creemos que la *notificación de la sentencia definitiva* debe hacerse en la persona del demandado y no en la defensor, o más precisamente que aun cuando se pretenda la notificación del defensor, ésta por sí sola no es suficiente porque éste no es un apoderado de la parte demandada, sino que su función es preservar su defensa en el curso del *iter* procesal, el ejercicio de los recursos correspondientes constituye una situación más delicada. En consecuencia, el lapso para apelar NO debe computarse a partir de la notificación del defensor sino de la notificación de la persona del demandado. De allí que deban seguirse los trámites necesarios para hacer del conocimiento de la parte demandada –a título personal– la decisión definitiva si ésta fue dictada fuera del lapso; es

⁶⁶ Esto por cuanto la *litis expensas* que se le suministran al defensor constituyen simplemente el pago por los costos o gastos mínimos que genera su intervención, pero en modo alguno suponen propiamente honorarios los cuales podrá pretender de su representado de conformidad con el artículo 226 del Código de Procedimiento Civil.

⁶⁷ Por haber sido dictada la sentencia fuera del lapso de conformidad con el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil.

ésta quien deberá acceder al proceso para plantear en segunda instancia los alegatos pertinentes o solicitar una reposición su fuera el caso.

Creemos que de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil⁶⁸, tal notificación de la sentencia definitiva debe tener lugar por medio de un cartel en un diario de mayor circulación, pues el domicilio procesal que pudiere haber indicado el defensor judicial es sólo a los efectos de su notificación como auxiliar de justicia y no exime de la publicación del cartel. Esto porque además de ser imperativo legal, dicho cartel es la única forma efectiva posible de que el demandado tenga conocimiento de la decisión que lo afecta pues el defensor generalmente no ha tenido contacto con la parte demandada, de tal suerte que su notificación no garantiza la de su representado.⁶⁹ Creemos que es la interpretación más consecuente con el derecho a la defensa y el debido proceso, por cuanto de no haberse cumplido tal formalidad sustancial no habrá continuado propiamente el proceso y en consecuencia no ha comenzado a correr el lapso a los efectos del ejercicio de los correspondientes recursos. De allí que reiteramos que la notificación del defensor *ad litem* no define el comienzo del lapso de apelación sino la constancia que realice el Secretario de haberse cumplido la formalidad de la publicación del cartel según la norma indicada. Sin embargo, se aprecia una decisión que considera que la notificación del defensor es suficiente para garantizar el derecho a la defensa.⁷⁰ No creemos que ese sea el sentido del citado artículo 233 del Código Adjetivo porque recordemos que el defensor *ad litem* no es un apoderado de la parte

⁶⁸ “Cuando por disposición de ley sea necesaria la notificación de las partes para la continuación del juicio, o para la realización de algún acto del proceso, la notificación puede verificarse por medio de imprenta, con la publicación de un Cartel en un diario de los de mayor circulación en la localidad, el cual indicará expresamente el Juez, dándose un término que no bajará de diez (10) días.

También podrá verificarse por medio de boleta remitida por correo certificado con aviso de recibo, al domicilio constituido por la parte, que haya de ser notificada, conforme al artículo 174 de éste Código, o por medio de boleta librada por el Juez y dejada por el Alguacil en el citado domicilio. De las actuaciones practicadas conforme a lo dispuesto en este artículo dejará expresa constancia en el expediente el Secretario del Tribunal”

⁶⁹ Inclusive el envío de un nuevo telegrama a los fines de informar de la sentencia definitiva a su representado no garantiza que éste lo haya recibido.

⁷⁰ Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. 1647 del 17-7-02, J.R.G., T. 190, pp. 218-220, ...”esta Sala considera que el nombramiento de un defensor de oficio en estado de sentencia, efectuado por el Tribunal de Primera Instancia... estuvo ajustado a la ley, por cuanto tales nombramientos pueden realizarse en todo estado y grado de la causa para

y que si bien está legitimado para apelar no está obligado a ello, por lo que su notificación en todo caso podrá ser necesaria o al menos recomendable pero no suficiente. La publicación del citado cartel garantiza el cumplimiento del derecho a la defensa y permite dejar firme la decisión de que se trate. De allí que inclusive se haya considerado que para la notificación acordada en juicio no se requiere defensor *ad litem*, siendo suficiente la notificación hecha por cartel la cual no es a los fines de la citación sino de la continuación del juicio.⁷¹

Distinto es el caso de la *notificación de decisiones interlocutorias o de autos* necesarios para la continuación del proceso que tengan por fin llevar éste a la sentencia definitiva; estas notificaciones ciertamente deberán ser hechas *directa y personalmente* al defensor judicial, sin que ello obste para que éste se pueda dar por notificado de las mismas a los fines de la continuación del proceso hasta la sentencia definitiva. En razón de la delicada función garantizadora de la defensa y siendo auxiliar de justicia, la notificación del defensor en tales casos en modo alguno puede presumirse por ejemplo a través de la publicación en la cartelera del Tribunal. De allí que a los fines de la preservación del debido proceso y del derecho de defensa el Tribunal debe asegurarse que el defensor ha tenido conocimiento de la decisión de que se trate, ya que el defensor no podrá dejar confeso y su participación se precisa a todo lo largo del proceso. En consecuencia el Juzgador ha de asegurarse mediante la notificación personal que el defensor ha tenido cabal conocimiento de la continuación de la causa. De tal suerte, que si no es posible la notificación personal del defensor *ad litem* a los fines de la continuación del proceso ante de ser dictada la sentencia definitiva, ciertamente se procederá a designar otro defensor judicial a los fines de lograr su notificación personal y subsiguiente aceptación a objeto de proseguir el proceso.

Como señalamos al referirnos a la apelación, el defensor judicial cumple una función básicamente estática en el sentido de que no plantea una pretensión, sino que asume una posición defensiva aun cuando ésta la asuma “enérgica o

garantizar el derecho a la defensa de la parte que está desprovista de un abogado... y por supuesto, la parte perdedora podía apelar de tal decisión, por lo tanto, la abogada... defensora de la Asociación Civil ... (codemandada), quien se encontraba a derecho, tuvo la oportunidad para ejercer el correspondiente recurso de apelación...”

⁷¹ Véase: Corte Suprema de Justicia/Sala Político-Administrativa (Especial Tributaria), Sent. 7-2-91, J.R.G., T. 116, pp. 499-501.

activamente”.⁷² Con ello queremos significar que el defensor *ad litem* **no** tiene facultades para **reconvenir**⁷³, porque la reconvención consiste en una contrademanda que se interpone al momento de la contestación, para la cual se precisa de la voluntad expresa del representado. La reconvención por ser una “acción” o “demanda” está excluida del ámbito de actuación del defensor judicial, porque es sustancialmente distinto ejercer una defensa que interponer una demanda, con todos los riesgos y consecuencias que ello conlleva incluyendo una posible condenatoria en costas. Y esto, creemos que es aplicable inclusive en aquellos casos en que el defensor ha contactado a su representado; en tal caso la posibilidad de reconvenir está supeditada al otorgamiento del respectivo poder del demandado o la correspondiente asistencia si fuera el caso. De tal suerte que la oposición de una reconvención sin poder o asistencia del defensor debe ser declarada inadmisibile.⁷⁴

Como es natural *tampoco* puede realizar el defensor *ad litem* **actos de autocomposición** procesal para los que se requiere facultad expresa de conformidad con el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil,⁷⁵ aun cuando el artículo 417 del Código Civil en el caso del defensor del *no*

⁷² De manera que aun cuando su defensa deba ser “activa o dinámica” en el sentido de efectiva, enérgica o vigilante, no lo es el sentido de que no figura como actor o como reclamante de una determinada pretensión.

⁷³ Véase en este sentido: Tribunal Supremo de Justicia/ Sala Político-Administrativa, Sent. 00247 del 20-2-03, J.R.G., Tomo 196, pp. 582-584, la reconvención propuesta por el defensor debió haber sido declarada inadmisibile, ya no tiene poder de su representado y tal acción obedece únicamente a la voluntad del representado quien asume la carga patrimonial que eventualmente podría generar su proceder. Véase en el mismo sentido: AMCST2, Sent. 2-7-97, J.R.G., T. 144, pp. 107 y 108, el defensor *ad litem*, carece de facultades para oponer la reconvención al ser ésta una pretensión independiente que supone disposición de intereses y derechos que el defensor judicial no tiene.

⁷⁴ Esto ante la imposibilidad del actor reconvenido de oponer la cuestión previa consagrada en el ordinal 3° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil relativa a la ilegitimidad de la persona del apoderado y representante del actor pues el artículo 368 *eiusdem* prohíbe la oposición de cuestiones previas en la reconvención.

⁷⁵ Que prevé: “El poder faculta al apoderado para cumplir todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por la ley a la parte misma, pero para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas de remate, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio se requiere facultad expresa”.

*presente*⁷⁶ prevé la posibilidad de convenir o transigir previo dictamen favorable de dos asesores, de notoria competencia y probidad, que nombrará el Tribunal de Primera Instancia donde curse la causa petición del defensor.⁷⁷

La probidad, la justicia y la verdad no son ajenas al defensor judicial; sus limitaciones son impuestas por la propia normativa legal y ética que orienta la conducta del abogado. De tal suerte que el afán de defensa por su representado debe estar orientado por tales principios.

5. EL SENTIDO QUE DEBE DÁRSELE A LA FUNCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL

Según lo que hemos indicado el defensor *ad litem* es un auxiliar de justicia que no escapa a los deberes⁷⁸ y derechos que rigen a todo profesional del Derecho. El principal deber del defensor es agotar la búsqueda de su representado y aportarle el conocimiento técnico que está a su alcance a los fines de su defensa.

Al respecto dispone el artículo 15 de la Ley de Abogados: “El abogado tiene el deber de ofrecer al cliente el concurso de la cultura y de la técnica que posee; aplicarlas con rectitud de conciencia y esmero en la defensa; ser prudente en el consejo, sereno en la acción, y proceder con lealtad, colaborando con el Juez en el Triunfo de la Justicia” En el mismo sentido se orienta el artículo 4 del Código de Ética del Abogado, que prevé que son deberes del abogado:

- 1. Actuar con probidad, honradez, discreción, eficiencia, desinterés, veracidad y lealtad;*

⁷⁶ No presente es quien no se encuentra en el país en un momento determinado pero cuya existencia no está en duda. Véase artículo 417 del Código Civil.

⁷⁷ Véase: Tribunal Supremo de Justicia/ Sala Político-Administrativa, Sent. 00746 del 30-6-04, J.R.G., T. 212, p. 460, refiere que para los actos referidos en los artículos 154 y 217 del Código de Procedimiento Civil, el apoderado Judicial y con mayor razón el Defensor Judicial, deben estar facultados expresamente, en éste último caso a través del dictamen previo y favorable de la autoridad judicial

⁷⁸ Véase el citado artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y artículos 15 y siguientes del Código de Ética del Abogado.

2. *Conservar absoluta independencia en sus actuaciones profesionales;*
3. Mantener en todo momento el respeto a su dignidad como persona y como profesional;
4. Defender los derechos de la sociedad y de los particulares cooperando en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico y en la realización de *una recta y eficaz administración de justicia;*
5. Fortalecer la confraternidad con sus colegas, mediante el respeto mutuo, trato cordial y racional tolerancia⁷⁹.

De manera pues que reiteramos que tales principios deben ser aplicados en el curso del proceso en que le toque intervenir; por lo que según indicamos la verdad y objetividad que por ley orientan la conducta del defensor le imponen limitaciones a sus actuaciones procesales.⁸⁰ El ejercicio de recursos improcedentes es ajeno a la natural defensa que tiene por norte la actividad del defensor. Su intervención es vital y necesaria en el acto más trascendental del proceso, esto es, la contestación de la demanda y a ésta ha de volcarse su conocimiento técnico en beneficio de su representado. Su intervención en actos procesales posteriores dependerá del curso que asuma la causa, pero ciertamente sus posibilidades de actuación suelen ser opacadas en razón de la carencia de contacto con quien está llamado a defender. Si el defensor actuó con diligencia en la búsqueda de su representado y realizó una defensa pertinente no puede ciertamente imputársele los resultados procesales de una sentencia desfavorable a la parte demandada.

En todo caso los supuestos de negligencia manifiesta del abogado a nivel procesal están previstos taxativamente en el artículo 62 de la Ley de Abogados⁸¹ y de ellos no escapa el defensor, por lo que pretender su extensión

⁷⁹ Destacado nuestro.

⁸⁰ Véase *supra* N° 4.

⁸¹ “A los efectos del artículo anterior, se entiende que hay negligencia manifiesta cuando el abogado, sin justa causa, no concurre a la contestación de la demanda, no promueve pruebas cuando se le han suministrado oportunamente los datos y elementos necesarios o si por su culpa queda desierto algún acto, se dicta y ejecuta alguna providencia que cause gravamen irreparable a su representado o no hace valer las defensas legales que el Juez no puede suplir de oficio”.

a supuestos distintos⁸² es enteramente improcedente. Como indicamos, la invalidez del proceso en tal caso deberá ser corregida mediante los debidos mecanismos procesales. El defensor no está obligado a hacer más de lo que hace el defensor privado y éste no debe ejercer defensas o recursos infundados.

Así como el defensor judicial tiene obligaciones o deberes esenciales⁸³ correlativamente tiene derechos, de tal suerte que su intervención precisa ciertamente del pago de las *litis expensas* necesarias para asumir tan importante función. Vale preguntarse ¿Quién sufraga el costo o las litis expensas del defensor judicial? Prevé el artículo 226 del Código de Procedimiento Civil: “Los honorarios del defensor y las demás litis expensas se pagaran de los bienes del defendido, conforme lo determine el Tribunal, consultando la opinión de dos abogados sobre la cuantía.”

Sin embargo, mientras el demandado no haya sido condenado es el actor quien debe impulsar el proceso y llevarlo hasta su desenlace. Por lo tanto, será el demandante quien deba pagar los gastos ocasionados por la intervención del defensor *ad litem*; y así lo ha referido expresamente nuestro Máximo Tribunal⁸⁴

Se ha distinguido así entre las *litis expensas* que ocasiona la intervención del defensor de los *honorarios* de éste. Los honorarios del defensor se pagarán de los bienes del defendido, en tanto que las demás *litis expensas* –como se ha indicado– podrán exigirse al actor si no se obtuvieran en el tiempo oportuno

⁸² Como el ejercicio del recurso de apelación, la promoción de pruebas cuando éstas no se han suministrado o la concurrencia a actos cuya asistencia no es determinante.

⁸³ Véase *supra* N° 3.

⁸⁴ Véase en este sentido, sentencia Tribunal Supremo de Justicia/ Sala Constitucional, No. 33 del 26 de enero de 2004, en: www.tsj.gov.ve “Debido a ese doble fin, el defensor no obra como un mandatario del demandado, sino como un especial auxiliar de justicia, que por no pertenecer a la defensa pública, debe percibir del demandado sus honorarios, así como las litis expensas, tal como lo señala el artículo 226 del vigente Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, como tal función auxiliar no la presta el abogado defensor gratuitamente (a menos que la ley así lo ordene, como lo hace el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil), si éste no localizare al demandado para que le facilite las litis expensas o sus honorarios, tales gastos los sufragará el demandante -quien se beneficia a su vez de la institución- quien podrá recuperarlos de los bienes del defendido, si éstos existen.”

para la defensa.⁸⁵ “Sí por hipótesis, el demandado careciera de bienes, tendrá que pagar al actor no sólo las litis expensas sino aun los honorarios del defensor. En efecto, como se ha expresado, al actor corresponde el impulso procesal inicial y fundamental, es él quien debe conocer, lógicamente al demandado; es él quien conoce cuáles son sus intereses y, en definitiva, es gracias a su actuación procesal que ha designado el defensor *ad litem*. Por lo demás, la actuación del defensor favorece al demandado en cuanto éste es protegido, pero aprovecha, evidentemente, en forma preponderante, al actor. Luego, a éste corresponde soportar los gastos de la actividad derivada del mandato conferido al defensor, que por disposición de la Ley, no es gratuito.”⁸⁶

De manera que las *litis expensas* que deriven de la intervención del defensor las debe cubrir el actor y los honorarios del defensor en principio debe pagarlos el demandado⁸⁷. Ahora bien, los honorarios se fijan con base al citado artículo 226 del Código de Procedimiento Civil, no existiendo propiamente proceso establecido al efecto sino la citada norma que prevé que el monto lo fijará el Juez oyendo la opinión de dos abogados.⁸⁸ Tal supuesto no se trata de costas sino de honorarios del defensor⁸⁹ por lo que *no tendría lugar un procedimiento de intimación de honorarios del defensor judicial* pues éste solo lo prevé la Ley de Abogados respecto de los apoderados o asistentes, y al no tratarse de tal procedimiento no hay retasa.⁹⁰

⁸⁵ Véase: AMSCMT1, Sent. 27-11-96, J.R.G., T. 140, pp. 20-23.

⁸⁶ Véase: AMSCMT1, Sent. 27-11-96, J.R.G., T. 140, pp. 22 y 23.

⁸⁷ Véase Corte Suprema de Justicia/Cas., Sent., 4-12-97, J.R.G., T. 145, pp. 546-548, el pago de los honorarios del defensor por el procedimiento previstos en el artículo 226 del Código de Procedimiento Civil no puede exigirlos el defensor a la contraparte o parte actora.

⁸⁸ Véase: AMSCMT4, SEnt. 22-2-00, J.R.G., Tomo 162, pp. 26 y 27, refiere que el a-quo en ningún momento ha negado el derecho del defensor a cobrar honorarios, pues lo que se aprecia del auto apelado es que el Juez desechó el informe sin motivación de los dos abogados, expresando que del mismo no se desprenden elementos de juicio que ayuden al Tribunal a la fijación prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Civil, por lo que el Tribunal decidió acertadamente nombrar dos nuevos asesores.

⁸⁹ Véase: AMCST5, Sent. 24-3-00, J.R.G., T. 163, pp. 91 y 92.

⁹⁰ Véase: AMCST5, Sent. 15-5-00, J.R.G., T. 165, pp. 99 y 100, la decisión señala que cuando se trata de cobro de honorarios profesionales del defensor *ad litem* a su defendido, se sigue el artículo 226 del Código de Procedimiento Civil, no se aplican las disposiciones de la Ley de Abogados, por tanto, no se intiman honorarios del defensor *ad litem* y al Tribunal de la causa no debe darle curso a tal intimación, ordenar la intimación o fijar oportunidad para el nombramiento de jueces retasadores pues ello atenta contra el debido proceso por lo que se impone a fin de

El defensor judicial sólo suple la defensa del demandado mientras éste no se haga presente en el proceso. Está claro que la intervención de la parte demandada mediante apoderado o su intervención en juicio a través de asistencia de otro abogado deja sin efecto en lo sucesivo la actuación del defensor, pues expresa la voluntad del demandado de actuar al margen del defensor judicial.⁹¹ Así, si ha tenido lugar la contestación de la demanda, tanto por parte del defensor judicial como del apoderado judicial del demandado, se debe preferir la de éste último como natural consecuencia del derecho a la defensa y respeto a la voluntad del demandado.⁹² Es criterio reiterado de los Tribunales y de Casación Civil darle validez a la actuación del apoderado judicial de la parte, por sobre el defensor judicial, por cuanto las facultades de este último son siempre mayores que las de aquél y porque no puede existir mayor interés que el propio demandado para contestar la demanda y alegar sus defensas, amén que es el conocedor

corregir lo indicado anular todas las actuaciones contrarias a la normativa y reponer la causa al estado que se cumpla con el artículo 226 del Código de Procedimiento Civil, es a que el Juzgador previa consulta de la opinión de dos abogados, sin juramentación ni fijación de actos, por auto expreso determine la cuantía, decisión que no tiene apelación ni casación dada su naturaleza. Véase también: AMCST6, Sent. 3-10-00, J.R.G., T. 169, pp. 123-127, aunque el Tribunal se refiere a “estimación e intimación de honorarios” se aprecia del texto de la sentencia que en principio se sigue el procedimiento previsto en el artículo 226 del Código de Procedimiento Civil. Véase también: AMCSMT1, Sent. 17-3-98, J.R.G., T. 146, pp. 14-16, el defensor judicial no puede estimar o intimar sus honorarios como cualquier abogados sino que ha de seguirse el procedimiento del artículo 226 del Código de Procedimiento Civil. Véase en el mismo sentido: DFEMST1, Sent. 12-4-93, J.R.G., T. 125, pp. 143 y 144, para la fijación de honorarios del defensor ad litem no se aplican las disposiciones de los artículos 22, 27 y 28 de la Ley de Abogados, sino el artículo 226 del Código de Procedimiento Civil. Véase también: Corte Suprema de Justicia/Cas., Sent. 4-12-97, J.R.G., T. 145, pp. 546-548.

⁹¹ Véase: Corte Suprema de Justicia/Cas., Sent. 18-12-90, J.R.G., T. 114, pp. 537 y 538, “Es obvio que esta sustitución encuentra mayor aplicación si en vez de presentar un extraño en juicio, es personalmente el mismo demandado o su legítimo representante quien lo hace y asume su defensa. En tales, caso el cargo oficial y las funciones del defensor *ad litem* cesan *ipso facto*, y consiguientemente sus funciones representativas.” (ibid., p. 538).

⁹² Véase: AMCSMT5, Sent. 11-6-02, J.R.G., Tomo 189, pp. 10-13; AMCST5, Sent. 4-11-99, J.R.G., T. 159, pp. 110 y 111; AMCST5, Sent. 30-5-96, J.R.G., T. 138, pp. 141-143. Se aprecia una decisión a nuestro juicio desacertada que señala que ambos escritos (el del defensor y el del apoderado judicial) deben considerarse como una sola y única contestación al fondo. Tal criterio en opinión no sólo se presenta contrario a la voluntad y autodeterminación del demandado sino que puede conducir a situaciones contradictorias.

directo de los hechos.⁹³ Así mismo, la contestación de la demanda por parte del defensor no afecta en modo alguno la posibilidad de que dentro del lapso de contestación el demandado presente los alegatos que a bien tenga.⁹⁴

A MANERA DE CONCLUSIÓN

El defensor *ad litem* o defensor judicial es un auxiliar de justicia que permite la válida continuación del proceso ejerciendo el derecho de defensa de la parte demandada si ésta no ha logrado ser citada personalmente. Su intervención es fundamental e indispensable no sólo en el ámbito formal que supone su nombramiento y juramentación sino en lo atinente a la búsqueda y defensa de su representado a los fines del acto trascendental que supone la contestación de la demanda. La tendencia jurisprudencial apunta en este último sentido, considerando acertadamente la improcedencia de la confesión ficta ante la falta de contestación del defensor y ordenando la reposición de la causa en tales casos, pues en definitiva el Juez debe ser un vigilante del debido proceso y en consecuencia ha de subsanar las irregularidades acontecidas en el curso del mismo. Sin embargo, el incumplimiento de los deberes primarios del defensor en un supuesto concreto no debe propiciar consideraciones extremas ajenas a las obligaciones y limitaciones impuestas al defensor por el propio orden legal. El defensor judicial tiene por único objeto la defensa de su representado, pero ésta debe estar orientada por la probidad, la pertinencia y sentido útil de sus actuaciones.

Nos hemos paseado por un diverso panorama jurisprudencial en torno al defensor *ad litem* o defensor judicial, acompañando el mismo de algunas ideas al respecto, en espera que las futuras decisiones judiciales continúen perfilando el justo sitio que esta figura representa en la actividad jurisdiccional.

⁹³ Véase: AMCST2, Sent. 23-9-96, J.R.G., T. 139, pp. 103 y 104. Véase también: AMCST5, Sent. 30-5-96, J.R.G., T. 138, p. 142, el principio de derecho a la defensa se siente mejor representado en quien funge como apoderado judicial del demandado, que quien actúa como defensor *ad litem*, porque éste debe tener menos conocimiento sobre la cuestión debatida, que el mandatario expresamente acreditado por el accionado. De allí que la representación de un abogado que exhiba poder con facultad expresa, haga cesar ipso facto en su funciones a quien representaba hasta ese momento al demandado no presente aun en el proceso.

⁹⁴ Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Político-Administrativa, Sent. N° 01102 del 19-6-01, J.R.G., Tomo 177, pp. 576-578.

La queja contra los integrantes de cortes de apelaciones o tribunales superiores

Olga M. DOS SANTOS P.*

El ordenamiento jurídico venezolano prevé para la parte que se sienta afectada por una actuación judicial, la posibilidad de intentar demandas para hacer efectiva, en material civil, la responsabilidad de los jueces, estableciendo las condiciones, requisitos y procedimientos para ello. El propio marco constitucional establece como premisa:

Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en el que incurran en el ejercicio de sus funciones”.¹

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada, Doctora en Ciencias Mención Derecho. *Centro de Estudios de Postgrado, Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Profesora. **Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa**, Abogada Relatora por Contrato. **Tribunal Supremo de Justicia, Sala Plena**, Secretaria por Concurso. Autora de varias obras y ensayos difundidos en publicaciones especializadas.

¹ Segundo aparte del artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000. Para Ricardo Combellas, la responsabilidad personal del juez aparece resaltada por la Carta Magna en el contenido de esta norma. (Vid. Ricardo Combellas: *Derecho Constitucional, Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, McGraw-Hill Interamericana de Venezuela S.A., Caracas, 2001, p. 180).

En igual sentido, se aprecia en el numeral 8 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la consagración de la garantía que tiene toda persona para exigir la responsabilidad personal del juez o de la jueza, aun cuando destaca la norma el derecho del afectado de solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificado.

Uno de los mecanismos contemplados en la normativa vigente, a través del cual es posible exigir la responsabilidad personal del juez, es el llamado “recurso de queja”, cuyos supuestos de procedencia aparecen indicados en el artículo 830 del Código de Procedimiento Civil de 1986,² siempre que la falta provenga de ignorancia o negligencia inexcusables, sin dolo, y haya causado daño o perjuicio a la parte querellante (artículo 831 *eiusdem*); acción civil que debe ser interpuesta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 835 *eiusdem*, en el lapso de cuatro meses,³ contados desde la fecha de la sentencia, auto o providencia firme dictada en la causa en que se funde la queja, o desde el día en el cual quede consumada la omisión irremediable causante del agravio. Sin embargo, según lo previsto en el artículo 834 *eiusdem*, no procederá esta acción si la parte demandante no reclamó de forma previa y oportuna, contra la sentencia, auto o providencia que haya causado el agravio.⁴

Al referirse el ilustre jurista patrio Arminio Borjas a este tema, en su obra *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano* [1916], expresó como premisa fundamental: “...En todos los tiempos y en todos los pueblos se ha reconocido la responsabilidad de los jueces por mal cumplimiento de sus deberes...”⁵ Sustentó el autor esta afirmación sobre la base de referencias a las XII Tablas, a preceptos romanos, al criterio adoptado por el Derecho Canónico, al esquema procesal imperante en la época feudal y al presentado

² Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.694 Extraordinario de fecha 22 de enero de 1986.

³ El legislador utilizó la palabra “término” lo cual resulta una imprecisión en la redacción de la norma.

⁴ Disposiciones preconstitucionales consideradas vigentes por no contrariar los lineamientos de la Carta Magna.

⁵ Arminio Borjas: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Librería Piñango, Quinta Edición, Caracas, 1979, Tomo VI, p. 174. (Vid. Josefina Calcaño de Temeltas: *La Responsabilidad de los Jueces en Venezuela*, Impresos La Urbina, Caracas, 1982, p. 53).

por las leyes de Partidas.⁶ Pero los antecedentes sobre esta materia son aún más remotos, pues ya en el Siglo XVIII A.C., bajo el mandato de Khammuri, Rey de Babilonia, fue redactada la compilación conocida como Código de Hamurabi, en cuyo Capítulo I, relativo –entre otros aspectos– a la prevaricación de jueces, se establecía en su artículo 5º que si un juez al dirigir un proceso, tomaba una decisión proferida como sentencia escrita, de comprobarse posteriormente que dicho proceso había sido incorrecto por la actuación errada del juez, éste tenía que pagar doce veces la pena establecida como condena en aquel proceso; debía además ser expulsado de forma pública de su cargo, no pudiendo ejercer de nuevo como juez en otro proceso.

Por otra parte, el análisis comparado del derecho procesal vigente para entonces en diferentes Estados, le permitió al maestro Borjas sostener que el legislador venezolano de 1916 había adoptado el modelo italiano, el cual regulaba la queja como una acción civil. Esta afirmación fue formulada en consideración a las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil de 1865, que contemplaban la posibilidad de accionar para lograr el resarcimiento del daño producido por el juez en el ejercicio de su función, como acción u omisión generadora de responsabilidad civil, por el incumplimiento doloso o el incumplimiento culposo de lo que el ilustre tratadista F. Carnelutti denominó la “obligación judicial”.⁷

El calificativo “recurso de queja” nunca ha sido admitido como correcto por la doctrina patria: Para A. Borjas “...la acción civil de queja procede, no únicamente cuando los daños reclamados provienen de una sentencia o determinación judiciales, sino también cuando emanan de determinados hechos

⁶ Vid. Código de Hamurabi, en www.culturabrasileña.com.

⁷ Francisco Carnelutti: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Santís Melendo, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1944. La posterior reforma del Código de Procedimiento Civil italiano de 1942 conservó esta acción civil contra los jueces en su artículo 55, al establecer para la parte perjudicada la posibilidad de exigir el resarcimiento del daño en los casos establecidos por la ley, es decir, cuando el juez en el ejercicio de sus funciones sea imputable de dolo, fraude o concusión; cuando sin justo motivo rehúse, omita o retarde el proveer acerca de las demandas o instancias de las partes, y en general, cumplir un acto de su ministerio. (Vid. Piero Calamandrei: *Istituzioni di Diritto Processuale civile, secondo il nuovo codice*, Traducción de la Primera Edición italiana (1944) por Santiago Santís Melendo, ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, pp. 48 y 49).

u omisiones ilegales...”⁸ Por su parte, Alirio Abreu Burelli, al referirse al tema de la responsabilidad civil del juez, hizo énfasis en que “...la queja se dirige contra el Juez que dictó el fallo u omitió injustamente decidir, no contra la sentencia que causa el gravamen; por tanto, y ello queda expresado en el artículo 849 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia que se dicte en el juicio de queja no afectará lo juzgado en el asunto a que se refiere la queja...”⁹

Criterios con los cuales coinciden autores contemporáneos como Abdón Sánchez Noguera, para quien este tipo de reclamación “...no constituye un medio de impugnación de las decisiones de los jueces, porque no conlleva el efecto de anular o modificar tales decisiones, ni siquiera de enervar sus efectos temporalmente...”¹⁰ Señala este autor que la denominación de recurso de queja resulta inadecuada, lo cual –según afirma– fue corregido en el Código de Procedimiento Civil de 1986 al indicar como contenido del Título IX: “Demandas para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces en materia civil”;¹¹ sin embargo, admite que el término “recurso” persiste en la redacción de los artículos del mencionado Título de la ley adjetiva vigente.¹²

⁸ A. Borjas: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, op. cit., p. 179.

⁹ Alirio Abreu Burelli: “La responsabilidad civil del juez y del Estado venezolano derivada del error judicial”, en *Revista de la Fundación Procuraduría*, N° 16, Caracas, 1996, p. 41.

¹⁰ Abdón Sánchez Noguera: *La Responsabilidad Judicial*, Ediciones Paredes, Caracas, 2001, p. 202. Criterio que también es posible observar en legislaciones extranjeras, como la Ley Orgánica del Poder Judicial de España, cuyo artículo 412 concibe el proceso de responsabilidad de jueces como un auténtico juicio, que debe ser entendido como un proceso de condena pues «...impone al condenado una situación gravosa...» (Vid. Jaime Guasp – Pedro Aragoneses: *Derecho Procesal Civil*, Civitas Ediciones, S.L., Quinta Edición, Madrid, 2002, Tomo II, p. 163). Además, el artículo 413.2° *eiusdem* señala que la resolución que recaiga en el procedimiento previsto para la determinación de la responsabilidad civil del juez, en ningún caso alterará la sentencia que lo motivó. (Vid. Vicente Gimeno Sendra: *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial COLEX, Segunda Edición, Madrid, 2004, p. 92).

¹¹ En la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1986, se lee: “El Título IX se refiere a las demandas para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces en materia civil, en la cual (sic) no se han introducido reformas sustanciales...” (En Ricardo Henríquez La Roche: *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Civil*, Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, Editorial Maracaibo, S.R.L., Maracaibo, 1986, p. 59).

¹² A. Sánchez Noguera: *La Responsabilidad Judicial*, *ibidem*. A diferencia de la legislación patria, la legislación argentina presenta dentro de sus esquemas procesales, la figura del “recurso de queja” como remedio frente a la denegación del otorgamiento de un recurso extraordinario, de manera de provocar la revisión de tal decisión. (Vid. Víctor De Santo: *Tratado de los Recursos*, Recursos Extraordinarios, Editorial Universitaria, Segunda Edición, Buenos Aires, 1999, Tomo II, pp. 499 ss.).

Al margen de esta discusión teórica, que en efecto conduce a afirmar que se trata de una acción civil para hacer efectiva la responsabilidad de quien, en ejercicio de la potestad jurisdiccional, haya afectado con su actuación u omisión a un sujeto de derecho, interesa desde el punto de vista jurídico práctico pasar a considerar el aspecto competencial. Así, se observa que a tenor de lo dispuesto en el artículo 836 del mencionado Código de Procedimiento Civil, tratándose de una queja contra jueces de Municipio, la petición debe ser dirigida al juez de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial; la propuesta contra jueces de Primera Instancia, será presentada al Tribunal Superior respectivo; y la intentada contra los Jueces Superiores, será dirigida a la Corte Suprema de Justicia.¹³

Respecto del último supuesto de hecho mencionado, hay que precisar que antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela¹⁴ debía ser tomado en cuenta lo dispuesto en el artículo 190 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia –incluido dentro del Capítulo VII denominado “Disposiciones Transitorias”–, conforme al cual las solicitudes de queja contra los miembros de las Cortes o Tribunales Superiores, pasaban al Primer Vicepresidente de la Corte en Pleno, quien en diez días debía decidir si había o no mérito para continuar el juicio. En caso afirmativo, correspondía al Presidente de la Corte designar dos Magistrados para que, asociados a él, resolvieran la acción con arreglo a las disposiciones especiales previstas en el Código de Procedimiento Civil. Para el supuesto en que la decisión negase la continuación del juicio, podía el interesado apelar dentro del lapso de cinco días, para ante el Presidente de la Corte, quien asociado a un Magistrado de cada una de las otras Salas –designados por él mismo– integraría un tribunal *ad-hoc* que conocería la apelación y, en caso de declararla con lugar, asumiría el conocimiento de la acción de queja.

¹³ Señala el profesor emérito de Derecho Procesal de la Universidad Complutense, P. Aragonese, al referirse al proceso de responsabilidad civil de jueces, que corresponde en principio a un órgano superior inmediato la competencia para conocer de esta acción. (Vid. J. GUASP – P. Aragonese: *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 164).

¹⁴ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.942 de fecha 20 de mayo de 2004.

Hasta el 20 de mayo de 2004, el Tribunal Supremo de Justicia creado por mandato de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, frente a la demora del legislador en dictar la correspondiente ley por la cual serían regidas sus funciones, continuó asumiendo, sobre la base del marco legal expuesto, la competencia de las acciones de queja interpuestas contra los miembros de las Cortes o Tribunales Superiores, y aplicando el procedimiento antes indicado; ello por considerar que las disposiciones previstas en la mencionada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia respecto de la acción de queja no resultaban contrarias al nuevo orden constitucional. Pero ¿cómo quedó definida la competencia frente a esta hipótesis, tras la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia?

El nuevo cuerpo normativo no regló en su artículo 5, reservado para la distribución de forma detallada de todas las competencias asignadas a las distintas Salas de Tribunal Supremo de Justicia, lo relativo a las demandas de queja presentadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica que rige sus funciones. No obstante, establece la parte *in fine* de la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final de dicho cuerpo normativo, lo siguiente:

Los recursos de queja propuestos contra los integrantes de las Cortes o Tribunales Superiores serán remitidos al Tribunal Supremo de Justicia, para que decida si hay mérito para continuar el juicio, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes. En caso afirmativo, el Presidente o Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia designará cuatro (4) Magistrados o Magistradas que, asociados a él, decidirán el recurso con arreglo a las disposiciones previstas sobre juicio ordinario en el Código de Procedimiento Civil, contra la decisión que niegue la continuación del juicio.

Partiendo de la misma técnica observada en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pasó el legislador a resolver de forma directa lo concerniente a los expedientes ya en curso, es decir, aquellos a los cuales se les venía aplicando el contenido del artículo 190 de la derogada ley. No obstante, es factible sostener que al definir el destino de las causas existentes, la parte *in fine* de la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final reafirma la competencia del Tribunal Supremo de Justicia para conocer los “recursos” de queja propuestos contra los integrantes de las Cortes o Tribunales Superiores, aun cuando, a diferencia de la derogada Ley Orgánica de la Corte

Suprema de Justicia, no se indica Sala o Despacho alguno que deba asumir dicha competencia.

Ahora bien, partiendo de la frase “*En caso afirmativo, el Presidente o Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia designará cuatro (4) Magistrados o Magistradas que, asociados a él, decidirán el recurso...*” es posible inferir que la declaratoria de mérito para continuar el juicio corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, pues no resultaría lógico que, tras el pronunciamiento afirmativo de otra Sala, el Presidente del máximo Tribunal tenga que constituir el tribunal *ad-hoc* que conocerá en primera instancia sobre el fondo del asunto. Pero surge entonces otra interrogante: ¿Recae en el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena la revisión de la demanda para la declaratoria de mérito para continuar el juicio?

Debemos también responder en forma negativa este planteamiento, por cuanto siendo el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia el Juez de Sustanciación, mal podría pretender la ley que éste asuma la competencia a fin de declarar si hay o no mérito para continuar el juicio, y de seguidas, en caso de decisión afirmativa, ordenarle integrar el tribunal *ad-hoc* como primera instancia para conocer y decidir el fondo de la acción de queja, sin mencionar –en respeto al principio de la doble instancia– la posibilidad de apelación ante la Sala Plena de la decisión proferida por el Presidente del alto Tribunal como Juez de Sustanciación.

Exploremos otra alternativa: que la Primera Vicepresidencia continuase conociendo de estas demandas, por lo que concierne al pronunciamiento de mérito para continuar el juicio, como venía efectuándose bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Esta hipótesis tampoco resulta viable por las siguientes razones: 1) Perdería sentido la orden de remisión contenida en la parte *in fine* de la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final, por cuanto los expedientes sólo podrían encontrarse en la Primera Vicepresidencia o ante el tribunal *ad-hoc* previsto en el derogado artículo 190, si fue ejercido el recurso de apelación contra la decisión de aquella en un caso concreto. 2) Contrariaría el principio procesal conforme al cual toda competencia debe estar expresamente consagrada en la ley,¹⁵ en este sentido,

¹⁵ Como señalara el ilustre jurista Calamandrei, citando al maestro Chiovenda, la competencia de un juez se extiende al “...conjunto de causas sobre las cuales puede él ejercer, según ley, su

habría dispuesto la referida Disposición Derogatoria, Transitoria y Final la continuación del proceso ante dicho Despacho y previsto la posibilidad de una segunda instancia, bien se tratase de una decisión afirmativa o negativa sobre el mérito para continuar el juicio.

Estos argumentos conducen a sostener que corresponde a la Sala Plena, en única instancia, el pronunciamiento respecto del mérito para continuar el proceso en materia de queja. Si la decisión es afirmativa, "...el Presidente o Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia designará cuatro (4) Magistrados o Magistradas que, asociados a él [o a ella], decidirán la acción con arreglo a las disposiciones previstas sobre juicio ordinario en el Código de Procedimiento Civil..." Pero en caso de decisión que niegue la continuación del juicio pareciera que la norma quedó inconclusa; no obstante, como quiera que el pronunciamiento respecto del mérito para continuar el juicio corresponde a la Sala Plena, no habría lugar a apelación, por actuar el máximo Tribunal en esta fase, como única instancia; es decir, tal omisión resulta salvable, pues se infiere que contra la decisión "que niegue la continuación del juicio" no es posible interponer recurso de apelación, debiendo la Sala Plena, en todo caso, ordenar el archivo del correspondiente expediente, por haber concluido el procedimiento.

Por último, conforme el texto de la norma *in comento*,¹⁶ el procedimiento en la acción de queja comprende dos etapas: 1) La no contenciosa ante la Sala Plena, que debe ser llevada a cabo de forma sumaria, concluyendo con la declaratoria de si hay o no mérito para continuar el juicio, decisión tomada sobre la base de los elementos aportados por la parte accionante.¹⁷ 2) El

fracción de jurisdicción." (Vid. P. Calamandrei: *Instituzioni di Diritto Processuale civile, secondo il nuovo codice*, op. cit., p. 137). Por su parte, destaca Enrique Vescovi el carácter de orden público de la competencia, por fundarse la estructuración legal en principios de tal orden. (Vid. Enrique Vescovi: *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1984, p. 170).

¹⁶ Parte *in fine* de la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela: "Los recursos de queja propuestos contra los integrantes de las Cortes o Tribunales Superiores serán remitidos al Tribunal Supremo de Justicia, para que decida si hay mérito para continuar el juicio, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes. En caso afirmativo, el Presidente o Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia designará cuatro (4) Magistrados o Magistradas que, asociados a él, decidirán el recurso con arreglo a las disposiciones previstas sobre juicio ordinario en el Código de Procedimiento Civil..."

¹⁷ A. Sánchez Noguera: *La Responsabilidad Judicial*, op. cit., p. 205.

juicio propiamente dicho, el cual se abre a partir de la decisión afirmativa de mérito, que en el supuesto de hecho objeto de análisis –la queja contra los integrantes de Cortes de Apelaciones o Tribunales Superiores– deberá ser tramitado en observancia de las garantías constitucionales “...con arreglo a las disposiciones previstas sobre juicio ordinario en el Código de Procedimiento Civil...”; esta segunda etapa tendrá lugar, en primera instancia, ante el Tribunal *ad-hoc* integrado por el Presidente o Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia y los cuatro (4) Magistrados o Magistradas elegidos y, en segunda instancia, ante la Sala Plena.

“Reflexiones sobre los acuerdos de selección de foro en el comercio electrónico”

Sara Lidia FELDSTEIN DE CÁRDENAS¹

SUMARIO:

Introducción.

- 1. Comercio Electrónico.**
- 2. Algunos planteos iniciales.**
- 3. Jurisdicción e Internet.**
- 4. Soluciones de Derecho Comparado.**
- 5. Cláusulas de elección de Foro en el Derecho Argentino.**

¹ **Universidad de Buenos Aires**, Doctora en Derecho. *Facultad de Derecho*, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Contratos Internacionales en los Espacios Integrados, Arbitraje Interno e Internacional y Crisis de las Empresas en los Espacios Integrados. *Instituto de Derecho Internacional Privado de CASI*, Directora. *Departamento de Postgrado, Programa de Actualización en Negocios Internacionales y Derecho Comercial Contemporáneo*, Directora. *Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Doctor Ambrosio Rioja”*, Investigadora. **Ministerio de Educación de la Nación**, Categoría Uno (1) por Concurso. **Proyecto de Investigación Bienal UBACYT de 019 con nivel internacional**, subsidiado por la *Universidad de Buenos Aires*, Directora.

Texto de las Conferencias dictadas en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires, dentro del Programa de Negocios Internacionales y Derecho Comercial Contemporáneo en cumplimiento del Proyecto Plan UBACyT D012 2004/2007 dirigido por la autora de este trabajo.

6. **Arbitraje Comercial Internacional.** 6.1 *¿Qué esperan las partes del arbitraje?* 6.2 *¿Qué piensa la doctrina?* 6.3 *¿Qué dicen los jueces?* 6.4 *¿Qué dicen los textos constitucionales?* 6.5 *¿Y los códigos de forma?* 6.6 *¿Qué ocurre con la fuente convencional?*
 7. **La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros – Ratificada por Ley Argentina 23.619 del 28 de Septiembre de 1988².**
 8. **La ratificación por la República Argentina de la Convención de Nueva York.**
 9. **Experiencias, Observaciones Críticas, Perspectivas.**
 10. **Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje.**
 11. **Acuerdo escrito y Comercio Electrónico.**
 12. **Justicia *on line* para y por Internet.**
- Reflexiones Finales.**

INTRODUCCIÓN

Nuevas percepciones del espacio del tiempo dominan nuestra realidad. Cotidianamente, mayor cantidad de personas obtienen más aceleradamente cantidades de información, la procesan, la intercambian, superando casi imperceptiblemente las distancias. Asistimos, si se nos permite la osada expresión, una suerte de contracción espacio-temporal, que expande los mercados hasta los límites más lejanos.

El advenimiento de Internet (International Network of Computer), un fenómeno que trasciende las fronteras estatales, ha dado lugar a la aparición de un amplio abanico de posibilidades dentro del campo jurídico, una extensa gama de aplicaciones entre las que se destacan entre otros, la libertad de expresión, los derechos intelectuales, los derechos de autor, la responsabilidad por los daños ocasionados, la fiscalización tributaria y el que hoy nos reúne el comercio

² Al ratificar la Convención la República Argentina efectuó las reservas autorizadas en su artículo 1, con arreglo a la cual sólo se aplicará a laudos arbitrales dictados en el territorio de otro Estado Parte y cuando se trate de laudos arbitrales extranjeros dictados en materia comercial. Recomendando la lectura del excelente trabajo Grigera Naón, Horacio sobre "Ratificación por la Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros", publicado en Revista La Ley 1989-Sección doctrina-p. 881/894.

electrónico, vale decir la posibilidad de celebrar mediante esa modalidad tecnológica variadas transacciones internacionales. Coincidimos con quienes sostienen que la NET ha abierto una suerte de caja de Pandora en materia de cuestiones jurídicas.

En efecto, el empleo de esa modalidad le permite al usuario que cuenta con una computadora conectado a un prestador de servicios de acceso a Internet, comunicarse en tiempo real con otro usuario en cualquier lugar del planeta.

El espacio cibernético, es una suerte de “microcosmos digital”³ de comunicación, donde las distancias, las fronteras, las autoridades, las soberanías parecen desvanecerse. Constituye un entorno fértil para el desarrollo de un fenómeno pleno de interactividad, que se presenta caracterizado por la expansión de las comunicaciones, de la contracción de las distancias con entidad suficiente para proporcionar conocimientos, servicios, entretenimientos. Sin embargo, nadie puede ignorar que el ciberespacio no es espacio físico, un espacio territorial, sino un espacio virtual; lo es en tanto y en cuanto le permite a cualquier persona acceder desde una computadora libremente a la w el espacio cibernético, constituye un entorno fértil para el desarrollo de un fenómeno pleno de interactividad, que se presenta caracterizado por la expansión de las comunicaciones, de la contracción de las distancias con entidad suficiente para proporcionar conocimientos, servicios, entretenimientos. Sin embargo, nadie puede ignorar que el ciberespacio no es espacio físico, un espacio territorial, sino un espacio virtual; lo es en tanto y en cuanto le permite a cualquier persona acceder desde una computadora libremente a la web.

Jürgen Habermas ha buscado identificar y explicar un método para justificar la validez de la ley y de las instituciones legales. El autor que seguimos, propone un camino para individualizar las normas que son presuntamente legítimas dado que fueron alcanzadas mediante procedimientos moralmente justificados. Arguye que solamente un sistema que garantice básicamente los derechos civiles y que habilite una significativa participación de quienes se verán afectados por una decisión puede tomar decisiones legítimas⁴. De esta manera,

³ A.E.Perez Luño. “Impactos sociales y jurídicos de Internet”. Universidad de Sevilla. España. 21/05/2001. www.argumentos.us.es/numero_1/bluno.htm.

⁴ J. Habermas, “Between facts and norms: Contribution to a discourse theory of law and democracy”. *Harvard Law Review*, 1995, 1163. y del mismo autor “*The Structural*

cabrá la posibilidad que válidamente nos preguntemos si el espacio virtual, si INTERNET reúne los requisitos necesarios para ser considerado como un ámbito que garantiza la participación de quienes se ven afectados por las decisiones que se tomen. En otros términos este ámbito, cabe plantearnos, si se encuentra garantizada la legitimidad de las normas, si han sido alcanzadas por procedimientos democráticos. Simétricamente, Howard Rheingold considera que “la comunidad virtual puede ayudar a los ciudadanos a revitalizar la democracia, o pueden ser tentados dentro de un atractivo envoltorio sustitutivo del discurso democrático...”⁵. Una suerte de visión utópica de una era de una nueva Atenas sin esclavos. Para esta corriente de pensamiento, el idealismo en torno de INTERNET no es solamente un viejo discurso para acompañar a las nuevas tecnologías, sino antes bien, una manera de tratar de cambiar los aspectos de desigualdad de la estructura social.

En efecto, muchos han pensado seriamente que la NET puede ser un espacio libre de la interferencia, lejos de los controles gubernamentales. En esta concepción resulta oportuno recordar la celeberrima A Declaration of the Independence of Cyberspace de John Perry Barlow que establece:

“We are creating a world that all may enter without privilege or prejudice accorded by race, economic power, military force, or station of birth... Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. Then are all based on matter, and there is no matter here”⁶. Es según nuestra mira, nada más que una noción teñida de entusiasmo, de romanticismo, de idealismo, pero sin lugar a dudas profundamente ambiciosa.

En efecto, así como las innovaciones tecnológicas pueden ser vistas como disparadores de la consolidación de la libertad, de la expansión del conocimiento, no es menos cierto que en alguna medida no puede ignorarse, que muchas más personas que las que creemos no lograrán jamás acceder a ellas. O lo que es no menos grave, ser empleadas para difundir pornografía, propaganda

Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society”. Traducido por Burger y Lawrence. Cambridge: Polity Press. 1989.

⁵ H. Rheingold, “Virtual Communities”, 1993, pp. 273.

⁶ J. Perry Barlow “A Declaration of the independence of cyberspace”. www.eff.org/~barlow/Declaration-final.html.htm2. Suiza. 08/02/1996.

perniciosa, entre otras cosas. Coincidimos con la doctrina argentina cuando expresa que pese al descontrol inicial, "... todo el derecho está ya en INTERNET. Lo que hay que hacer es construir un estándar para que pueda ser visualizado de cualquier parte"⁷

Sin embargo, para ser totalmente honestos, no podemos dejar de expresar que según nosotros vemos esta delicada cuestión, resulta necesario que adelantemos que desde nuestra mira, si bien a primera vista el "cyberspace", el espacio cibernético aparece caracterizado por la ausencia de fronteras, se presenta como un escenario en el que se desenvuelven relaciones jurídicas de variada índole, que no parecen tener ningún apego a las líneas geográficas estatales, que las superan casi imperceptiblemente, no es menos cierto que estamos convencidos de la legitimidad de los derechos estatales para dictar y aplicar reglas en esa esfera.

En este trabajo, aspiramos a encontrar alguna respuesta, o dicho de un modo más humilde, aproximarnos a tan delicada como relevante cuestión con respecto a INTERNET y la posibilidad de impartir justicia en esa esfera. Ello sin olvidar que contamos con la desinteresada participación de nuestro lector, quien irá hilando, atando aquellos cabos que seguramente dejaremos sueltos en nuestro itinerario. Sobre todo porque somos conscientes que en sociedades altamente industrializadas, todo experto se convierte en un lego frente a otros expertos. Mas de lo que no dudamos es que hoy más que nunca debemos reconocer la razón asistía al célebre historiador cuando afirmaba que "la historia se está acelerando de tal modo que nos sorprende constantemente". Si bien es cierto que podremos vacilar acerca de si nos encontramos transitando una era que ha recibido muchísimas designaciones tales como postindustrial, neoindustrial, superindustrial, postmoderna, de la información, tecnocrática, de las redes, digital entre tantas otras posibles, lo cierto es que de lo que no nos caben dudas es que estamos conviviendo en lo que ha dado en llamarse, acertadamente, la "aldea global"⁸.

⁷ A. Martino, "Comercio electrónico y derecho hoy. La experiencia de la comunidad europea. Primer Congreso de Derecho Electrónico. Argentina 26/07/2000. www.ecomder.com.ar.

⁸ S.L.Feldstein De Cardenas, "La Jurisdicción Internacional en el Comercio Electrónico". Revista Temas de Derecho Privado. Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Colegio de Escribanos de la Capital Federal. 2000.

1. COMERCIO ELECTRÓNICO

¿Qué debemos entender por comercio electrónico?. Por un lado, en un sentido amplio, comercio electrónico se refiere a todo intercambio de datos que se realiza por medios electrónicos, esté o no relacionado estrictamente con la actividad comercial. Sin embargo, en un sentido más restringido, debe entenderse por tal , a aquél cuya actividad se circunscribe a las transacciones electrónicas desarrolladas a través de mecanismos que proporcionan tecnologías tales como el correo electrónico, EDI o INTERNET. Por otro lado, se puede distinguir entre lo que se ha dado en llamar el comercio electrónico indirecto utilizado para la adquisición de bienes tangibles que necesitan ser enviados físicamente usando canales tradicionales de distribución y el comercio electrónico directo, en el que el pedido, el pago, el envío de los bienes intangibles o servicios se producen “on line”, tal como sucede con las transacciones de música y de software.

De tal modo que puede entenderse como comercio electrónico, el conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos, incluyendo texto, sonido e imagen, que se despliega dentro de un sistema global que utilizando redes informáticas y muy especialmente INTERNET, el cual permite crear el mercado electrónico, operado por ordenador y a distancia, de productos, de bienes, de servicios, de tecnologías, entre otros. Precisamente uno de los mayores impactos de la tecnología de la información que se desarrolla en ese ámbito, es el que se verifica en el comercio y servicios financieros con suficiente virtualidad para llegar, como veremos más adelante, a modificar los hábitos de los actores del comercio internacional. En efecto, “INTERNET” debido a su vertiginosa expansión, convirtió ciertas expresiones ciertamente novedosas, ciertamente originales, en cotidianas tales como email, datos, sitios, enlaces, portales, protocolos, servidores, dominios, www punto com, usuarios, internautas, grupos de discusión, páginas web, buscadores, metabuscadores, que son las que permiten desplegar una serie de actividades dentro de lo que se ha denominado el espacio cibernético, el espacio virtual, el cyberespacio, donde los usuarios pueden tener acceso rápido a comunicaciones, a informaciones sobre cualquier área, juegos, música, deportes, entre tantos otros. Así pues, las ya famosas páginas web tienen importantes características, tales como contener los conocidos iconos, links, enlaces que al activarse pueden permitir al usuario tener acceso a otras

páginas, lo que amplía considerablemente el fluir de información, en un ámbito que puede contener sonidos, animaciones, elementos de multimedia, imágenes, entre muchos otros.

Este medio propicia la celebración de contratos electrónicos, básicamente compraventas de comercio electrónico que se definen según quien le vende a quién. Estas transacciones surgen de la interacción entre los tres actores principales que en ellas intervienen, el gobierno (G), las empresas (B) y los consumidores (C) a saber:

- a. B2C: business to consumer, compraventa de negocio a consumidor y viceversa C2B,
- b. C2G: consumer to government, compraventa de consumidor a gobierno y viceversa G2C;
- c. B2G: business to government, compraventa de negocio a gobierno y viceversa G2B;
- d. B2B: business to business, compraventa de negocio a negocio;
- e. C2C: consumer to consumer, compraventa de consumidor a consumidor; y
- f. G2G: government to government, compraventa de gobierno a gobierno⁹.

Destacan señaladamente, por su desarrollo exponencial, entre las mencionadas precedentemente, las compraventas entre vendedores y aquéllas entre consumidor y vendedor. Según el E-Commerce Group que agrupa a grandes empresas que operan en los negocios internacionales, tales como Microsoft, Visa, Aol, que si bien se ha dado un gran aumento en las transacciones negocio a negocio, observan no obstante, que en este ámbito las partes se mueven bajo el paraguas del principio de la autonomía de la voluntad y ostentan un poder negociador equiparable, siendo aplicable la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980¹⁰.

⁹ J. Baumgartner & C. schultze, "Don't Panel Do electronic commerce". European Commission of Electronic Commerce. Unión Europea. Octubre 2000. p8.

¹⁰ ECLIP. "Draft Brochure. Legal Issues of Electronic Commerce- A practical guide for SMES, ECLIP-Electronic Commerce Legal Issues Platform. Unión Europea. 30/05/00. www.jura.uni-muenster.de/eclip/documents.htm. P.51.

2. ALGUNOS PLANTEOS INICIALES

Cuando se trata de abordar el tema de la jurisdicción en este entorno, no podemos soslayar interrogarnos sobre sí:

- a. ¿Un oferente al público desde un determinado estado puede válidamente ser demandado por los contratantes domiciliados en otros? Ante los tribunales de los consumidores? ¿Bajo qué condiciones?
- b. ¿Puede un proveedor ser demandado por responsabilidad civil antes los jueces de su domicilio o del lugar donde se ha producido el daño? ¿El juez del lugar del hecho generador del daño? ¿O el del juez donde se han producido los efectos? ¿O el tribunal de donde se ha originado el hecho dañoso?
- c. ¿Para que una de las partes pueda ser llevada a juicio ante una jurisdicción en el que no está domiciliado, que requisitos deberán reunirse?
- d. ¿Pueden las doctrinas tradicionales contribuir a darle respuesta adecuada a un fenómeno de una naturaleza casi anárquica, que se mueve en forma desinhibida, como si las fronteras no existieran, pero no ajena a potenciales controversias?
- e. ¿Pueden estas cuestiones ser resueltas mediante la aplicación de las reglas existentes sobre jurisdicción del derecho internacional privado? En su caso, cuáles? Son ellas susceptibles de armonización legislativa?
- f. ¿Para poder discernir qué tribunal tendrá competencia para conocer en un contrato internacional realizado en este ámbito, deberíamos acudir al criterio de conexión del domicilio o residencia habitual del demandado? O del lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda? O cuál puede presentarse como el más apto? Puede servir el criterio de la sede del prestador característico del contrato?
- g. ¿Cuál o cuáles son las condiciones de validez de las cláusulas sobre elección de jurisdicción concertadas on line? Puede tener cabida y en su caso con qué extensión la autonomía de la voluntad en materia de elección de foro? ¿Cómo habrá de protegerse a la parte más débil del contrato? Puede hablarse del foro de la residencia habitual del consumidor?

- h. Puede resultar apto el arbitraje como método de resolución de disputas en INTERNET?
- i. Pueden desatenderse las modalidades tales como la que en materia de celebración de contratos a través de medios electrónicos, han dado en llamarse las cláusulas de web wrap agreement que entre otras cuestiones, tales como las condiciones de uso de un servicio, las limitaciones o exclusiones a la obligación de brindar soporte técnico, las limitaciones o exoneración de la responsabilidad del proveedor, suelen versar sobre la ley aplicable y la jurisdicción competente en caso de desavenencias entre las partes?
- j. Por nuestra parte, y anticipándonos un poco a lo que diremos ulteriormente, será de toda conveniencia recurrir al auxilio de aquellos procedimientos que tal como ocurre con el arbitraje comercial internacional, acerca de cuyos beneficios en la actualidad nadie duda, se encuentran especialmente diseñados para conciliar intereses, para solucionar las perturbadoras desavenencias que desafortunadamente en ocasiones, suelen distanciar a quienes participan en las transacciones internacionales.

3. JURISDICCIÓN E INTERNET

Ante tales planteos, cabe seriamente preguntarse, si se puede pensar en sujetar a las jurisdicciones estatales un fenómeno como la NET, que ha sido diseñada precisamente, para trabajar sobre bases de lógica, para lograr la mayor independencia de las ubicaciones físicas. Ella está caracterizada por permitir la realización de transacciones entre personas que no conocen, mejor dicho desconocen la real ubicación de la otra parte, de modo tal que también el sistema se presenta en principio como sumamente resistente, casi indiferente a la geografía, a la limitación territorial, a las barreras estatales, a las fronteras estatales. En este sentido, por lo menos una aproximación nos permite vislumbrar que no se trata de una empresa sencilla, donde el objeto resulta si no inasible, por lo menos sensiblemente intangible, resbaladizo, huidizo. Se enfrentan aquí dos líneas de pensamiento, por un lado, la que denominamos tesis negatoria que entiende que INTERNET no es multijurisdiccional, sino ajurisdiccional y por el otro, la que designamos como tesis afirmatoria según la cual el espacio virtual, si bien con algunas peculiares características, merece ser jurídicamente reglado.

4. SOLUCIONES DE DERECHO COMPARADO

En este contexto, cabe señalar que la posición que se asume ante las nuevas tecnologías es abordada desde dos perspectivas, una la llevada por la Unión Europea, que obviamente tiene una mirada colectiva, y la otra a partir de la que cada Estado Miembro realiza dentro de su territorio.

Dentro del marco de la *Unión Europea*, tempranamente se ha comprendido la importancia de las nuevas tecnologías, en especial del comercio electrónico. En este sentido el Centro de Investigación en Tecnología de la Información y Organizaciones (CRITO), ha difundido un informe que pronostica que mientras en 1999 en Europa había 72 millones de usuarios de la NET, de los cuales solamente un 9% compraba bienes y servicios en línea; se prevé que para este año del 2004 habrá cerca de 202 millones de usuarios, de los cuales el 65% realizará operaciones por la web¹¹.

No podemos soslayar, aunque sea brevemente, mencionar como antecedente legislativo el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de las Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil (así como su extensión a terceros países mediante el Convenio de Lugano) que establece de modo general, en su artículo 2, que las personas domiciliadas en un estado contratante estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho estado. A su turno, dispone en *el artículo 14* que en materia de contratos celebrados con consumidores, con exclusión de los contratos de transporte, se otorga al consumidor la doble opción de interponer la demanda ante los tribunales del estado contratante en que estuviere domiciliado el demandado o los tribunales del Estado en que estuviere domiciliado el propio consumidor. En este sentido, cabe observar que el *artículo 13* del mismo instrumento jurídico internacional dispone acerca de las condiciones relacionadas con la oferta o publicidad especialmente dirigida y que el consumidor hubiera realizado en dicho estado los actos necesarios para la celebración del contrato. El artículo 17 del mencionado *Convenio de Bruselas* establece las condiciones de validez de las cláusulas atributivas de

¹¹ K.I.kraemer y J. Dedrick. "European Electronic Commerce Report", Crito, agosto del 2000, p. 3.

jurisdicción, disponiendo que ellas serán válidas si son concluidas por escrito u oralmente con confirmación escrita.

Esta Convención ha sido reemplazada por otro instrumento, concretamente un *Reglamento* que entró en vigor en marzo del 2002. Se trata de una norma de origen típicamente comunitaria propiamente comunitario para todos los Estados que conforman la Unión Europea, con la sola excepción de Dinamarca que ha decidido no suscribirlo. Precisamente este Reglamento tiene por finalidad tomar en cuenta la especificidad del comercio electrónico en materia de competencia judicial y reconocimiento de decisiones civiles y comerciales.

En el *derecho norteamericano* ha aparecido lo que jurisprudencialmente se conoce como el concepto de “*purposeful availment*” (“aprovechamiento buscado”) con el objeto de evitar que ciertos estatutos “de largo alcance” (*long-arm statutes*) no violen la cláusula de “Proceso Debido” (Due Process clause) de la Quinta Enmienda a la Constitución de dicho país al establecer jurisdicción personal específica mediante la existencia de “contactos mínimos” con el estado del foro. Así los tribunales han desarrollado la noción de “contactos mínimos” empleando las siguientes pautas:

- a. Que el demandado no residente debe haber obtenido beneficios derivados de una relación interactiva con residentes del estado del foro;
- b. Que la pretensión articulada debe surgir de las actividades del demandado en el estado donde se inició la demanda;
- c. Que el ejercicio de la jurisdicción personal no atente contra las nociones tradicionales de equidad y justicia.
- d. Que un demandado no residente puede ser sometido sea a la que denomina jurisdicción general o bien, a la llamada jurisdicción específica. La primera se da cuando el demandado ha desarrollado actividades de forma continua y habitual en el territorio, mientras que la segunda se presenta cuando el demandado tiene uno o más contactos con el estado y dichos contactos han dado lugar a la pretensión articulada en la demanda.
- e. Que para decidir ha distinguido en la materia si el demandado se amparó en los beneficios del estado del foro, centrando el análisis en la distinción entre sitios interactivos o pasivos. La más autorizada doctrina norteamericana tiene dicho que la mera publicación de un sitio web en INTERNET-

sea pasivo o interactivo— no puede resultar suficiente a los fines jurisdiccionales. En efecto, marca la diferencia existente entre la publicidad gráfica, televisiva o radical que se proyecta de forma indiscriminada sobre el consumidor, mientras que el usuario de la red debe realizar actos positivos a fin de acceder al mismo, a la información, a los servicios ofrecidos. Se han declarado competentes los tribunales norteamericanos, específicamente los de California al sostener que la realización de negocios a través de INTERNET era suficiente para determinar la competencia, agregando que no hay impedimento alguno para sostener que los mentados contactos mínimos no puedan ser electrónicos. Sin embargo, cabe observar que casi en todas las oportunidades los tribunales tuvieron en cuenta el grado de interactividad entre los usuarios y el sitio para determinar la pertinente competencia. Finalmente, vale la pena señalar que en la jurisprudencia norteamericana, parece consolidarse la doctrina que se inclina por la validez de las cláusulas de elección de jurisdicción aceptada mediante click-wrap, por la pulsación o clickeo del ratón de la computadora. Sin embargo, corresponde afirmar la invalidez de las cláusulas cuando son el resultado del dolo o de un poder de negociación desmesurado, o su ejecución implicaría la violación de políticas públicas esenciales, entre otros.

5. CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO EN EL DERECHO ARGENTINO

En materia de jurisdicción internacional, conviene resaltar, que el derecho argentino de *fuerza interna* admite la prórroga, la cual puede ser válidamente celebrada en cualquier tiempo, vale decir, antes, durante o después del estallido de la disputa, según surge del artículo 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con tal que se encuentren reunidas las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial,
- b. Que se trate de cuestiones de índole internacional.
- c. Que la prórroga no esté prohibida por las leyes, que la jurisdicción de los tribunales argentinos sea exclusiva.

A su turno, cabe señalar que en ausencia de pacto son de aplicación, los artículos 1215 y 1216 del Código Civil que consagran en materia contractual, los foros alternativos, del domicilio del demandado o del lugar de ejecución del contrato, habiendo dado lugar su interpretación a una abundante como esclarecedora jurisprudencia. Baste recordar entre los más célebres casos Expósito, Quilmes Combustibles, INTA, entre tantos otros.

En el ámbito convencional, los célebres *Tratados de Montevideo* establecen la jurisdicción de los tribunales estatales del domicilio del demandado o del lugar que rige el fondo, en materia contractual el tribunal del lugar de ejecución del contrato. En su caso, si bien admiten la prórroga la limitan en el tiempo ya que no podrá celebrarse sino post litem, vale decir, después del estallido de la controversia, como solución congruente con un contexto internacional poco proclive a la admisión del principio de la autonomía de la voluntad.

En el ámbito específico del *MERCOSUR*, el *Protocolo de Buenos Aires* que regula lo concerniente a la jurisdicción internacional en materia contractual, establece la jurisdicción de los tribunales del estado del lugar de ejecución del contrato, o del tribunal del estado del domicilio del demandado, o el tribunal del estado del actor si prueba que cumplió con la obligación a su cargo. En materia de acuerdo de elección establece que se puede pactar antes, durante o después del estallido de la controversia, en forma escrita. A su turno acepta que el acuerdo de elección recaiga sobre un tribunal arbitral bajo idénticas condiciones. Por supuesto que si en el acuerdo de elección las partes optan por el recurso del arbitraje, la cuestión objeto de la controversia deberá ser arbitrable, transable.

6. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

6.1 ¿Qué esperan las partes del arbitraje?

Si las partes que se encuentran involucradas en una transacción internacional deciden solucionar sus eventuales o actuales desavenencias mediante el recurso del arbitraje, usualmente ellas esperan contar con:

Un foro neutral que sepa interpretar sus derechos y resolver sus disputas sin interferencia de los tribunales estatales;

La posibilidad de recurrir a un tribunal imparcial para frenar una decisión teñida de serias irregularidades y

La seguridad de que el laudo podrá ser sumaria y rápidamente ejecutado en un procedimiento sin que los tribunales estatales puedan revisar el fondo de la cuestión debatida. Dentro de esta orientación se encuentra la célebre Convención de Nueva York de 1958 (en adelante la CNY) sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros, que es sin lugar a dudas el instrumento jurídico internacional más exitoso en la esfera del arbitraje internacional. Una prueba de su relevancia reside por un lado, en el número considerablemente alto de laudos que han sido ejecutados bajo su ámbito y por el otro, el incremento de reformas implementadas por los derechos estaduales para acompañar su aplicación. Previamente a abordar el objetivo central del presente trabajo, haremos algunas consideraciones imprescindibles en materia de jurisdicción internacional.

6.2 *¿Qué piensa la doctrina?*

En la República Argentina una línea de pensamiento ve al arbitraje como “un método de solución de controversias mediante el cual, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales”. Por ello, y respecto al alcance de la jurisdicción arbitral, dijimos que “...mantener dentro del arbitraje la limitación establecida por la Constitución y las leyes que reservan el imperium a los jueces es prudencial, ya que los árbitros dependerán de la aceptación por las partes del laudo, o del control posterior del juez que lo imponga. Así como los jueces tienen el control de sus superiores en los tribunales estatales, bueno es que los árbitros sepan que sobre ellos está la atenta mirada de las leyes, la Constitución y los jueces del Estado. Todo ello hace a la seguridad del proceso arbitral. Por ello los jueces mantendrán claro que deben brindar el auxilio de la jurisdicción no sólo para el cumplimiento de ciertos actos procesales, sino para evitar los desvíos en que los árbitros incurran¹². Nosotros nos hemos manifestado a favor, en

¹² S. L. Feldstein De Cárdenas y H. Leonardi De Herbón, “El Arbitraje”, Abeledo Perrot, Argentina, 1998.

numerosas ocasiones, de este método de resolución de los conflictos destacando los beneficios del arbitraje comercial internacional¹³

6.3 *¿Qué dicen los jueces?*

En la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos caratulados: "Blanco, Guillermo y otro c/ Petroquímica Bahía Blanca y otro s/ Recurso ordinario", el máximo tribunal argentino dijo refiriéndose a las razones por las que las partes recurren al arbitraje: "...Que el arbitraje entre otras de sus ventajas, proporciona a los particulares un medio rápido, sencillo y económico de terminar sus contiendas. Los jueces del Estado no tienen siempre la competencia jurídica que desean las partes en la persona a cuyo fallo se someten y carecen por regla general, de conocimientos especiales de ciertas ciencias, artes o técnicas, que son necesarios para resolver muchos litigios. Para suplir esa deficiencia tienen que recurrir al auxilio de peritos que los ilustren, con lo cual se ocasionan dilaciones y gastos y no siempre se forma el tribunal una conciencia cabal del asunto...En otros casos, la razón que lleva a las partes a convenir un arbitraje es su deseo de ver su discusión resuelta, en cuanto al fondo, de otra manera que si lo fuera por los jueces, que deben aplicar el derecho que les prescribe el Estado que los inviste para su misión, las partes desean ver aplicado otro derecho, el derecho corporativo, fundado en los usos del comercio o *lex mercatoria* de carácter internacional, distinto de los derechos nacionales...Se explica, que sin pretender sustituir la jurisdicción como función de monopolio del Estado, en determinados casos el legislador "autoriza" a las partes a resolver sus conflictos mediante un mecanismo distinto del de la función jurisdiccional...En suma, al arbitraje se lo puede presentar como un tránsito de la solución contractual a la judicial del litigio, un subrogado, un sustituto de la jurisdicción, un procedimiento parajudicial, en el cual el Estado se encuentra interesado no sólo en proteger, sino también en ejercer una función de control del procedimiento seguido y del laudo que

¹³ S. L. Feldstein De Cárdenas "Los beneficios del arbitraje comercial internacional", trabajo ampliamente difundido en diversas webs dedicadas al arbitraje tales como la Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, <http://www.servilex.com>, en <http://www.diritto.it>, en <http://www.viajjuridica.com>, <http://www.camsantiago.com> y <http://www.interarbitration.net>.

en él se pronuncia...”.(Considerando 7º) A su turno, en los autos caratulados: “Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ Tribunal Arbitral”, sostuvo obiter dicta con fecha 11 de noviembre de 1997 que: “...el arbitraje entre otras ventajas, proporciona a los particulares un medio rápido, sencillo y económico de terminar sus contiendas...” (Considerando 26).

6.4 *¿Qué dicen los textos constitucionales?*

En la República Argentina, la Constitución Nacional de 1853/60 no contenía cláusulas expresas que hicieran referencia al arbitraje, pero al contener una estructura de corte liberal en cuanto a las libertades personales, que incluyen las relaciones comerciales, no impedía la conformación de legislación favorable a la institución arbitral.

En la República Argentina, recién con la Reforma de 1994 en el artículo 42 de la Constitución Nacional, sin mencionarlo expresamente, a él se alude cuando se establecen los derechos de los usuarios y consumidores al señalar:

“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

6.5 *¿Y los códigos de forma?*

La República Argentina, otorga validez a este acuerdo y en caso que una de las partes no la respete abre una acción denominada...

En efecto, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, se ocupa del procedimiento arbitral en el Libro Sexto. Asimismo, con respecto al arbitraje privado internacional el artículo 1 del mismo texto legal regula la prórroga de jurisdicción y en los artículos 517 a 519 bis se regula sobre el reconocimiento de sentencias de tribunales y laudos extranjeros.

De modo que encontramos en este código todo el Libro VI regulando al arbitraje, si bien sus normas tienen alcance local, rigiendo también para el

ámbito federal en cuanto se trate de conflictos de derecho interprovinciales o internacionales.

En la reforma de 1957 se contempló el arbitraje, junto con la conciliación en el artículo 14 bis, como una garantía dentro del derecho laboral. Se otorga a los gremios, junto a la posibilidad de concertar convenios colectivos y el derecho de huelga.

Se ha discutido si el Congreso de la Nación está facultado para dictar una ley de arbitraje de alcance nacional, dada la estructura federal de nuestro sistema constitucional. Por ello, consideramos útil plantear si el dictado de los códigos procesales como facultad de las legislaturas provinciales nace de un derecho constitucional provincial, de competencias propias que las provincias no han delegado en la Nación y por ende, les otorga un derecho exclusivo en la materia o, por el contrario, resulta una cuestión opinable y revisable. Consideramos de interés recordar el debate del día 28 de abril de 1853 en el Congreso Constituyente. Los congresales deseaban evitar la situación de anarquía en que se vivía en ese momento, en el que cada provincia administraba justicia aplicando instituciones coloniales que adaptaban a las necesidades, no existiendo entre ellas coordinación ni uniformidad de criterios.

Debido a ello en la Sesión del 28 de abril se propuso la siguiente norma constitucional:

“Corresponde al Congreso legislar en materia civil, comercial y penal”. El miembro informante era el doctor Gorostiaga. El doctor Zavalia impugnó el proyecto argumentando que no se respetaba la facultad de las provincias de dictar sus leyes. Adujo que cada provincia conocía mejor que nadie sus necesidades, organización y costumbres. El miembro informante luego de recordar que el artículo 24 ya sancionado autorizaba al Congreso para proponer reformas a la legislación del país, señaló que no era la intención dar facultades al Congreso para dictar leyes dentro de las provincias, sino dictar legislación uniforme civil, comercial y penal que de no hacerse así nos encontraríamos con un laberinto legislativo. A continuación expresó Gorostiaga que para las costumbres y modalidades peculiares de cada provincia, éstas se darían su Código de Procedimiento una vez organizado su régimen judicial, y a eso no se refiere el artículo. El diputado Centeno sostuvo a su turno que siendo los representantes de las provincias podían

estipular dictar leyes para la Confederación. Así quedó aprobado el entonces artículo 64. Con la reforma de 1860 Buenos Aires pidió que el artículo tuviera otra redacción. Se aprobó como el artículo 67 y en el inciso 11 quedó concretado este tema. Para aclarar más su alcance se modificó el artículo 97, luego 100, agregando después de las palabras “y por las leyes de la Nación”, las siguientes: “con la reserva hecha en el inciso 11 del artículo 67”. Después de la reforma de 1994 es el artículo 108 y la remisión es al artículo 75, inciso 12.

Tal como sostuvimos, una ley de arbitraje de alcance interprovincial e internacional es, en modo claro y rotundo, una competencia del Congreso de la Nación, ya que es propio de ese órgano lo referido a “reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí”, por el artículo 75 inciso 13 de la CN¹⁴.

En los últimos años varios proyectos de ley de arbitraje fueron presentados al Congreso de la Nación pero no lograron tratamiento, si bien contemplaban el arbitraje internacional, no daban respuesta al arbitraje interno.

Muchos países latinoamericanos cuentan con leyes de arbitraje como las hermanas Repúblicas de Bolivia, de Guatemala, de México, de Venezuela, entre otras, mientras que lamentablemente no sucede lo propio con la República Argentina a pesar de los numerosos proyectos elaborados en la materia¹⁵.

6.6 *¿Qué ocurre con la fuente convencional?*

En el Derecho Internacional Privado de fuente convencional, la Argentina se encuentra vinculada mediante la ratificación de una serie de Convenios Internacionales sobre arbitraje entre los que destacan:

¹⁴ Estos párrafos reproducen nuestras ideas vertidas en la obra citada en la nota 2 Pág. 50/53.

¹⁵ Ver sobre uno de los Proyectos el comentado en S. L. Feldstein De Cárdenas y H. Leonardi De Herbón, “El Arbitraje Interno e Internacional. Una mirada al futuro”, Abeledo Perrot, Edición 1991. De las mismas autoras haciendo algunas observaciones sobre los Tratados ratificados por la República Argentina, puede verse, “Como y cuándo demandar al Estado extranjero”. Abeledo Perrot. 1996.

Numerosos Tratados sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con distintos países, en los que precisamente se introduce al arbitraje como método de resolución de las desavenencias entre los particulares y el Estado. Estos Convenios incluyen países tales como los Estados Unidos de América cuya ratificación ha sido mediante la Ley 24.124¹⁶.

La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial(Panamá),

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados (Washington) y

La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York), en lo sucesivo CNY.

7. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS – RATIFICADA POR LEY ARGENTINA 23.619 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 1988¹⁷

Resulta casi de toda obviedad señalar que el incremento de las relaciones jurídicas internacionales a través de las fronteras, ha elevado al arbitraje privado internacional a la categoría de método de resolución de las disputas por excelencia. Las partes en las transacciones internacionales, al preseleccionar al arbitraje como método de resolución de sus disputas, esperan encontrar: un foro neutral que interprete sus derechos, en lo posible sin la interferencia de los tribunales estatales; la posibilidad de recurrir a un tribunal estatal para anular el laudo que no ha respetado las garantías básicas del debido proceso, o que ha sido dictado bajo los efectos del fraude o la corrupción y por último lo que aquí nos interesa, asegurarse que la decisión arbitral habrá de ser rápidamente ejecutada sin ser sujeta a la revisión sobre el fondo por los

¹⁶ Para un desarrollo detallado de estos tratados puede verse la obra citada en nota 5 in fine.

¹⁷ Al ratificar la Convención la República Argentina efectuó las reservas autorizadas en su artículo 1, con arreglo a la cual sólo se aplicará a laudos arbitrales dictados en el territorio de otro Estado Parte y cuando se trate de laudos arbitrales extranjeros dictados en materia comercial. Recomendando la lectura del excelente trabajo Grigera Naón, Horacio sobre “Ratificación por la Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, publicado en Revista La Ley 1989-Sección doctrina-p. 881/894.

tribunales estatales. Esas cuestiones esenciales se logra mediante la aplicación de la Convención de Nueva York.

La CNY no reglamenta todo el procedimiento arbitral; sólo se ocupa de la validez legal de los acuerdos de arbitraje, de su obligatoriedad y de la obligatoriedad de los laudos arbitrales. Mas cabe señalar, y creo que en esto radica su éxito rotundo, que ha abordado las dos cuestiones fundamentales que dan todo su valor al arbitraje.

Precisamente se ha dicho que es el instrumento de carácter práctico más importante del derecho privado uniforme, que se ha conformado con resolver dos cuestiones básicas en la materia:

Cuando las partes han acordado el arbitraje y ante el estallido de la disputa, una de ellas mediante el recurso a tácticas, a añagazas, pueden desear dilatar el procedimiento iniciando la acción ante los tribunales estatales y aún más, cuando dictado el laudo arbitral, una de las partes se niega a reconocerlo y cumplirlo.

Allí comienza a operar la Convención de Nueva York, (CNY) que por un lado, reconoce la validez de los acuerdos arbitrales celebrados por escrito y obliga a los tribunales estatales a remitir a las partes a arbitraje y por el otro, dictado el laudo obliga a los tribunales estatales a reconocerlos y a ordenar su cumplimiento forzoso.

- a. Recoge la noción de “*sentencia extranjera*”, entendiéndose por tal la que ha sido dictada en territorio distinto al del Estado donde se solicita su reconocimiento o ejecución, o que no haya sido considerada como nacional por el Estado en el cual se pide dicho reconocimiento o ejecución. Estos criterios se desprenden del artículo I de la Convención, cuando establece que son aquellas dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento o ejecución¹⁸. Por tanto siguiendo a la doctrina diremos

¹⁸ Ver la interesante opinión del autor citado en la nota 32.

que para “saber cuando existe una sentencia extranjera podemos aplicar dos criterios, ambos negativos:

- b. Que no se haya dictado en el territorio del Estado ante el cual se pide reconocimiento y ejecución o que aún dictada en dicho territorio, el ordenamiento jurídico del Estado requerido no la considere como laudo nacional, sino valga la redundancia lo estime extranjero a pesar de haber sido dictado dentro de su territorio.
- c. Consagra el principio rector que inspira las modernas legislaciones y convenciones internacionales que se basa en la presunción de validez de los acuerdos arbitrales y la regularidad de las sentencias arbitrales extranjeras. Establece el requisito de la obligatoriedad de la sentencia extranjera, no su firmeza¹⁹. Este tema ha dado lugar a una gran diversidad en su interpretación, dado que del texto del instrumento bajo examen no surge una definición del término obligatorio, cuestión que le permitió a la más autorizada de las doctrinas vaticinar las consecuencias negativas de esta omisión²⁰. Sin embargo, se entiende que decir que un laudo es obligatorio es decir menos que laudo firme. Mas primordialmente lo que logra la CNY es superar el tedioso, el nada favorecedor del arbitraje, el llamado “doble exequátur.
- d. Exige la presentación de un número mínimo de documentos para respaldar la petición de la parte que invoca a su favor una sentencia arbitral extranjera. Solamente se trata de la copia del acuerdo arbitral y del laudo, en su caso traducido si el idioma en que se ha dictado es distinto de aquél en que se redactó el acuerdo arbitral.

¹⁹ Este aspecto reviste importancia fundamental por eliminar el trámite del doble exequátur. Sin embargo, esta exigencia surge, respecto de los laudos arbitrales, de lo establecido en los artículos 3 y 6 de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, así como del artículo 3 de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, de Montevideo de 1979. Para lograr demostrar que se trata de un laudo definitivo la parte quien solicita su reconocimiento o ejecución ha sido prácticamente obligado a obtener el exequátur en el país donde fue dictado. De manera que resulta claro discernir la diferencia entre laudo obligatorio y laudo final o definitivo.

²⁰ Sanders, Pieter “New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, VI Netherlands International Law Review, 43,55, 1959.

- e. Invierte la carga de la prueba, obligando a quien resiste el reconocimiento y/o ejecución a probar que no se encuentran reunidos los requisitos que lo impiden. En este sentido, cabe señalar que las causales se encuentran taxativamente establecidas en el artículo V de la Convención. Se trata de motivos oponibles por parte del demandado. De este modo, el laudo se encuentra revestido de una presunción de validez ab initio.
- f. Posibilita la denegación o rechazo de oficio por parte del juez requerido, cuando el laudo se opone al orden público internacional o se trata de una cuestión no arbitrable de conformidad con la ley del foro.
- g. Permite el reconocimiento, así como la ejecución parcial del laudo, el denominado exequátur parcial²¹.

8. LA RATIFICACIÓN POR LA REPUBLICA ARGENTINA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK²²

El Congreso de la Nación ratificó por Ley 23619 del 28 de septiembre de 1988, la Convención de Nueva York de 1958, promulgada por el Poder Ejecutivo mediante decreto 1524/88 del 21 de octubre de 1988. La República Argentina al momento de ratificar la Convención hizo las reservas de reciprocidad y comercialidad autorizadas por el artículo I (3).

De este modo, el Estado Argentino solamente aplicará la Convención a laudos:

- a. Que provengan de un Estado que también la haya ratificado,
- b. que hayan sido dictados en materia comercial, y
- c. que sean tales, vale decir, pronunciamientos de naturaleza jurisdiccional sujetos a recursos de apelación y de ejecución.

²¹ Recomendamos la consulta de la excelente obra del Profesor uruguayo Santos Belandro, Ruben S. "Arbitraje Comercial Internacional", 2da. Edición. Ruben Santos Belandro y Pereznieta Editores, Estudios Monográficos, México, 1997.

²² Entre la extensa bibliografía sobre la Convención de Nueva York, destacamos Grigera Naón, Horacio "Ratificación por la Argentina de la Convención de NY de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros". Revista Jurídica La Ley, Año LIII N°95, 17/05/1989.

La República Argentina, al igual que otros países latinoamericanos, han debido por imperio de la necesidad, modificar su mirada desconfiada hacia el arbitraje comercial internacional. En efecto, los derechos estaduales han decidido incorporar los instrumentos jurídicos internacionales más importantes en materia de arbitraje comercial internacional, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Entre ellos destacan la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros de 1958 (Convención de Nueva York) a la que estuvimos refiriéndonos precedentemente, la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá) , y la Convención sobre Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones Extranjeras de 1965 (Convención ICSID). A su turno, por impulso de estas Convenciones los estados latinoamericanos comenzaron a modificar sus legislaciones en materia de arbitraje tal como lo hicieron Bolivia en 1997, Brasil en 1997, Colombia en 1996, Ecuador en 1997, México en 1993, Perú en 1996, y Venezuela en 1998. Muchos han sido y aún siguen siéndolo los proyectos elaborados en la Argentina, algunos que han perdido estado parlamentario, otros están a punto de perderlo, inclusive de alguno de ellos nos hemos ocupado oportunamente, mas todavía no se ha sancionado una legislación en materia de arbitraje privado internacional²³ . Sin embargo, en los espacios integrados como es el caso del MERCOSUR que vincula a la República Argentina, República Federativa de Brasil, República del Paraguay y a la República Oriental del Uruguay se han aprobado, y se encuentran en vigor acuerdos que dentro de su ámbito regulan esta materia²⁴ . Cabe señalar que en ausencia de tratado las normas aplicables en la República Argentina surgen del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 1, 517 a 519 bis, 736 a 765).

²³ Feldstein De Cárdenas, Sara L. y Leonardi De Herbón, Hebe “El arbitraje interno e internacional” una Mirada al futuro, Abeledo Perrot 1991, y más recientemente “El arbitraje”, Abeledo Perrot, 1998.

²⁴ Acuerdo sobre Arbitraje de junio de 1998, Protocolo de Colonia en materia de Inversiones Extranjeras 1994, Protocolo de Las Leñas sobre Asistencia y cooperación en materia civil, comercial, administrativa y laboral de 1992 y finalmente el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual Sobre el particular puede verse de S.L. Feldstein De Cárdenas Jurisdicción Internacional en materia contractual, Sistema Jurídico del Mercosur, Abeledo Perrot, 1995.

La Convención de Nueva York puede ser calificada como una de las más exitosas convenciones. Pero como toda obra humana es perfectible. Por ello, en el próximo apartado, analizaremos algunas cuestiones que guardan íntima relación con el empleo del arbitraje, la cláusulas de elección de foro, y la ejecutabilidad de los laudos en el ámbito del comercio electrónico, específicamente en INTERNET.

9. EXPERIENCIAS, OBSERVACIONES CRITICAS, PERSPECTIVAS

En su 32º período de sesiones, el 10 de junio de 1998, la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional organizó una jornada conmemorativa especial, para celebrar el cuadragésimo aniversario de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York 10 de junio de 1958). Participaron además de los representantes de los Estados miembros de la Comisión y observadores, más de trescientos invitados. En esta ocasión se trataron los siguientes temas:

1. Conciliación.
2. *Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje.*
3. Posibilidad de someter cuestiones a arbitraje.
4. Inmunidad soberana.
5. Acumulación de Procedimientos arbitrales.
6. Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales.
7. Establecimiento de reclamaciones a efectos de compensación.
8. Decisiones tomadas por tribunales arbitrales incompletos.
9. Responsabilidad de los árbitros.
10. Facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios.
11. Costas en procedimientos de arbitraje.
12. Fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección y
13. Facultad discrecional para ejecutar un laudo que ha sido ejecutado en el estado de origen.

En esta ocasión, nos circunscribiremos debido al tema central de este trabajo, al abordaje de tan sólo el mencionado en el punto 2, con la promesa de volver sobre los restantes en un futuro próximo.

10. REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

A diferencia del litigio judicial, los procedimientos arbitrales se celebran cuando las partes así lo convienen. Por cierto, que las legislaciones estatales suelen incorporar excepciones a esta regla, imponiendo esta modalidad de solución de disputas. Cuando el arbitraje no nace de la voluntad de las partes pierde su esencia, deja de ser arbitraje para ser otra cosa²⁵.

Centrándonos en nuestro tema diremos, desde el punto de vista de la forma que debe revestir el acuerdo arbitral, un análisis comparativo revela que la forma escrita es la exigida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Cabe observar, asimismo, que cuando no es así se ha señalado que en la práctica casi todos los pactos se celebran por escrito o dicho de otro modo, que los acuerdos verbales no tienen gran valor debido a que las normas relativas a la prueba son muy estrictas²⁶.

Cabe recordar que el artículo II (2) de la CNY expresa lo siguiente:

“La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

A su turno, la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 en el artículo 7 (2) prevé que:

“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes, o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en

²⁵ Para un desarrollo más profundizado puede consultarse la obra citada en nota 2, Capítulo dedicado a la Naturaleza Jurídica del arbitraje.

²⁶ Ver Informe del Secretario General de CNDMI A/CN.9/207 del 14 de mayo de 1981.

un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

En realidad, sobre este delicado punto, es donde se advierten serias tensiones entre los tribunales estatales y arbitrales.

11. ACUERDO ESCRITO Y COMERCIO ELECTRÓNICO

Tal como anticipamos, un aspecto que merece ser tratado cuidadosamente, es el que se relaciona con el binomio acuerdo de arbitraje por escrito y comercio electrónico. En efecto, como hemos visto la Ley Modelo UNCITRAL estima como válidos aquellos acuerdos que se han formalizado con la utilización de cualquier medio de telecomunicación que deje constancia del acuerdo, texto de alguna manera abarcativo del correo electrónico y del intercambio electrónico de datos (EDI²⁷).

Ahora bien, cabe observar que una interpretación extensiva del artículo II(2) respecto de la expresión “contenidos en un canje de cartas o telegramas” propicia la inclusión de otros medios de comunicación, en particular el télex, el facsímil. Quizás se podría sostener, que el comercio electrónico también quedaría comprendido en el texto aludido, a tenor de lo establecido por la Ley Modelo UNCITRAL sobre la materia junto con su guía para la incorporación al derecho interno²⁸.

²⁷ Electronic Data Interchange.

²⁸ La guía prevé, en consonancia con la CNY y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional: “La ley Modelo puede resultar un valioso instrumento, en el ámbito internacional para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes que impongan de hecho algunos obstáculos al empleo del comercio electrónico, al prescribir, por ejemplo, que se han de consignar por escrito ciertos documentos o cláusulas contractuales. Caso de adoptarse la Ley Modelo como regla de interpretación al respecto, los Estados partes en esos instrumentos internacionales dispondrían de un medio para reconocer la validez del comercio electrónico sin necesidad de tener que negociar un protocolo para cada uno de esos instrumentos internacionales en particular”. (Párrafo 6 de la Guía).

En rigor, la cuestión más delicada surge de la combinación entre la forma y de la manera en que el acuerdo de arbitraje aparece descrito por la expresión “canje de cartas o telegramas (o “intercambio de cartas o telegramas”) en la Ley Modelo y en la CNY. Es cierto que desde una interpretación literal las expresiones estarían aludiendo a un mutuo intercambio de textos escritos.

Desde nuestra mirada, de lo que no caben dudas, que quedan excluidos la aceptación tácita o un acuerdo puramente verbal.

Expresiones tales como aceptación tácita o verbal de una orden de compra por escrito o de una confirmación de venta por escrito, un contrato concluido en forma verbal, o ciertas notas de intermediarios, conocimientos de embarque, instrumentos o contratos por los que se transfieren derechos u obligaciones a terceros no firmantes cuando los terceros que no son parte en el acuerdo original, tal como ocurre cuando se produce una transferencia universal de activos, tales como sucesiones, fusiones, o bien transferencia específica de activos, tal como la transferencia de contratos o cesión de cuentas por cobrar, de deudas, novación, subrogación, estipulación a favor de terceros, o en el caso de multipartes o múltiples partes o grupos de contratos o grupos de sociedades, extensión implícita de la aplicación del acuerdo de arbitraje a personas que no eran expresamente parte del mismo, para citar solamente algunos ejemplos²⁹.

Aquí se abren, para explicar lo expuesto, dos líneas interpretativas. Una, la interpretación amplia, sostiene que la CNY no necesita ser reformada en este punto, mientras que la otra la estricta, considera que habrá que contar con una subsanación en el ámbito legislativo de esta cuestión. Resulta oportuno recordar que en una Conferencia sobre Arbitraje celebrada en Beijing, se sostuvo: “Puede argumentarse a favor de una reforma al Artículo 7(2) que permita la creación de un convenio de arbitraje por costumbre o uso mercantil o con fundamento en una manera de comerciar o la conducta. Si se incluye una cláusula de arbitraje en un contrato que de otra manera será obligatorio, ¿por qué sería necesario señalar una firma o una constancia por escrito del contrato? Los contratos que implican millones de dólares se crean de esta

²⁹ Ver A/CN9/460, p. 8 antes citado.

manera, y por tanto es posible preguntar qué tiene de especial la cláusula de arbitraje como para exigir que cumpla el Artículo 7(2)”³⁰. A su turno, y en respuesta a esta posición, se dijo que “no hay motivos para que un administrador no pueda aceptar unas disposiciones de un contrato y no otras, en particular una disposición tan importante como la renuncia al derecho de recurrir a los tribunales”.

Quizás fuera atinado pensar, como lo hacen prestigiosos autores, que dentro de una corriente tradicional, la única solución efectiva sería disponer expresamente el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales con fundamento en convenios que cumplen el requisito de forma más liberal. Esta solución debería abordarse en el más amplio contexto de un suplemento de la Ley Modelo que contenga un capítulo sobre ejecución³¹.

Lo cierto es que a estas alturas conviene recordar que la CNY ha tropezado en la práctica con muchas dificultades en este aspecto, tal como indica un estudio realizado al momento de elaborarse la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional por el Secretario General de la Comisión, el que se señalaba que la definición en la LMA debería ser más precisa y detallada³².

Pero para nosotros las diferencias entre la CNY y la LMA son de época. Por ello la ley modelo que se adoptó en 1985 reconoce otros medios de comunicación que, en 1958, no se utilizaban. Además, usando un lenguaje sorprendentemente avanzado para los tiempos de su elaboración, la incluyó la posibilidad de encerrar dentro del concepto de forma escrita, los medios electrónicos de comunicación (otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo).

En su 35º período de sesiones celebrado en Nueva York del 17 al 28 de junio de 2002, la Comisión encomió los progresos realizados hasta el momento en

³⁰ N. Kaplan “Nuevos conceptos en relación con la forma escrita”. Actas del Coloquio sobre el Día de la Convención de Nueva York, nota 1.

³¹ G. Herrmann “Necesita el mundo más legislación uniforme en materia de arbitraje?”. Revista Foro. México. 2001. Van der Berg “La Convención de Nueva York, sus efectos deseados, su interpretación, sus principales aspectos problemáticos”. Association suisse de l-arbitrage, serie especial N.9 pp. 25/45 1996.

³² A/CN.9/168, párrafos 19 a 26.

relación con las cuestiones sometidas a debate, precisamente los obtenidos respecto del requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje. En efecto, allí se debatió un proyecto de instrumento interpretativo referente al párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York (Ibíd., Párrafos 25 y 26). En tal sentido, la Comisión observó que el Grupo de trabajo no había llegado a un consenso sobre si preparar un protocolo de enmienda o un instrumento interpretativo y por tal motivo, entendió que debían mantenerse las puertas abiertas para ambas opciones para su examen posterior³³. Según creemos, el formalismo está reducido a lo mínimo, de modo que la exigencia formal no disminuya la seguridad.

No podemos concluir este apartado, sin mencionar que coincidentemente la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece en su artículo 1 lo siguiente: “Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex”.

12. JUSTICIA *ON LINE* PARA Y POR INTERNET

En el área de los negocios internacionales en general y por ende, en la del comercio electrónico, en especial, las partes suelen sustraerse por diversos motivaciones, a la jurisdicción de los tribunales estatales. En ese contexto, se vienen desarrollando algunos proyectos que propician, que ofrecen una suerte de “justicia virtual”, una “justicia on line”, donde la NET es el instrumento, no ya la causa de las controversias, que favorece, que facilita su reglamentación³⁴. En este sentido, una experiencia señaladamente relevante ha sido la desarrollada por el famoso Cybertribunal de Montreal, Canadá. Se trata de un proyecto del Centre de Recherche en Droit Public de l’Université de Montreal que fuera lanzado el 4 de junio de 1998, conocido bajo las siglas

³³ A/CN.0/WG.II/WP. 120

³⁴ G. Kaufmann Kohler, “Internet: Mondialisation de la communication, mondialisation de la résolution des litiges”. University of Utrecht and the Hague Conference on Private International Law, editado por K. Boele-Woelki Y C. Kessedjian, Kluwer Law International, The Hague, 2000, p. 128.

MARC que propone la solución de los diferendos mediante el arbitraje o la mediación. Por su carácter experimental sus servicios son gratuitos. Las cuestiones cuya resolución ofrece abarca temas como en materia de comercio electrónico, derecho de la competencia, derecho de autor, marcas de comercio, libertad de expresión. Los árbitros son nombrados por la Secretaría del Cybertribunal el que está dotado de un reglamento de procedimiento para el arbitraje, que establece que la sentencia será expuesta en el sitio del Cybertribunal a menos que una u la otra parte se oponga. En tal caso, la Secretaría puede proponer a las partes suprimir aquellas menciones de la sentencia que permitan identificarlas. Mas quizás una de las más importantes que denota su adaptación al medio cibernético es que permite el uso de la videoconferencia dentro del cuadro de posibilidades ofrecidas para la solución del diferendo. Otra experiencia ha sido el Cybertribunal Peruano, que es una asociación sin fines de lucro, constituida en Perú en noviembre de 1999. Se trata de un Centro Alternativo para la Solución de Conflictos a través de la mediación, conciliación y el arbitraje, El Centro cuenta con abogados que son árbitros, conciliadores acreditados ante el Ministerio de Justicia del Perú y además de expertos en derecho informático.

Asimismo, cabe destacar que desde 1997 la Asociación Española de Arbitraje Tecnológico ARBITEC que admite solicitudes de arbitraje a través de INTERNET.

Finalmente, ha aparecido un sitio denominado KlikNsettle y CyberSettle que propone un nuevo servicio en el área de la resolución de los litigios. Este proyecto fue lanzado el 23 de junio de 1999 por la National Arbitration and Mediation, una empresa que ofrece servicios de mediación y de arbitraje en el cyberspacio. Se trata de una importante experiencia, ya que al poco de inaugurarse contaba con muchos clientes registrados que pretendían someter sus litigios al centro. Simplemente se llena un formulario electrónico, mediante una tasa reducida.

En este sentido, nuestra reflexión está encaminada a despertar la imaginación y lograr aproximarnos a un tema novedoso, atractivo, donde habrá que responder, entre muchos otros temas, si en caso de seleccionarse la jurisdicción mediante cláusulas insertas en los contratos entre usuarios y proveedores de servicios, y entre los consumidores y comerciantes en INTERNET, habrá

que considerar seriamente las necesarias limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad, para evitar que en el cyberespacio se instale el dominio de los poderosos. En efecto, si bien sabemos que la mera inserción de condiciones generales en los contratos internacionales no los convierte en un escenario donde se despliega un festival de autonomía, no es menos cierto, que un diverso poder negociador, bajo ciertas circunstancias podría invalidar el acuerdo celebrado³⁵. Sabemos que la respuesta ni es baladí ni sencilla.

REFLEXIONES FINALES

Para terminar con esta presentación a modo de conclusión diremos que:

- a. El espacio virtual, es un espacio con ciertas características particulares, si bien no extraño a la regulación jurídica, que implica un gran desafío para legisladores y autoridades judiciales. Se está ante un fenómeno que forma parte de la realidad que precisa convertirse en parte del orden jurídico, del derecho. En este sentido, podrán ser los Estados o los propios usuarios quienes deberán tomar la iniciativa en la determinación de las reglas para así contribuir a la formulación de las reglas.
- b. La accesibilidad y la facilidad de la realización de las transacciones en INTERNET precisa de un entorno que asegure la protección de la información enviada por el comprador al vendedor, entre otros contratos posibles.
- c. Los especialistas de derecho internacional privado tendremos que asumir una vez más, con seriedad, con imaginación la responsabilidad para atender un fenómeno que ha revolucionado el mundo de los negocios.
- d. La doctrina y la jurisprudencia tradicional, tanto nacional como extranjera, en materia de jurisdicción internacional, deben adaptarse, adecuarse a los cambios rotundos, redefiniéndose los puntos de conexión tradicionales, permitiendo la solución de las disputas mediante modalidades como el arbitraje, consolidando los mecanismos de cooperación y asistencia

³⁵ Según nuestra interpretación doctrinaria a contrario sensu del fallo Quilmes Combustibles c/Vigan SA.

jurídica, pero siempre atendiendo a la modalidad del comercio electrónico, que por su propia esencia reafirma la existencia, la necesidad de recurrencia a nuestra anciana, pero aún plena de vitalidad rama del derecho. Así pues, el arbitraje comercial internacional se adapta a las exigencias de INTERNET en la búsqueda de la solución de las disputas ocasionadas en esa esfera.

- e. Una solución puede ser la elección del foro que tendrá que resolver las eventuales disputas que pudieran presentarse. Habrá que discernir en este caso si las cláusulas electivas celebradas por INTERNET para llenar el requisito de la forma escrita exigirán una confirmación escrita por correo electrónico.
- f. Otra probable solución, puede tener lugar a través de la cooperación, de la asistencia jurisdiccional en la materia, no descartando la armonización legislativa entre los estados, mediante la celebración de convenios internacionales que contengan criterios uniformes no solamente en materia de jurisdicción internacional, sino además lo relacionado con el reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales dictados en el ámbito de INTERNET.
- g. Creemos que le asiste razón a la doctrina que ha llegado a considerar que las disputas que se originan con motivo del comercio electrónico, específicamente aquellas en las que ambas partes se encuentran familiarizadas con el *modus operandi* de la NET, es donde las partes se encontrarán más dispuestas, más inclinadas a elegir el arbitraje en general y el arbitraje on line como modalidad para resolverlas.
- h. Piénsese que en este último la tendencia marca que la resolución del litigio puede obtenerse en pocos días o meses, a diferencia de los plazos más prolongados en que se concluyen los procesos ante los aletargados tribunales estatales. Mas habrá que considerar, por ejemplo, que si bien es cierto que los emails pueden ser interceptados como cualquier intercambio epistolar, vale decir, pueden ser leídos por otros además de sus legítimos destinatarios, no lo es menos que ellos pueden otorgar mayor seguridad, mayor confidencialidad cuando se utilizan códigos que los encriptan, permitiendo su acceso solamente por la voluntad, el deseo de quien los recibe.

- i. Lo que realmente parece contribuir al empleo de este último tipo de arbitraje, sin perjuicio de la intrínseca naturaleza intangible de la INTERNET, es el hecho para nada menor, de no encontrarse las partes físicamente presentes, con la consabida carga emotiva de sus pasiones, la preciosa posibilidad de tomar distancia sobre las cuestiones controvertidas que las enfrenta. Una de sus mayores ventajas es que las partes eligen el momento en que desean intervenir, en que quieren responder, participar en el procedimiento.
- j. Puede sostenerse que INTERNET ha provocado un cambio radical en la manera de comunicarse de las personas, que muestra que se encuentran más inclinadas a decir más, participar más, comunicarse más, a lanzar más ideas francamente, con menos formalidades que cuando lo hacen en reuniones cara a cara.
- k. Por esta, entre otras tantas razones, es que invitamos a nuestro lector a repensar seriamente acerca de:
 - 1. Si el arbitraje como mecanismo de solución de disputas, todavía puede continuar contribuyendo aún más, para el reestablecimiento de la paz, obsequiando sus probados beneficios a los operadores del comercio electrónico que en él confíen.
 - 2. Si resulta importante la determinación de la “sede” del arbitraje virtual, dado que este relevante aspecto, para nada menor, tiene virtualidad suficiente para incidir en la la ley procesal aplicable, , en las medidas precautorias o de auxilio jurisdiccional que pueden ser requeridos a los tribunales estatales durante el proceso arbitral o el control de la regularidad del laudo como en la eventual ejecución forzada, y finalmente, respecto a un delicada cuestión que sigue apasionándonos como es la ley aplicable al fondo del litigio³⁶.
 - 3. Dicho en otras palabras, qué ley aplicarán los árbitros en el cyberspace, en defecto de elección de ley por las partes, una nueva

³⁶ S. L. Feldstein De Cardenas, “Contratos Internacionales”, Capítulo pertinente dedicado a la Lex Mercatoria. Abeledo Perrot. 1994.

como remozada *lex mercatoria*, que podría ser denominada como “cybermercatoria”, más apta que el derecho internacional o el derecho nacional para resolver la disputa o por el contrario, estaríamos presenciando una nueva embestida, y van de los mercatoristas en su designio para escapar del corset de los derechos estaduales, colocándose bajo el manto sacrosanto de un conjunto de reglas anacionales, que por ostentar el sello de haber sido especialmente creadas por los propios operadores del comercio electrónico son de suficiente calidad como para no solamente auxiliar, sino hasta llegar a reemplazar a los ordenamientos jurídicos estatales.

Pero a no temer estimados lectores, este tema será objeto de un nuevo encuentro en el que seguramente seguiremos defendiendo al arbitraje como uno de los métodos más aptos para dirimir las controversias que se generan en el mundo de los negocios internacionales. Pero donde también, persistiremos en nuestra idea acerca de que la misteriosa cybermercatoria deberá adaptarse, acomodarse dentro de los espacios que le permiten los ordenamientos jurídicos estaduales. Porque estamos convencidos que lo contrario es no solamente de toda imprudencia, sino de cierta temeridad en cuanto contribuirá a despertar la anarquía dormida, latente de INTERNET.

Las acciones y recursos judiciales ante el tribunal de justicia andino

Sacha Rohán FERNÁNDEZ CABRERA*

SUMARIO:

Introducción.

1. **El Tribuna de Justicia Andino de la Comunidad Andina.**
2. **Mecanismos que facultan a los interesados. Conceptos-Procedimientos.** *2.1 Fase Pre-contenciosa.*
3. **Competencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (Los diferentes recursos que se pueden interponer).** *3.1 Acción de Nulidad; 3.2 Acción de Incumplimiento; 3.3 Interpretación Prejudicial; 3.4 Recurso por omisión o inactividad; 3.5 Función Arbitral; 3.6 Jurisdicción Laboral.*

Conclusiones

* **Universidad Central de Venezuela**, abogado (14/366). Especialista en Derecho Internacional Económico y de la Integración. Especialización en Derecho Procesal, pendiente la defensa del Trabajo de Grado. Ex Auxiliar de Investigación Docente, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho*, Profesor de Derecho Administrativo III. **Universidad Alejandro de Humboldt, Facultad de Ciencias Económica y Sociales**, Ex Profesor. **Instituto Venezolano de Derecho Procesal**, Miembro y Bibliotecario Suplente. **Defensoría del Pueblo**, Coordinación de Servicios Jurídicos del Área Metropolitana de Caracas, Coordinador Encargado. Autor de diversos estudios en revistas especializadas. Conferencista en diferentes eventos. Abreviaturas utilizadas: ALALC: Asociación Latinoamericana de Libre Comercio; Art. (s): Artículo (s); CAF: Corporación Andina de Fomento; CAN: Comunidad Andina; CSJ: Corte Suprema de Justicia.

INTRODUCCIÓN

Es indudable que el mundo, las naciones y las personas, actualmente se encuentran inmersos en procesos de integración económica, política, jurídica y social, lo que conlleva a una globalización de las actividades y diferentes esferas del quehacer humano. Dentro de este acontecer diario, esta la actividad judicial, en estas esferas internacionales.

Lo relativo al derecho procesal y el proceso ante el Tribunal de Justicia Andino de la Comunidad Andina, no ha sido muy tratado por los autores patrios. Todo esto sucede, no obstante, la gran importancia de saber y conocer los aspectos procesales que se deben aplicar en un mundo globalizado e inmerso en varios procesos integracionistas en el ámbito mundial, donde Venezuela no escapa de ello.

Por lo tanto, veremos de manera breve que es el Tribunal de Justicia Andino y lo referente sus procesos judiciales, dentro de la actividad integracionista que más se encuentra relacionada con nuestro país, como lo es el de la Comunidad Andina, en cuanto a las acciones y recursos que podemos ejercer, cuando proceden y cómo deben ser utilizadas de conformidad con su naturaleza.

1. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO DE LA COMUNIDAD ANDINA

La idea y la necesidad de que el Acuerdo de Cartagena contase con una jurisdicción contenciosa, un tribunal, recursos, la capacidad y la forma de obligar a los Estados miembros a cumplir con sus obligaciones, no estuvo planteado desde un principio, ya que se consideraba que el cumplimiento de los objetivos de tipo políticos eran tan importantes para los países miembros al momento de la creación de la CAN en los años sesenta, que era impensable su incumplimiento por parte de los mismos.¹

¹ Maza, Emilio. *Origen y formación del Derecho Comunitario Andino*. Ediciones Schnell, C.A. Caracas, 1979. pág. 55 y s.s. señala este autor que se pensó de esta manera por los cambios que se habían dado en la relación con la inversión foránea y el fortalecimiento de los gobiernos nacionales frente a la guerra fría. Citado por Saínz Borgo, Juan Carlos. *Algunas consideraciones en cuanto al Derecho Procesal Comunitario Andino, con especial referencia al papel de la Secretaría General como órgano pre-contencioso*. Op. Cit.

No obstante, la necesidad de poseer una instancia judicial se fue haciendo evidente con los años, por lo que la Comisión del Acuerdo de Cartagena en 1971, en su Sexto Período de Sesiones dejó constancia sobre la necesidad de crear un órgano jurisdiccional. Así en 1972, la Junta del Acuerdo, siguiendo este mandato, convocó a una Reunión de Expertos, donde participaron Gerard Olivier, Director General Adjunto del Servicio Jurídico de las Comunidades Europeas y del doctor Pierre Pescatore, ex magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. De allí surgieron unas recomendaciones, que sirvieron de base a la Junta para presentar a finales de ese año, una propuesta de tratado de un tribunal andino.²

Sin embargo, de acuerdo con la Declaración de Cartagena de 1978, la creación de un tribunal independiente en tan alto nivel constituiría la respuesta necesaria y natural a los deseos de plenitud institucional, autonomía y permanencia de los objetivos y mecanismos creados por el Acuerdo de Cartagena de 1969. Se pretendía disponer de un órgano que controlase la legalidad de las normas emanadas de la Comisión y de la otrora Junta del Acuerdo³, dirimiese las controversias con respecto al cumplimiento de las obligaciones de los países miembros e interpretase los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo.⁴

Sin embargo, no será sino hasta 1979, cuando la Comisión aprobó un tratado especial que creaba el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y estableció toda una jurisdicción especial, que obliga a los países, a no someter sus controversias a otras instancias y a cumplir las sentencias que de ella derivasen, y en caso de no cumplir con sus mandatos se verían sometidos a sus sanciones.⁵

² García-Amador, F.V. *El Ordenamiento Jurídico Andino. Un nuevo derecho comunitario*. Un nuevo derecho comunitario. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977. p. 100. Citado por Sainz Borgo, Juan Carlos. *Algunas consideraciones en cuanto al Derecho Procesal Comunitario Andino, con especial referencia al papel de la Secretaría General como órgano pre-contencioso*. Op. Cit.

³ Hoy Secretaría General,

⁴ Así lo hace ver Trabuco, Claudia María. *A importância de um tribunal supranacional no contexto de um processo de integração: o dilema do Mercosul*. Facultad de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Working Paper 5/99. <http://www.fd.unl.pt/pt/wps/wp005-99.doc>

⁵ De ésta manera lo refiere Sainz Borgo, Juan Carlos. *Algunas consideraciones en cuanto al Derecho Procesal Comunitario Andino, con especial referencia al papel de la Secretaría General como órgano pre-contencioso*. Material de clases de la Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001.

Entre las razones que obligaron a la creación de esta jurisdicción supranacional, representada en el Tribunal, iban desde la falta de una normativa que uniformara la entrada en vigencia de las Decisiones de la Comunidad, hasta la forma de incorporar los actos en las naciones.

Como consecuencia de esto, se generó un importantísimo cambio del proceso de integración en el que los países estaban participando. Para muchos, la existencia de una instancia supranacional y una jurisdicción internacional constituía un cambio en su política internacional. Debido a esto no fue sino hasta después de cuatro años luego de su aprobación, el 19 de Mayo de 1983, cuando el Tratado pudo entrar en vigencia⁶.

El Tribunal fue así concebido como uno de los elementos esenciales del proceso de integración y su creación representó la más clara demostración de la voluntad política de los gobiernos de los Estados miembros de respetar y cumplir las obligaciones y responsabilidades asumidas previamente, como una afirmación de irreversibilidad del proceso de integración. Las esperanzas de un desenvolvimiento sustentable de un esfuerzo de integración serio, basado en una organización con poderes similares a los de un Estado soberano, en la que el principio de la mayoría de los votos debe ser aceptado como regla general y en la que existe un verdadero interés común que prevalece sobre los intereses individuales y circunstancias de cada momento histórico, por lo que residían en el establecimiento de un control judicial permanente que surgiría eventualmente, siendo el elemento clave que faltaba a esta construcción.⁷

En un primer momento el Tribunal de Justicia creado asumió tres clases de acciones o de competencias: 1) la competencia para decidir las demandas por incumplimiento contra los países miembros (que acabo por ser un de los

⁶ Venezuela fue el último país en ratificar el Tratado, lo cual hizo el mismo año, a través de la Ratificación publicada en la Gaceta Oficial No. 3.216 Extraordinaria del 7 de Julio de 1983, por lo que no es sino hasta ese año que entra en vigencia el tratado del tribunal.

⁷ Ésta afirmación la realiza Uribe Restrepo, Fernando: *Experiencia e incidencia del Tribunal Andino en los fallos de los tribunales interiores de cada país y experiencia en integración económica desde lo jurídico*. III Convención Latinoamericana de Derecho. Universidad de Antioquia. Septiembre 13 al 17. http://www.derecho.udea.co/contenido/eventos/principal/convencion_latinoamericana/docentes/docentes.htm

campos donde ha fallado más este tribunal, debido a que ninguno de los países se atrevía intentar la acción porque ninguno se sentía libre de culpas, llegando a existir un “*acuerdo de caballeros*” entre los gobiernos en el sentido de no recurrir al Tribunal de Justicia para resolver sus disputas)⁸; 2) la acción de nulidad, para tratar de asegurar a los países miembros y sus habitantes que los especiales e inusitados poderes supranacionales atribuidos a los organismos comunitarios serían usados correctamente, y; 3) finalmente, la competencia judicial comunitaria que hasta ahora ha sido la de mayor importancia que es la de interpretación, no solamente por tratarse de pronunciamientos doctrinales con repercusión directa e inmediata en los procesos sometidos a los jueces nacionales, sino también porque con esta acción se intenta hacer cumplir en la práctica los mismos objetivos que se buscan a través de las acciones de incumplimiento y de nulidad o recurso prejudicial, con lo cual se puede llegar a un equilibrio.⁹

Anteriormente escapaban a estas competencias las controversias entre particulares en el ámbito del proceso de integración, así como las que surgían entre particulares y países miembros y entre personas privadas y órganos comunitarios¹⁰. De esta misma forma, el Art. 23 del Tratado original del Tribunal Andino, que modificaba el Art. 23 del Acuerdo de Cartagena de 1969, señalaba que apenas serían sometidos al Tribunal de Justicia los eventuales conflictos entre miembros del Grupo Andino, siendo que las polémicas que surgían envolviendo a otros Estados pertenecientes al Tratado de Montevideo que no fueran miembros del Pacto Andino continuarían siendo solucionados a través del mecanismo de solución de controversias de la ALALC.¹¹

El Tribunal de la CAN fue creado para solventar la frustración del funcionamiento de los mecanismos de Derecho Internacional Público

⁸ No obstante, esto no significa que no se hay intentado esta acción, sino que no se ha realizado con la frecuencia y oportunidad con la que se ha debido ejercer por las razones ya expuestas.

⁹ En cuanto a la clasificación de éstas acciones o competencias y su desarrollo se sigue a lo mencionado por Trabuco, Claudia María: ob. cit.

¹⁰ Sin embargo, esto cambió con el Protocolo de Cochabamba que permite de manera más amplia el acceso a los particulares.

¹¹ Actualmente, el Art. 47 del Acuerdo de Cartagena establece que la solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico de la comunidad Andina, se encuentran sujetas a las normas del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, también lo señala el Art. 42 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

originalmente establecidos, utilizados apenas en las transacciones bilaterales de intereses y fuera del ámbito de la asociación y de su sistema legal. El Tribunal de Justicia de la CAN, siguió el modelo europeo, no obstante ambos tribunales presentan características que revelan las diferencias básicas entre los dos sistemas. Esto se deberá seguramente al factor inevitable que tiene que ver con el propio estadio de evolución en que el Tribunal de Justicia de la CAN fue creado, que no es de todo comparable con el caso del Tribunal de Justicia Europeo, que apareció al mismo tiempo que la propia Comunidad Económica Europea. No obstante, a pesar de ciertas semejanzas los poderes de las dos instituciones encuentran diferencias substanciales entre sí.

La reglamentación vigente para el Tribunal Andino¹² presenta algunos aspectos en los cuales supera, por lo menos teóricamente, lo previsto para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, el primero tiene la posibilidad de sancionar a un país miembro responsable por un incumplimiento si este no cumple la sentencia en la cual este incumplimiento es declarado en un plazo de tres meses. Esta sanción, consiste en “*restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena*” y que puede ser impuesta por el tribunal sumariamente y sin previa aprobación de la entonces Junta¹³, este no es un poder a disposición de la institución europea. Paralelamente, existe en el ordenamiento comunitario andino una mayor claridad con relación al papel desempeñado por los jueces nacionales en la aplicación del derecho comunitario, y esto no es más que un aprovechamiento de la experiencia europea para el mejoramiento de las características de la institución judicial. Otra diferencia puede ser encontrada en la ausencia de poderes consultivos, normalmente con respecto a la firma de acuerdos con terceros Estados.

La importancia de un tribunal supranacional en el proceso de integración europea, y el papel por este desempeñado fue extraordinariamente activo y de un impulso y una dinámica particular en el sistema que, hasta ese momento, no había encontrado paralelo en cualquier otra organización internacional hasta que la CAN creó el Tribunal de Justicia Andino. La constatación de este

¹² Estas son las Decisiones 184 y 394 contentivas del Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y su modificación parcial.

¹³ Art. 25 del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 1979.

factor podría llevarnos a pensar que esta nueva dimensión de la actividad judicial debería ser automáticamente aplicable a cualquier otro proceso de integración regional de características u objetivos semejantes que se fuesen a constituir en el futuro, como si la propia actividad de crear un tribunal supranacional fuese una exigencia impuesta por la naturaleza del derecho comunitario. Al ser así, el Tribunal Andino estaría por así decir obligado a seguir semejante rumbo en un futuro mas o menos próximo pues de ese hecho dependería el progreso de la propia integración.

Ahora, no parece posible olvidar el segundo principio en el cual el derecho tiene por función regular conductas y no producirlas, proporcionarlas o dirigirlas, tarea llevada a cabo por los agentes políticos. Un tribunal supranacional cabe así, antes de todo para, proporcionar un ambiente de seguridad jurídica adecuado al desenvolvimiento de los intereses comunes de los gobiernos, y no direccionar la evolución en el seno del proceso de integración regional, lo cual es lo que se pretende lograr con el Tribunal de Justicia Andino. Habrá quien a lo largo del tiempo afirme que hacer lo contrario sería atribuirle una tarea que no se compagina con la naturaleza propia de un organismo judicial, obligando a aplicar criterios prácticos o de simples conveniencia, propios de lo político mas no de un juez.

Debido a la naturaleza de la estructura institucional creada por el Acuerdo de Cartagena (donde tanto la Comisión como la otrora Junta, hoy Secretaría General, están dotadas de poderes normativos y son capaces de emitir disposiciones vinculantes y aplicables en el territorio de los países miembros¹⁴) necesitaba de un mecanismo de control de la legalidad mucho más eficiente que el de simples solución de controversias por unanimidad de sus componentes, como existía en el seno del proceso de integración de la ALALC. Simultáneamente, existía el problema de la uniformidad del ordenamiento jurídico, imposible de alcanzar a través de los mecanismos existentes. Había necesidad de un sistema que, respetando la soberanía y competencias de las

¹⁴ Nótese que, en la creación de estas nuevas instituciones, el tratado que creó al Tribunal de Justicia reviste una importancia también porque consagró la primacía de los principios de aplicabilidad directa e inmediata de las Decisiones de la Comisión a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, así como la primacía de las normas que integran el ordenamiento jurídico comunitario del Acuerdo de Cartagena.

jurisdicciones nacionales, permitiese una estricta colaboración entre estas y un tribunal supranacional con vista a asegurar la interpretación y aplicación uniformes del derecho comunitario, esenciales para el desenvolvimiento del proceso de integración. Así, se comprometieron los Estados miembros del Grupo Andino (posteriormente consagrado como Comunidad Andina), a través del art. 33 del Tratado que creó el Tribunal en 1979, a no someter ninguna controversia que surja debido a la aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico andino a ningún sistema de arbitraje o procedimiento distinto de los contemplados en el mismo tratado, lo que en la práctica equivale a afirmar la competencia jurisdiccional exclusiva del tribunal supranacional, como ya acontecía en el modelo europeo.¹⁵

Ya el ex magistrado del Tribunal Andino Luis Sachica resaltó la función del Tribunal Andino, explicando las funciones del tribunal, las cuales son equivalentes a la vigencia temporal, territorial, funcional y de conexión de la norma de la siguiente manera:

(Tiene) esta triple función: a) ejercer un control de la legalidad sobre los propios organismos del sistema, a fin de asegurar que sus actuaciones se sujetarán en un todo a los estatutos constitutivos del ordenamiento, b) Sancionar el incumplimiento de quienes deben obedecer la perceptiva del ordenamiento, distintos a los organismos del mismo; y, c) Formular una interpretación obligatoria de las normas del ordenamiento en un solo sentido o dirección, con el objeto de que sus efectos sean uniformes y generen un auténtico derecho común, general, igualitario, interpretación que tiene un influjo moderador y directivo sobre los funcionarios encargados de la aplicación de la normatividad del ordenamiento de que se trata¹⁶

Como ya se mencionó el Acuerdo de Cartagena de 1969 y modificado mediante sus respectivos Protocolos, estableció el marco legal e institucional del proceso de integración andino, en la que se le atribuyó la función jurisdiccional dentro del proceso de integración al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y se encarga a la Secretaría General de la investigación administrativa (también denominada fase pre-contenciosa) de determinación de la responsabilidad de

¹⁵ Art. 42 del actual Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¹⁶ Sachica, Luis C. *Introducción al Derecho Comunitario Andino*. Ediciones del Tribunal Andino de Justicia. Quito – Ecuador, 1985. p. 131

los Estados partes por incumplimiento y la vigilancia de la coherencia del ordenamiento jurídico andino, también denominado “Sistema Andino de Integración”.

Ya hemos mencionado las características esenciales de la Comunidad Andina de la existencia de un orden jurídico andino, su supranacionalidad y la existencia de órganos comunitarios también supranacionales encargados de la administración de la justicia andina en las instancias administrativas (Secretaría General) y judicial (Tribunal del Justicia del Acuerdo de Cartagena). A ellos se puede sumar una cuarta característica y es la relativa al hecho de que las normas comunitarias abarcan un espectro cada vez más amplio de áreas de la actividad tanto económica como social.

Por ello, recordamos una vez mas que el Tribunal como órgano judicial del “*Sistema Andino de Integración Subregional*”, fue creado el 28 de mayo de 1979, mediante Tratado suscrito por los cinco países miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, como resultado de la creciente complejidad del ordenamiento jurídico andino y estableciendo sus competencias. En su primera parte, este Tratado estableció lo que se ha llamado el “*Ordenamiento Jurídico Andino*” conformado por: 1) el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos Adicionales; 2) el Tratado de creación del Tribunal de Justicia; 3) las Decisiones de la Comisión; y 4) las Resoluciones de la Junta (hoy en día, reemplazada por la Secretaría General de la Comunidad Andina). El Tribunal estaba integrado por cinco magistrados provenientes de cada uno de los países miembros, los cuales son designados por periodos de seis años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez. La sede del Tribunal fue establecida en Ecuador, específicamente en la ciudad de Quito, Roca 450 y Av. 6 de Diciembre.¹⁷

Por lo tanto, la creación del Tribunal de Justicia, requirió de un Tratado autónomo, distinto a aquel que creo el Acuerdo de Cartagena, otorgándole autonomía legal y el espacio territorial necesario para el cumplimiento de sus funciones en el territorio de todos los países miembros del acuerdo de integración.

¹⁷ La sede del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se encuentra consagrada legalmente en el Art. 41 del Acuerdo de Cartagena, en el Art. 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en el Art. 24 de la Decisión 184 contentiva del Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

De igual manera, existe la posibilidad de utilizar el Tribunal para solucionar las controversias con terceros países o grupos de países, de conformidad con el art. 42 del Tratado Constitutivo del Tribunal, el cual le otorga las más amplias facultades para solucionar las controversias. No obstante no olvidemos que la jurisdicción del Tribunal esta compartida con los tribunales nacionales, ya que la jurisdicción comunitaria no sustituye a los anteriores, porque su función es teóricamente complementaria a estos.

El art. 31 del Tratado de Creación del Tribunal, establece con respecto al incumplimiento las bases doctrinarias de la jurisdicción comunitaria, contenidas en el Artículo 4 del Tratado Constitutivo, y que son: 1) la adopción de las medidas necesarias para cumplir las disposiciones de del ordenamiento jurídico andino, y 2) no adoptar medidas que contraríen el derecho comunitario. Estas bases son susceptibles de ser protegidas por todos los tribunales nacionales que componen los sistemas jurídicos de los cinco países de la Comunidad Andina, pero al mismo tiempo, se dispone de la instancia comunitaria, que posee grandes ventajas comparativas en su funcionamiento, como lo sería la especialización de sus magistrados y la poca conexión con los problemas locales de los cuales podrían derivar ciertas presiones, por lo que se puede obtener un cumplimiento más eficiente de sus funciones jurisdiccionales. De esta forma lo que se genera es una facultad complementaria en lo interno, que es al mismo tiempo exclusiva y excluyente para el ámbito internacional, como lo establece el Art. 42 del Tratado del Tribunal.¹⁸

Esta complementariedad o dualidad de los sistemas de solución de controversias en los procesos de integración, en dos niveles se puede observar igualmente en el sistema comunitario europeo. No obstante, la evolución jurisprudencial desarrollado por la Unión Europea ha llevado dicha competencia a aspectos muy novedosos, como inaplicar una ley nacional, incluso normas constitucionales, que contradiga la legislación comunitaria.¹⁹

¹⁸ Estas bases doctrinarias son señaladas por Saínz Borgo, Juan Carlos. *Algunas consideraciones en cuanto al Derecho Procesal Comunitario Andino, con especial referencia al papel de la Secretaría General como órgano pre-contencioso*. ob. cit.

¹⁹ En este sentido se refiere Ruíz-Jarabo Colomer, Dámaso. *El Juez nacional como Juez Comunitario*. Editorial Civital. Madrid, 1993.

El proceso de integración andino, aunque crea una instancia supranacional, en lo legal como en lo jurisdiccional, no establece una instancia federal, que sería el último estadio integracionista de la unión política, como pareciera buscar Europa.

Bajo esta visión, el 28 de mayo de 1996, en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, los países miembros suscribieron el Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia²⁰ del Acuerdo de Cartagena, el cual sigue desde el 25 de agosto de 1999 y regula actualmente su funcionamiento y competencias. Así, de esta forma los procedimientos judiciales y administrativos están normados por el Estatuto y Reglamento Interno.

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, en su versión modificada por el Protocolo de Cochabamba, dispone en su art. 1 que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por:

1. El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos Adicionales;
2. El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos Modificatorios;
3. Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina;
4. Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,
5. Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andino.

En cuanto a lo que se refiere a la organización del Tribunal, se le transfieren varias de las competencias que anteriormente poseía la Comisión al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. De este modo, ese órgano es el que consulta con el Tribunal la posibilidad de aumentar el número de Magistrados y crear el cargo de Abogado General; además de ser el que a propuesta de la Comisión y en consulta con el Tribunal aprueba las reformas al Estatuto de éste órgano jurisdiccional.

²⁰ Este protocolo modificadorio se conoce como la Decisión 472.

En lo que se refiere a las competencias del Tribunal, en el Capítulo III se destacan en las reformas e innovaciones los tipos de acciones que este órgano conoce y que son: 1) la acción de nulidad, 2) la acción de incumplimiento, 3) la interpretación prejudicial; 4) recurso por omisión o inactividad, 5) la función arbitral, y 6) la jurisdicción laboral, siendo las tres últimas innovaciones añadidas en el protocolo y que antes no figuraban dentro de las atribuciones del Tribunal²¹.

Adicionalmente, el Tratado del Tribunal establece las características supranacionales de las normas comunitarias que son: la aplicación directa (horizontal y vertical) y el efecto inmediato en los países miembros. Así, las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, y las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina, no requieren ratificación por los Parlamentos nacionales para surtir efecto y entran en vigencia a partir de su fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, obligando tanto a los distintos poderes, órganos y reparticiones estatales como a los propios ciudadanos andinos.

Asimismo, en su art. 4, el Tratado del Tribunal establece una obligación general según la cual los países miembros deberán adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, y a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

El Tribunal está integrado por cinco magistrados y cinco suplentes²², uno por cada país miembro, designados por períodos de seis años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez²³. De igual manera hay que señalar que los

²¹ Hay que señalar que el 26 de agosto de 1996 el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela presentó al entonces Congreso Nacional, el Proyecto de Ley Aprobatoria de este Protocolo. El Senado aprobó este Proyecto el 14 de mayo del año en curso; y posteriormente se aprobó por la Cámara de Diputados.

²² Así lo establecen los art.(s) 6 y 9 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, el cual también establece que el número de magistrado podrá subir cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, lo decida de esa forma. La forma de elección de los mismos lo establece el art. 7 del mismo Tratado.

²³ Art. 8 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.

magistrados y la sede del Tribunal gozan de la jerarquía propia de una Magistratura nacional y además los magistrados gozan de los mismos privilegios otorgados a los diplomáticos por la convención de Viena, ya que se considera que poseen el mismo rango y estatus.²⁴

De hecho, entre las disposiciones que establecen el fuero necesario para el cumplimiento de sus funciones podemos señalar lo establecido en los art.(s) 6 y 12 del Tratado del Tribunal:

Artículo 6. Los magistrados gozarán de plena independencia en el ejercicio de sus funciones, no podrán desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente y se abstendrán de cualquier actuación no incompatible con el carácter de su cargo.”

Artículo 12. El Tribunal y sus magistrados gozarán en el territorio de los Países Miembros de las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y, en particular, por la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, en cuanto a la inviolabilidad de sus archivos y de su correspondencia oficial, y en todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales, con las excepciones establecidas en el Artículo 31 de la mencionada Convención de Viena.

El día viernes 11 de enero de 2002, se realizó la reunión de Plenipotenciarios de los países miembros de la Comunidad Andina, para la elección de los magistrados de Colombia, Perú y Venezuela para ocupar los cargos en el Tribunal de Justicia, la cual se realizó en las oficinas de la Subsecretaría Económica de Chancillería del Estado ecuatoriano.

Las nuevas designaciones como miembros del Tribunal de Justicia recayeron por Colombia en el doctor Gustavo Tobón, como primer Magistrado Suplente; Felipe Tovar de Andreis, como Segundo Magistrado Suplente, manteniéndose como principal el Magistrado Guillermo Chacín Lizcano. Por Perú, el doctor Ricardo Vigil, como Magistrado Principal, los embajadores Claudio Sosa y Pablo Morán como Primer y Segundo Magistrados, respectivamente. Por Bolivia se mantiene como Magistrado Principal el doctor Gualberto Dávalos

²⁴ Esto se encuentra consagrado en el art. 49 del Acuerdo de Cartagena y en el art. 12 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.

García. Por Ecuador se mantiene como Magistrado Principal el doctor Rubén Herdoiza Mera y por Venezuela se nombra al doctor Moisés Troconis.

De esta manera, el ex magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, doctor Moisés Troconis Villareal, se encuentra designado como representante de Venezuela en el Tribunal de Justicia Andino; sustituyendo al ex magistrado de la antigua Corte Suprema de Justicia, doctor Luis Enrique Farías Mata, quien para el momento de abandonar su cargo por cumplir su período, ostentaba la presidencia de dicho Tribunal.

También, se debe destacar que de conformidad con el art. 6 del Tratado del Tribunal de Justicia, en su tercer párrafo, establece la posibilidad de la creación por parte del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en consulta con el Tribunal, del cargo de Abogado General, en el número y atribuciones que se establezcan en el Estatuto. Este Abogado General sería como el europeo, el cual es imparcial, independiente y no representa ningún interés de algún país miembro, aunque actualmente no se encuentra creada la figura y su forma de actuación, se considera que la idea es que sea semejante a la figura europea existente actualmente.

Visto todo lo anterior, es innegable que el modelo de este Tribunal fue construido con base en el modelo europeo y principalmente con el fin de armonizar y unificar la jurisprudencia que es vital para el adecuado desarrollo del proceso de integración del área. En consecuencia, su función primordial es declarar el derecho comunitario, con la colaboración de los jueces nacionales.²⁵

Igualmente, se debe tomar en cuenta que las tendencias modernas del Derecho Internacional propenden a la posibilidad de brindar a los particulares un papel mas activo en el requerimiento del cumplimiento de los acuerdos alcanzados por los Estados. Las personas han venido siendo aceptadas como protagonistas del derecho internacional como resultado del incremento en el volumen de transacciones internacionales en el mundo, lo cual ha sido reconocido por el Protocolo de Cochabamba. Este hecho se evidencia sobre todo en materia de

²⁵ Ésta afirmación la realiza Jaramillo. *Rojas Germán. Solución de Controversias, el caso Andino*. Washington, 26 de Octubre de 2000. <http://www.iadb.org/mif/eng/conferences/speeches/jaramillo.htm>.

inversión extranjera. Estas circunstancias han desembocado en que en el mundo contemporáneo sea permitido que los particulares de manera directa presenten sus reclamaciones ante países extranjeros e incluso ante organismos jurisdiccionales como el Tribunal de Justicia.²⁶

Los que se oponían a esta posibilidad se basaban en el principio *res inter alia acta*, conforme al cual los convenios y tratados comprometen exclusivamente a los Estados contratantes, lo cual se modificó ante la aparición de la supranacionalidad. Por esto, como consecuencia de lo anterior los particulares en un sistema comunitario se convierten en sujetos activos de este, permitiendo que un ciudadano de cualquiera de los países miembros acuda al Tribunal en defensa de sus derechos. Con el acceso de los particulares al sistema de justicia andino se genera un mayor dinamismo en el marco de la Comunidad que se refleja en una mayor posibilidad de utilización del Tribunal de Justicia.

Además, por ser los particulares actores directos en el proceso de integración, deben gozar éstos de un mecanismo supranacional que ampare sus derechos. Para el particular extranjero frente a un país que incumple, no resulta garantía suficiente de sus derechos el acceso a una justicia externa en otro país que le es extraña y no resulta objetiva, aunado al hecho de que los fallos de la justicia nacional pueden generar responsabilidades en el orden internacional como para sancionar a un Estado en cuanto a los beneficios del Acuerdo de Cartagena, de ello la importancia de poder acudir al Tribunal de Justicia.

Todo el sistema legal y procedimental²⁷ para la protección de los derechos derivados del acuerdo, así como el cumplimiento de las obligaciones comunitarias derivadas del acuerdo, se encuentran comprendidos en: 1) el Tratado de Creación del Tribunal, codificado en la Decisión 472; 2) el Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, codificado en la Decisión 184, con su modificación parcial en la Decisión 394; y 3) el Reglamento Interno del Tribunal, que fuera aprobado en 1984 por el propio Tribunal.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Se habla de procedimental ya que este sistema abarca procesos y procedimientos, entendiendo a los primeros como aquel que se sigue en fase judicial y al segundo al que se realiza en la fase administrativa.

Finalmente, hay que señalar que de conformidad con el Art. 15 del Tratado del Tribunal de Justicia de la CAN, el Tribunal deberá presentar informes anuales al Consejo Presidencial Andino, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión, sobre las actividades desempeñadas por el Tribunal.

También, es innegable que resulta beneficioso para el proceso de integración poseer un sistema institucional comunitario y un ordenamiento jurídico supranacional y así se afirma en el documento elaborado por Mónica Rosell, funcionaria de la Secretaría General de la Comunidad Andina en abril de 1999, al expresar:

(...) Es innegable asimismo, que el cumplimiento de estos principios y de la normativa andina en general, ha descansado en un tejido institucional organizado que al estar regulado en cuanto a sus aspectos sustantivos y sus procedimientos por un orden jurídico también comunitario se ha convertido en garante del mantenimiento de los compromisos de integración, a pesar y por encima de los avatares coyunturales que diariamente enfrentan los países miembros individualmente considerados.

2. MECANISMOS QUE FACULTAN A LOS INTERESADOS. CONCEPTOS-PROCEDIMIENTOS

2.1 Fase Pre-contenciosa

En el marco del VIII Consejo Presidencial realizado en marzo de 1996, los Presidentes de los países miembros de la Comunidad Andina, aprobaron el Protocolo de Trujillo, el cual introdujo cambios en la estructura institucional de la CAN. En el aspecto formal, la institucionalidad fue enmarcada dentro del “*Sistema Andino de Integración*” y fue reformada la Junta del Acuerdo de Cartagena en la Secretaría General.

La Junta del Acuerdo, había sido un órgano de carácter fundamentalmente técnico, integrado por tres miembros, los cuales debían tener una designación que no respondía a directrices ni intereses nacionales, sino al desarrollo y consolidación del proceso de integración. Estos tres miembros de la junta, estaban asistidos o complementados por una serie de Departamentos técnicos,

integrados por especialistas en áreas claves del proceso de integración. Se dice que junto con muchos otros problemas de carácter administrativo y organizacional, se encontraba debilitaba la institucionalidad de la Junta debido a su representación externa, que era rotativa, en donde uno de los tres miembros, ejercía la coordinación por un periodo determinado de tiempo. Por estos motivos se decidió reformar algunos aspectos, cambiando a institución unipersonal, que garantizara una mayor acción y representación política que técnica, por lo cual se decidió el modelo de Secretaría General, pero basándose en el diseño y el marco regulatorio de la Junta del Acuerdo, por lo que las atribuciones jurisdiccionales permanecieron intactas en los Tratados regulatorios y fueron ratificadas y ampliadas a través de una nueva regulación que le diera institucionalidad.²⁸

De esta manera la Secretaría General, es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina, la cual sustituyó a la Junta del Acuerdo después de la aprobación del Protocolo Modificatorio de Sucre en 1997.

Consecuentemente, en ocasión del Nonagésimo segundo Período Extraordinario de Sesiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de fecha 14 de Diciembre de 1997, celebrado en Montevideo – Uruguay, se aprobó la Decisión 425, contentiva del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, que según su Art. 1, tiene el siguiente propósito:

El presente Reglamento regirá los procedimientos administrativos para la expedición de resoluciones y el ejercicio de los demás actos jurídicos análogos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como los procedimientos para la revisión de los siguientes actos por parte de la propia Secretaría General (...)

A continuación, el Reglamento comienza una enumeración que conviene que veamos con detalle:

- a) Los procedimientos administrativos que se sigan ante la Secretaría General y que se refieran a controversias entre dos o más Países Miembros, entre particulares de éstos, entre particulares y Países Miembros, o entre particulares o Países Miembros y la Secretaría

²⁸ De ésta manera lo indica Sáinz Borgo, Juan Carlos. ob. cit.

General, por aplicación de normas que formen parte del ordenamiento jurídico comunitario.

- b) Los procedimientos administrativos que la Secretaría General siga de oficio, conforme a sus funciones propias.
- c) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General en las investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de gravámenes o restricciones aplicadas por los Países Miembros al comercio intrasubregional de mercancías;
- d) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General en las investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de incumplimientos de obligaciones emanadas de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.
- e) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General en las investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de prácticas que puedan distorsionar la competencia en la subregión, tales como dumping, subsidios o prácticas restrictivas de la libre competencia;
- f) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General, con el fin de autorizar, modificar o suspender medidas de salvaguardia aplicadas por Países Miembros; y,
- g) Los demás procedimientos que tengan como resultado la expedición de Resoluciones de la Secretaría General.

Igualmente, todas éstas funciones detalladas por el Reglamento y que recogen el espíritu del Tratado de Creación del Tribunal, se pueden encontrar en la verificación de la existencia del incumplimiento, que al constatarse en un breve período, se puede activar la fase jurisdiccional, ya que es lo que permite el acceso al mismo como un requisito previo obligatorio e indispensable.

El Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, se encuentra en la Decisión 425 del Consejo Ministros de Relaciones Exteriores, que establece que la Secretaría General deberá de oficio o a petición de un país miembro o un particular, remitir sus observaciones por escrito al país miembro que estaría incurriendo en incumplimiento de la normativa andina, fijando un plazo para que dicho país responda. Recibida la respuesta o vencido este plazo, la Secretaría General debe pronunciarse mediante dictamen motivado. Independientemente del sentido del Dictamen

o si éste no se hubiere emitido, a partir de ese momento se abre la opción de acudir al Tribunal.²⁹

El Reglamento en comento, fija las reglas para los procedimientos administrativos, tales como, el procedimiento para la calificación de gravámenes o restricciones y el procedimiento por incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico de la CAN. En el primer caso, los países miembros o particulares interesados podrán acudir a la Secretaría General a fin de solicitar su pronunciamiento, cuando a su juicio considere, que un país miembro aplica unilateralmente una medida que implica un gravamen o restricción al comercio intrasubregional. En el segundo caso, los países miembros o particulares interesados podrán dirigirse a la Secretaría General, cuando adviertan que un país miembro ha incurrido en un incumplimiento de obligaciones emanadas de las disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN con el objeto de solicitar su dictamen sobre lo planteado y previo cumplimiento de los requisitos³⁰. Por último, en ambos supuestos, la providencia emanada de la Secretaría General podrá ser recurrida, cuando la solicitud sea desestimada, todo de conformidad con lo previsto en el art. 37 de la Decisión 425 titulado “Del Recurso de Reconsideración”.

Por lo tanto, antes de recurrir al Tribunal, para demandar la solución de una determinada controversia entre dos o más países miembros o entre particulares de éstos o entre particulares y los países miembros, debe verificarse previamente el trámite o procedimiento ante la Secretaria General de la Comunidad Andina. La Decisión 425 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la CAN, la cual aprueba el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, y que rige los procedimientos para dictar las Resoluciones y demás actos jurídicos, así como los procedimientos para la revisión de dichos actos parte de la misma, establece que la Secretaría General deberá de oficio o a petición de un país miembro intervenir y emitir su pronunciamiento mediante dictamen motivado sobre el asunto que le sea sometido a su consideración y siempre que el mismo se encuentre dentro del ámbito de su competencia, observando al

²⁹ Así lo establece el art. 24 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y los arts. 4 y 67 de la Decisión 425.

³⁰ Estos requisitos se encuentran establecidos en el Art. 58 de la Decisión 425.

efecto, los principios de legalidad, economía procesal, celeridad, eficacia, igualdad entre las partes y transparencia, tal y como se expresa en Art. 5 del referido Reglamento. El procedimiento se iniciará con el escrito del interesado, es decir, aquel que acredite ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo en la controversia que se trate, o en su defecto, cuando sea de oficio, con la orden del Secretario General o del funcionario de la Secretaría General de conformidad con el art. 22 del referido texto legal.

Así, se encuentran legitimados para acudir ante la Secretaría General los países miembros de la CAN, los órganos e instituciones de la CAN y las personas naturales y jurídicas que acrediten ser titulares de un derecho subjetivo o de interés legítimo.³¹

Cuando se trata de los procedimientos de incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico de la CAN, se permite a los demás países miembros que presenten elementos de información que consideren pertinentes (art. 62 de la Decisión 425).

Como se mencionó anteriormente, la Secretaría General deberá emitir su voluntad mediante Resoluciones, apegadas a lo acordado en el Acuerdo de Cartagena, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y las Decisiones de la Comisión y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina³², conforme al procedimiento aplicable y de acuerdo con las formalidades prevista en el art. 7 del Reglamento, esto es:

- a) La indicación de las disposiciones legales que le sirven de fundamento, precedida de la palabra “Vistos”;
- b) Los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales se basa, así como cuando corresponda, las razones que hubieren sido alegadas, la identificación del destinatario, precedidos de la palabra “Considerando”;
- c) La parte resolutive, fecha de adopción, firma del Secretario General y sello de la Secretaría General.

³¹ Así lo establecen los art.(s) 2 y 56 de la Decisión 425. Igualmente es importante destacar que en caso de que existan omisiones o insuficiencias en la solicitud o denuncia, estas se pueden subsanar por orden de la Secretaría General, de conformidad con el art. 59 de la Decisión 425.

³² Art. 8 de la Decisión 425.

En el Título IV, Capítulo II, del Reglamento, se prevé la posibilidad a los interesados de impugnar las Resoluciones o cualquier acto de la Secretaría General cuando éste le cause indefensión, en ese caso, el acto o resolución no dejará de surtir sus efectos, salvo que por disposición expresa se establezca lo contrario, o que la Secretaría General de oficio o a petición de la parte interesada suspenda la ejecución del mismo por cuanto se esté causando con ello un perjuicio que pueda no ser subsanable o de difícil reparación por la resolución definitiva, en cuyo caso, cuando sea necesario y se trate de personas naturales o jurídicas el Secretario General podrá exigir una garantía a la parte solicitante. Ahora bien, una vez que se intente el recurso de reconsideración la parte interesada no podrá ocurrir ante el Tribunal de Justicia de la CAN, hasta tanto la Secretaría General no emita su voluntad o no se venza el plazo para decidir.

Si el dictamen emitido por la Secretaría General fuese de incumplimiento y el país persistiera en él, la Secretaria debe solicitar el pronunciamiento del Tribunal, pero en el caso de que la Secretaria General no intentare la acción dentro del plazo señalado por el Acuerdo o que esta no rindiera su dictamen dentro del plazo legal, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Igualmente, se puede recurrir ante el Tribunal de Justicia cuando la Secretaría General se abstenga de cumplir con sus actividades o cuando se venzan los plazos para que se pronuncie, lo que abre la oportunidad al país reclamante de intentar la acción.³³

No se debe olvidar que este procedimiento administrativo permite que se realicen inhibiciones y recusaciones, lo cual se regula en el Título III, Capítulo IV, de la Decisión 425. Además, se permite también que se realice una revisión de oficio por parte de la Secretaría General, y en último caso se permite el ejercicio del recurso de revisión de sus Resoluciones, lo cual no suspende la ejecución del acto impugnado, salvo disposición expresa en contrario o que de oficio o a petición de parte previa caución se solicite la suspensión del acto, sin embargo, mientras este interpuesto este recurso el interesado no podrá impugnar el mismo acto ante el Tribunal de Justicia de la CAN. No

³³ Art.(s) 4 y 67 de la Decisión 425

obstante, la Secretaría puede adoptar las medidas administrativas complementarias que considere necesarias para su mejor aplicación.³⁴

No obstante, visto todo lo anterior, se considera que se deben revisar las funciones de la Secretaría General, que nos demuestran la necesidad de un estudio y una revisión profunda de sus objetivos y la forma como los consigue, para producir la respectiva reforma pertinente. Desde la reforma de Trujillo, la Secretaría General ha tornado su papel en una especie primera instancia de revisión, que luego cambia para ser un fiscal acusador, lo que va en contra la eficiencia de su labor más importante y que no es otra que la de conducir el proceso de integración regional. Esta función de formalismo jurídico juega en su contra como máxima expresión del Ejecutivo comunitario y como vocero político en el nivel internacional en representación de la CAN.³⁵

3. COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. (LOS DIFERENTES RECURSOS QUE SE PUEDEN INTERPONER)

3.1 Acción de Nulidad

La acción de nulidad es una especie de control constitucional en defensa del principio de legalidad, el cual ha sido considerado, como la columna vertebral o eje principal del llamado Estado de Derecho. Dentro de un proceso de integración económica este control es indispensable, el cual siempre debe ser de tipo judicial. Como ya mencionó, los países miembros delegan amplias atribuciones o competencias en los organismos comunitarios de rango supranacional, por intermedio de los Tratados fundamentales, normas de jerarquía superior, cuyo apoyo y orientación para efectos del derecho positivo resultan muchas veces remotos, difusos, genéricos o equívocos, por lo cual se impone la necesidad de un control circunstancial, independiente, objetivo y

³⁴ Art. 72 de la Decisión 425.

³⁵ De esta forma lo ha señalado Sainz Borgo, Juan Carlos. op. cit. Igualmente indica que en el caso europeo, no se contienen reglas como estas de instancias administrativas o jurisdiccionales. Se reformó al Tribunal de Justicia de la UE, cambiando su idea inicial unitaria, dotándolo de una primera instancia, que evita el congestionamiento de éste, y sin buscar establecer jurisdicciones distintas.

motivado, como remedio contra el riesgo de que este novedoso poder público, que suele producir sorpresa y sobresalto gracias a su inusitado alcance supranacional, sea utilizado por los funcionarios de la integración, o por sus organismos, de manera arbitraria o inconsulta.³⁶

Corresponde al Tribunal, de conformidad con lo previsto en el art. 17 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, declarar la anulación de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General³⁷ y de los Convenios que adopten los países miembros, cuando sean violatorias de las normas del ordenamiento jurídico andino, cuando hayan sido dictadas con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico Andino o cuando se afecten los derechos e intereses legítimos de las personas naturales o jurídicas; incluso este recurso es procedente por desviación de poder, pero cuando sean impugnadas por algún país miembro, será procedente siempre y cuando la Decisión no haya sido adoptada con su voto afirmativo.³⁸

El Tribunal había dado a la norma del art. 19 del Tratado del Tribunal, una interpretación especial, pues condicionaba su procedencia a la prueba de que la norma le era aplicable y en segundo lugar, a que dicha norma le causaba perjuicio al particular que la invocaba; por ello no era posible que un particular atacará la norma por interés general. En la actualidad el art. 19 autoriza el ejercicio de esta acción por parte de los particulares cuando “afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”. Esta disposición evita el uso abusivo de la acción sin limitar la titularidad de los particulares.

También, la acción de nulidad busca controlar que las normas de inferior jerarquía expedidas por organismos de la Comunidad no vulneren la de superior jerarquía, es decir que una Decisión de la Comisión no sea violatoria de un Tratado.

Quienes pueden intentar la acción o presentar la demanda ante el Tribunal y por lo tanto se encuentran legitimados son un país miembro, el Consejo Andino

³⁶ Uribe Restrepo, Fernando. ob. cit.

³⁷ Art. 11 de la Decisión 425.

³⁸ Art. 18 del Tratado del Tribunal de Justicia

de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General y los particulares que demuestren que las normas demandadas afectan sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos (arts. 18 y 19 *eiusdem*). El plazo para intentar la acción será de dos años³⁹ siguientes a partir de la entrada en vigencia de la Decisión, Resolución o Convenio que se impugne (Art. 20 *ibidem*), no obstante, cuando las partes en un litigio que se ventile ante los jueces y tribunales nacionales y que se relacione con la aplicación de la norma cuya validez se objeta, el juez nacional elevará una consulta sobre la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio al Tribunal de Justicia de la CAN, teniendo como consecuencia la suspensión del proceso hasta recibir el pronunciamiento que dilucide el conflicto y será de obligatoria su observancia entre las partes y su aplicación por el juez nacional en la sentencia que dicte.

El recurso o la acción se inicia mediante demanda suscrita por la parte y su abogado, dirigidas al Presidente del Tribunal y presentada al Secretario en original y tres copias⁴⁰, además de contener los requisitos y anexos exigidos en los art.(s) 36 y 37 de la Decisión 184. En caso de que no se reúna alguno de estos requisitos, el Tribunal puede ordenar la corrección de la demanda o su complementación, lo cual es un punto importante para garantizar la el derecho a la tutela judicial efectiva y evitar dilaciones y reposiciones inútiles⁴¹. Otro aspecto, importante a resaltar es que la falta de contestación del demandado, no produce la figura procesal de la confesión ficta, sino que por el contrario se consideran contradichos tanto los hechos como el derecho explanados en la demanda, por mandato del art. 44 de la Decisión 184.

La interposición de la acción de nulidad no suspenderá los efectos ni la vigencia del acto que se impugna, a menos que por decisión del Tribunal, o a petición de la parte interesada se considere conveniente y necesario porque pueda causar un perjuicio irreparable al afectado, en este caso, se conminará al demandante a garantizar el cumplimiento de la pretensión mediante una fianza, de esta manera podrá solicitar la suspensión provisional (u otra medida

³⁹ Anteriormente el lapso para la interposición de la acción era de un año, pero con el Protocolo de Cochabamba se amplió el lapso a dos años.

⁴⁰ Art. 35 de la Decisión 184.

⁴¹ Art. 41 de la Decisión 184.

cautelar) de la ejecución de la norma impugnada, si esta causa o pudiera causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva. Esto es de gran importancia pues en la actualidad el Tratado establece como principio sin excepción la no afectación de la eficacia o vigencia de la norma impugnada.⁴²

Una vez dictada la decisión del Tribunal señalará el alcance de los efectos de la sentencia en el tiempo y el órgano cuyo acto fue declarado nulo total o parcial deberá adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el mandato contenido en la sentencia.⁴³

Por lo tanto, se le ha otorgado en forma expresa al Tribunal la facultad para determinar el lapso en el cual el órgano cuyo acto haya sido declarado nulo, deberá tomar las medidas necesarias para corregir esa actuación y los efectos de la sentencia en el tiempo⁴⁴. Igualmente se permite que se produzca una enmienda o ampliación de la sentencia de oficio o a petición de parte cuando se produzca algunos de los supuestos contemplados en los art.(s) 59 y 60 de la Decisión 184.

Hasta 1991 extrañaba un número tan bajo de pronunciamientos, en este tipo de recursos, sin embargo esto encontraba justificativo en vista de que los vicios de nulidad han de ser, por definición, de ocurrencia muy excepcional. En realidad la existencia del control es más importante que su eventual ejercicio, por lo que puede afirmarse, en relación con esta acción, que el número de sentencias nunca será un índice adecuado para determinar o medir la importancia y trascendencia de que existan mecanismos para el control de la legalidad.

3.2 *Acción de Incumplimiento*

En el tratado para el Tribunal de 1979, se reguló el tema de la Acción de Incumplimiento fundamentalmente de la misma forma, con excepción de la discrecionalidad por parte de la Junta del Acuerdo de Cartagena, para elevar

⁴² Este cambio fue introducido en el Protocolo de Cochabamba.

⁴³ Art. 21 del Tratado del Tribunal de Justicia.

⁴⁴ Art. 22 del Tratado del Tribunal de Justicia.

el caso ante el Tribunal, tal y como rezaba la última parte del art. 23, del Tratado original.⁴⁵

Por lo tanto, para que llegara un caso ante el Tribunal dependía de razones políticas, en donde la Junta podía no llevar el caso por consideraciones no jurídicas, lo que se une a el pensamiento de lo innecesario de instancias de control para los Estados, con el objeto de que cumplieran con las obligaciones, que con anterioridad y en ejercicio de su soberanía habían asumido. Todo esto fue lo que llevó a una falta de credibilidad en el sistema, desde el punto de vista jurídico, y que se reflejó en el escaso número de acciones intentadas entre la entrada en vigencia del Tratado de Creación, hasta su modificación por el Protocolo de Cochabamba en 1999, unido al “*pacto de caballeros*” celebrado tácitamente entre los Estados miembros.⁴⁶

La Sección Segunda, en el art. 23 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia Andino, prevé que la acción de incumplimiento procederá en el supuesto que un país miembro infrinja las obligaciones provenientes de las normas o Convenios que configuran el ordenamiento jurídico andino o que obstaculice la aplicación de las normas proferidas en el marco del Acuerdo de Cartagena por la expedición de normas internas contrarias al derecho común, la no expedición de normas que le den cumplimiento, y los actos o conductas opuestos a dicho ordenamiento, a pesar de que se hayan adoptado las disposiciones pertinentes. Así, por ejemplo, el que un juez nacional se abstenga de solicitar la interpretación prejudicial, estando obligado a ello, constituye un incumplimiento. Antes de presentar una acción de incumplimiento ante el Tribunal deberán cumplirse los trámites previos ante la Secretaría General de la Comunidad Andina en la fase pre-contenciosa o administrativa de la cual se habló anteriormente. La Secretaría General si considera que efectivamente el país miembro incurrió en incumplimiento, le formulará las observaciones

⁴⁵ Riascos Gómez, Libardo Orlando. Los denominados recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (C.E.) y el Tribunal Andino. <http://www.librado.50megs.com/RecursoCE.htm>, citando a Luis Carlos Sachica, señala que la acción de incumplimiento tiene similar naturaleza, constitución, desarrollo jurídico, procedimiento administrativo y jurisprudencial, al recurso de incumplimiento del contencioso europeo, de donde vienen sus orígenes.

⁴⁶ Esto lo señalan Riascos Gómez, Libardo Orlando. ob. cit.; junto con Saínz Borgo, Juan Carlos. ob. cit.; y también Trabuco, Claudia María. ob. cit.

pertinentes con el objeto de obtener el cumplimiento de las normas jurídicas a las cuales está sujeto, y le exhortará a aplicar las acciones tendientes a su ejecución. Si el país miembro persiste en el incumplimiento la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal y el país afectado por la conducta de aquel podrá adherirse a la acción de la Secretaría General.

Por lo tanto, acción de incumplimiento está dirigida exclusivamente en contra de los países, y se plantea cuando alguno de los países miembros ha incurrido en una conducta de incumplimiento de las normas comunitarias, lo cual es muy frecuente, porque desafortunadamente nuestro proceso ha estado matizado ampliamente de incumplimientos de diversa índole, pero esos incumplimientos tienen sus correctivos y uno de ellos es el correctivo judicial en el cual también participan de una manera muy amplia y directa la Secretaría General. Convirtiéndose en una de las acciones más útiles para obligar a los países miembros a cumplir en la realidad los compromisos políticos que suscriben en las Cumbres Presidenciales.⁴⁷

La acción, por lo tanto, puede ser intentada por la Secretaría General, por cualquier país miembro o por los particulares afectados en sus derechos⁴⁸, cuando consideren que alguno de los Países Miembros ha incumplido obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico Andino.

Esta acción excluye la posibilidad de ejercer la otra acción otorgada a los particulares ante el Tribunal, esto con el fin de evitar el abuso del derecho en que se podría incurrir si una particular demanda simultáneamente en diferentes instancias⁴⁹. El otro camino que se le da a los particulares es el de acudir

⁴⁷ Sin embargo, es lamentable señalar que las últimas seis sentencias de incumplimientos dictadas contra Venezuela no han sido cumplidas por el Estado venezolano. Según el artículo titulado “Venezuela aboga por formar un solo frente en Sudamérica”, publicado en el diario “El Mundo”, en su edición del 26 de junio de 2003, en su sección Internacional, página 6, señala que según informe de la comunidad Andina, hay 19 sentencias de desacato que afectan la integración y los miembros que menos cumplen son Venezuela y Ecuador con seis fallos incumplidos, el resto a incumplido por lo menos dos.

⁴⁸ Dentro de las reformas dadas en el Protocolo de Cochabamba en cuanto a esta acción, es que se le da legitimación a los particulares para acudir frente al Tribunal, cuando anteriormente sólo podían acudir frente a los tribunales nacionales; opción que se mantiene pero que de tomarse la vía del Tribunal quedaría excluida y viceversa, también se encuentra consagrado en el art. 80 de la Decisión 184.

⁴⁹ Art. 25 del Tratado del Tribunal de Justicia.

directamente a la Secretaría General para solicitar la aplicación de los procedimientos señalados en el art. 24 del Tratado del Tribunal. Finalmente el art. 30 *eiusdem*, advierte que la sentencia dictada por el Tribunal Andino constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiera. De esta manera se asegura la eficacia de la acción restableciendo al particular en sus derechos.

Hay que resaltar que esta acción se intenta al igual que la acción de nulidad mediante demanda suscrita por la parte y su abogado, dirigida al Presidente del Tribunal y presentada al Secretario en original y tres copias. Además, deberá contener y llevar lo establecido en los art.(s) 36 y 38 de la Decisión 184. Acá también se aplica la posibilidad de la corrección de la demanda y la presunción de contradicha la misma a pesar de la falta de contestación de esta, sin que opere la confesión ficta. Por último, también es procedente la enmienda y la ampliación de la sentencia en las mismas condiciones que en la acción de nulidad.

De todo esto vemos, que este recurso tiene por objeto lograr que el país remiso dé cumplimiento a las normas comunitarias a que está sujeto, realizando las acciones tendientes a su ejecución o haciendo cesar los obstáculos que haya opuesto a la aplicación de las mismas.

Queremos recordar que aunque el principio de la regla es, que el legitimado en esencia para intentar la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la CAN es la Secretaría General, no obstante, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal para intentar la acción en los siguientes supuestos: 1) cuando la Secretaría General no la interponga en el lapso de sesenta días siguientes al dictamen que confirma el incumplimiento del país miembro y éste no acate las observaciones que al respecto le haga la Secretaría; 2) o cuando ésta no emitiera su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo; 3) o el dictamen no fuere de incumplimiento. Igualmente, y esta es una de las innovaciones introducidas por el Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación, la acción de incumplimiento la pueden intentar ante la Secretaría General y posteriormente ante el Tribunal siguiendo el procedimiento anteriormente descrito, las personas naturales o jurídicas que consideren ser afectadas en sus derechos e intereses por el incumplimiento del país miembro.

Es por ello, que a partir de su establecimiento y bajo la inspiración del art. 4 del Tratado Constitutivo del Acuerdo se han establecido más de 100 acciones de incumplimiento en el sistema jurisdiccional andino. La base de actuación que presenta este artículo, es invocada permanentemente como el sustento de todos los procesos intentados por incumplimiento. No obstante, la regulación del procedimiento esta contenido en el Capítulo III, Sección Segunda, “De la acción de incumplimiento”, entre los artículos 23 al 31, del Tratado de Constitución del Tribunal Andino de Justicia, y hay que considerar que esta sección no presenta una clara definición del recurso.⁵⁰

También, se debe tomar en cuenta que cuando se recurra al Tribunal el demandante podrá solicitar, antes de que se dicte sentencia definitiva, previo afianzamiento y de considerar que es necesario su otorgamiento por el Tribunal; que se suspenda la medida dañosa, si la misma causare o pudiere causar al demandante o a la Subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación.⁵¹

Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento el país miembro deberá adoptar los mecanismos para su cumplimiento⁵², si no lo hiciere la consecuencia de su inobservancia implicará la restricción o suspensión total o parcial de las ventajas del Acuerdo de Cartagena que le beneficien, salvo que tal medida agrave la controversia⁵³. Pero, la aplicación de las medidas de retaliación están sujetas en primer lugar a la declaración de incumplimiento, en segundo a la omisión de la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento y en tercer lugar a que el Tribunal establezca los límites de la retaliación correspondiente⁵⁴. En este punto la normatividad andina supera a la Europea, en la cual no se prevé sanción alguna en estos casos, la solución parece más teórica que práctica ya que resulta bien remota la posibilidad real de aplicarla, al menos en las actuales circunstancias en las cuales, en realidad, los beneficios de la integración resultan muy relativos.

⁵⁰ Saínz Borgo, Juan Carlos. ob. cit.

⁵¹ Art. 28 del Tratado del Tribunal de Justicia.

⁵² La sentencia es de obligatorio cumplimiento no solamente contra quien se dicta sino para todos los países miembros.

⁵³ Art. 27 del Tratado del Tribunal de Justicia y Art.(s) 69, 70 y 71 de la Decisión 184.

⁵⁴ Art. 27 del Tratado del Tribunal de Justicia.

La sentencia de incumplimiento podrá a petición de la parte interesada ser revisada por el Tribunal, siempre que haya un fundamento que pudiese haber influido en forma decisiva el resultado del proceso y que para la fecha de la emisión de la sentencia fuere desconocido por quien solicita la revisión, como nuevos hechos no revisados, siempre y cuando se solicite dentro de los 90 días siguientes de este descubrimiento y, en todo caso, dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia.⁵⁵ En conclusión, los países miembros sólo pueden acudir directamente a esta acción por vía de excepción.

Además, hay que resaltar que el art. 30 del Tratado del Tribunal de Justicia, establece que la sentencia que se dicte constituye título legal suficiente para que los particulares puedan solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que se hubieren ocasionado. Igualmente, en su art. 31 *eiusdem*, da la posibilidad a las personas naturales y jurídicas para que acudan a los tribunales nacionales, cuando los países miembros incumplan lo dispuesto en el ordenamiento jurídico comunitario, en el caso que sus derechos resulten afectados por el incumplimiento que se produzca.

Pese a las inherentes virtudes de esta acción en el contexto de la Comunidad Andina, la acción no ha sido ejercida con mucha frecuencia por sus titulares, entre otras razones por la situación de incumplimiento generalizado; la dificultad de dar cumplimiento a determinados compromisos, teniendo en cuenta la complejidad de la crisis económica, especialmente de los años ochenta y; por el temor a deteriorar las relaciones políticas y diplomáticas de los países miembros. Esta situación se evidencia aún más en el hecho de que los gobiernos de los países miembros llegaron al extremo de acordar no presentar estas acciones, con lo cual se logro imprimir una total flexibilidad a los términos del acuerdo.⁵⁶

Por lo tanto, la acción de incumplimiento, en manos de los organismos comunitarios y de los países miembros, aparentemente no ha funcionado como hubiera sido de esperar, debido al parecer, a razones de orden político,

⁵⁵ Hay que señalar que este es el único recurso o acción que permite la demanda por revisión, y se encuentra regulado en el art. 29 del Tratado del Tribunal de Justicia y en los art.(s) 65, 66, 67 y 68 de la Decisión 184.

⁵⁶ Jaramillo Rojas, Germán. ob. cit.

diplomático y humano ya que a los países miembros no les conviene enfrentarse entre sí, así sea judicialmente, y los funcionarios de la comunidad tampoco se sienten cómodos promoviendo juicios contra determinados países. Debe tenerse en cuenta que, de todos modos, es necesario para el éxito del proceso que se conserve en todo momento un ambiente de cooperación y armonía. No obstante esto parece ya estarse superando a estas alturas y luego de los esfuerzos realizados por lo países miembros para darle mayor movilidad a la integración andina.

3.3 Interpretación Prejudicial⁵⁷

La incidencia de esta acción se puede ver de manera directa e indirecta, la primera es la propia acción de interpretación prejudicial y la segunda sería la que puede producirse por medio de la jurisprudencia de cualquier Tribunal, por su fuerza doctrinaria intrínseca, no es raro que jueces y abogados suelen consultar jurisprudencias de todo orden, de su país o de otros, en busca de doctrina, y las consultan tanto o más que a los tratadistas o doctrinantes. Por

⁵⁷ El mismo Uribe Restrepo, Fernando. ob. cit., indica que un caso preocupante y aleccionador para los integracionistas fue el de Venezuela, en sus actitudes anteriores frente a la integración, ya que a través la ley aprobatoria del 16 de marzo de 1983, mediante la cual se aprobó por Venezuela el tratado que creaba el Tribunal, dispuso que los artículos del Tratado sobre interpretación prejudicial, deberían ser interpretados en concordancia con normas de la CRV según las cuales “*Los jueces son autónomos e independientes*”, estableciendo que la Corte Suprema de Justicia de Venezuela era “*el más alto Tribunal de la República*”, a lo que se agrega que “*contra sus decisiones no se oirá ni admitirá recurso alguno.*” Con base en estas normas la Procuraduría General de la República de Venezuela había sostenido que la interpretación prejudicial, cuando es obligatoria, era contraria a la autonomía judicial consagrada en la Constitución. Sin embargo, esta etapa ya se encuentra superada con la Constitución de 1999.

Lo anterior llama la atención, sobre todo si advertimos que el Tratado de creación del Tribunal Andino en su Art. 35 prohibía su ratificación con reservas, con apoyo en el artículo 19 de la Convención de Viena sobre los Tratados, lo cual se ratificó en el Protocolo de Cochabamba. Debe tenerse en cuenta además que, la interpretación prejudicial es indispensable para la integración, ya que se respeta la autonomía de los jueces nacionales, dueños de los procesos, y tan solo se les brinda una colaboración (obligatoria), que tiene su origen en un tratado que suscriben libremente los Países Miembros, sin dejar de ser soberanos, o precisamente porque lo son, por lo que era contradictorio lo decidido por la CSJ de Venezuela. El doctor José Guillermo Andueza, Magistrado fundador del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consideró inconstitucional la referida opinión de la Procuraduría.

lo que en la integración andina, ha sido de extraordinaria importancia la rica jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas, (hoy Unión Europea), del Tribunal de Luxemburgo. Su incidencia indirecta en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha sido enorme.⁵⁸

Esta es la acción más utilizada ante el Tribunal⁵⁹. Esta dirigida, siguiendo los lineamientos de la Unión Europea, a unificar la jurisprudencia relacionada con el Derecho Comunitario entre la justicia nacional de los países miembros y la comunitaria, mediante la cooperación entre el Tribunal y los jueces nacionales.⁶⁰

La interpretación prejudicial podría ser definida como el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último, representado por el Tribunal de Justicia, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y en la que al juez del país miembro que realiza la consulta le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno⁶¹.

Bajo este procedimiento, le corresponde al Tribunal interpretar desde el punto de vista jurídico y por vía prejudicial las normas del ordenamiento jurídico andino⁶², buscando el significado para precisar su alcance, no obstante el Tribunal de Justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos cuando considere que sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada⁶³. En efecto, cuando los jueces nacionales conozcan de un proceso interno en el que deba aplicarse alguna de estas disposiciones, podrán en forma directa requerir al Tribunal la interpretación concerniente a su contenido y alcance pero circunscrito al caso particular que se plantea; y en función a la

⁵⁸ En cuanto a los tipos de incidencias nos guiamos por Uribe Restrepo, Fernando. ob. cit.

⁵⁹ El Tratado modificadorio no contiene mayores reformas en esta acción, aunque se debe señalar que se le faculta al Tribunal para referirse al derecho nacional y a los hechos objeto del proceso cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

⁶⁰ Así lo ha señalado Jaramillo Rojas, Germán. ob. cit.

⁶¹ Sentencia de 24 de noviembre de 1989, emitida en el proceso 7-IP89, caso patente de invención solicitada por CIBA-GEIGY AG, publicada en el Tomo II de la Jurisprudencia del Tribunal, p. 65.

⁶² Art. (s) 32 al 36 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

⁶³ Sentencia de 3 de septiembre de 1999, emitida en el proceso 30-IP-99, caso “DEMIN”

interpretación el juez decidirá la controversia. Si estando en la oportunidad de dictar sentencia, susceptible de ser recurrida en derecho interno, y el juez nacional no ha recibido la interpretación del Tribunal, éste último decidirá la controversia. Por otra parte, entre las reformas que se le hicieron al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y en lo referente a la interpretación prejudicial se establece que, cuando se trate de procesos en los que la sentencia no admite recursos en derecho interno, el juez suspenderá el proceso y de oficio o a petición de parte elevará la solicitud de interpretación al Tribunal de Justicia y se convertirá en un acto obligatorio para el juez nacional quien acogerá en su sentencia el resultado de la interpretación, de todas formas sobre este punto hablaremos mejor más adelante.⁶⁴

Por lo tanto, cualquier juez de un país miembro puede, de oficio o a petición de parte, solicitar del Tribunal de Justicia de la CAN la interpretación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que se encuentren contenidas en el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; en el Tratado de Creación del Tribunal y sus Protocolos Modificatorios; en las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión; en las Resoluciones de la Secretaría General; y, en los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros en el marco del proceso de integración andina, en todos aquellos casos en que éstas deban ser aplicadas o sean controvertidas por las partes en un proceso interno.⁶⁵

Como ya se mencionó antes, la interpretación debe limitarse a la norma controvertida y no al derecho nacional ni a los hechos del proceso, sólo en los casos que sea necesario a los efectos de la interpretación solicitada. Con este

⁶⁴ Art. 33 del Tratado del Tribunal de Justicia.

⁶⁵ En el Estatuto del tribunal, la Decisión 184 del 19 agosto de 1983 y su reglamento interno que es del 9 de mayo de 1984, no se regula la forma ni la oportunidad para que los particulares formulen ante la jurisdicción contencioso administrativa la solicitud de interpretación prejudicial. El CPC venezolano, se establece en sus art.(s) 346 ord. 8, 351, 355 y 357, la posibilidad de presentar la cuestión previa de la cuestión prejudicial, con la diferencia que en el presente caso no procederá que se abra una articulación probatoria, donde el proceso puede seguir hasta el momento de dictar sentencia, momento en el cual deberá esperarse a que se resuelva la cuestión prejudicial por el Tribunal Andino de Justicia. Es importante de destacar que las defensas previas no tendrán apelación.

mecanismo de solución de controversias lo que se busca principalmente es garantizar o asegurar la aplicación uniforme de las disposiciones andinas, en el territorio de los países miembros.⁶⁶

Igualmente, reiteramos la importancia del deber en cuanto a los órganos judiciales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso o acción dentro del derecho interno o en el caso de que sólo fueran procedentes recursos que no permitan revisar la norma sustantiva comunitaria⁶⁷, que se encuentran obligados, en todos los procesos en los que deba aplicarse o se controvierta una norma comunitaria, a solicitar la interpretación prejudicial, incluso cuando ya exista un pronunciamiento anterior del Tribunal de Justicia de la CAN sobre la misma materia debatida⁶⁸ o sobre casos similares o análogos⁶⁹.

En aquellos casos en los que la consulta de interpretación prejudicial sea obligatoria por parte de los jueces nacionales de única o de última instancia, el planteamiento de la solicitud lleva consigo la suspensión de *ipso iure* del proceso interno hasta que el Tribunal comunitario se pronuncie, constituyéndose en un presupuesto procesal de la sentencia⁷⁰ y en una solemnidad inexcusable

⁶⁶ Art. 34 del Tratado del Tribunal de Justicia.

⁶⁷ Sentencia de 3 de diciembre de 1987, emitida en el proceso 1-IP-87, caso “Aktiebolaget VOLVO”; publicada en el Tomo I de la Jurisprudencia del Tribunal, pág. 103. “Resulta claro entonces el alcance de esta norma en el sentido de que si los recursos que existan, según el derecho interno, no permiten revisar la aplicación que se haga de la norma comunitaria, tales recursos no deben ser tenidos en cuenta para determinar si la solicitud de interpretación es obligatoria o tan sólo facultativa. En otros términos, únicamente la existencia de un recurso en el derecho interno que permita revisar la interpretación de la norma aplicable convierte en facultativa la solicitud de interpretación prejudicial la que, en principio, resulta obligatoria.” También se puede ver la sentencia de 25 de septiembre de 1990, dictada en el proceso 3-IP-90, caso “NIKE INTERNATIONAL”, publicada en el Tomo II de la Jurisprudencia del Tribunal, p. 112.

⁶⁸ Sentencia de 24 de noviembre de 1989, emitida en el proceso 7-IP-89, caso patente de invención solicitada por CIBA-GEIGY AG, publicada en el Tomo II de la Jurisprudencia del Tribunal, p. 65.

⁶⁹ Caso “Aktiebolaget VOLVO”, pág. 105. “La interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto por lo que la “teoría del acto claro” no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino”. Sentencia de 7 de agosto de 1995, proferida en el proceso 4-IP-94, caso “EDEN FOR MAN-ETIQUETA”, publicada en el Tomo IV de la Jurisprudencia del Tribunal.

⁷⁰ Sentencia de 18 de junio de 1996, dictada en el proceso 6-IP-99, caso “HOLLYWOOD LIGHTS”.

e indispensable⁷¹ que debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo, cuya inobservancia puede derivar en acciones de incumplimiento y vicios procesales de consecuencias impredecibles⁷² y que daría lugar a responsabilidades, reclamaciones y acciones ulteriores.

La interpretación prejudicial no es una prueba ni puede asimilarse a esta, tampoco es cumplimiento de llenar un cuestionario, ni está llamada a constituirse o considerarse como un informe de expertos o en una opinión jurídica de tipo doctrinal⁷³. Su naturaleza es la de un incidente procesal, de carácter no contencioso y de tipo obligatorio.

El Estatuto del Tribunal, la Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo reglamenta la solicitud de interpretación prejudicial en cinco artículos. La solicitud del juez nacional por la cual requiere la interpretación prejudicial debe motivarse de manera sucinta, pero suficientemente completa, de modo que permita al Tribunal lograr una comprensión global del caso consultado. La solicitud de interpretación prejudicial y los documentos pertinentes deben ser enviados por correo a la sede del Tribunal de Justicia de la CAN.⁷⁴

Por lo tanto, esta Decisión 184 establece que se debe incluir un informe sucinto de los hechos que el juez solicitante considere relevantes para que el Tribunal de Justicia pueda cumplir su cometido, en la que se señale la relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere y las alegaciones que se hubieren hecho respecto de la aplicación de tales normas por las partes; deberá asimismo ir acompañada de una copia de los documentos necesarios que sustenten el informe sucinto de los hechos y de las disposiciones nacionales aplicables; todo esto con la finalidad de permitir al Tribunal de Justicia enfocar y orientar la interpretación al caso concreto de la manera más adecuada, de suerte que ésta resulte efectivamente útil para el juez que debe fallar. De lo contrario, la interpretación que adopte el Tribunal podría resultar demasiado general y abstracta en el inagotable universo de la teoría jurídica y doctrinaria, convirtiéndose por lo tanto en inútil

⁷¹ Sentencia de 17 de marzo de 1995, dictada en el proceso 10-IP-94, caso ANTONIO BARRERA CARBONELL, publicada en el Tomo IV de la Jurisprudencia del Tribunal, p. 62.

⁷² Sentencia de 29 de agosto de 1997, dictada en el proceso 11-IP-96, caso “BELMONT”.

⁷³ Caso BELMONT, *Ibidem*.

⁷⁴ Se debe tener en cuenta que el Art. 63 de la Decisión 184 fue reformado en la Decisión 394.

con respecto al fin que se pretende con ella, que no son otras que decidir el caso de la manera más adecuada para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario⁷⁵.

De igual modo, se debe destacar que la consulta prejudicial puede presentarse en cualquier tiempo antes de dictar sentencia⁷⁶, aunque, a los efectos de lograr una comprensión global del asunto controvertido y para que la respuesta del Tribunal de Justicia resulte útil, acorde y justa, es preferible que el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial se realice después de haber oído a las partes en el proceso, de manera que el juez nacional posea los elementos de juicio necesarios para resumir, en la correspondiente solicitud, el marco fáctico y jurídico del litigio.

Una vez que se efectúe la solicitud de interpretación prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia del Tribunal de Justicia el determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar, adicionando o restringiendo, según el asunto de que se trate, el acervo de las normas sugeridas o no por el requeriente; correspondiéndole también realizar la consulta en el orden de prelación que él mismo estime conducente⁷⁷, determinando de esa manera el verdadero sentido de la norma comunitaria y su manera de aplicación más adecuada al caso concreto.

Posteriormente a la notificación de la interpretación prejudicial realizada por el Tribunal de Justicia al juez nacional, éste continuará la tramitación del proceso interno y en su sentencia deberá adoptar de manera obligatoria el pronunciamiento del Tribunal de Justicia⁷⁸. Además, el juez nacional remitirá al Tribunal de Justicia la sentencia dictada en los casos objeto de interpretación prejudicial⁷⁹, para la verificar la observancia de la interpretación prejudicial.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha tenido la oportunidad de condensar la doctrina acerca de la interpretación prejudicial en el primer

⁷⁵ Caso “DENIM”, ya citado.

⁷⁶ Caso “Aktiebolaget VOLVO”. Op. Cit.

⁷⁷ Sentencia de 11 de octubre de 1994 dictada en el proceso 1-IP-94, caso “MC POLLO”, publicada en el Tomo III de la Jurisprudencia del Tribunal, pág. 143.

⁷⁸ Art. 35 del Tratado de Creación del Tribunal.

⁷⁹ Art. 128, tercer párrafo del nuevo Estatuto del Tribunal.

considerando de la primera sentencia de este tipo que dictó, el 3 de diciembre de 1987 (Proceso No. 1-IP-87), en la cual señaló que:

Es función básica de este Tribunal, indispensable para tutelar el principio de legalidad en el proceso de integración andina y adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, la de interpretar sus normas a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados Miembros (Art.28 del Tratado de Creación), objetivo fundamental que está, lógicamente fuera de las competencias de los jueces nacionales. Estos, de otra parte, tampoco están facultados, en general, para interpretar las normas, contenidas en los tratados internacionales, tarea que compete exclusivamente a las partes, las cuales, en el caso del Pacto Andino, la han delegado en el órgano judicial comunitario.

Igualmente agregó el Tribunal en la citada sentencia:

Se ha establecido así un sistema de división del trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, competencia que les atribuye el derecho comunitario y por supuesto el derecho interno, para aplicarlos a los hechos demostrados en los correspondientes procesos; y el órgano judicial Andino al que le compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno (Art.30 del Tratado), para no interferir en la tarea que es de la exclusiva competencia del juez nacional. En otros términos, la jurisdicción comunitaria, Andina está constituida por el Tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena y por los jueces y tribunales nacionales a quienes el ordenamiento Jurídico andino les atribuye competencia para decidir asuntos regulados por este derecho.

Junto con la importancia desde el punto de vista institucional de esta acción, los grandes logros prácticos obtenidos a través de la interpretación prejudicial se observan en el hecho de que se ha podido estructurar, fortalecer, extender y completar el sistema jurídico integracionista, con mayor éxito, incluso, que por intermedio del derecho positivo o a través de los Tratados, Decisiones y Resoluciones.

Esta acción judicial comunitaria esta llamada a funcionar de manera expedita y automática, puesto que tan solo requiere de la decisión de solicitarla de

parte de los jueces nacionales, en cumplimiento de una clara obligación procesal, por lo tanto es la que mejor se presta para que los particulares puedan llegar hasta el Tribunal Comunitario ya que, en los procesos judiciales de que son parte, pueden promover la cuestión prejudicial. Las otras acciones típicas de la justicia comunitaria, la de nulidad y la de incumplimiento, en cambio, están principalmente destinadas a los órganos de la integración y a los países miembros, y solo excepcionalmente a los particulares.⁸⁰

En este sistema de interpretación prejudicial, se debe dejar claro que son los jueces ordinarios, naturales o de derecho común los que proceden a la aplicación del Derecho Integracionista, es decir, son los jueces nacionales y no el Tribunal comunitario, el cual solamente tiene una competencia excepcional, específica o de mera atribución, que se combina o articula con el trabajo del juez nacional para asegurar la eficacia del derecho común, junto con su aplicación uniforme.

Por lo tanto, es una técnica de aglutinación de jurisdicciones o de reparto de competencias, en razón de la materia, según la cual le corresponde al juez comunitario una competencia declarativa prejudicial, mientras que la competencia aplicativa y final es la del juez nacional, debido a que el Derecho Comunitario debe tener la misma significación en todos los Estados miembros, lo cual exige que la aplicación sea también unitaria.

El mecanismo de interpretación prejudicial se propone evitar de este modo el riesgo de dispersión y caos en la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario, en caso de que fuera interpretado libremente por cada uno de los países miembros, logrando de esta manera un imprescindible resultado con una notable economía de medios. Lo contrario significaría establecer oficinas o despachos de justicia comunitaria en el territorio de todos los países miembros o de otra parte, corriendo el inminente riesgo que daría al traste con todo el esfuerzo integracionista, de que una misma norma fuese interpretada libremente en cada uno de los países miembros, con tradición jurídica propia, con criterios de interpretación diferentes y aún con una terminología jurídica distinta, aunado además al peligro de que se impusieran determinadas

⁸⁰ De ésta forma lo hace ver Uribe Restrepo, Fernando. *ob. cit.*, el cual realiza posteriormente una aclaratoria de cómo se desarrolla ese sistema el cual acogemos como nuestra y explicamos a continuación en el presente trabajo.

orientaciones o criterios de acuerdo con intereses particulares o localistas de cada país o grupo de interés. Debe además tomarse en cuenta que, no en todos los países de la subregión puede afirmarse que la justicia sea en realidad independiente del respectivo gobierno.

Este novedoso e ingenioso sistema de articulación de competencias es en realidad profundamente respetuoso de la autonomía de los jueces nacionales, sólo se recurre a la justicia especializada de la comunidad en la medida en que ello resulte indispensable para preservar la uniformidad del Derecho Integracionista. Se respetan así los principios de subsidiariedad y de descentralización, ya que la principal tarea que se le asigna a los jueces nacionales es su aplicación, al paso de que el juez comunitario asume tan sólo la decisión de un incidente prejudicial o una incidencia procesal dentro de los correspondientes procesos, con el único fin de asegurar el objetivo común integracionista y con base en una delegación de funciones acordadas por los Estados en conjunto, en libre ejercicio de su soberanía en el campo internacional.

3.4 Recurso por omisión o inactividad

El Protocolo de Cochabamba, que modifica el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, amplifica las competencias del Tribunal e instituye en su Art. 37, un nuevo recurso como lo es el de omisión o inactividad que tiene lugar cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General se abstienen de cumplir una actividad a la que estuviera obligado expresamente por el ordenamiento jurídico andino, ante lo cual, los órganos principales del mismo, los países miembros y las personas naturales y jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos e intereses legítimos, podrán requerir a través de este mecanismo el cumplimiento de dichas obligaciones. El pronunciamiento que se obtenga por parte del Tribunal de Justicia, indicará la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación.

Debe advertirse que este recurso sólo se presentará al Tribunal una vez se agote la vía directa de solicitud, que el Tratado prevé, frente al órgano de que se trate.

Los que pueden intentar este recurso, por lo tanto son el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, La Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General, los países miembros, o las personas naturales o jurídicas que se encuentren afectadas en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos.

3.5 *Función Arbitral*

A comienzos del año 2000, la ejecución directa de los laudos arbitrales fue materia de un amplio intercambio de opiniones en conferencias y reuniones organizadas por la Comunidad Andina y la Corporación Andina de Fomento (CAF), con la finalidad de estudiar la posibilidad de implementar el “*arbitraje directo*”⁸¹ en los países miembros de la Comunidad Andina, entendiendo por “*arbitraje directo*”, la ejecución de laudos o sentencias dictados por tribunales de arbitraje nacionales o internacionales, sin necesidad que el beneficiado por el laudo tenga que acudir a los tribunales ordinarios del país en el que se deba cumplir la sentencia arbitral.

Lo que se buscaba era incorporar el “*arbitraje directo*” a las leyes procesales de los países miembros, para lo cual se pensó en la intervención del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en su condición de entidad supranacional, para canalizar y ejecutar, mediante jurisdicción homologada, los laudos en el territorio andino, con jueces ejecutores locales no dependientes de los poderes judiciales nacionales sino representando directamente al Tribunal de Justicia en los territorios nacionales de la Comunidad Andina.

La implementación del “*arbitraje directo*” es posible de conformidad con las legislaciones internas de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, siendo jurídicamente factible homologar la jurisdicción a favor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, previas algunas modificaciones en los cuerpos legislativos internos, además de los Art.(s) V y VI de la Convención de Nueva York de 10 de Junio de 1958, sobre Sentencias Arbitrales Extranjeras.

⁸¹ Respecto a todo lo que decimos sobre el “*arbitraje directo*”, se toma en cuenta lo señalado por Arias Schreiber, Ernesto. *Recomendaciones para la redacción de la cláusula arbitral*. <http://www.amcham.org.pe/arbitraje/PUBLICACIONES/LAUDO/numero2.htm>

Todo esto es debido a que el arbitraje, como técnica procesal especial o método alternativo de solución de conflictos judiciales, tuvo su origen y desarrollo dentro del comercio y con el fin de resolver diferencias de tipo mercantil. Este horizonte se constituyó en el terreno abonado que facilitó la proliferación de tratados bilaterales y multilaterales sobre arbitraje mercantil internacional. Siendo, pues, natural la presencia y el desarrollo del arbitramento en campo del derecho privado, resulta extraño y exótico frente al derecho público.⁸²

Ante esto, el Protocolo Modificatorio de Cochabamba, le concedió competencias al Tribunal de la CAN para dirimir, en virtud de la cláusula compromisoria o cláusula arbitral, contenida en un contrato, convenio o acuerdo de derecho público o privado celebrado por cualquiera de los órganos del Acuerdo de Cartagena o entre éstos y terceros, o entre particulares, las controversias que se promuevan por la aplicación o interpretación que de los mismo se haga y cuando las partes así lo consideren. Asimismo, el Tribunal y la Secretaría General podrán dirimir mediante arbitraje las controversias que les sometan los particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. En efecto, las partes pueden incluir una cláusula compromisoria o arbitral en el texto del contrato, convenio o acuerdo o en su defecto, suscribir un acta compromisoria en la que se pacte someter las controversias al pronunciamiento del Tribunal.

Además se debe considerar esta nueva función como un instrumento novedoso al servicio de la comunidad empresarial y fundamentalmente para prestar servicios especializados con las normas de la Comunidad Andina, para lo que se ha dedicado una sección completa a la denominada función arbitral. Por ello, es que debe quedar claro que esta sección autoriza al Tribunal Andino a resolver mediante arbitraje diferencias que le sean sometidas por:

1. Los conflictos surgidos entre los órganos e instituciones del *Sistema Andino* o entre estos y terceros. Teniendo en cuenta que las controversias que pueden someterse a este procedimiento son las que se susciten con la aplicación o interpretación de contratos, acuerdos o convenios suscritos entre ellos.

⁸² Gil Echeverri, Jorge Hernán. *El arbitraje en las relaciones del Estado*.
<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-01.html>

2. Los conflictos surgidos entre particulares que se encuentren relacionados con la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

En esta nueva figura, también se autoriza, como ya se dijo, a la Secretaría General para dirimir por medio de arbitraje administrativo las controversias que se susciten entre particulares por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina⁸³. En este caso el laudo se emitirá en base de equidad y procedencia técnica, acorde con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; y salvo que las partes acuerden lo contrario, será obligatorio caso en el cual constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada país miembro.

Por lo tanto, el camino para acceder a este procedimiento y permitir la actuación del Tribunal, es a través de la voluntad de las partes, por lo que se requiere que exista un acuerdo entre las partes en este sentido. Igualmente existe una limitación en cuanto a la Ley aplicable, ya que es requisito indispensable que el asunto este comprendido dentro del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

Por lo tanto, como se mencionó anteriormente, el Tribunal en este caso, mediante laudos proferidos a solicitud de cualquiera de las partes, expresará su voluntad sobre el conflicto que se plantea, sobre la base del derecho o la equidad y será de carácter obligatorio, inapelable y representará un título legal suficiente para solicitar la ejecución conforme al derecho interno de cada país miembro, es decir, no requerirá de homologación o exequátur⁸⁴.

Los conflictos que se pueden presentar al arbitraje son de diferentes tipos y para ello se elige la siguiente clasificación⁸⁵:

⁸³ Esta facultad se encuentra reconocida en el último párrafo del Art. 1 de la Decisión 425, contentiva del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina y el Art. 39 del Tratado del Tribunal de Justicia.

⁸⁴ Art. 41 del Tratado del Tribunal de Justicia.

⁸⁵ Jaramillo Rojas, Germán. ob. cit.

Controversias Estado-Estado: este tipo de conflictos se constituye por las diferencias de orden jurídico o de orden político entre dos Estado o más. Este tema esta gobernado por el derecho internacional público. Para su solución la Ley Internacional reglamenta procedimientos ampliamente reconocidos por los gobiernos del área.

En este caso el arbitraje entre Estados funciona como una formula de amplia aceptación en la región. Este tipo específico de arbitraje, como en el caso del arbitraje entre particulares, busca la participación de terceras personas imparciales y neutrales que de acuerdo con la ley internacional y previo el trámite de un procedimiento especialmente diseñado se pronuncien de manera definitiva sobre el punto que es sometido a su competencia.

Para la constitución de un arbitraje de este tipo se requiere del acuerdo de voluntades entre los Estados. No obstante hay asuntos como la independencia del país, u otros asuntos vitales que son excluidos de este tipo de trámites. En este caso, a diferencia del arbitraje general, pese a la validez y los principios de cosa juzgada que se predicen respecto del laudo, su cumplimiento depende en el Derecho Internacional de la reciprocidad o voluntad de cada uno de los Estados partícipes en él, pues el principio de inmunidad de jurisdicción, predicable respecto de los Estados soberanos impide que se adelante una ejecución forzosa del laudo correspondiente. Pero la experiencia en la región, en la mayoría de las ocasiones, los países del área se someten de manera voluntaria a las decisiones adoptadas por los árbitros. Sin embargo, en cuanto a la normativa andina, el cumplimiento del laudo emitido por el Tribunal de Justicia o por la Secretaría General es obligatorio, tal como se ha mencionado ya.

Diferencias originadas en el ordenamiento jurídico de derecho económico internacional: Pretendiendo dotar al sistema de instrumentos jurídicos que garanticen al máximo el cumplimiento de los acuerdos alcanzados en el marco de un Tratado Internacional de contenido económico, ha llevado a los países suscriptores de dichos convenios de crear sistemas de solución de controversias, que en el caso de la Comunidad Andina, fue a través del establecimiento del Tribunal de Justicia de la CAN.

Conflicto particular-particular: estos son los conflictos que se pueden presentar entre los agentes del sector económico de los diferentes países

entre sí. En este caso se debe tener presente que la zona andina, todos los países integrantes han firmado y ratificado los tratados existentes en materia de arbitraje comercial internacional, tales como la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá de 1975, los cuales son la columna vertebral del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales en el mundo jurídico y que el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CAN, establece su cumplimiento y ejecución inmediata.

Por último, se debe destacar que dentro de este título quedan comprendidos los conflictos en los que participa el Estado en su condición de agente económico, principalmente porque ninguno de los países del área realizó la reserva de comercialidad prevista en la Convención de Nueva York.

Con esta nueva figura no se puede negar el auge que ha tomado en el área Andina la adecuada utilización del arbitraje internacional, como consecuencia del alto compromiso y la comprometida acción del sector privado de los países, quienes de manera coordinada han desarrollado una activa y decir fructífera labor de divulgación en este sentido y en particular en la figura del arbitraje.

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia de la CAN, adquirió tal connotación, que llegó a lograr que sus fallos supranacionales, de manera directa o implícita contengan órdenes para los Estados, encaminadas a sacar del mundo jurídico normas, leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o individual, que han sido calificados por los árbitros como contrarios al respectivo tratado, sin que la doctrina y jurisprudencia de hoy, duden de la eficacia, obligatoriedad y validez de dichos laudos, pese a que exista una marcada injerencia en la soberanía estatal.

Igualmente consideramos que, si el tribunal supranacional puede pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de las leyes o decretos internos, los cuales por supuestos forman parte del orden público nacional; si además pueden definir la inaplicabilidad de actos administrativos de carácter general, es innegable la competencia arbitral para tratar sobre la legalidad o ilegalidad de actos administrativos.

3.6 *Jurisdicción Laboral*

Por último, se le asignó competencia para conocer y resolver los conflictos laborales que tengan lugar en los órganos e instituciones principales del Acuerdo de Cartagena, en el cual participan de manera activa los cinco Estados soberanos, cuyos representantes en el ejercicio de sus funciones, quedan sujetos a las disposiciones del derecho comunitario y no a las de su derecho interno, atendiendo a la supranacionalidad del ordenamiento jurídico andino, por ende, frente a cualquier conflicto de índole laboral estará sometido al pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

Ya el Art. 37 del Acuerdo de Cartagena establece en su segundo párrafo que el nombramiento y remoción del personal debe ser ejercido conforme a los criterios y causales establecidos en el Reglamento de la Secretaría y sin perjuicio de lo establecido en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y sus protocolos modificatorios.

En este recurso los que se encontrarían legitimados para ejercerlo serían los órganos pertenecientes a la CAN que se encuentren involucrados o afectados y el personal que labore en dichas instituciones comunitarias.

CONCLUSIÓN

Observamos entonces que el Acuerdo de Cartagena y sus respectivos Protocolos, establecen el marco legal e institucional del proceso de integración andino, en los que al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se le atribuyó la función jurisdiccional dentro del proceso de integración y se encarga a la Secretaría General de la investigación administrativa (fase pre-contenciosa) de determinación de la responsabilidad de los Estados partes por incumplimiento y la vigilancia de la coherencia del “Ordenamiento Jurídico Andino” o “Sistema Andino de Integración”.

Además, notamos que las características esenciales de la Comunidad Andina son la existencia de un orden jurídico andino, su supranacionalidad (cuyas características son: la aplicación directa [horizontal y vertical] y el efecto inmediato en los países miembros) y la existencia de órganos comunitarios también supranacionales encargados de la administración de la justicia andina

en las instancias administrativas (Secretaría General) y judicial (Tribunal del Justicia del Acuerdo de Cartagena).

De esta manera, existe la posibilidad de utilizar el Tribunal para solucionar las controversias con los países miembros de la Comunidad Andina, terceros países o grupos de países, particulares y países miembros de la Comunidad Andina o entre particulares, con lo cual se observa que posee las más amplias facultades para solucionar las controversias. Todo esto sin olvidar que la jurisdicción del Tribunal esta compartida con los tribunales nacionales, ya que la jurisdicción comunitaria no sustituye a los anteriores, porque su función es teóricamente complementaria a estos.

En consecuencia las competencias del Tribunal de Justicia Andino en cuanto a los procesos judiciales que puede conocer son: 1) la acción de nulidad, 2) la acción de incumplimiento, 3) la interpretación prejudicial; 4) recurso por omisión o inactividad, 5) la función arbitral, y 6) la jurisdicción laboral.

Notamos que las tendencias modernas del Derecho Internacional propenden a brindar a los particulares un papel más activo en el requerimiento del cumplimiento de los acuerdos alcanzados por los Estados, siendo aceptados como protagonistas del derecho internacional. Esto ha permitido que los particulares de manera directa presenten sus reclamaciones ante países extranjeros e incluso ante organismos jurisdiccionales como el Tribunal de Justicia, dejando atrás el restrictivo principio *res inter alia acta*.

Por esto, como consecuencia de lo anterior los particulares en un sistema comunitario se convierten en sujetos activos de este, permitiendo que un ciudadano de cualquiera de los países miembros acuda al Tribunal en defensa de sus derechos. Con el acceso de los particulares al sistema de justicia andino se genera un mayor dinamismo en el marco de la Comunidad que se refleja en una mayor posibilidad de utilización del Tribunal de Justicia.

Así observamos que en definitiva, se encuentran legitimados para acudir ante el Tribunal de Justicia Andino y la Secretaría General los países miembros de la CAN, los órganos e instituciones de la CAN y las personas naturales y jurídicas que acrediten ser titulares de un derecho subjetivo o de interés legítimo.

De igual manera, antes de recurrir al Tribunal, para demandar la solución de una determinada controversia entre dos o más países miembros o entre particulares de éstos o entre particulares y los países miembros, debe verificarse previamente el trámite o procedimiento administrativo o pre-judicial ante la Secretaría General de la Comunidad Andina. Existiendo la posibilidad de suspender el acto de oficio o a petición de la parte interesada, en cuyo caso, cuando sea necesario se podrá exigir una garantía, siendo que, una vez que se intente el recurso de reconsideración no se podrá ir ante el Tribunal de Justicia de la CAN, hasta tanto la Secretaría General no emita su voluntad o no se venza el plazo para decidir, salvo que ésta no intentare la acción dentro del plazo señalado o que esta no rindiera su dictamen dentro del plazo legal. No se debe olvidar que este procedimiento administrativo permite que se realicen inhibiciones y recusaciones

Sin embargo, se considera que se deben revisar las funciones de la Secretaría General, mediante un estudio y una revisión profunda de sus objetivos y la forma como los consigue, para producir la respectiva reforma pertinente. Todo esto debido a que desde la reforma de Trujillo, la Secretaría General ha tornado su papel en una especie primera instancia de revisión, que luego cambia para ser un fiscal acusador, lo que va en contra la eficiencia de su labor más importante y que no es otra que la de conducir el proceso de integración regional. Esta función de formalismo jurídico juega en su contra como máxima expresión del Ejecutivo comunitario y como vocero político en el nivel internacional en representación de la CAN.

Así, en cuanto a los distintos procesos observamos que se pueden intentar ante el Tribunal de Justicia Andino, vemos que la acción de nulidad, es como un control constitucional en defensa del principio de legalidad, considerado, como la columna vertebral o eje principal del llamado Estado de Derecho.

La acción de incumplimiento procede en el supuesto que un país miembro infrinja las obligaciones provenientes de las normas o Convenios que configuran el ordenamiento jurídico andino o que obstaculice la aplicación de las normas proferidas en el marco del Acuerdo de Cartagena.

Se puede criticar en cuanto a la acción de incumplimiento, que aparentemente no ha funcionado como hubiera sido de esperar, debido al parecer, a razones

de orden político, diplomático y humano ya que a los países miembros no les conviene enfrentarse entre sí, así sea judicialmente, y los funcionarios de la comunidad tampoco se sienten cómodos promoviendo juicios determinados países.

La acción de interpretación prejudicial esta dirigida, a unificar la jurisprudencia relacionada con el Derecho Comunitario entre la justicia nacional de los países miembros y la comunitaria, mediante la cooperación entre el Tribunal y los jueces nacionales. Es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último, representado por el Tribunal de Justicia, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria y en la que al juez del país miembro que realiza la consulta le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno.

La interpretación prejudicial no es una prueba ni puede asimilarse a esta, tampoco es cumplimiento de llenar un cuestionario, ni está llamada a constituirse o considerarse como un informe de expertos o en una opinión jurídica de tipo doctrinal. Su naturaleza es la de un incidente procesal, de carácter no contencioso y de tipo obligatorio. Se debe destacar que la consulta prejudicial puede presentarse en cualquier tiempo antes de dictar sentencia. Esta acción judicial comunitaria esta llamada a funcionar de manera expedita y automática. Es una técnica de aglutinación de jurisdicciones o de reparto de competencias, en razón de la materia, según la cual le corresponde al juez comunitario una competencia declarativa prejudicial, mientras que la competencia aplicativa y final es la del juez nacional. Este sistema de articulación de competencias es respetuoso de la autonomía de los jueces nacionales, sólo se recurre a la justicia especializada de la comunidad en la medida en que ello resulte indispensable para preservar la uniformidad del Derecho Integracionista. Se respetan así los principios de subsidiariedad y de descentralización.

La acción por omisión o inactividad tiene lugar cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General se abstienen de cumplir una actividad a la que estuviera obligado expresamente por el ordenamiento jurídico andino.

En lo referente al Arbitraje, tiene competencias el Tribunal de la CAN para dirimir, en virtud de la cláusula compromisoria o cláusula arbitral, contenida

en un contrato, convenio o acuerdo de derecho público o privado celebrado por cualquiera de los órganos del Acuerdo de Cartagena o entre éstos y terceros, o entre particulares, las controversias que se promuevan por la aplicación o interpretación que de los mismo se haga y cuando las partes así lo consideren. Asimismo, el Tribunal y la Secretaría General podrán dirimir mediante arbitraje las controversias que les sometan los particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Por último, se le asignó competencia para conocer y resolver los conflictos laborales que tengan lugar en los órganos e instituciones principales del Acuerdo de Cartagena, en el cual participan de manera activa los cinco Estados soberanos, cuyos representantes en el ejercicio de sus funciones, quedan sujetos a las disposiciones del derecho comunitario y no a las de su derecho interno, atendiendo a la supranacionalidad del ordenamiento jurídico andino, por ende, frente a cualquier conflicto de índole laboral estará sometido al pronunciamiento del Tribunal de Justicia. En este recurso los que se encontrarían legitimados para ejercerlo serían los órganos pertenecientes a la CAN que se encuentren involucrados o afectados y el personal que labore en dichas instituciones comunitarias.

Por lo tanto, en todos estos distintos procesos judiciales, los que se encuentran legitimados para poner en funcionamiento el órgano judicial son: un país miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General y los particulares que demuestren que las normas demandadas afectan sus derechos subjetivo o sus intereses legítimos.

Las decisiones del Tribunal, en sus diversos procesos pueden suspender los efectos del acto que se impugna, por decisión del Tribunal, o a petición de la parte interesada, debiendo el demandante garantizar mediante una fianza, de esta manera podrá solicitar la suspensión provisional u otra medida cautelar de la ejecución de la norma impugnada (esto es de gran importancia pues en la actualidad el Tratado establece como principio sin excepción la no afectación de la eficacia o vigencia de la norma impugnada); señalar el alcance de los efectos de la sentencia en el tiempo. También puede indicar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación. Igualmente se permite que se produzca una enmienda o ampliación de la

sentencia de oficio o a petición de parte. Existe la peculiaridad de que la sentencia puede ser revisada en caso de darse los supuestos establecidos. La sentencia que se dicte constituye título legal suficiente para que los particulares puedan solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que se hubieren ocasionado. En ciertos casos como el recurso de interpretación se suspende el juicio nacional hasta que el Tribunal de Justicia Andino dicte su sentencia.

En definitiva el Tribunal de Justicia funciona como Tribunal Constitucional de la CAN, de su derecho comunitario derivado, función que lleva a cabo a través de la pluralidad de las vías procesales, como la acción de nulidad y por omisión, que no tienen un carácter exclusivamente constitucional, sino que están destinadas a otro tipo de funciones, por lo que se habla de funciones jurisdiccionales constitucionales del Tribunal en forma material y no formal, no obstante es innegable e indudable también su función de control de la legalidad.

La justicia en el Derecho de Integración, posee sus propias reglas y procedimientos, que por ahora son los Tratados de la Integración y las normas expedidas al amparo de éstos, los cuales han dado origen a las acciones comunitarias.

Entre las reformas que deberían darse en el Tribunal de Justicia, sería pensar en la posibilidad de autorizarlo para que ejerza el control directo de la legalidad de las normas derivadas, es decir, facultarlo para actuar de oficio. Igualmente sería recomendable darle la facultad expresa de ser el único intérprete autorizado de los Tratados y Convenios de la Integración Andina, de esta forma se garantizaría que todas las resoluciones institucionales del Grupo Andino, tenga uniformidad y cumplan con el fin último de la integración y que no es otro que el *procurar el mejoramiento continuo en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión*. También sería procedente poner en funcionamiento la figura del Abogado General.

Sin embargo, se puede considerar que los procedimientos para la solución de conflictos que se presenten entre los países miembros contemplados en el ordenamiento jurídico que rige la comunidad, hasta ahora parecen ser suficientes para los mismos, sólo que en cada caso en particular las

circunstancias de hecho que lo circundan hacen que deban ser considerados de manera individual desde un punto de vista de la realidad presente en el conflicto. El Tratado de Creación del Tribunal ha sido modificado por los respectivos protocolos con los cuales se han ido adecuando a las necesidades exigidas para la solución de controversias, dichas modificaciones no han variado en su esencia pues en todas se persigue el mismo fin que es la preservación de los principios rectores de la tan ansiada *integración*, se trata de unificar criterios en cuanto a las normas a las cuales debe ceñirse el país miembro, se trata de desprenderse de la soberanía y darle cabida a normas dictadas por un órgano con personalidad jurídica, independientemente de la legislación interna que se aplique en un ámbito territorial, se le otorga plena validez y eficacia a sus Decisiones, Resoluciones, en fin cualquier acto que emane de dicho ente basado en principios de Derecho Internacional.

Como podemos observar, se puede afirmar que la Comunidad Andina cuenta con un sistema jurídico de solución de controversias bastante completo y el mismo quedó fortalecido con el Protocolo Modificador del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia (Protocolo de Cochabamba), el cual amplió su ámbito de competencias y consolidó las que tenía asignadas, aunque igualmente puede ser perfectible.

El Tribunal ha manejado de manera transparente y confiable las controversias en la región, a pesar de las múltiples dificultades mencionadas, por lo que durante la Cumbre Andina de Santa Cruz, recibió un importante respaldo de los Jefes de Estado. Es tanto así, que el lenguaje usado en el Protocolo de Olivos, por el cual los órganos políticos del MERCOSUR acordaron crear su tribunal permanente, revela hasta qué punto nuestros vecinos se inspiraron en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

También, es innegable que resulta beneficioso para el proceso de integración poseer un sistema institucional comunitario y un ordenamiento jurídico supranacional. El problema se presenta en cómo dotar de coherencia y calidad a los resultados de este órgano institucional encargado de la solución de las controversias. Para mirar su eficacia, hay que verlo en cuanto a su quehacer diario y los resultados jurídicos de ese quehacer y en su interrelación con las demás instituciones, órganos y personas que existen en el sistema.

La prueba de la eficacia se ve en la calidad y en la coherencia de los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En este caso el sistema de solución de controversias en general adoptado en la Comunidad Andina ha permitido efectivamente un avance sustancial, de los compromisos de integración en lo que va de las décadas de los 80 y de los 90. Sin embargo, en adelante, el reto será lograr un desarrollo de madurez político suficiente como para que el acatamiento de las sentencias del Tribunal sea integral, sea total y que efectivamente sirva este sistema institucionalizado como una garantía de aquellas obligaciones de integración que sirvieron a la formación de la Comunidad Andina.

Por todo lo mencionado y encima de todo, parece cierto decir que un organismo de este género podrá contribuir de sobremanera al mantenimiento de un equilibrio estable de a veces difícil realización entre las instituciones, bien como una interacción entre estas y los Estados miembros de la organización y de estos últimos entre sí. El tribunal puede encontrar un importante papel en el desempeño de la interpretación uniforme de las Decisiones que constituyen el ordenamiento jurídico de la organización, así como de una formación gradual de esta misma, misión esta que puede ser llevada a cabo a través de una acción creativa, que muchas veces irá más allá del cuadro de las atribuciones y poderes reconocidos originalmente a esta institución.

Un problema significativo en esta materia continuará siendo causado por la ejecución de las decisiones supranacionales tomadas por el tribunal. La solución a esto podría consistir en la introducción del sistema de integración de conceptos formulados en Europa por el Tribunal de Justicia de la UE, tales como los principios de aplicabilidad directa y de primacía del derecho comunitario los cuales ya se encuentran reconocidos en la CAN. Sin embargo, estos principios no pueden funcionar sin ser debidamente coadyuvados por un mecanismo apropiado que soporte y asegure el respeto de las decisiones contenidas en la normativa comunitaria. Siempre habrá un límite para respetar la soberanía nacional de los Estados miembros, pero también estos se deben encontrar dispuestos a tolerar la imposición de límites a los poderes de sus tribunales internos en nombre de un control jurisdiccional internacional de sus políticas y actividades.

Evidentemente, los beneficios obtenidos de la actividad de un tribunal internacional pueden ser vastos en la medida en que su acción creativa y su

control independiente, desenvueltos a través de sus conceptos como el principio de igualdad entre los Estados, pueden perfectamente contribuir para que el progreso de los esfuerzos de integración, así como para mantener el sentimiento de seguridad jurídica en el área de integración, sin olvidar que el principal factor a tener en consideración es la voluntad política de los países y de sus reales intenciones en cuanto al futuro.

Es difícil imaginar un proceso de integración funcionando de forma satisfactoria sin que ese funcionamiento sea incentivado por un control judicial o jurisdiccional, que vigile las acciones llevadas a cabo por las instituciones y por los propios gobiernos nacionales. La eficacia judicial puede apenas ser alcanzada si son dados al tribunal los medios necesarios para afirmar su posición cara a otros agentes, así como de la naturaleza de sus decisiones. Debe ser un órgano equipado con el poder necesario para ejecutar sus decisiones, particularmente a través de una eventual aplicación de sanciones, incluso pecuniarias, en los casos de irrespeto a las decisiones. También sus decisiones deben ser vinculantes de tal forma que todos los actores de la comunidad estén obligados a respetar la interpretación dada por esta institución.

El control de la legalidad. La jurisprudencia y el precedente en la legislación laboral venezolana

Mervy Enrique GONZÁLEZ FUENMAYOR

SUMARIO:

- 1. El Precedente.** *1.1 Aproximación Sistemática Interna. 1.2 Aproximación Sistemática Externa.*
 - 2 Análisis del Precedente en la Sentencia de la Sala Constitucional de 18-06-03, ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán.**
 - 3. La correcta interpretación del derecho según el tridimensionalismo (visión tridimensional del derecho).** *3.1 Análisis de la Sentencia del Magistrado Doctor José Manuel Delgado Ocando según la cual hasta la propia Ley no está exenta de ser desaplicada.*
 - 4. La creación judicial del derecho**
 - 5. El principio de legalidad y el control de legalidad.** *5.1 Análisis doctrinal y jurisprudencial del control de la legalidad. 5.2 Breve estudio sobre el avocamiento (Análisis de la sentencia de la Sala de Casación Social del 27 de octubre de 2004. SCS). 5.3 Estudio selectivo de algunas sentencias en materia del control de la legalidad.*
 - 6. ¿La jurisprudencia como fuente del derecho o una rama de la ciencia del derecho?**
- Conclusiones.**

1. EL PRECEDENTE

Surge como consecuencia de la creación por parte del juez de una norma jurídica individualizada que al ser asumida por los demás juzgadores con fuerza obligatoria se transforma en un instituto jurídico que según muchos especialistas limita la autonomía e independencia del poder judicial, sin embargo es bueno precisar que en algunos sistemas jurídico el mismo no es un que coexiste con otros, como en el caso del Derecho Anglosajón y del Derecho Norteamericano en los cuales el mismo forma parte del sistema inclusive con un rango jerárquico determinado.

La Fuerza Obligatoria del Precedente viene dada por su calificación en: Precedente de Iure o Precedente de Facto. Precedente De Iure son decisiones de la Sala Constitucional sobre el contenido o el alcance de las normas y principios constitucionales. Precedente De Facto son decisiones de las demás salas del Tribunal Supremo de Justicia. (Casación Civil, Política, Administrativa, Casación Penal, Casación Social y Electoral).

1.1 Aproximación Sistemática Interna

Es el punto de vista que tiene el juez que aplica el derecho como órgano que es del Sistema Judicial y en esta función no puede sustraerse a la fuerza obligatoria vinculante del precedente emanado de la Sala Constitucional.

1.2 Aproximación Sistemática Externa

El dieciocho de junio de 2003, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, la Sala Constitucional, sentencia No. 1.687, señaló:

En este aspecto los precedentes judiciales forman parte de las fuentes del Derecho en los que se basa la dogmática jurídica para estudiar los articulados del Derecho Válido. La fuerza obligatoria del precedente de facto es directiva, es decir, que en el caso de ser inobservado el precedente de facto, es altamente probable que sea revocado en una instancia judicial superior. Tal es el efecto que prevé el artículo 178 de la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo al otorgarle a la Sala de Casación Social el control de la legalidad de los fallos emanados de los

Tribunales Superiores del Trabajo que aun cuando no fueran recurribles en Casación, violentan o amenacen violentar las normas de orden público o **cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación.**

Esta conceptualización del precedente judicial cobra plena vigencia en el derecho patrio a partir de la Constitución de 1999, y su integración al sistema jurídico procesal es función que compete a la jurisdicción constitucional. De allí la pertinencia de su esclarecimiento para el funcionamiento armonioso del sistema judicial

La fuerza obligatoria del precedente de la Sala Constitucional radica en la atribución que tiene conferida la Sala como máximo intérprete de las normas y principios constitucionales, pero esta interpretación con fuerza obligatoria vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República, se extiende al contenido y alcance de las normas de contenido legal para ajustarlas al texto constitucional, máxime cuando todavía prevalece en nuestro ordenamiento jurídico la legislación preconstitucional.

De modo que a la luz del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, si bien el Tribunal Supremo de Justicia es el máximo intérprete del ordenamiento, la interpretación que las demás Salas realizan de la legalidad ordinaria debe ser acorde con los preceptos constitucionales, y si dicha interpretación es o no constitucional compete decidirlo a la Sala Constitucional”.

2. ANÁLISIS DEL PRECEDENTE EN LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE FECHA 18 DE JUNIO DE 2003 (PONENTE CARMEN ZULETA DE MERCHAN)

Con el respeto que nos merece la Sala, debemos por fuerza de la razón y de la hermenéutica jurídica materializar un conjunto de observaciones que pueden resumirse así:

- 1) Considero que la ponente confunde la fuerza obligatoria del precedente con la modificabilidad del mismo, ya que pareciera que en esa sentencia no hubiera la posibilidad de cambiar un criterio o doctrina de la Sala Constitucional.

- 2) De admitir el carácter estático del precedente como lo asume la ponente, el derecho perdería su carácter dinámico y jamás pudiera evolucionar.
- 3) El fallo en uno de sus párrafos ordena a los operadores jurídicos abstenerse de desaplicar los precedentes que con carácter vinculantes emita la Sala Constitucional, so pena de incurrir en reiterado desacato. Esta aseveración nos conduce a elevar al rango de verdades absolutas las doctrinas de esa Sala violentando los mas elementales principios del conocimiento y de la racionalidad que se orientan en el sentido contrario, es decir, a tener como verdad lo que puede ser demostrado y evidenciado y en el caso de las Ciencias Sociales casi ningún aspecto tienen el carácter de verdad absoluta dada la condición dinámica y cambiante de la sociedad y sus valores: los que hoy es bueno mañana podría ser malo o viceversa. Lo mismo puede decirse de la Ciencia Jurídica.
- 4) La ponente erráticamente utiliza en su argumentación el vocablo “sistemática” para referirse a la diferencia entre la aplicación del derecho desde el punto de vista interno o externo como órgano del sistema judicial y referido a los efectos de predecibilidad del precedente judicial, cuando lo correcto es hablar de un enfoque sistémico que no es lo mismo ni se escribe igual. En efecto la Profesora Zuleta de Merchán contrapone el conflicto de conciencia del juez de la recurrida a la fuerza obligatoria del precedente lo cual conduce a consecuencias tan absurdas como el de considerar que estaría por encima el deber del operador jurídico de acatar el precedente por encima de su convicción jurídica (así se lee en uno de los párrafos de tal fallo). A mayor abundamiento permítaseme invocar la Visión Tridimensional Del derecho sostenida por Miguel Reale y que desemboca en el llamado Enfoque Sistémico del Derecho que es en definitiva la forma como debió la ponente asumir el análisis de la recurrida para llegar a una conclusión racionalmente acertada como necesariamente tuvo que haber sido en aras de considerar que el Derecho como Ciencia no se agota ni el estudio de las normas, ni en el estudio de los hechos, a ello hay que agregarle el aspecto de la valoración o axiología jurídica que solamente puede hacerla el operador jurídico que en definitiva es un ser humano, quien sufre, llora, ríe, acierta, yerra, forma su convicción jurídica con elementos tanto del proceso como aquellos que no lo son (a veces el fallo judicial es el resultado de la resaca o dolor

premenstrual del operador jurídico). De seguidas ofrecemos en los siguientes cuadros que forman parte de la investigación documental de mi autoría intitulada *La Visión Tridimensional del Derecho* (Tridimensionalismo) y que utilizamos con frecuencia en las cátedras de Derecho Individual del Trabajo, Teoría General del Derecho del Trabajo, Derecho Procesal del Trabajo, Derecho Colectivo del Trabajo y Seminario de Jurisprudencia que dicto en el Programa de Posgrado de Derecho Laboral y Administración del Trabajo. Nivel Maestría de la prenombrada Universidad del Zulia. (LUZ).

La pregunta sobre el ser del Derecho o, en otras palabras, sobre el objeto de estudio de la disciplina jurídica, ha sido un tema que ha inquietado, a través del tiempo, a los filósofos del Derecho. Al menos, son tres las escuelas de pensamiento que nos ofrecen diversas y unidimensionales respuestas sobre el tema. Es decir, respuestas parciales que no nos permiten obtener una concepción completa sobre el Derecho.

Así, tenemos el jusnaturalismo que considera que el Derecho es una especulación sobre los valores, específicamente sobre la justicia, ínsitos en la naturaleza humana. De otro lado, el formalismo o positivismo reduce el objeto del Derecho a la dimensión formal-normativa. Finalmente, el sociologismo o realismo estima que dicho objeto se halla en la realidad de la vida comunitaria.

Si el Derecho fuese una disciplina que conoce sólo normas sería una ciencia formal, que estudia objetos ideales, al igual que las Matemáticas y la Lógica. Y ello, obviamente, no es así pues es imposible exiliar del Derecho tanto a la vida humana como a los valores que en ella se vivencian presididos por la justicia.

La concepción del ser humano como un ser en libertad, es el sustento que nos permite comprender que el objeto de estudio del Derecho no se agota en el sólo conocimiento de las normas jurídicas. Es así que, a partir de la década de los años 40 del siglo XX, se logra superar esta visión formal, unidimensional, reducida, incompleta, del Derecho, posibilitando su sustitución por la concepción que lo comprende en su totalidad como una disciplina tridimensional.

El Tridimensionalismo nos muestra que, si bien es cierto que vida humana social, valores y normas jurídicas no pueden estar ausentes cuando se alude

al objeto de estudio del Derecho, ninguno de estos objetos, por sí mismo, se constituye en el objeto de estudio de la disciplina jurídica. El concepto “Derecho” es el resultado de la interacción entre vida humana, valores y normas jurídicas. Es la unidad resultante de esta interacción a la que podemos referirnos con el concepto “Derecho”¹.

Como conclusión de todo lo anteriormente expuesto en este capítulo podemos afirmar: *Que la norma laboral, sustantiva o adjetiva, debe interpretarse con una visión tridimensional del derecho con preeminencia en la aplicación de la constitución y atendiendo al principio tuitivo del derecho del trabajo.*

3. LA CORRECTA INTERPRETACION DEL DERECHO SEGÚN EL TRIDIMENSIONALISMO (VISIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO)

Desafortunadamente en el presente artículo no podremos desarrollar este punto por razones de espacio y de normas preestablecidas para su edición. De allí que remitamos al lector a la obra de nuestra autoría que a continuación se menciona Gonzalez Fuenmayor Mervy Enrique. La jurisprudencia: Orígenes, antecedentes, doctrinas, objeto y finalidad. Estudio de John Austin. El precedente. Aspectos jurisprudenciales de la sala constitucional” Maracaibo-Venezuela. La Universidad del Zulia. (2004).

¹ Silva Cueva, José Luís. Visión Tridimensional del Derecho. Universidad Antenor Orrego, Trujillo. Perú 1997

Para muestra le ofrecemos lo siguiente:

Interpretación de la Norma Laboral

Principios que rigen el Derecho Laboral ❑ Regla de la norma más favorable, ❑ Principio in dubio pro operario, ❑ Principio de conservación de la condición más favorable ❑ Irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores ❑ Primacía de la realidad sobre la forma o apariencia; ❑ Principio de conservación de la relación laboral y, ❑ Principio de no discriminación. (Art. 2 y 3 de la Ley, y Art. 5 y 8 del Reglamento)	Normas que regulan los problemas de la interpretación Judicial ❑ Para conflictos de leyes aplicar artículos 59 de la Ley del Trabajo y 6 del Reglamento ❑ Vacíos Normativos aplicar fuentes supletorias del derecho artículo 60 de la ley. ❑ LEY ADJETIVA CONSERVA LOS MISMOS PRINCIPIOS: ARTICULOS 8 Y 9 LOPT

Dr. Mervy Enrique Gonzalez Fuenmayor

La Visión del Derecho

Teorías Subjetivas

- Escuela Racionalista del Derecho (Hugo Grotius)
- Escuela del Idealismo Transcendental (Kant-Rousseau)
- Teoría Pura del Derecho (Kelsen)

Teorías Objetivas

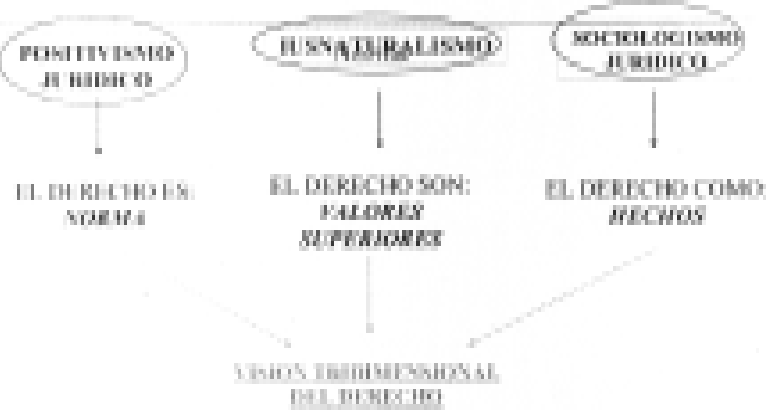
- Escuela Histórica del Derecho (Savigny)
- Antropología Jurídica (Duguit)
- Realismo Neoscholástico (Bastarot)

Teorías Mixtas

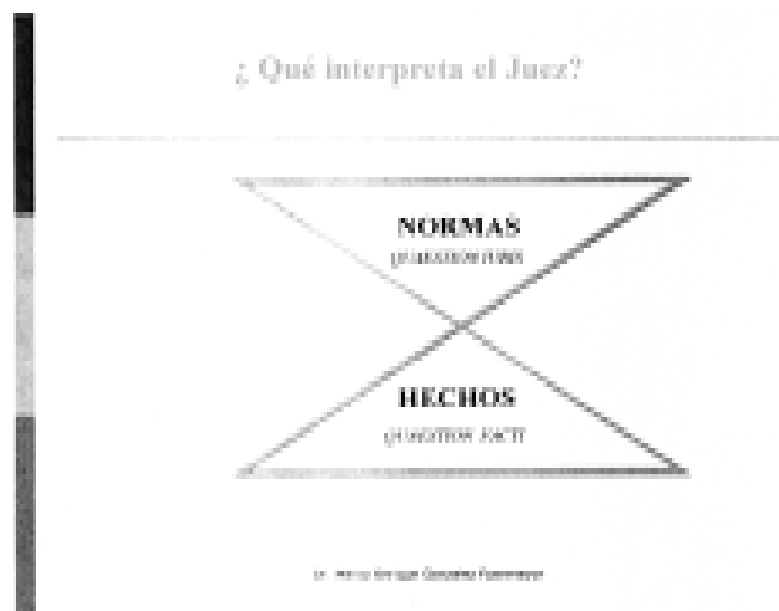
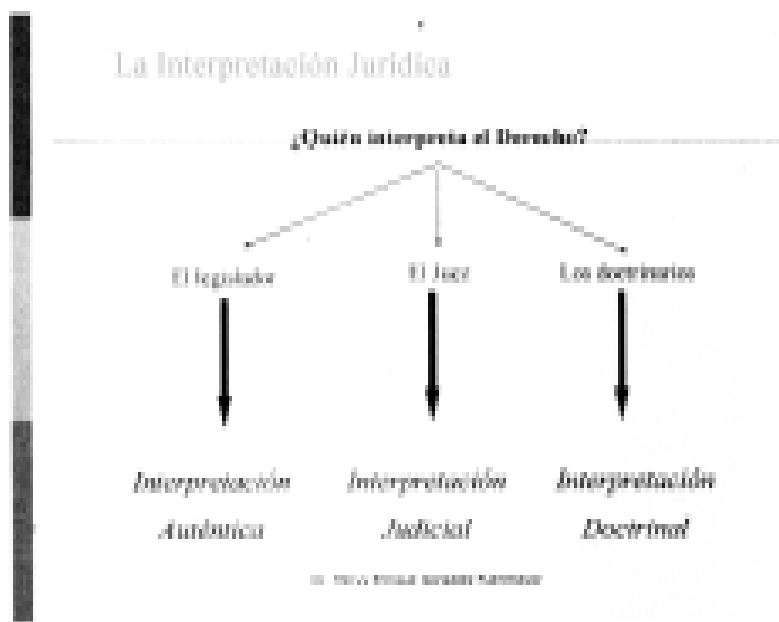
- Escuela de la Esencia (Poncio de Ardenas)
- Humanismo

Dr. Mervy Enrique González Fuenmayor

La Visión del Derecho



Dr. Mervy Enrique González Fuenmayor



Como corolario de nuestra argumentación, es sumamente pertinente colacionar el criterio expuesto por el Profesor José Manuel Delgado Ocando en el siguiente fallo cuyo contenido también transcribimos y en el que concluye que el operador jurídico puede ser recusado o inhibirse por causas distintas a las previstas en el artículo 82 de Código de Procedimiento Civil con lo cual nuestras afirmaciones anteriores están corroboradas por este fallo dado que el ponente ha seguido un sendero distinto a la previsión legal. Ahora si el juez puede apartarse del contenido de la norma jurídica arguyendo que los textos legales envejecen y resultan anacrónicos para comprender nuevas situaciones jurídicas; me pregunto ¿no será acaso mas fácil apartarse de la doctrina casacional o del precedente? Pero veamos el texto de la sentencia

3.1 Análisis de la Sentencia No. 2140 de la Sala Constitucional de siete de agosto de 2003, ponencia del Magistrado Dr. José Manuel Delgado Ocando según la cual hasta la propia Ley no esta exenta d e ser desaplicada

Dice el fallo comentado:

Pasa la Sala a decidir la apelación interpuesta, previas las consideraciones siguientes:

De la revisión de las actuaciones que cursan en el expediente, la Sala no puede constatar si efectivamente el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara resultó designado por distribución para conocer de la apelación ejercida contra el fallo del Juzgado Segundo de los Municipios Palavecino y Simón Planas. De igual modo, tampoco se puede constatar que el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la misma Circunscripción Judicial no observó las reglas de distribución al abocarse al conocimiento de la causa.

Sin embargo, la Sala considera pertinente aclarar que en el caso de haberse comprobado irregularidades en la asignación de la causa, es la recusación y no la acción de amparo la vía idónea para subsanar esta situación, la cual, definitivamente afecta el principio de imparcialidad.

A tal efecto, la Sala en sentencia n° 2714/2001 del 30 de octubre, al interpretar el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana

de Venezuela, precisó lo que debe entenderse por imparcialidad, específicamente en sede penal, pero cuyo contenido tiene alcance a otras sedes. En el referido fallo se estableció lo siguiente:

En la jurisprudencia reiterada de los órganos internacionales de protección de derechos humanos –*Corte Penal Internacional y Corte Interamericana de los Derechos Humanos*– la imparcialidad del tribunal tiene una dimensión también objetiva, referida a la confianza que debe suscitar el tribunal en relación con el imputado, para lo cual es preciso que el juez que dicta la sentencia no sea sospechoso de parcialidad, y lo es si ha intervenido de alguna manera durante la fase de investigación.

Ahora bien, es de destacar que cualquier inobservancia de las reglas de distribución de causas no conlleva necesariamente al menoscabo del derecho al juez imparcial. No obstante, cuando esas infracciones no están motivadas o razonadas, esas características de imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad, entre otras, que reviste la justicia se diluyen.

La justicia que consagra el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia implica necesariamente que la forma de distribuir las causas se efectúe con absoluta transparencia, de lo contrario, se generan una serie de suspicacias y dudas respecto de la función del órgano jurisdiccional que ponen en tela de juicio su imparcialidad.

Tal es la importancia del respeto al reparto de causas, que el legislador en el artículo 40, numeral 14 de la Ley de Carrera Judicial –norma vigente de conformidad con lo establecido en el artículo 28, parágrafo único del Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, publicado en Gaceta Oficial n° 36.925 del 4 de abril de 2000– dispone como causal de destitución del juez “*cuando omitan la distribución de los expedientes cuando ésta sea obligatoria, o la realicen en forma irregular*”.

Ahora bien, cabe preguntarse si la acción de amparo constituye una vía idónea para subsanar esta situación. En este sentido, debe señalarse que nuestro ordenamiento jurídico prevé dos instituciones, a saber, la inhibición y la recusación, destinadas a preservar la garantía del juez

imparcial. La doctrina, tradicionalmente, ha señalado que las causales de recusación del juez previstas en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil son taxativas y no pueden ser susceptibles de ampliación por vía de analogía o semejanza (cf. Humberto Cuenca. Derecho Procesal Civil. Tomo II. 6ª edición. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1998, p. 154, y Juan Montero Aroca y otros. Derecho Jurisdiccional. Tomo I. 10ª edición. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 114).

Sin embargo, la Sala ha reconocido que estas causales no abarcan todas las conductas que puede desplegar el juez a favor de una de las partes, lo cual resulta lógico, pues *“los textos legales envejecen (...) y resultan anacrónicos para comprender nuevas situaciones jurídicas, y la reforma legislativa no se produce con la rapidez necesaria para brindar las soluciones adecuadas que la nueva sociedad exige”* (Enrique R. Aftalión. Introducción al Derecho. 3ª edición. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 616). En este sentido, la Sala en sentencia n° 144/2000 del 24 de marzo ha indicado lo siguiente: Omissis...

En virtud de lo anterior, visto que la recusación es una institución destinada a garantizar la imparcialidad del juzgador, cuyas causales, aunque en principio taxativas para evitar el abuso en las recusaciones, no abarcan todas aquellas conductas del juez que lo hagan sospechoso de parcialidad y, en aras de preservar el derecho a ser juzgado por un juez natural, lo cual implica un juez predeterminado por la ley, independiente, idóneo e imparcial, la Sala considera que el juez puede ser recusado o inhibirse por causas distintas a las previstas en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, sin que ello implique, en modo alguno, dilaciones indebidas o retardo judicial.

Finalmente, la Sala considera que la apelación interpuesta debe ser declarada sin lugar, asimismo, que la decisión dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Lara el 16 de septiembre de 2002, sobre la base de una motivación distinta, debe ser confirmada. Así se decide.

4. LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Permítame el lector que abuse de las citas y lo extenso de ellas, pero la pertinencia de las mismas es de suyo y no siempre el ensayista, investigador,

docente o académico encuentra criterios tan importantes que le permitan dar luz a la investigación que pretende desarrollar. Este es el caso de la transcripción que a continuación efectuamos del trabajo monográfico efectuado por Luis Aquiles Mejía Arnal –Publicado en la Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República N° 6, Caracas, 1992– intitolado “Creación Judicial de Derecho”. Que discurre en los siguientes términos:

El objeto de este trabajo queda definido por su título: “Creación Judicial de Derecho”. Frente a una visión de la función jurisdiccional, como mera aplicación de leyes preexistentes, se ha abierto camino la idea de una actividad judicial, que si bien se atiene a las reglas de Derecho, previamente dictadas y por todos conocidas, no se agota en la subsunción de los hechos en éstas, sino que tiene como función primordial desarrollar la norma jurídica y adecuarla a la realidad, en un lugar y un tiempo determinados.

“Este pensamiento es tratado desde la óptica de los juristas que escriben sobre el Derecho de fuente romana; aquel que se ha denominado “Derecho Continental”, sistema al cual por herencia cultural pertenecemos. Sólo conociendo su desarrollo en el Derecho Comparado, podemos adentrarnos en el problema central, la creación de Derecho por el juez venezolano, pues continúa nuestra doctrina, de manera preponderante, imbuida en el concepto, herencia de la Revolución francesa, de la elaboración del Derecho como función privativa y exclusiva del Poder Legislativo. Por ello, comienza el estudio con un panorama histórico de las ideas sobre la creación de Derecho por el juez, para luego tratar dos temas actuales, que constituyen antesala obligada de la cuestión capital, cuales son la posición que debe adoptar el juez ante la ley injusta, y la necesidad de interpretar la norma legal conforme al sentido general del Derecho: la justicia. Omissis.... Desafortunadamente en el presente artículo no podremos desarrollar este punto por razones de espacio y de normas preestablecidas para su edición.

5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL DE LEGALIDAD

No obstante que el título de esta Investigación Documental se refiere en principio a: “El control de la legalidad, la jurisprudencia y el precedente en la

legislación venezolana”, necesario es precisar en términos inequívocos algunos conceptos que son de vital importancia y de claridad impretermitible en el estudio de los tres institutos jurídicos que constituyen el centro de esta investigación.

Antes de definir el Control de la Legalidad es útil conceptuar lo que en doctrina se ha consagrado como: El Principio de Legalidad en Derecho Procesal.

El principio de legalidad en derecho procesal

Dice Guillermo Cabanellas al respecto:

Representa la observancia de las leyes de procedimiento, en cuanto a su forma, por la impugnación posible en otro caso para anular lo actuado y reiterar adecuadamente lo desconocido u omitido; y, en cuanto al fondo, la resolución conforme a las normas legales en cada caso pertinente, con la posibilidad también, para quien se crea agraviado, de apelar o recurrir en la forma autorizada por las normas de enjuiciar².

Control de la legalidad

A continuación le presentamos al lector unos cuadros contentivos del Recurso del Control de Legalidad previsto en los artículos 178 y 179 de la LOPT. Estos dos artículos están en vigencia desde la publicación en Gaceta Oficial, el 13 de agosto de 2002. A grandes rasgos consiste en que, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, puede, a solicitud de parte, conocer de los fallos dictados por Tribunales Superiores del Trabajo, aun cuando sean de los no recurribles en Casación, si violentan o amenazan violentar normas de orden público o la sentencia recurrida es contraria a reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación Social.

Su Finalidad es:

- a) Prevenir abusos y excesos de violaciones legales o constitucionales; b) Evitar la burla de la administración de justicia; c) Asegurar la aplicación

² Cabanellas, Guillermo. ob. cit. Tomo VI

de la doctrina de casación establecida en casos análogos, a fin de defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia; y d) Ofrece una protección adicional al Orden Público Laboral

Sus elementos característicos son:

- a) A instancia de la parte; b) Requiere el cumplimiento de determinados requisitos para su procedencia; c) Puede ser ejercida por las partes o terceros interesados; c) Mixto: Oral y Escrito; d) Previa litis; e) Excepcional; f) Publicidad; g) Celeridad; h) Agotamiento de Instancia; i) Parte Sumaria

Requisitos de Procedibilidad

- a) Cuando se trata de una Sentencia definitivamente firme o interlocutoria que ponga fin al proceso dictada por un Tribunal Superior del Trabajo; b) Cuando la sentencia no sea recurrible en casación en razón de tener el asunto decidido una cuantía inferior a las 3.000 U.T. , o por estar negado el recurso en el texto legal; c) Cuando la sentencia violenta o amenace con violentar normas de orden publico o contrarié doctrina judicial reiterada de la Sala Social.; d) Debe ser solicitada a solicitud de las partes de proceso o terceros interesados, de forma escrita.

Consecuencias del Recurso

- a) Decretado el Fallo por la Sala Social, ordenará, la reposición de la causa al Estado que considere necesario para restablecer el orden jurídico infringido (igual al Amparo Constitucional); b) En el Segundo caso deberá decidir al fondo de la controversia que es la providencia bajo control, anulando el auto recurrido sin posibilidad de reenvío; c) Si la sala encontrare que no ha habido violación o amenaza de violación contra normas de orden público o que no ha sido contraria a la jurisprudencia reiterada de la sala, se declarara sin lugar el recurso de control y el fallo impugnado quedara definitivamente firme

5.1 *Análisis doctrinal y jurisprudencial del control de la legalidad*

Según el destacado Procesalista Zuliano y Profesor de nuestra Ilustre Universidad del Zulia Ricardo Henríquez la Roche el CONTROL DE LA LEGALIDAD a tenor de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de la Republica Bolivariana de Venezuela (p. 92) y desde el punto de vista laboral puede abordarse en los siguientes términos. Este Recurso de carácter extraordinario tiene por objeto acotar

los abusos y excesos de diferente índole, que se traducen no solo en una violación de derechos legales e incluso constitucionales, de una o ambas partes, sino que además son una ofensa a la conciencia jurídica de la colectividad y una burla a la administración de justicia o por otra parte, deciden no acoger la reiterada doctrina de la Sala de Casación Social, conductas estas, que no pueden ser consentidas en forma alguna por el sistema judicial. La Comisión, conciente de esta realidad, ha decidido consagrar este novedoso recurso de control de legalidad, en el cual, con el auxilio de la parte afectada que debe interponer el mismo, la Sala de Casación Social, con carácter facultativo, decidirá en cada caso concreto si debe o no admitir o examinar el recurso presentado (Exp. Motivos, p.92).

Para el mencionado catedrático con base a lo expuesto anteriormente:

Según se deduce de la normativa, los casos legales de inadmisibilidad del Recurso de Casación, y por ende de eventual admisibilidad del Recurso de Control, son en esta ley las siguientes: las providencias dictadas en materia *cautelares* por los Tribunales Superiores del Trabajo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 137. La negativa de *prueba*, según el artículo 76; la declaratoria de la *inadmisibilidad de la demanda* según el artículo 125; las providencias de los Tribunales Superiores *en etapa de ejecución*, según el artículo 186; las providencias de los Tribunales Superiores en materia de *estabilidad laboral*, según el artículo 188, la sentencias definitivas o la interlocutoria que pongan fin al juicio a impidan su continuación que no alcance la *cuantía* legal, según el artículo 167.

“A nuestro modo de ver –reitera el prenombrado catedrático– las sentencias de alzas sobre *medidas cautelares* es un tema aparte, de significativa importancia, que debe ser controlado en su uniformidad interpretativa por la Sala de Casación Social, en sede laboral. La

experiencia de la administración de justicia en el país es nefanda en este respecto. Fue luego de la memorable sentencia del precedente del Magistrado José Román Duque Sánchez (cfr abajo CSJ-SCC, AUTO 19-12-1968) que la Sala de Casación Civil comenzó a controlar las decisiones de los tribunales de instancia para retomar la uniformidad interpretativa y proteger las leyes relativas a la función jurisdiccional cautelar.

Es interesante observar la opinión de Henríquez La Roche quien al abordar el punto relacionado con la sentencia de alzada sobre medidas cautelares, trae en apoyo a su tesis una sentencia de la Sala de Casación Social dictada en fecha 20-02-03, número 87, lo que le permite aseverar que tal asunto debe ser controlado en su uniformidad interpretativa por la mencionada Sala; el extracto señalado puede verse en su obra (**El Nuevo Proceso Laboral**, Caracas-Venezuela, pp. 506 y ss.), a cuyo contenido remitimos.

A los comentarios que expresa Henríquez la Roque es pertinente adicionar lo contenido en el fallo dictado por la Sala de Casación Social signado con el número 1341 de 27 de octubre del 2004 expediente número 04-785. Con ponencia del magistrado Omar Alfredo Mora Díaz cuyo contenido se vincula con el avocamiento y es tan detallista tal sentencia que contiene los requisitos para la procedencia del avocamiento y por ello vale la pena que el lector posea de primera mano el fallo en cuestión y que transcribiremos en el punto siguiente del esquema previamente determinado.

5.2 Breve estudio sobre el avocamiento (*Sentencia de la Sala de Casación Social No. 1341 del 27 de octubre de 2004*)

Dice el mencionado fallo:

El avocamiento es una facultad excepcional que permite a un superior atraer para sí el examen y decisión de una causa cuyo conocimiento, conforme a las reglas ordinarias de competencia, corresponde a un inferior. En nuestro sistema, tal facultad corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en la Sala de competencia afín con la materia debatida. (Artículo 48, numeral 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

En cuanto a los requisitos de procedencia de la figura del avocamiento, esta Sala acogió en sentencia N° 58 de fecha 13 de febrero de 2003, el criterio que al particular asumió este Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, decisión de fecha 13 de abril de 2000, (caso: Fondo de Inversiones de Venezuela), al establecerse:

- 1) Que el objeto de la solicitud de avocamiento sea de aquellas materias que estén atribuidas ordinariamente, por el legislador, al conocimiento de los tribunales, aun cuando no sea *strictu sensu* materia contencioso administrativa.
- 2) Que un asunto judicial curse ante algún otro Tribunal de la República;
- 3) Debe tratarse de un caso de manifiesta injusticia o, cuando en criterio de la Sala, existan razones de interés público o social que justifiquen la medida o cuando sea necesario restablecer el orden de algún proceso judicial que lo amerite en razón de su trascendencia o importancia.
- 4) Que en el juicio cuya avocación se ha solicitado exista un desorden procesal de tal magnitud que exija su intervención, si se advierte que bajo los parámetros en que se desenvuelve no se garantiza a las partes el debido equilibrio a sus pretensiones.

Así, previo a cualquier otro señalamiento es importante precisar, que para que esta Sala estime procedente hacer uso de la facultad excepcional de avocamiento, es necesario que se den por lo menos tres requisitos. Los dos primeros requisitos deben concurrir siempre, bien con uno de los supuestos alternativos contenidos en el tercer requisito, o bien con el cuarto requisito.

Ahora, para el asunto en estudio, no valora esta Sala la consolidación de alteraciones procesales que perturben indefectiblemente las garantías mínimas jurisdiccionales de las partes, incumpléndose por tanto, el mencionado requisito. Así se establece.

Extraigamos de la misma lo siguientes aspectos:

Precisiones Conceptuales sobre el Avocamiento

El avocamiento es una facultad excepcional que permite a un superior atraer para sí el examen y decisión de una causa cuyo conocimiento, conforme a las

reglas ordinarias de competencia, corresponde a un inferior. En nuestro sistema, tal facultad corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en la Sala de competencia afín con la materia debatida. (Artículo 48, numeral 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

¿Cuándo procede el Avocamiento?

a) El fallo transcrito ordena que tal figura jurídica este referida a materias atribuidas por el legislador a la jurisdicción (Tribunales de Justicia); b) que el asunto en cuestión se este tramitando en algún otro tribunal de la Republica; c) Que el caso de marras evidencie una la incursión de una injusticia notoria y además que el interés publico lo justifique; y d) Que en el juicio cuyo avocamiento va a materializarse exista un desorden procesal tan extraordinario que exija la intervención de otro tribunal

*Nuestro criterio coincide con el de Ricardo Henríquez La Roche en el sentido de considerar que la Sala de Casación Social actúa como tribunal de instancia en el caso del instituto jurídico de: **el control de legalidad** en virtud de que el operador juridico desciende para el conocimiento de los hechos que integran el fondo del pleito o litis y en consecuencia puede anular el auto o providencia recurrida sin que medie para ello el reenvío. Ahora si eso es bueno o no para el Derecho Procesal no lo sabemos. Si técnicamente es un disparate o no tampoco lo afirmamos ni lo negamos. En este caso solamente he mostrado los hechos y el derecho a aplicar conforme al estudio de la Ley Orgánica Procesal vigente (énfasis añadido).*

Otro punto que hay que precisar y conforme al orden temático que venimos desarrollando, es el relativo a la situación de que algunas sentencias no son susceptibles del Recurso del Control de Legalidad como es el caso de las *decisiones judiciales dictadas en materia de amparo* en vista de que la competencia para conocer de ese recurso esta reservado a la Sala Constitucional de conformidad con lo establecido en el ordinal 10º del artículo 336 de la vigente Carta Magna pero dejemos que sea la Sala Constitucional la que nos diga:

Señala el recurrente en su escrito que el presente recurso se propone contra la decisión proferida por el Juzgado Superior que declaró

inadmisible el recurso de amparo, “fundamentada en la convalidación tácita prevista en el artículo 213 del Código e procedimiento Civil y en el hecho de no haberse ejercido, en su oportunidad, el recurso de apelación contra la decisión del presunto agravante”. Ahora bien, establece el artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (omissis...)

Mediante decisión de fecha 20 de enero de 2000, la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, interpretando el contenido de la norma transcrita, estableció:

Por otra parte, quiere dejar sentado esta Sala, que su competencia en materia de amparo no se limita al supuesto antes señalado –altas autoridades nacionales– sino que la misma puede producirse con ocasión de la atribución que le otorga el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución Bolivariana, el cual está referido a la revisión de las sentencias de esta especie, “dictadas por los tribunales de la República”. Esta disposición, a juicio de la Sala, debido a su formulación genérica, amerita ser relativizada a través de una interpretación que permita mantener el equilibrio de esta facultad con la necesaria desconcentración de atribuciones que debe existir respecto a los distintos órganos que conforman el Poder Judicial así como la preservación de la garantía a la doble instancia, la cual no sólo corresponde en esta materia a la Sala Constitucional, habida cuenta que, de acuerdo a la ley orgánica que rige la materia, aquella podría corresponder a otros tribunales distintos a este supremo órgano judicial. Con base a lo anterior, interpreta la Sala que esta facultad revisora debe ejercerse necesariamente respecto de todas las sentencias de amparo constitucional dictadas por los Tribunales o Juzgados Superiores de la República, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, cuando conozcan de esta materia como tribunales de primera instancia. Igualmente, debe entenderse que la referida facultad de revisión puede ser ejercida, con relación a las decisiones de amparo dictadas por los tribunales que hayan conocido en consulta o apelación de las decisiones dictadas por sus inferiores jerárquicos. En estos casos, a diferencia de la hipótesis anterior, el objeto de la revisión lo constituye una sentencia dictada en segunda instancia. En consecuencia, visto que en estas situaciones se garantiza el principio de la doble instancia, la revisión debe revestir un carácter facultativo para la Sala Constitucional.

En virtud de lo antes expuesto, estando la competencia en materia de amparo atribuida a la Sala Constitucional y de conformidad con lo establecido en el ordinal 10º del artículo 336 de la vigente Carta Magna, en el entendido de que la revisión de las sentencias de amparo procederá conforme a los términos establecido es la Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales, no estando previsto en tal instrumento legal el recurso de “control de legalidad”, debe esta Sala de Casación Social declarar inadmisibile el presente recurso. Así se decide (Sala de Casación Social, Sentencia No. 720 de dieciséis de octubre de 2003, al declarar inadmisibile el recurso de “control de legalidad” intentado).

5.3 Estudio selectivo de algunas sentencias en materia del control de la legalidad

No siempre las delaciones del peticionario en materia del Recurso del Control de Legalidad resultan eficaces debido a que muchas de las infracciones que suelen denunciarse tienen que ver con la facultad valorativa de los jueces de instancia o superiores los cuales si han asumido la doctrina casacional obviamente tal recurso resultara en una perdida de tiempo como bien lo muestra el fallo de la Sala de Casación Social No. 1323 de veintisiete de octubre de 2004 que a continuación citamos:

En el caso objeto de estudio, la representación judicial de la parte actora le atribuye a la sentencia impugnada la violación de normas con carácter de orden público, como lo son los artículos 26, 49, 94 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, –cuestión que no puede ser verificado por esta Sala por falta de competencia para ello–, y los artículos 5, 6, 48, 71, 82 y 102 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, así como de la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, por cuanto considera que el Juez de Alzada realiza una falsa apreciación de las pruebas promovidas y admitidas, desestima pruebas documentales aportadas al proceso y descalifica las declaraciones rendidas por los testigos a pesar de que todos fueron contestes y no cayeron en contradicción alguna. Así pues, una vez examinado exhaustivamente el caso planteado, se aprecia que tales infracciones no han sido constatadas en forma alguna por esta Sala de Casación Social, lo cual trae como efecto inmediato, basada en los criterios que informan la presente decisión, la declaratoria de inadmisibilidad del presente recurso de control de la legalidad interpuesto. Así se decide.

Remitimos al lector al estudio del contenidos de los artículos 26, 49, 94 y 257 de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela y Los artículos 5, 6, 48, 71, 82 y 102 de la *Ley Organiza Procesal del Trabajo* a los efectos de garantizar la profundidad y complejidad de las tesis y opiniones señaladas anteriormente.

¿Pueden las Sentencias Interlocutorias ser objeto del Recurso del Control de Legalidad?

La respuesta es que este recurso no se concede en contra de los fallos interlocutorios debido a que pueden ser reparado en la sentencia definitiva pero si no se produce esta ultima situación entonces puede el afectado ejercer el recurso extraordinario de casación y en el hipotético de que aquel fallo no sea impugnado por la casación según lo previsto por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, entonces podrá quien en su derechos este afectado ejercer empero el Recurso del control de legalidad el cual si se declara con lugar tendrá como consecuencia que se decrete la nulidad de ese fallo ordenándose al mismo tiempo la reposición de la causa al estado que se considere necesario para reestablecer el orden jurídico quebrantado o decidiendo el fondo de la controversia. Pero veamos, que la Sala de Casación Social al respecto ya nos dijo en sentencia No. 1323 de 27 de Octubre de 2004, al respecto:

Mediante fallo de fecha 20 de febrero del año 2003, esta Sala señaló con relación a las sentencias interlocutorias lo siguiente:

Las sentencias interlocutorias son aquellas decisiones dictadas en el transcurso de un juicio o proceso y son susceptibles de ser recurridas a través del recurso ordinario de apelación. Si bien estos fallos interlocutorios pueden causar un agravio o perjuicio a alguna de las partes, tal agravio puede ser reparado en la sentencia definitiva. Es decir, que si un fallo de esta naturaleza, causare algún perjuicio, el mismo puede ser reparado con la definitiva. No obstante, se hace oportuno destacar que de no repararse éste en la definitiva, dicha decisión puede ser impugnada ante esta Sala de Casación Social a través del recurso extraordinario de casación y ahora para los fallos no impugnables en casación de conformidad con la Ley Orgánica Procesal del Trabajo a través del recurso de control de la legalidad, Omissis...

En el caso bajo análisis observa la Sala, que el recurso de control de la legalidad ejercido es contra una decisión dictada por un Juez Superior, que conociendo en alzada, declaró con lugar el recurso de apelación, sin lugar la reposición de la causa al estado que se practique la citación de la empresa accionada y ordenó a la parte demandada contestar la demanda al tercer día de despacho siguiente “a que conste en autos el recibo de la apelación por el Tribunal de la causa”.

Ahora bien, al respecto, es de señalar que si bien la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece que el mismo puede solicitarse contra las sentencias emanadas por los Tribunales Superiores del Trabajo, no señala expresamente que tipo de sentencias son las recurribles.

Mucho sea discutido sobre si es procedente o no este Recurso del Control de Legalidad en contra de las sentencias dictadas en el juicio de Estabilidad Laboral, cuestión que nos parece sosa por lo obvio que resulta la respuesta. Las decisiones tomadas o dictadas en el juicio de estabilidad laboral no tienen casación pero si el de control de legalidad pues de lo contrario se violarían expresa disposiciones de nuestra Carta Fundamental, especialmente aquellas que garantizan el acceso de la justicia de todos los ciudadanos que viven este país y muy especialmente los artículos 26, 49 y 51 de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela. A los efectos ilustrativos transcribamos algunos de los fallos de la Sala de Casación Social a pronunciado en esta parcela jurídica.

La Sala de Casación Social declaro la procedencia de este recurso en un caso en el cual no se acordó el pago de salarios caídos por no haber incluido los periodos pre y pos natal en el computo de la antigüedad. Igualmente se produjo la condenatoria a costa de la parte actora. Véase la decisión de la Sala de Casación Social No. 1368 de veintinueve de octubre de 2004, donde declara con lugar el recurso:

Expresadas con anterioridad las infracciones por parte del Juzgado Superior, por consiguiente en el dispositivo del presente fallo se ordenará además de los conceptos antes indicados, el pago de los salarios caídos causados durante el procedimiento administrativo, incluyendo los periodos pre y postnatal en el cómputo de la antigüedad, ordenando así una experticia complementaria del fallo a los fines de establecer los montos totales correspondientes, así mismo se ordena

la corrección monetaria de la cantidad total a cancelar por concepto de prestaciones sociales, para lo cual el Juez de la causa deberá solicitar al Banco Central de Venezuela un informe sobre el índice inflacionario acaecido en el país entre la fecha de la introducción de la demanda y la de ejecución del fallo, a fin de que este índice se aplique sobre el monto que en definitiva corresponda pagar a la trabajadora, excluyendo los lapsos en que la causa se paralizara por la demora procesal, por hechos fortuitos o causa de fuerza mayor o por la suspensión voluntaria del proceso por manifestaciones de las partes. Así se decide.

Por otra parte en sentencia numero 1369 del 29 de octubre de 2004, la Sala de Casación Social declaró improcedente el pago de interés sobre salarios caídos en los juicios de Estabilidad Laboral:

En este sentido, esta Sala considera necesario indicar que ha sido constante la doctrina en materia laboral al señalar que en los juicios especiales de estabilidad no se demanda el pago de prestaciones o indemnizaciones laborales porque el patrono estuviera en mora, se solicita la calificación de un despido por el incumplimiento de una obligación de no hacer, y la sentencia, en caso que se declare procedente, ordena sólo el reenganche con el pago de los salarios caídos; pero es a partir de esa declaratoria que se deben los salarios caídos, que son exigibles, no antes, aún cuando para su cuantificación se tome en cuenta el tiempo del procedimiento como sanción al empleador, por lo que no puede aplicarse la corrección monetaria en el procedimiento de estabilidad.

En materia de indexación el pago de los salarios caídos que hayan sido condenados en el Procedimiento de Estabilidad Laboral, aquellas no se les aplica.

Ya que hablamos de Control de Legalidad, ¿como ha considerado la Sala de Casación Social Venezolana la estimación del daño moral? Es de Perogrullo responder que la estimación de tal daño lo efectúa el juzgador discrecionalmente pero de modo racional y equitativo. El juez debe desarrollar en su sentencia un análisis de los hechos de los cuales hará depender la pertinencia de aquel daño e igualmente precisar el marco que le ha servido para determinar el monto del daño moral porque de no hacerlo de esa manera, tal conducta podría ser subsumida en una violación del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil en su numeral 4. la Teoría de la Causa, las Obligaciones,

el Caso Fortuito, la Fuerza Mayor y otras factores obligan al operador jurídico a transitar un camino lógico y analítico para poder determinar la responsabilidad de quien a su juicio es culpable de la presencia de ese daño, del grado de culpabilidad y del daño mismo así como enfocar su percepción hacia la víctima para concluir, que conducta asumió, en el episodio e igualmente las consecuencias que como producto de ese daño moral ha sufrido adosándole un valor. Ello debe ser así por cuanto en la variedad del género humano no todas las personas son iguales. A manera pedagógica transcribamos el fallo judicial (Sala de Casación Social, No. 1373, de tres de noviembre de 2004) que es atañadero a tal situación:

Para decidir, la Sala observa:

Todo lo cual conlleva a esta Sala a determinar que la decisión recurrida adolece de la motivación necesaria para controlar la legalidad de la fijación del quantum de la indemnización por daño moral.

Sobre el mencionado vicio, este Alto Tribunal ha señalado de manera reiterada, la naturaleza de orden público atribuido al mismo en las decisiones judiciales, por cuanto el incumplimiento del requisito de la motivación infringe un principio de orden público procesal, el cual configura “una garantía contra la arbitrariedad judicial”, y es un presupuesto indispensable para “una sana administración de justicia”, por lo tanto, su incumplimiento obstaculiza el control del dispositivo recurrido.

Por tales razones, se declara con lugar el presente recurso de control de la legalidad anulándose el fallo recurrido y en consecuencia se ordena, por considerar que no se trata de una reposición inútil, reponer la causa al estado en el que el Tribunal Superior competente profiera nueva decisión, apegada al criterio establecido y reiterado por esta Sala en el presente fallo, en cuanto a la estimación del daño moral. Así se decide.

En el campo de los juicios de estabilidad laboral también se ha debatido la posibilidad de cobrar la corrección monetaria o ajuste por valor de los salarios caídos que hayan sido condenados a pagar. No obstante el criterio de la Sala de Casación Social por lo menos hasta el 3 de noviembre de 2004 asume que tal hipótesis no es concretable y antes por el contrario señala que es inaplicable esa mal llamada indexación al pago de los salarios caídos en las condiciones ya señalada por cuanto la misma violenta la doctrina sentada por esa sala al

igual que el orden publico laboral que inspira el procedimiento de estabilidad laboral sobre todo cuando el patrono insiste en el no reenganche. La sentencia de la misma Sala de Casación Social, No. 1372 de tres de noviembre de 2004 nos ofrece mayor riqueza en los detalles, veamos:

Ahora bien, de la revisión efectuada a la sentencia impugnada, se evidencia cómo fue acordada de oficio la corrección monetaria de los montos que por salarios caídos fueron ordenados pagar, violentándose así la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala, mas no los artículos 125 y 126 de la Ley Orgánica del Trabajo delatadas, por no guardar relación directa con lo acusado.

En definitiva, la Sala declara parcialmente con lugar la apelación ejercida por la parte actora, contra la sentencia interlocutoria dictada en fecha 8 de julio de 2003, por el Juzgado del Municipio Nirgua de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, conteste a los términos de la decisión antes identificada.

En consecuencia, se declara parcialmente con lugar la impugnación de los montos consignados por la parte demandada y se ordena el pago de los salarios caídos conforme al último salario devengado por el trabajador señalado en el libelo de demanda desde el 1º de agosto de 1996 hasta el 18 de febrero de 2002, lo cual arroja la cantidad de Dos millones trescientos ochenta mil trescientos veinte bolívares (Bs. 2.380.320,00). Así se decide.

6. ¿LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO O UNA RAMA DE LA CIENCIA DEL DERECHO?

Jurisprudencia

En el sentido estrictamente etimológico, y por estar formada por los vocablos latinos *juris* y *prudentia*, la palabra “Jurisprudencia” significa pericia en el Derecho, saber derecho, sabiduría en derecho. Por esta razón suele tomarse como sinónima de derecho. Se dice, así, que la jurisprudencia es la ciencia del derecho, es la ciencia jurídica. Justiniano la definió como “*divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia*”³.

³ Losa Otero, Nicolás. “La Democracia en México” Universidad Autónoma Metropolitana-xochimilco. 2003

Cabanellas establece que las primeras palabras de la definición corresponden a la noción de filosofía; de consiguiente, la jurisprudencia viene a ser la ciencia de lo justo y de lo injusto⁴.

La jurisprudencia no consiste en ser solamente la ciencia del derecho, así como de los usos y costumbres, sino que por las razones y fundamentos que invocan los intérpretes, ella puede igualmente contemporizar todas las situaciones que comporten un estado de cosas sagradas y profanas, a las que quepa aplicar las reglas de la justicia.

Cabanella expresa que la jurisprudencia “entraña lo dinámico del derecho, en cuanto sus normas se traducen en acción y resultan aplicadas a los fenómenos del determinismo ambiente”.

De ahí que, la jurisprudencia ofrezca al historiador del derecho, abundantes materiales para sus respectivos trabajos e investigaciones. Establece el autor que sea absolutamente inexcusable su estudio para llegar a columbrar y dominar el conocimiento y el derecho de un pueblo. Es así que ni aún el derecho canónico, pueda sustraerse al influjo de la jurisprudencia.

Cuando se dice que la jurisprudencia es fuente de derecho, no cabe pensar sino en la interpretación de la ley por los magistrados.

El autor panameño Bonifacio Diferman define la Jurisprudencia como: “la aplicación del derecho, constante, repetida, uniforme y coherente”⁵. Y finaliza afirmando que una sentencia aislada no constituye por sí sola jurisprudencia.

En la terminología jurídica presente al gesticular jurisprudencia se debe referir, de forma estricta, a aquella procesada por la Tribunal Supremo de Justicia, descartando el resto del Organigrama que compone el Órgano Judicial, lo cual es criticable, ya que, una gran cantidad de procesos de cierta naturaleza pero no menos importantes, difícil o imposiblemente llegarán a la Corte Suprema, por lo tanto el precedente o hito que se marca en dichos tribunales, es muchas veces del desconocimiento público.

⁴ Cabanella, Guillermo. Ob. Cit.

⁵ Laporta, Francisco. **Enseñanza del Derecho**. Madrid España Universidad Autónoma del Madrid. 2002.

Por otro lado la pertinencia de lo expresado por el autor John Austin en relación a la Jurisprudencia es de obligatoria cita y en ese sentido ha de concluirse que la jurisprudencia como tal mas que un recurso utilizado por el operador jurídico para resolver un caso determinado o como fuente del derecho (artículo 60 letra C de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela), es una verdadera ciencia característica esta que el lector podrá perfectamente colegir de los siguientes párrafos que a continuación transcribimos:

La obra de Austin⁶, escrita en 1828, reproduce la lección inaugural que pronunció cuando se hizo cargo de la cátedra de *Jurisprudencia* a petición del círculo benthamista, principal promotor e impulsor de la *Universidad de Londres*.

Para Austin, el derecho, todo derecho, no es en si más que un mandato, o anhelo por parte de él o lo detentadores del poder soberano, para que otro u otros individuos o se comporten de una manera determinada existiendo, claro está, la amenaza de una creación directa, claramente especificada. Para el o los casos en que el comportamiento individual o grupal contradiga el deseo manifiesto por él o los detentadores del poder soberano.

En opinión de Austin, en todo derecho existen, además de las instituciones en que se expresa su materia normativa, un cierto numero de principios o nociones, no peculiares de este o del otro orden jurídico, sino comunes a todo, lo mismo en los sistemas toscos y rudimentarios de las sociedades primitivas, que a los sistemas mas amplios y perfectos de las comunidades civilizadas.

Constituyeron las, llamémoslas *bases ideológicas* del pensamiento de Austin, los conceptos filosóficos de Jeremías Bentham y la visión jurídica de la Escuela Histórica, cuyo máximo representante lo fue Friedrich Karl Von Savigny. Del *enfrentamiento* y revalorización de las premisas de estos movimientos, emergerá la postura de John Austin, expuesta en su particular visión del derecho.

John Austin expreso en su obra que el estudiante que comienza el estudio del Derecho inglés sin ningún conocimiento previo del elemento racional en el

⁶ Austin, John. **La utilidad del estudio de la Jurisprudencia**. Londres. Universidad de Londres. 1828

Derecho, considerado éste en general, aquél tiene que parecerle inevitablemente un conglomerado de normas arbitrarias e inconexas. Si se aproxima a él, en cambio, con un conocimiento profundo de los principios generales de la jurisprudencia, y con el esquema de un sistema de Derecho claramente impreso en la mente, podrá obtener una concepción clara de él –como un sistema o totalidad orgánica–, con relativa facilidad y rapidez.

Con relativa facilidad y rapidez percibirá las distintas relaciones entre sus diversas partes, la dependencia de sus normas más insignificantes con sus principios generales, así como la subordinación de aquellos principios menos generales o comprensivos con los más generales que penetran toda la estructura del sistema.

En una palabra, el estudio preliminar de los principios generales de la jurisprudencia y los hábitos mentales que este estudio tiende a engendrar, facultarán al estudiante para adquirir los principios de la jurisprudencia inglesa en particular, de manera mucho más rápida y precisa de que hubiera podido hacerlo, si hubiera comenzado su estudio sin aquella disciplina preparatoria.

Desafortunadamente en el presente artículo no podremos desarrollar este punto con la debida complejidad por razones de espacio y de normas preestablecidas para su edición.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones presento más bien un breve resumen de lo más importante que a nuestro modo de ver se ha expresado en las páginas que nos preceden:

1. Surge como consecuencia de la creación por parte del juez de una norma jurídica individualizada que al ser asumida por los demás juzgadores con fuerza obligatoria se transforma en un instituto jurídicos que según muchos especialistas limita la autonomía e independencia del poder judicial, sin embargo es bueno precisar que en algunos sistemas jurídicos el mismo es un hecho natural como en el caso del Derecho Anglosajon y del Derecho Norteamericano.

2. No es conveniente confundir la fuerza obligatoria del precedente con la modificabilidad del mismo, ya que puede incurrirse en la negatoria de la posibilidad de cambiar un criterio o doctrina de la Casacional.
3. De admitir el carácter estático del precedente como lo asume la doctrina casacional venezolana, el derecho perdería su carácter dinámico y jamás pudiera evolucionar.
4. Como consecuencia de lo anterior si el precedente resulta inmodificable y se obligara a los operadores jurídicos abstenerse de desaplicarlos, so pena de incurrir en reiterado desacato. Esta situación conduciría a elevar al rango de verdades absolutas las doctrinas que contiene el precedente violentando los mas elementales principios del conocimiento y de la racionalidad que se orientan en el sentido contrario, es decir a tener como verdad lo que puede ser demostrado y evidenciado y en el caso de las Ciencias Sociales casi ningún aspectos tienen el carácter de verdad absoluta dada la condición dinámica y cambiante de la sociedad y sus valores: los que hoy es bueno mañana podría ser malo o viceversa.
5. Cuando se examinó la sentencia de la Doctora Carmen Zuleta de Merchan (caso: Asociación para el diagnostico en Medicina del Estado Aragua (ASODIAM) fecha 18 de junio de 2003) La ponente erráticamente utiliza en su argumentación el vocablo “sistemática” para referirse a la diferencia entre la aplicación del derecho desde el punto de vista interno o externo como órgano del sistema judicial y referido a los efectos de predecibilidad del precedente judicial, cuando lo correcto es hablar de un enfoque sistémico que no es lo mismo ni se escribe igual. En efecto la Profesora Zuleta de Merchán contrapone el conflicto de conciencia del juez de la recurrida a la fuerza obligatoria del precedente lo cual conduce a consecuencias tan absurdas como el de considerar que estaría por encima el deber del operador jurídico de acatar el precedente por encima de su convicción jurídica (así se lee en uno de los párrafos de tal fallo). A mayor abundamiento permítaseme invocar la Visión Tridimensional Del derecho sostenida por Miguel Reale y que desemboca en el llamado Enfoque Sistémico del Derecho que es en definitiva la forma como debió la ponente asumir el análisis de la recurrida para llegar a una conclusión racionalmente acertada como debió haber

sido en aras de considerar que el Derecho como Ciencia no se agota ni en el estudio de las normas, ni en el estudio de los hechos a ello hay que agregarle el aspecto de la valoración o axiología jurídica que solamente puede hacerla el operador jurídico que en definitiva es un ser humano, quien sufre, llora, ríe, acierta, yerra, forma su convicción jurídica con elementos tanto del proceso como aquellos que no lo son (a veces el fallo judicial es el resultado de la resaca o dolor premenstrual del operador jurídico) de seguidas ofrecemos en los siguientes cuadros que forman parte de la investigación documental de mi autoría intitulada *La Visión Tridimensional del Derecho (Tridimensionalismo)* y que utilizamos con frecuencia en las cátedras de Derecho Individual del Trabajo, Teoría general del Derecho del Trabajo, Derecho Procesal del Trabajo, Derecho Colectivo del Trabajo y Seminario de Jurisprudencia que dicto en el Programa de Posgrado de Derecho Laboral y Administración del Trabajo. Nivel Maestría.

6. Nuestro criterio coincide con el de coterráneo jurista zuliano Ricardo Henríquez La Roche en el sentido de considerar que la Sala de Casación Social actúa como tribunal de instancia en el caso del instituto jurídico de: EL CONTROL DE LEGALIDAD en virtud de que descende para el conocimiento de los hechos que integran el fondo del pleito o litis y en consecuencia puede anular el auto o providencia recurrida sin que medie para ello el reenvío. Ahora si eso es bueno o no para el Derecho Procesal no lo sabemos. Si técnicamente es un disparate o no tampoco lo afirmamos ni lo negamos. En este caso solamente he mostrado los hechos y el derecho a aplicar conforme al estudio de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo vigente.
7. Otro punto que hay que precisar y conforme al orden temático que venimos desarrollando, es el relativo a la situación de que algunas sentencias no son susceptibles del Recurso del Control de Legalidad como es el caso de las *decisiones judiciales dictadas en materia de amparo* en vista de que la competencia para conocer de recurso está reservado a la Sala Constitucional de conformidad con lo establecido en el ordinal 10° del artículo 336 de la vigente Carta Magna.
8. Es imposible considerar la Jurisprudencia completamente separada de la legislación, ya que las experiencias y consideraciones prácticas que

llevan al establecimiento de leyes tienen que ser tenidas en cuenta al exponer el origen y mecanismos de estas últimas. Si no se exponen las causas de las leyes y de los derechos y obligaciones que crean, las leyes mismas resultan ininteligibles.

9. La Jurisprudencia no solo es fuente del derecho o un mecanismo de auxilio para el operador jurídico en la resolución de un caso determinado es también una ciencia que llena los requisitos del conocimiento científico y que como lo afirma Austin permite el establecimiento uniforme de la interpretación jurídica.
10. Nuestros Ius laboristas en una porcino mayoritaria han sido temeroso en calificar a las situaciones o instituciones jurídicas laborales y llamarlas por su nombre. Ello ha generado notables confusiones no solo en los operadores jurídicos sino en los estudiosos mismos. Es así que estoy plenamente convencido que en Venezuela finalmente se impuso la tesis del precedente judicial como ya analizamos en párrafos anteriores profusamente. Solo nos resta instar a nuestro colega para que se motiven en el estudio de este instituto jurídico en virtud de lo poco o nada que se conoce en nuestro ordenamiento jurídico y para ello nuestras universidades en sus estudios de posgrado tienen las puertas abiertas.
11. Nuestro criterio coincide con el de coterráneo jurista zuliano Ricardo Henríquez La Roche en el sentido de considerar que la Sala de Casación Social actúa como tribunal de instancia en el caso del instituto jurídico de: *el control de legalidad* en virtud de que el operador jurídico descende para el conocimiento de los hechos que integran el fondo del pleito o litis y en consecuencia puede anular el auto o providencia recurrida sin que medie para ello el reenvío. Ahora si eso es bueno o no para el Derecho Procesal no lo sabemos. Si técnicamente es un disparate o no tampoco lo afirmamos ni lo negamos. En este caso solamente he mostrado los hechos y el derecho a aplicar conforme al estudio de la Ley Orgánica Procesal vigente.
12. Como suele ser costumbre cada vez que finalizamos algún ensayo, obra o investigación traemos unas líneas que le pertenecen al filósofo José Ingenieros según las cuales:

La caja cerebral del hombre rutinario es un alhajero vacío.....vienen de una vida que nos es vivir. Crecen y mueren como las plantas. No necesitan ser curiosos ni observadores. Son prudentes por definición, de una prudencia desesperante.....si la humanidad hubiera contado solamente con los rutinarios, nuestros conocimientos no excederían de los que tuvo el ancestral homínido⁷.

⁷ Ingenieros, José., **El hombre mediocre**, Caracas, Venezuela, Editorial Panapo 1996, p. 47.

La cooperación internacional en materia de Derecho Internacional Privado: ¿éxito o fracaso? Una perspectiva venezolana

Víctor Hugo GUERRA HERNÁNDEZ¹

SUMARIO:

1. **Consideraciones Generales.**
2. **La cooperación internacional en el Continente Americano.** *2.1 Aspectos generales. 2.2 Materias reguladas. 2.3 Vías de transmisión previstas. 2.4 Mecanismos y procedimientos. 2.5 Formas de control. 2.6 Misceláneos.*
3. **Sistema venezolano de Derecho Internacional Privado en materia de cooperación jurisdiccional internacional.** *3.1 Regulación constitucional y principios generales. 3.2 Soluciones vigentes en las fuentes internacionales. 3.3 Soluciones vigentes en las fuentes internas.*
4. **Breves consideraciones sobre la práctica venezolana en materia de cooperación internacional.**
5. **Balance y perspectivas: ¿necesidad de una reglamentación interna?**

¹ **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado *Cum Laude*. *Facultad de Derecho, Escuela de Derecho*, Profeso Agregado. **Universidad Central de Venezuela**, Licenciado en Estudios Internacionales, *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Profesor Agregado. **Universidad de Harvard**, Magíster en Leyes. Email: vhguerra@yahoo.com

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Nos corresponde comentar aspectos relacionados con la cooperación internacional en materia de Derecho Internacional Privado, con énfasis en la situación particular del sistema venezolano. En tal sentido, concentraremos los esfuerzos en la vigencia que para nuestro país tienen las fuentes interamericanas, en especial los tratados aprobados en el seno de la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado. Igualmente, haremos referencia a lo que en nuestra práctica ha tenido que enfrentar un abogado cuando desea o tiene que hacer uso de los mecanismos previstos en el marco de la cooperación internacional en casos de Derecho Internacional Privado.

De esta manera, la estructura que seguiremos será: (i) revisar la situación actual de la cooperación internacional en el marco de los convenios internacionales; (ii) analizar la situación del sistema venezolano desde sus más recientes bases constitucionales (1999) hasta la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado (1998); y (iii) formular nuestras opiniones de lo que, a la luz del caso venezolano, creemos se requiere para perfeccionar la situación de la cooperación internacional en nuestro continente. Sin embargo, no queremos comenzar estas líneas sin hacer antes algunas precisiones que estimamos relevantes.

Tradicionalmente, la cooperación internacional se ha debatido entre dos extremos clásicos y absolutos: la territorialidad y la extraterritorialidad.² La territorialidad absoluta niega todo valor a lo extranjero, con lo cual podemos pensar que cualquier fórmula de cooperación entre los Estados sería impensable o totalmente ilusoria. Por su parte, la extraterritorialidad absoluta, como posición también extrema, reconoce la identidad total de los seres humanos y en consecuencia, la similitud a ultranza de todo acto, actividad o grupo humano,

² Dante Barrios de Ángelis: *El Proceso Civil, Comercial y Penal de América Latina*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 277. Con razón se ha sostenido que la cooperación internacional es tan antigua como el Estado mismo, aun cuando en la actualidad haya adquirido nuevos rumbos gracias, entre otros aspectos, a la acción de las organizaciones internacionales. Beatriz Pallarés: *Cooperación Procesal Internacional relativa a la notificación en el extranjero de documentos judiciales en materia civil*. En: *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, edición N° 8, abril 2000, pp. 3 y ss.

lo cual también está alejado de la realidad. De tal manera que ambas posiciones deben rechazarse por irreales e impracticables, por no aportar nada positivo al desarrollo de la cooperación internacional y por desconocer la necesidad de anticipar soluciones que se ajusten a la adecuada y efectiva administración de justicia de nuestros tiempos.

Debemos insistir que el concepto de soberanía de los Estados, tal y como se concibió durante el Siglo XVI de la era cristiana, ha tenido que ceder paso a las exigencias más globales del hombre agrupado en comunidad doméstica e internacional, situación más evidente a partir de los cambios acelerados, trágicos en ocasiones, que nos brindó la historia durante los Siglos XIX y XX.³ Por ello, hoy en día se habla de una cooperación internacional institucionalizada que desequilibra el protagonismo absoluto del Estado a favor de los intereses de la comunidad internacional y en nuestra opinión, a favor del ser humano. Los procesos de integración económica como la Unión Europea, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte “NAFTA”, la Comunidad Andina y el MERCOSUR, añaden también nuevas vías y requerimientos al tema de la cooperación internacional.

Positivamente se ha señalado que el Derecho Internacional Público no impone a los Estados ninguna obligación general de cooperar en el desenvolvimiento de procesos abiertos en otros Estados y negativamente, se ha dicho que el Derecho Internacional Público prohíbe a las autoridades de un Estado realizar actos de soberanía en el territorio de otro Estado sin su consentimiento.⁴ Si bien esta afirmación nos parece correcta, no debemos tampoco olvidar que es justamente en el marco de la comunidad internacional y a través de

³ La evolución específica de la cooperación internacional se inició a partir del tratamiento de la misma en el marco de los tratados internacionales de naturaleza general, luego se pasó el tema a tratados de derecho procesal y finalmente, se regula en tratados específicos sobre materias particulares, por ejemplo, las notificaciones en el extranjero, la obtención de pruebas, los exhortos y cartas rogatorias. Beatriz Pallarés: op. cit., p. 6.

⁴ Miguel Virgós Soriano y Francisco J. Garcimartín Alférez: Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional. Civitas, Madrid, 2000, p. 277. Esta afirmación también resulta válida para el sistema norteamericano tradicional, véase *Oregon v. Bourne*, 27 P. 1048 (Or. 1891), citado por Gary B. Born: *International Civil Litigation in United States Courts. Commentary & Materials*. Third Edition, Kluwer Law International, p. 753. Igualmente es recogida por el *Restatement (Third) Foreign Relations Law* 526 (1987).

instrumentos internacionales sometidos a las reglas generales del Derecho Internacional Público, que la cooperación internacional ha alcanzado su mayor desarrollo.

Así, si bien en la práctica actual de la cooperación internacional se insertan controles de carácter interno de los Estados, la existencia de tales controles y la necesidad de cumplir con la cooperación tienen un carácter técnico y son ajenas, hoy en día, a toda suposición de renuncia o disminución de la propia soberanía. Sin embargo, aún en la práctica actual es difícil que nuestras autoridades, y hablo por las venezolanas, entiendan que la soberanía nacional no se reafirma negando, desconociendo o simplemente obstaculizando solicitudes de cooperación internacional.

El punto medio entre territorialidad y extraterritorialidad se puede alcanzar y así considero que ha ocurrido, como veremos, en las soluciones de las Convenciones Interamericanas en la materia.

Es interesante observar desde ya la discriminación general de los diversos aspectos o etapas que conforman generalmente un proceso de cooperación internacional, a partir del movimiento y camino que recorre una solicitud de cooperación desde su origen hasta su recepción definitiva. Así: 1. emisión de la solicitud, 2. transmisión, 3. recepción en el extranjero y correspondiente control formal y material, 4. producción de lo solicitado, 5. retransmisión, y 6. recepción del emisor.⁵ Estos son en líneas generales los pasos que cumple a nivel macro una solicitud de cooperación internacional. Igualmente, debemos señalar que la cooperación internacional se desarrolla entre dos extremos fundamentales: Estado-autoridad requirente y Estado-autoridad requerida. Asimismo, este proceso implicará del Estado o de sus autoridades una conducta activa –llevar a cabo una diligencia– o una conducta pasiva permitir o autorizar que se realice en su territorio, un determinado acto, por lo general, se trata de la actividad desplegada por los agentes diplomáticos y consulares del Estado de origen validamente acreditados y facultados para ello.⁶

⁵ Barrios de Ángel: op. cit., p. 279.

⁶ La conducta activa ha sido descrita como la “cooperación activa” y la permisiva o de autorización como una “cooperación pasiva”. Miguel Virgós Soriano y Francisco J. Garcimartín Alférez: op. cit., p. 277.

También nos preguntamos si en los aspectos relativos a la cooperación internacional es factible hacer uso de otras fuentes del Derecho además de la concebida en los tratados y leyes internas, nos referimos en el caso venezolano a la analogía y a los principios generales. El Artículo 1 de la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado⁷ prevé como fuentes de esta materia, además de las normas de Derecho Internacional Público, la ley, la analogía y los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados. En cierta medida, esta norma es reforzada por el ya tradicional Artículo 4 de nuestro Código Civil.⁸ De esta manera, en el esquema general de fuentes de Derecho Internacional Privado se consagra la analogía y los principios generales, ahora bien: (i) ¿Pueden aplicarse estas fuentes a problemas de Derecho Procesal Internacional específicamente a aspectos de cooperación internacional? Y (ii) ¿Cómo se concretaría en la práctica la analogía y los principios generales a estos problemas?

La cooperación internacional por lo general se ha considerado como una materia que forma parte del Derecho Procesal Internacional en el marco del Derecho Internacional Privado.⁹ Ahora bien, nuestra doctrina ha sostenido, al menos para los casos relacionados con los conflictos de jurisdicción, que fuera de los supuestos expresamente establecidos por el legislador incluyendo las soluciones de los tratados internacionales vigentes y aplicables al caso concreto, los tribunales venezolanos carecen de jurisdicción para conocer y decidir los casos con elementos de extranjería relevantes, o casos de Derecho Internacional Privado.¹⁰ Así, se descartan en dichos supuestos los mecanismos

⁷ Publicada en la Gaceta Oficial N° 36.511 del 6-8-98.

⁸ La regulación general de la analogía y los principios generales del Derecho en materia civil es desarrollada por el Artículo 4 del Código Civil venezolano: “(...) Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrá en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho”.

⁹ El Material de Clase para Derecho Internacional Privado redactado por los Profesores Haydée Barrios, Fabiola Romero y quien suscribe este artículo, coordinados por Tatiana Maekelt incluye bajo el título de Derecho Procesal Civil Internacional todos los tratados vigentes para Venezuela en materia de cooperación internacional. Véase Maekelt y otros: Material de Clase para Derecho Internacional Privado. Universidad Central de Venezuela, 4 Edición, Tomo II, Caracas, 2000.

¹⁰ Eugenio Hernández-Bretón: *Algunas Cuestiones de Derecho Procesal Civil en la Ley de Derecho Internacional Privado*. Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren, Tribunal Supremo

clásicos de integración e interpretación del Derecho, la analogía y los principios generales, como fuentes capaces de atribuir jurisdicción. ¿Será válida esta apreciación para los casos de cooperación internacional como materia que conforma el Derecho Procesal Internacional?

La doctrina extranjera ha defendido la aplicación analógica entre fuentes internacionales cooperación, por ejemplo el empleo del Protocolo Adicional sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (CIDIP II) para otros supuestos de transmisión de exhortos.¹¹ La doctrina venezolana, apoyada en la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, sostiene la aplicación de tratados internacionales sobre cooperación internacional a los Estados no Parte de ellos, como principios generales de dicha materia.¹²

Por nuestra parte, habiendo analizado exhaustivamente el tema de la aplicación analógica y de los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados, en el ámbito general de las fuentes del Derecho, podemos concluir que: (i) nuestros tribunales, incluyendo el más Alto Tribunal de la República, hoy Tribunal Supremo de Justicia, han sido temerosos en la aplicación analógica y de principios generales como fuentes de Derecho no sólo en materia de Derecho Internacional Privado sino del Derecho en general, llegando incluso a confundir el alcance y contenido de ambas fuentes; y en todo caso, (ii) el verdadero reto científico en esta materia se plantea a partir de la aplicación analógica y de los principios generales en virtud de las fuentes internacionales, especialmente los tratados internacionales. En tal sentido, hemos sostenido que un tratado internacional vigente para Venezuela puede aplicarse a un tercer Estado no parte del mismo, dependiendo del supuesto, bien por analogía, es decir, cuando el operador jurídico (juez) toma en consideración una norma

de Justicia, Caracas, 2001, p. 394. La opinión de este autor es reiterada en su artículo: *Cuestiones de Jurisdicción, Competencia y Litispendencia Internacional*. Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p. 416.

¹¹ Barrios de Ángelis afirma esta posibilidad, específicamente para el caso de la aplicación analógica de los supuestos previstos para los casos de transmisión de exhortos a través de autoridades centrales a los demás supuestos, de acuerdo con el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias. Barrios de Ángelis: op. cit., p. 280.

¹² Tatiana Maekelt: *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado*. Tres años de su vigencia. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002, p. 129.

específica de dicho tratado para solucionar el caso concreto no regulado expresamente en otra fuente –tratado aplicado como tal (ambos Estados son parte) o la ley–, o bien como un principio general pues, es innegable en este último caso, que las soluciones de los tratados vigentes para nuestro sistema forman parte del ordenamiento jurídico y como tal deben considerarse a la hora de deducirse un principio general del sistema, para desechar o afirmar el principio respectivo. En relación con los principios, no se trata ya del análisis de una norma específica del tratado sino más bien de la revisión del tratado en su conjunto.¹³

Por lo tanto, aun cuando si consideráramos validez la aplicación analógica y de los principios generales de Derecho Internacional Privado a los casos de cooperación internacional, como tipos generales de fuentes vigentes en nuestro sistema, no es menos cierto que tal afirmación no deja de presentar algunos problemas prácticos.

Así, no podemos dejar de lado que la cooperación internacional, como hemos dicho, involucra por lo menos dos jurisdicciones diferentes, las cuales evalúan y controlan la forma y contenido de los mecanismos de cooperación internacional. Esta situación además, puede presentarnos una gama muy diversa de problemas. Por ejemplo: (i) que uno de los Estados aplique analógicamente una norma frente a otro Estado que no forma parte de ninguno de los convenios en materia de cooperación analizados, desarrollando así su solución analógica para el caso; (ii) que los Estados sí formen parte de los tratados analizados pero, simplemente, se trata de un vacío o laguna en ellos que se estaría llenando a partir de la propia regulación internacional, es decir, aplicar analógicamente el Protocolo sobre Exhortos a un vacío del Protocolo sobre Pruebas; (iii) que la deducción de los principios generales, además de los dos casos anteriores, presente en la práctica una diversidad intrínseca, dependiendo de los diversos foros en los que se hayan aprobado los instrumentos internacionales, es decir, universales, regionales o subregionales, que se analizarían para formular tales principios.

¹³ Víctor Hugo Guerra Hernández: *Análisis de las fuentes en el sistema venezolano de derecho internacional privado*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela, 2000.

Por lo tanto, si en el caso concreto una autoridad venezolana aplica la analogía de alguna norma de un tratado internacional, digamos el Artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (1979) al Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (1984); o deduce la solución como un principio general del conjunto de normas internacionales en materia de cooperación, se puede correr el riesgo que las autoridades del otro Estado no reconozcan tal solución, frustrándose en consecuencia, los resultados de la cooperación. En la práctica creemos que lo más sano será mantener una constante comunicación entre las autoridades competentes de cada Estado –administrativas y judiciales–; solucionar de manera flexible las interrogantes planteadas, adaptando dichas soluciones a los requerimientos del caso concreto, manteniendo por norte su reconocimiento y eficacia en más de una jurisdicción; y finalmente impulsar una mayor cantidad de regulación interna e internacional de estos casos, para evitar vacíos que se traduzcan en excesos, obstáculos y/o desconocimiento de los mecanismos de cooperación internacional.

Finalmente, queremos hacer una breve referencia etimológica a los términos que conforman la expresión “cooperación internacional”. La cooperación se define como la acción y efecto de cooperar, refiriéndose este último al hecho de obrar conjuntamente con otro u otros para el logro de un mismo fin.¹⁴ Por su parte, el término internacional implica todo lo relativo a dos o más naciones.¹⁵ También se ha definido la cooperación internacional como la realización de actos de auxilio entre los Tribunales de distintos Estados, asignándosele entonces la denominación “Asistencia Judicial Internacional”.¹⁶ En efecto, la cooperación internacional trata, en términos muy simples, de la actividad que despliegan las autoridades de dos o más Estados nacionales con el objeto de alcanzar un fin común en el marco, por lo general, de un proceso con elementos de extranjería relevantes, ese fin común puede ser

¹⁴ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, 2001.

¹⁵ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, 2001.

¹⁶ Derecho Internacional Privado Vol. I (6ta Edición, agosto 1996). Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho de la Empresa, Derecho Internacional Privado, Texto dirigido por Elisa Pérez Vera, Madrid, 1996, p. 345.

practicar una citación o notificación, la obtención de una prueba en el extranjero, o la información sobre el alcance y contenido del Derecho Extranjero.

A la expresión cooperación internacional se le debe agregar el término jurisdiccional, el cual nos parece más correcto que “judicial” o “procesal”.¹⁷ Así la cooperación jurisdiccional internacional (“CJI”) implica el desarrollo de ese fin común perseguido por los Estados a través de sus diversas autoridades judiciales y/o administrativas. Una última precisión en este sentido creemos conveniente realizar pues, en la práctica existe la posibilidad, reconocida en los instrumentos internacionales más recientes, la cual permite a los particulares participar directamente en el proceso de CJI, con ello se les incluye como vías factibles de la CJI, resultando si se quiere incompleto el término “jurisdiccional”. A pesar de ello, por ahora utilizaremos la expresión “Cooperación Jurisdiccional Internacional”.

2. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN EL CONTINENTE AMERICANO

2.1 Aspectos generales

El continente americano ha dado muestras significativas de regulación de la CJI en el ámbito internacional. Ejemplo de ello son: (i) los Tratados de Montevideo de 1888-89 y 1939-40; (ii) los Acuerdos Bolivianos de 1911; (iii) el Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante de 1928; y (iv) las Convenciones Interamericanas aprobadas desde 1975.

Quizás la ruta que marcaron los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante ha servido de ejemplo, o al menos de precedente normativo de la CJI, la cual ha alcanzado su más alto nivel en el marco de la codificación interamericana a partir de las CIDIPs. Tampoco, podemos olvidar que la regulación regional americana ha tenido una influencia y en cierta medida, un punto de referencia en las convenciones que en el ámbito universal emanan

¹⁷ Barrios de Ángelis: op. cit. p. 288.

de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, particularmente el caso de las CIDIPs.¹⁸

2.2 *Materias reguladas*

Las materias que se regulan en la CJI nos conducen a hacer una precisión previa. De esta manera, si nos preguntamos ¿qué abarca la CJI? La respuesta puede darse en dos sentidos uno amplio y otro restringido. En sentido amplio la CJI puede abarcar desde los actos de mero trámite de un proceso como las notificaciones¹⁹, la producción, evacuación u obtención de pruebas en el extranjero²⁰, hasta la eficacia extraterritorial de los actos extranjeros como las sentencias y los laudos arbitrales.²¹ En sentido restringido la CJI se limita a los actos procesales de mero trámite y a la recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero. En este artículo nos limitaremos a comentar el sentido restringido de la CJI.

Igualmente, podemos definir las materias que regula la CJI en torno a las áreas del Derecho a las que se refiere. Así, al formar parte la CJI del género Derecho Internacional Privado, las disciplinas cubiertas serán, fundamentalmente, las actuaciones y procesos en materia civil o comercial, pudiendo extenderse a los casos laborales basados en la naturaleza sui generis de esta

¹⁸ Véase el texto oficial de las convenciones en el portal electrónico de la Conferencia de La Haya: <http://www.hcch.net/>. No olvidemos que la Conferencia de La Haya se crea cuando la codificación interamericana sobre Derecho Internacional Privado ya tenía años de tradición, ejemplo de ello fueron el Congreso de Lima y los Tratados de Montevideo del Siglo XIX.

¹⁹ Por notificación en el ámbito procesal se ha entendido un acto formal destinado a comunicar a las partes o a cualquier otra persona a la que se dirija, una resolución judicial, una actuación relacionada con el proceso o un documento determinado. Las notificaciones son fundamentales para el resguardo del debido proceso, pues asegurada la posibilidad de defensa, el juez puede proceder sobre el fondo del asunto. Así las notificaciones tienen por lo general tres funciones: (i) informar; (ii) advertir; y (iii) probar. Miguel Virgós Soriano y Francisco J. Garcimartín Alférez: op. cit., pp. 305-306.

²⁰ Los casos con mayor radio de aplicación geográfica emanan de la fuente universal representada por la Convención de La Haya sobre la materia.

²¹ En estos casos, convenciones como la de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York (1958) representan la fuente de aplicación universal con mayor acogida por los Estados nacionales.

disciplina. En todo caso, las dos primeras materias reafirman el carácter de derecho privado del Derecho Internacional Privado.

2.3 *Vías de transmisión previstas*

En el marco específico de las Convenciones Interamericanas se prevén diversas formas de transmisión de la solicitud al extranjero. Tales formas abarcan desde la clásica judicial, diplomática y consular hasta la novedad que incorpora el Derecho Internacional Privado a través de la figura de las autoridades centrales. También son relevantes como vías de transmisión la posibilidad de que las propias partes interesadas actúen en la CJI, por lo general como correos especiales. Finalmente, llama la atención la regulación de la figura del “*commissioner*” norteamericano en las CIDIPs como una forma de acercar convencionalmente los sistemas del *civil* y el *common law*.

La vía del Poder Judicial, a través de las solicitudes formuladas directamente por los tribunales de un Estado a los tribunales de otros Estado, quizás no ofrezca mayores dudas o comentarios pues, ha sido tradicionalmente la vía de transmisión en la CJI. En todo caso, lo importante de recordar aquí es el hecho que al tratarse de autoridades judiciales de Estados nacionales diferentes, con igualdad de poderes soberanos, no se trata de un mandato de un tribunal requirente a otro tribunal requerido. Por el contrario, se trata de un exhorto formulado por la autoridad judicial de un Estado a la autoridad judicial de otro Estado, cuyo carácter vinculante en todo caso emana del reconocimiento a los derechos humanos relativos a una adecuada y efectiva administración de justicia dentro de un proceso que implica elementos extranjeros relevantes.

Por otra parte, podemos resaltar que el rol de las autoridades diplomáticas y consulares atiende principalmente a la autenticidad de las firmas que constan en los documentos transmitidos. Sin embargo, ellas han constituido una importante vía de transmisión toda vez que cuentan con los mecanismos de comunicación directa entre el Estado acreditante o de origen y el Estado en donde se encuentran acreditados tales funcionarios o Estado receptor. El uso de valijas diplomáticas, la capacidad notarial de los cónsules, así como el carácter oficial del personal diplomático y consular, brinda serias garantías a los procesos de CJI. Es interesante por último resaltar, la distinción que se hace dependiendo de la nacionalidad de los sujetos partes involucrados en un

proceso de Derecho Internacional Privado y las diversas facultades coactivas o no que se les asigna a los funcionarios diplomáticos y consulares. Así, por ejemplo, podrían éstos actuar coactivamente siempre que se trate de nacionales del Estado que los acredita.

Las autoridades centrales constituyen la figura más novedosa en el marco de la CJI. Por lo general, son autoridades administrativas como los Ministerios de Relaciones Exteriores o los de Justicia a quienes se les designa tales facultades. En general, observamos que las autoridades centrales carecen de una reglamentación convencional precisa, salvo la de ser órganos encargados de “recibir y distribuir” las solicitudes, lo cual justificaría manuales o guías de naturaleza interna o local.

Finalmente, puede darse la participación de órganos administrativos y sujetos privados tales como el correo, servicios telefónicos, testigos, peritos, y notarios. Todos ellos se constituyen en entes que colaboran con la jurisdicción.

2.4 Mecanismos y procedimientos

El mecanismo por excelencia de la CJI es el exhorto o carta rogatoria. Por su parte, los procedimientos regulados a nivel macro, es decir, en el ámbito convencional son de naturaleza general, salvo por los casos de Protocolos Adicionales que persiguen regular con mayor detalle la CJI. Evidentemente, la regulación convencional no agota todas las necesidades del procedimiento en el ámbito interno por lo que las normas materiales internacionales deben acompañarse de normas de conflicto que designen por cuál Derecho se van a regir los aspectos no regulados internacionalmente.

Asimismo, es de hacer notar que la falta de regulación interna para los casos de Derecho Internacional Privado conduce, por lo general, a la aplicación casi forzosa de normas previstas para procedimientos domésticos, las cuales no necesariamente se adaptan a los requerimientos de los casos internacionales. Por ello, insistimos en la necesidad de reglamentos o resoluciones internas dirigidas primordialmente a atender los requerimientos internacionales.

Debemos aclarar que la variedad de vías que ofrece la CJI permite aseverar que en la práctica la transmisión y retransmisión de lo solicitado se podría

hacer por formas distintas, por ejemplo transmitir la solicitud por la vía judicial y remitirla a través de un particular nombrado correo especial.

Finalmente, queremos señalar que la posibilidad práctica que apunta hacia la existencia de varias certificaciones sobre la ejecución o producción de lo solicitado. En otras palabras, que por una parte el tribunal requerido certifique lo actuado y que adicionalmente, la autoridad central de dicho Estado ratifique dicha certificación. Si bien ello podría resultar engorroso o más dilatado, en la práctica de juicios extremadamente conflictivos tales precauciones evitarían por ejemplo argumentos relativos a la violación del debido proceso o del derecho a la defensa.

2.5 Formas de control

El contenido del control nos aproxima hacia la institución general del orden público internacional y a su consagración a posteriori típica de las CIDIPs. En materia de CJI los principios del orden público internacional estarán, por lo general, vinculados a las nociones de garantías suficientes del ejercicio del derecho a la defensa y al debido proceso.

Existen diversas formas de control. El control de oficio abarca los aspectos formales y materiales. Los formales incluyen la comprobación de la legalización o de la apostilla según el caso; las traducciones al idioma oficial del Estado requerido; y la indicación de las partes, sus direcciones, apoderados o responsables por los gastos. Los materiales van al fondo de la solicitud y se relacionan con la comprobación de que no se violen normas de orden público interno e internacional tanto en la ejecución o producción de lo solicitado, como en la recepción e incorporación al proceso de lo actuado por el Estado requerido.

Referencia especial merece la consideración de la competencia de la autoridad requirente. En este sentido, es ya un principio generalmente aceptado que en el caso de los tribunales ordinarios, dicha tarea corresponde a cada tribunal, es decir el examinar su propia competencia. Por ejemplo, pueden citarse los artículos 389 y 390 del Código Bustamante.²² Por otra parte, la referencia a

²² Barrios de Ángelis: op. cit. p. 284.

la no-coerción o la actividad coactiva en el marco de la CJI, en ocasiones puede verse matizada por la práctica interna del respectivo Estado requerido, es decir, en el caso de evacuación de pruebas la necesidad de obtener coactivamente documentos o de emplazar a los testigos bajo amenaza de prisión.

Es importante resaltar que no debería rehusarse el cumplimiento de una solicitud en el marco de la CJI por la simple diversidad de las disposiciones o de las políticas procesales implicadas.²³ Se requiere la efectiva contrariedad, por ejemplo, que se solicite la adopción de una medida prohibida por la legislación del Estado requerido, con lo que se estará el borde del orden público internacional, y quizá dentro de la contrariedad con el orden público interno.²⁴ Se ha señalado igualmente, que el requisito de la “no contrariedad de la actividad a que tiende un exhorto” con la legislación del tribunal requerido, exigido en algunas convenciones es un requisito distinto al de no contrariedad con el orden público, ejemplo de ello son las normas de la Convención Interamericana sobre Exhortos, Artículos 10 y 17, y de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas, Artículos 2, 4, 6 y 16.

Otras formas de control *a priori* se materializan a través de las reservas y/o declaraciones permitidas a los Estados al momento de ratificar o adherirse al respectivo instrumento internacional.²⁵

²³ Así, el rechazo de una solicitud en el marco de la cooperación internacional se circunscribe a límites bien estrictos y no resultaría aceptable su negativa, por ejemplo en materia de divorcio o de inquisición de la paternidad por parte de Estados que no permitan esta clase de juicios, como tampoco si la solicitud versa sobre una institución desconocida en el lugar donde deba cumplirse la solicitud. Véase Gonzalo Parra-Aranguren: La Convención de La Haya de 1965 sobre notificación de documentos y su vigencia. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, p. 136. La Ley venezolana de Derecho Internacional Privado reconoce expresamente la figura de la institución desconocida en los siguientes términos: Artículo 9 “*Cuando el Derecho extranjero declarado aplicable al caso establezca instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación que no estén contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano, podrá negarse la aplicación de dicho Derecho extranjero, siempre que el Derecho venezolano no tenga instituciones o procedimientos análogos*”.

²⁴ Barrios de Angelis: op. cit. p. 285.

²⁵ Ha sido criticada la posibilidad de control *a priori* sobre el caso particularizado de las pruebas en un proceso preliminar, es decir, en el “*Pre-Trial Discovery of Documents*”, por considerarlo un retroceso a los logros del procedimiento cautelar en los códigos latinoamericanos.

El control de las partes se concreta mediante peticiones incidentales, de tercería y recursos que, por lo general, corresponden jurisdiccionalmente conocer y decidir a las autoridades del Estado requerido, un ejemplo de tal situación es la norma de la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias Artículo 11.

2.6 *Misceláneos*

Por último, podemos resaltar tres normas que han sido incorporadas, generalmente, en las CIDIPs desde 1975, nos referimos a: (i) la cláusula de no-restricción o exclusividad; (ii) la cláusula que favorece la cooperación fronteriza; y (iii) la cláusula de integración.

Así, la aplicación de las convenciones interamericanas en materia de CJI no restringe las disposiciones de convenciones similares que hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro, de forma bilateral o multilateral, por los Estados Partes en las mismas; y tampoco restringe la aplicación de prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia.²⁶ Esta última referencia pareciera insertarse en el concepto de costumbre internacional previsto en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Se prevé, igualmente, que los tribunales de las zonas fronterizas podrán dar cumplimiento a los exhortos o cartas rogatorias en forma directa y sin necesidad de legalizaciones.²⁷ Se reconoce así la realidad de Estados que

Esta figura del *Pre-Trial Discovery* de origen anglosajón no contradice principios de orden público internacional. Barrios de Ángelis: op. cit. p. 285. En todo caso se ha sostenido que una forma de apaliar las diferencias entre ambos sistemas jurídicos, civiles y anglosajones, respecto al *Discovery* lo constituye la ratificación o adhesión a instrumentos internacionales multilaterales como las convenciones de La Haya y las convenciones interamericanas. José Luis Siqueiros: Cooperación procesal internacional. El sistema norteamericano del *Discovery*. En: Libro Homenaje a Werner Goldschmidt. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp. 343 y ss.

²⁶ Un ejemplo de ello es la norma del Artículo 15 de la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (Panamá, 1975).

²⁷ Un ejemplo de ello es la norma del Artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (Panamá, 1975).

como Venezuela y Colombia mantienen un elevado intercambio de bienes y servicios, así como de circulación de personas, en sus fronteras.

Finalmente, los Estados Partes que pertenezcan a sistemas de integración económica podrán acordar directamente entre sí, procedimientos y trámites particulares más expeditos que los previstos en las convenciones interamericanas, siendo extensibles a terceros Estados en la medida que lo dispongan dichas normas de integración.²⁸ Ya veremos que ha sucedido con el caso venezolano en el marco de la Comunidad Andina de Naciones.

3. SISTEMA VENEZOLANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL

3.1 Regulación constitucional y principios generales

Desde la perspectiva constitucional venezolana debemos señalar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Constitución, en lo sucesivo), se considera a sí misma como la norma fundamental y suprema del ordenamiento jurídico venezolano, y por lo tanto, sus disposiciones se aplican con carácter de preferencia, (Constitución, art. 7).²⁹

Igualmente, la Carta Magna consagra, expresamente, la idea de la jurisdicción como un atributo de la soberanía del Estado, (Constitución, art. 5). Noción que está evidenciada también como una tendencia generalmente reconocida en el marco del Derecho Comparado.³⁰ En tal sentido, la jurisdicción como atributo de la soberanía corresponde a las autoridades gubernamentales venezolanas, específicamente al Poder Judicial, (Constitución, art. 253). Por ello, no podrían tribunales o autoridad extranjera pretender realizar en el territorio venezolano actos que afecten nuestra soberanía, este es un límite constitucional que tiene la CJI a la luz del sistema venezolano.

²⁸ Un ejemplo de ello es la norma del Artículo 14 de la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (Panamá, 1975).

²⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en la Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30-12-99, reimpressa por errores materiales en la Gaceta Oficial N° 5.453 de fecha 24-03-00.

³⁰ Gerhard Kegel: Derecho Internacional Privado. Ediciones Rosaristas, 1982, p. 630.

El atributo de soberanía del Estado venezolano en materia de jurisdicción debemos complementarlo con la forma en como se prevé también, constitucionalmente, la administración de justicia por nuestros jueces. Así, toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, el Estado venezolano garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (Constitución, art. 26). Por ello, la CJI constituye un deber del Estado venezolano a fin de garantizar el acceso a una adecuada y efectiva administración de justicia no sólo para los casos internos, sino también en aquellos conectados con más de un ordenamiento jurídico.³¹

Quizás la norma constitucional que con mayor claridad se refiere a la CJI es aquella que se inserta en su *Sección Quinta: De las Relaciones Internacionales, Título IV, Del Poder Público, Capítulo I, De las Disposiciones Fundamentales*. Así, la República está en la obligación de cooperar, en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo, con los demás Estados (Constitución, art. 152).

Por otra parte, debe insistirse en que los poderes jurisdiccionales del Estado no son poderes ilimitados o incondicionales. La realidad y dinámica de una comunidad internacional impone ciertas restricciones al ejercicio de la jurisdicción. Esta realidad internacional se ha intensificado, hoy en día, a partir de la concepción de una aldea global. Así, constituyen ejemplo de ello los procesos de integración y la eventual cesión de facultades tradicionalmente en manos del Estado a los órganos de integración. Esta es una realidad evidente en el sistema venezolano actual. Por ello, la Constitución prevé que la República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, siendo las normas que se adopten en dichos procesos de integración parte integrante de nuestro ordenamiento y de aplicación directa y preferente a la legislación interna (Constitución, art. 153).

³¹ La doctrina extranjera sostiene que la cooperación internacional se conecta con la realización de la justicia, su motor es la colaboración entre autoridades judiciales y extrajudiciales de los Estados, constituyendo una de las actividades más trascendentes en el marco de las relaciones del tráfico jurídico externo de nuestros días. Beatriz Pallarés: op. cit., p. 5.

En este marco constitucional resulta válido que, por ejemplo, la Comisión de la Comunidad Andina o el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, dictasen una normativa especial en materia de CJI andina.

Por último, vale la pena resaltar que la Constitución garantiza expresamente los derechos individuales del hombre, entre los que se encuentra el derecho a un debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas (Constitución, art. 49). En consecuencia, al efectuar debidamente el traslado de una notificación o citación a través de los mecanismos que brinda la CJI, se está respetando el derecho a la defensa de una persona pues, a través de la debida notificación se coloca a esa persona en conocimiento de, por ejemplo, un juicio que se sigue en el extranjero en su contra.

En cuanto a los principios generales del sistema venezolano en materia de CJI nos gustaría resaltar, a fin de su eventual concreción por parte de nuestros operadores jurídicos, lo dispuesto en la Exposición de Motivos de nuestra Constitución respecto a las relaciones internacionales. Así, en relación con la Sección Quinta: De las relaciones internacionales, se señala:

En la Constitución las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en el ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo. En esta sección se establecen los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos, solidaridad entre los pueblos (...) Se promueve la integración (...) A tales fines se permite la suscripción y ratificación de tratados internacionales, bilaterales o multilaterales en el marco de procesos de integración que tengan carácter supranacional.

3.2 *Soluciones vigentes en las fuentes internacionales*

La Ley venezolana de Derecho Internacional Privado (LDIP), consagra expresamente la jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional Privado venezolano (LDIP, art. 1).³²

³² Ley de Derecho Internacional Privado, publicada en la Gaceta Oficial N. 36.511 de fecha 6-8-98. Véase Guerra: *Análisis de las fuentes...*, op. cit., pp. 139 a 154.

Esta jerarquía se inicia con las normas de Derecho Internacional Público vigentes en la materia, particularmente los tratados internacionales, y sigue con las normas internas, la analogía y los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados. Ya hemos comentado las nociones fundamentales de Derecho Internacional Público que impactan en el tema de la CJI. También, hemos señalado nuestra posición en materia de analogía y principios generales. Ahora, simplemente, comentaremos la vigencia en el sistema Venezolano de las fuentes internacionales, particularmente las de origen interamericano, así como la única norma expresa que la LDIP consagra en materia de CJI.

Dos referencias previas y generales deben hacerse en cuanto a las fuentes internacionales vigentes en el sistema venezolano.

Así, Venezuela se cuenta entre los Estados que han ratificado los Convenios de Viena sobre relaciones Diplomáticas y Consulares de 1961 y 1963.³³ Estos Convenios brindan el marco general para el ejercicio de las funciones de los representantes diplomáticos y consulares, los cuales como hemos visto constituyen una de las vías que podemos utilizar en los procesos de CJI. Ejemplo de ello son las notificaciones por agentes diplomáticos y consulares extranjeros al menos a los nacionales del Estado de origen (Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 5 j.). Otro ejemplo se da en materia de inspecciones, específicamente de los buques y aeronaves nacionales del Estado de origen (Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 5 k.).

El segundo comentario general se refiere a los procesos de integración, amparados constitucionalmente como lo hemos visto. En tal sentido, el proceso de integración más relevante en el que se encuentra inmersa Venezuela desde los años setenta es el proceso de integración subregional andino, conocido hoy en día como la Comunidad Andina de Naciones. Si bien la normativa comunitaria está fundamentalmente enfocada hacia aspectos económicos y políticos, vale la pena resaltar algunos de los objetivos generales plasmados en el Acuerdo de Cartagena³⁴ y en la Decisión 458 del Consejo de Ministros.

³³ Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y sobre Relaciones Consulares, Leyes Aprobatorias publicadas en la Gaceta Oficial N° 27.612 de fecha 7-12-64; y Gaceta Oficial Extraordinaria N° 976 de fecha 9-9-65, respectivamente.

³⁴ El régimen general de la Comunidad Andina está conformado por el Acuerdo de Cartagena con sus Protocolos Modificatorios, entre ellos la última modificación más relevante es la

De esta manera, el Acuerdo de Cartagena prevé entre sus objetivos la armonización gradual de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes (Acuerdo, art. 3, primer párrafo literal a).³⁵ Sin embargo, hasta la fecha no se ha dictado disposición comunitaria alguna en materia de CJI. Por su parte, cuando el Tribunal Andino se dirige a las autoridades de los Países Miembros, para el cumplimiento de sus funciones lo hace directamente y a su vez, los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias (Tratado de Creación del Tribunal, arts. 44 y 4, respectivamente).

Por su parte, la Decisión 458 sobre Lineamientos de la Política Exterior Común emanada del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores el 25 de mayo de 1999, estableció algunos principios que aseguran el desarrollo coherente de la CJI. Por ejemplo: (i) Propiciar la solidaridad y la cooperación entre los países andinos (*Artículo 1, I.- Principios, literal f*); (ii) Promover

introducida por el Protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996. Igualmente, se debe señalar como normativa andina la vigencia del Protocolo de Cochabamba el cual constituye la última modificación vigente del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y su Protocolo Adicional; las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y los Convenios de Complementación Industrial (Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, art. 1). En todo caso, son las Decisiones de la Comisión y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores las que por lo general brindan las soluciones a los temas específicos. La Ley Aprobatoria del Protocolo de Trujillo fue publicada en la Gaceta Oficial N° 36.116 del 30-12-96.

³⁵ Se ha señalado que el desarrollo de normas uniformes sobre CJI pareciera requerir un mayor grado de cooperación que posiblemente sólo sea posible lograr en países empeñados en un proceso de integración. En el caso del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Roma 1957, en ningún momento se hizo referencia a la unificación de las legislaciones, limitándose a hablar de coordinación, aproximación o armonización, procesos de alcance mucho más limitados que el de la unificación del derecho que, por su propia naturaleza, implica la adopción de normas sustantivas o procesales comunes a los distintos Estados miembros. Este proceso de armonización-aproximación de las legislaciones internas se ha logrado básicamente a través de reglamentos y directivas con eficacia directa en los países miembros. Un paso más adelante en esta materia lo dio el Tratado de Ámsterdam de octubre de 1997, el cual considera el tema de la CJI como una competencia comunitaria no exclusiva. Beatriz Pallarés: op. cit., pp. 18-22. Véase igualmente: Carlos Esplugues Mota: En torno al Proceso de armonización del Derecho Privado y del Derecho Internacional Privado en Europa. En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, República Argentina, 1999.

el fortalecimiento de la cooperación internacional asegurando el estricto respeto del Derecho Internacional (*Artículo 1, VI. Áreas de Acción, 1. Área Política d) Fortalecimiento del multilateralismo*); y (iii) Desarrollar la cooperación internacional, particularmente en los aspectos de asistencia técnica y económica, con otros países, grupos de integración, organismos internacionales, y entes privados (*Artículo 1, VI. Áreas de Acción, 2. Área económica, d) Cooperación internacional*). Como puede apreciarse se trata de reglas muy generales que ameritan un desarrollo ulterior o su consecución a través de otras normas especializadas, vigentes en los Países Miembros, por ejemplo a través de la vigencia de las convenciones interamericanas.

En el ámbito especializado de Derecho Internacional Privado el sistema venezolano cuenta entre sus fuentes vigentes con la ratificación del Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante (La Habana, 1928) y asimismo, ha ratificado todas las convenciones interamericanas y protocolos adicionales aprobados en materia de CJI.

El Código Bustamante como su propio nombre lo indica siguió la técnica generalmente adoptada por la codificación de los países de corte civilista o continental, agrupando en un solo texto todas las disposiciones posibles en materia de Derecho Internacional Privado incluyendo la CJI (Código, arts. 388 a 393).³⁶ El Código favorece la transmisión de exhortos o comisiones rogatorias a través de la vía diplomática, pudiendo los Estados contratantes pactar o aceptar cualquier otra forma de transmisión (Código, art. 388). Las materias que se incluyen son las típicas civil y mercantil, con adición de la materia criminal (Código, art. 388). Cada autoridad –requiriente y requerida– decide sobre su propia competencia (Código, arts. 389 y 390). En cuanto al Derecho aplicable el objeto de la solicitud se somete al Derecho de la autoridad requiriente, y la forma de cumplirla a la del requerido (Código, art. 391). Se incluyen normas muy generales sobre el procedimiento tales como la necesidad de traducción del documento y la

³⁶ La Ley Aprobatoria del Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante fue publicada en la Gaceta Oficial sin número de fecha 9-4-32. Actualmente se encuentra vigente frente a: Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú, sin reservas; y con reservas especiales frente a Brasil, Haití y República Dominicana. Descartamos su aplicación, tal y como lo ha sostenido tradicionalmente la doctrina patria, la referencia a aquellos países que como Chile o Costa Rica lo suscribieron pero con reserva general de todas sus normas.

obligación de constituir apoderados que asuman, entre otros aspectos, los costos del proceso (Código, arts. 392 y 393).³⁷

Una nueva etapa se inicia en el Continente Americano a través de las Conferencias Interamericanas Especializadas sobre Derecho Internacional Privado, CIDIPs.³⁸ Esta nueva etapa de la codificación interamericana se ha descrito como más pragmática, progresiva, sectorial y flexible³⁹, teniendo entre sus características fundamentales el acercamiento entre las soluciones de los sistemas civiles y anglosajones⁴⁰, así como una considerable influencia de las convenciones emanadas del ámbito universal representado por la Conferencia de La Haya. En el área que nos ocupa las siguientes convenciones interamericanas son relevantes de mencionar⁴¹:

- a. Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias⁴²;

³⁷ Adicionalmente, el Código Bustamante regula expresamente el tema del Derecho aplicable a la prueba. Así, somete a la *lex causae* la carga probatoria; los medios de prueba y su forma están sometidos a la ley del lugar en que se ha realizado el acto o hecho que se pretende probar y a la ley del lugar en que se llevará a cabo la prueba respectivamente. Por último, la apreciación se somete a la ley del juzgador (Código, arts. 398 a 401).

³⁸ Así, se han celebrado hasta la fecha seis CIDIP's: CIDIP I, Panamá, 1975; CIDIP II, Montevideo, 1979; CIDIP III, La Paz, 1984; CIDIP IV, Montevideo, 1989; CIDIP V, México 1994; y CIDIP VI, Washington, 2002. El texto oficial de dichas convenciones, así como su estatus, reservas y declaraciones, se pueden consultar en: <http://www.oas.org>.

³⁹ Tatiana Maekelt: La codificación interamericana en materia de Derecho Internacional Privado en el contexto universal y regional. En: Libro Homenaje a Haroldo Valladao. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp. 164 y ss.

⁴⁰ Desde los años cincuenta el Departamento Jurídico de la Unión Panamericana ha tenido la preocupación sobre la uniformidad de legislación en el Continente en materia de CJI. Véase Informe Sobre Uniformidad de Legislación Relativa a la Cooperación Internacional en Procedimientos Judiciales (Asistencia Judicial), Departamento Jurídico, Unión Panamericana, Washington, D.C., Diciembre 1952.

⁴¹ Habiendo delimitado nuestros comentarios a la noción restringida de la CJI, dejamos de mencionar otras convenciones interamericanas que influyen tanto en el desarrollo de un juicio con elementos extranjeros relevantes, como en la esfera de la efectividad y resguardo de los derechos de las partes. Ejemplos de ello son la convención relativa al Régimen Legal de los Poderes; la de Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales y la de Cumplimiento de Medidas Cautelares. Venezuela sólo ha ratificado las dos primeras de ellas.

⁴² Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 33.033 del 3-8-84.

- b. Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero⁴³;
- c. Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero⁴⁴;
- d. Protocolo Adicional a la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias⁴⁵; y
- e. Protocolo Adicional a la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.⁴⁶

No se desarrollará el alcance y contenido de cada una de estas convenciones y de sus protocolos adicionales pues, cualquiera de ellos daría información suficiente para artículos y comentarios separados. Bástenos simplemente con hacer algunas precisiones respecto a los mismos.

Así, Venezuela no ha formulado ninguna declaración interpretativa o reserva especial a las convenciones anteriores, las cuales vinculan a nuestro país con importantes socios comerciales tales como los Estados Unidos de América, México, Colombia, Brasil y Argentina.⁴⁷

⁴³ Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 33.170 del 3-2-85.

⁴⁴ Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 33.170 del 22-2-85.

⁴⁵ Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 33.171 del 25-2-85. El Artículo 1 del Protocolo limita su aplicación a las transmisiones de exhortos y cartas rogatorias a través de las Autoridades Centrales. Beatriz Pallarés: op. cit., p. 11. Sin embargo, creemos como hemos dicho que algunas de sus soluciones podrían ser aplicadas analógicamente a otros supuestos de transmisión. Llama la atención el mandato del Artículo 8 del Protocolo que permite su ratificación o adhesión también por parte de aquellos Estados que hayan firmado la Convención Interamericana sobre Exhortos aun cuando no la hayan ratificado o adherido a su sistema.

⁴⁶ Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.580 del 21-5-93.

⁴⁷ En el ámbito del MERCOSUR llama la atención no sólo la vigencia de los tratados marcos del propio sistema de integración, sino también la vigencia de instrumentos bilaterales entre los países miembros del mismo, por ejemplo el Convenio de Cooperación Judicial en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil de 1992 y el Acuerdo de Cooperación Judicial en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil de 1991. Se ha sostenido que el proceso de MERCOSUR ha avanzado sobre las regulaciones del sistema interamericano, profundizándolo y atendiendo temas no abarcados por aquel. Beatriz Pallarés: op. cit., p. 30.

Si bien los Protocolos Adicionales detallan en mayor medida el texto general de las convenciones permitiendo su mejor aplicación, debemos señalar que por lo que respecta al ordenamiento jurídico venezolano, éste no ha desarrollado aún internamente ninguna regulación, reglamento, manual o guía que permita a las autoridades internas y extranjeras comprender mejor el alcance de estas convenciones y sus protocolos en el ámbito estrictamente venezolano. Por el contrario, nuestro ordenamiento ha limitado su política legislativa a la adhesión de otras fuentes internacionales en materia de CJI, específicamente, las dos convenciones de La Haya: (i) Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Mercantil, 1965⁴⁸; y (ii) Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Mercantil, 1970.⁴⁹

Finalmente, la Autoridad Central –única para todo el territorio nacional– designada en el marco de estos convenios ha sido el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de su Dirección de Relaciones Consulares.⁵⁰ El Ministerio de Relaciones Exteriores debe, en el ámbito interno, actuar coordinadamente con el Ministerio de Interior y Justicia, específicamente, con la Dirección de Justicia y Cultos de este Ministerio, ya que a través de él se dirigen las solicitudes provenientes del extranjero a los tribunales de la República.

3.3 *Soluciones vigentes en las fuentes internas*

Cuando no existen normas de Derecho Internacional Público, especialmente tratados internacionales, o en los casos en que existen resultan inaplicables, por ejemplo, por la eficacia territorial o espacial de las soluciones consagradas en los tratados internacionales, corresponderá entonces a la autoridad venezolana, específicamente, al legislador patrio regular la materia respectiva.⁵¹ Así, la LDIP prevé:

⁴⁸ Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.635 del 28-9-93. Véase Gonzalo Parra-Aranguren: op. cit., pp. 73 y ss.

⁴⁹ Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.635 del 28-9-93.

⁵⁰ El Reglamento Interno del Ministerio de Relaciones Exteriores asigna las atribuciones internas de la Autoridad Central a la referida Dirección de Relaciones Consulares.

⁵¹ Véanse nuestros comentarios generales sobre esta norma en el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado en: Víctor Hugo Guerra: La aplicación del derecho extranjero, la eficacia

Artículo 59: Los Tribunales de la República podrán dirigirse a cualquier autoridad competente extranjera, mediante exhortos y comisiones rogatorias, para la práctica de citaciones, diligencias probatorias o de cualquier otra actuación judicial que resulte necesaria para el buen desarrollo del proceso. Asimismo evacuaran, dentro de la mayor brevedad, los exhortos y comisiones rogatorias provenientes de Tribunales extranjeros que se ajusten a los principios del Derecho Internacional aplicables en la materia.

El primer comentario positivo sobre esta norma y, a diferencia de cómo se consagra en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Civil venezolano⁵², es que ella tiene el mérito de reconocer la bilateralidad de las situaciones de CJI, es decir, se consagra: (i) Venezuela como Estado requirente; y (ii) Venezuela como Estado requerido. No creemos que esta consagración bilateral de la norma implique el reconocimiento de la “reciprocidad” como fundamento de la CJI pues, ella está superada ya en nuestro sistema jurídico de Derecho Internacional Privado.⁵³ Evidencia de ello es su derogatoria en los supuestos de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (LDIP, art. 53 el cual deroga al art. 850 del Código de Procedimiento Civil).⁵⁴ En nuestra opinión,

de las sentencias extranjeras y la cooperación judicial internacional. Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos, N° 11, Caracas, 1998, pp. 109 y ss.

⁵²Nuestra doctrina patria ha comentado los aspectos de Derecho Procesal Internacional incorporados en la Reforma del Código de Procedimiento Civil y en tal sentido, puede consultarse: Gonzalo Parra-Aranguren: *El Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano y su Reforma en 1986*. Estudios de Derecho Procesal, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, p. 261.

⁵³ Resulta interesante citar el ejemplo del sistema español a partir del Artículo 24 de su Constitución vigente, frente al cual se ha sostenido que “*Dada la obligación de cooperar para que el proceso ante el tribunal extranjero competente se desarrolle con todas las garantías, es muy dudoso que la reciprocidad pueda jugar como límite a la cooperación internacional sin infringir la tutela por instrucción que forma parte del artículo 24 Const. Esp.*”. Miguel Virgós Soriano y Francisco J. Garcimartín Alférez: op. cit., p. 277. Con ello pareciera superarse en ese sistema la norma del Artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que sometía al principio de la reciprocidad la cooperación con tribunales extranjeros. Valentín Cortes Domínguez: *Derecho Procesal Civil Internacional (ordenamiento español)*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 89.

⁵⁴ Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias y Concordancias. Coordinado por Tatiana Maekelt, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Primera Edición, Caracas 1999. Igualmente, se cita el tratamiento muy flexible del requisito de la reciprocidad por nuestra

la CJI se fundamenta, como lo hemos dicho, en el deber que tienen los Estados frente a los particulares sobre una debida administración de justicia, garantizando sus derechos humanos a una tutela judicial efectiva.

Se ha señalado que la norma del Artículo 59 sólo alude a los actos de mero trámite, quedando excluida la posibilidad de realizar actos coactivos.⁵⁵ Ahora bien, como lo apunta la doctrina extranjera en ocasiones en la práctica de ciertos actos como la obtención de pruebas es posible que la coerción tenga que aplicarse, por ejemplo, si la legislación del Estado requerido autoriza la prisión del testigo renuente a comparecer o a declarar, o autoriza la obtención coactiva de documentos fundamentales que se encuentren en manos de una de las partes o de un tercero. Por lo tanto, en nuestra opinión, cuando el Derecho aplicable a la evacuación y/o producción de la solicitud sea el Derecho venezolano, bien por haberse dispuesto así,⁵⁶ o bien por aplicación de la regla general de la *lex fori*, se pueden hacer uso de las coacciones legalmente permitidas por nuestro ordenamiento. Así, por ejemplo la legislación venezolana prevé la sanción de multa o el arresto proporcional del testigo contumaz (Código de Procedimiento Civil, art. 494).

El texto de la norma sólo se limita a los tribunales. Sin embargo, creemos que en la práctica debe dársele una interpretación extensiva, especialmente dirigida hacia las autoridades administrativas nacionales y/o extranjeras pues, a todo evento, se consagra legislativamente lo más importante que es permitir el mecanismo de CJI, careciendo de sentido negar su aplicación a otras vías también oficiales o públicas. Igualmente, emplea esta norma el mecanismo tradicional de los exhortos y comisiones rogatorias congruente con nuestras fuentes internacionales y la práctica comparada.

antigua Corte Suprema de Justicia a pesar de la vigencia formal de dicho requisito en el Artículo 850 del Código de Procedimiento Civil. Tatiana Maekelt: Las Disposiciones de Derecho Procesal Internacional en el Código de Procedimiento Civil venezolano vigente. En: Libro Homenaje a Werner Goldschmidt. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp. 151 y ss.

⁵⁵ Maekelt: *Ley Venezolana...*, op. cit., p. 129.

⁵⁶ El Artículo 9 del Convenio de La Haya sobre Obtención de Pruebas permite la aplicación de la legislación del Estado requerido o la aplicación de una forma particular solicitada por el requirente que no resulte incompatible con la ley del Estado requerido. En igual sentido se consagra esta posibilidad en el Artículo 5 del Convenio de La Haya relativo a la Notificación o Traslado.

No establece la norma el procedimiento a seguir, limitándose sólo a señalar que éste debe ser “breve”.⁵⁷ En este sentido, las respuestas las debemos ubicar en otras normas. Así, la respuesta conflictual la brinda la propia LDIP, la cual: (i) somete a la *lex causae* los medios de prueba, su eficacia y determinación de la carga probatoria, sin perjuicio de que su sustanciación procesal se ajuste al Derecho del tribunal o funcionario ante el cual se efectúa; y (ii) reconoce el principio de *lex fori* para la competencia y la forma del procedimiento⁵⁸, (LDIP, arts. 38 y 56, respectivamente).

Las respuestas sustantivas sobre el procedimiento se ubican principalmente, en las soluciones del Código de Procedimiento Civil.⁵⁹ Por ejemplo, la necesidad de encabezar las solicitudes hacia el extranjero –rogatorias, exhortos, despachos, etc– “*En nombre de la República de Venezuela*”; no es necesaria la legalización de las solicitudes de autoridades venezolanas a autoridades extranjeras pero, tales documentos deberán llevar el sello del Tribunal venezolano, sin lo cual no tendrán autenticidad (Código de Procedimiento Civil, art. 188). Otro ejemplo, es la evacuación de pruebas en Venezuela a solicitud de un Tribunal extranjero, las cuales se ejecutarán con el simple decreto del Juez de Primera Instancia que tenga competencia en el lugar en donde hayan de verificarse tales actos, siempre que dicha solicitud vaya acompañada de rogatoria de la autoridad que las haya librado en el extranjero y legalizadas por un funcionario diplomático venezolano, sin necesidad de legalización por cuando se transmiten por la vía diplomática (Código de

⁵⁷ Nuestra doctrina ha comentado esta norma señalando que “(...) El carácter parco de la disposición se debe a dos causas: el apego a la necesidad de que la Ley tenga carácter general, y su abundante y detallada regulación en los tratados internacionales ratificados por Venezuela, y por un considerable número de Estados. Ante la alternativa de copiar las disposiciones incluidas en las convenciones interamericanas y de La Haya, los proyectistas resolvieron limitarse a la disposición esencial (...)”, Maekelt: *Ley Venezolana...*, op. cit., p. 129.

⁵⁸ En el caso norteamericano también prevalece la *lex fori* en materia procesal. Ejemplo de ello es la solución consagrada en el Restatement (Second) Conflict of Laws 126 (1971) “*The local law of the forum determines the method of serving process and of given notice of the proceeding to the defendant*”. Igualmente, el Restatement (Third) Foreign Relations Law 471 (1986). Gary B. Born: op. cit., p. 757.

⁵⁹ Véase el análisis de estas normas en: Haydeé Barrios: Algunos aspectos sobre cooperación judicial internacional en el sistema venezolano de derecho internacional privado. En: Libro Homenaje a Werner Goldschmidt. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp. 381 y ss.

Procedimiento Civil, art. 857)⁶⁰. Tales regulaciones también son aplicables a los supuestos de notificaciones de actos procedentes de país extranjero (Código de Procedimiento Civil, art. 857, único aparte). También se prevé que para dar curso a las providencias emanadas de autoridades extranjeras se deberá nombrar una persona autorizada para cubrir los gastos (Código de Procedimiento Civil, art. 858).

Finalmente, la norma del Artículo 59 consagra una referencia a los principios del Derecho Internacional aplicables en la materia. Consideramos que se trata del reconocimiento de una comunidad internacional en la cual la cooperación entre los sujetos que la conforman resulta fundamental. Dos principios, en nuestra opinión, son relevantes. El primero que ningún Estado podrá interferir en la soberanía de otro Estado a través de los actos que implique la CJI. En segundo lugar, el reconocimiento a la adecuada y efectiva administración de justicia que debe imperar en los casos conectados con más de un ordenamiento jurídico y que trasciendan el territorio de un Estado, involucrando a más de una jurisdicción, también llamados “casos con elementos de extranjería relevantes” o “casos de tráfico jurídico externo”.

4. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA PRÁCTICA VENEZOLANA EN MATERIA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL

La práctica venezolana nos coloca evidentemente en dos posiciones. La primera relativa a los supuestos en los cuales nuestras autoridades utilizan la CJI para formular sus requerimientos a autoridades extranjeras –Venezuela como Estado requirente– y la segunda, cuando la autoridad extranjera solicita a través de la CJI la asistencia de nuestros funcionarios –Venezuela como Estado requerido.

Cuando Venezuela funge como Estado requirente deberá tenerse en cuenta si existe o no alguna de las fuentes internacionales vigentes entre nuestro país y el Estado a cuyas autoridades se les dirige la solicitud. De ser ese el caso,

⁶⁰ Venezuela se adhirió a la Convención de la Haya para Suprimir la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros. Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 36.446 del 5-5-96. Entrada en vigor para Venezuela el 15-3-99.

las normas internacionales como hemos dicho se aplicarán preferentemente. Otro aspecto que deberá tomarse en consideración será la determinación de cuál es la vía que se desea utilizar, para emprender la solicitud de CJI, pues dependiendo de cual sea el caso habrá una mayor o menor intervención de autoridades, por ejemplo la tramitación de una notificación o citación emanada de un tribunal venezolano directamente al tribunal extranjero o, a través de nuestra Autoridad Central.

Igualmente, se debe tener en cuenta la necesidad de traducción o no de la solicitud al idioma del Estado requerido, así como la necesidad o no de legalización o apostilla. Si bien nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 188 releva la necesidad de legalización cuando el documento emana del tribunal venezolano, tal requisito pudiera ser exigido por las autoridades del Estado requerido. De tal manera que cada caso particular puede presentar sus propias necesidades y peculiaridades. Asimismo, el contenido de la solicitud puede implicar anexos y/o información adicional, dependiendo de sí se trata, por ejemplo, de una citación o de una obtención de pruebas.

Cuando Venezuela funge como Estado requerido también deberá tomarse en cuenta la aplicación preferente de las fuentes internacionales. Así, diversos pasos tendrán que cumplirse dependiendo de la vía por la que se opte para materializar la CJI. Si el particular decide enviar su solicitud a la Autoridad Central venezolana, es decir, a la Dirección de Relaciones Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores, ésta la recibirá, le abrirá un expediente, signado la solicitud con un número, e identificando a la parte solicitante, el lugar de procedencia de la solicitud y su objeto. Inmediatamente y sin mayores dilaciones la referida Dirección transmitirá la solicitud al Ministerio de Interior y Justicia, Dirección de Justicia y Cultos, la cual a su vez se encarga, sin examinar en el práctica absolutamente nada en cuanto a la forma o el fondo de la solicitud, de remitirla al tribunal distribuidor de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil –si se trata de una solicitud que debe evacuarse en el Distrito Capital (Caracas)– para que este tribunal a su vez lo asigne al tribunal que finalmente practicará la diligencia o solicitud o; directamente a un tribunal de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil en el interior de la República si la solicitud debe perfeccionarse fuera de Caracas.

Practicada la solicitud yo soy de la opinión que el tribunal que la efectúa debe certificar lo efectuado, exponiendo cualquier novedad relevante que se haya

presentado o asentando que la solicitud ha sido practicada correctamente conforme a lo requerido o, que se cumplieron con todas las formalidades del Derecho venezolano. La certificación puede tomar como modelo el texto previsto en el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos. Culminado el trámite el tribunal remite directamente lo actuado a la Autoridad Central, la cual certificará por primera vez o ratificará la ejecución de lo requerido, para proceder entonces a su retransmisión al extranjero. Considero que en esta fase, lo más expedito, pero no necesariamente lo más económico, es que el particular interesado sea designado como correo especial para que el directamente haga o gestione la entrega de lo actuado a la autoridad extranjera.

Indudablemente, el procedimiento que acabamos de relatar se limita a lo que en nuestra práctica hemos observado y aplicado, sin que exista necesariamente una reglamentación interna, manual o guía expresa para ello.

Por último, nos gustaría señalar algunos datos recabados tanto en la revisión de los repertorios forenses venezolanos como en los datos que nos suministrará nuestra Autoridad Central.

En tal sentido, debo hacer dos precisiones, la primera que salvo consideraciones de Derecho que ha tenido que efectuar nuestro Máximo Tribunal sobre la aplicación o no de, por ejemplo las convenciones interamericanas, no existe un record oficial en los tribunales venezolanos sobre el número, contenido y demás características de las solicitudes que ellos efectúan o que a ellos se les hace. Por lo tanto, determinar sobre esa base si ha habido un mayor o menor desarrollo de la CJI resultaría inexacto.⁶¹

Por su parte, cuando los particulares han utilizado la vía de la Autoridad Central, si bien ésta mantiene un record estadístico de las solicitudes, lo cierto es que su acceso es restringido pues, como se nos ha informado, directamente, someterlo al escrutinio público, aún para los fines académicos, evidenciaría

⁶¹ La convención interamericana cuya aplicación aparece mayormente señalada en nuestra jurisprudencia, específicamente de la Sala Político Administrativa, son las Convenciones Interamericanas sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros y la de Régimen Legal de Poderes.

las carencias de nuestra administración, perjudicando su reputación en el extranjero. En todo caso, algunos datos logramos obtener. Así, las cifras para el año 2002 reportan que nuestra Autoridad Central había recibido 115 solicitudes provenientes de países del Continente Americano⁶² y 133 provenientes de Europa.⁶³ Durante el primer semestre del 2003, las cifras eran 67 desde América y 74 desde Europa. A simple vista observamos que existe un relativo balance entre las solicitudes provenientes de América y Europa, lo que justifica que frente a países de ambos continentes se requiera normativa internacional en materia de CJI.

5. BALANCE Y PERSPECTIVAS: ¿NECESIDAD DE UNA REGLAMENTACIÓN INTERNA?

Llegados a este punto no nos queda más que evaluar si desde la perspectiva venezolana la CJI ha sido un éxito o un fracaso. Optar por cualquiera de las dos alternativas sería una respuesta extrema y alejada de la realidad.

Evidentemente, se ha adelantado un trecho muy importante en materia de CJI, representado por los serios intentos interamericanos de regular esta materia. Hoy en día existe claridad en los medios –exhortos y comisiones rogatorias– y en las vías a utilizar –judicial, administrativa, diplomática/consular, autoridades centrales y particulares. Las fuentes internacionales de naturaleza interamericana han logrado un equilibrio deseable y práctico entre las dos tradiciones que imperan en nuestro Continente: sistemas civiles y anglosajones.⁶⁴ Igualmente, estas fuentes interamericanas gozan de un número significativo de ratificaciones no sólo en del texto fundamental de las convenciones sino también de los protocolos adicionales a las mismas.

⁶² La discriminación por países en el año 2002 fue la siguiente: 68% de Colombia (se incluyen solicitudes civiles, mercantiles y penales); 7% de Argentina (civiles, mercantiles y penales); 7% de los Estados Unidos (sólo civiles y mercantiles); y 6% de México (sólo civiles y mercantiles).

⁶³ La discriminación por países europeos en el año 2002 fue la siguiente un 48% España (civiles y mercantiles) y el resto sin datos porcentuales en nuestra Autoridad Central, o al menos no disponibles, solicitudes provenientes de Francia, Italia, Portugal y Alemania.

⁶⁴ Se ha señalado con razón que los acuerdos internacionales son la fuente normativa apta para asegurar la aplicación de soluciones técnicas uniformes entre los ordenamientos de los Estados contratantes. Beatriz Pallarés: op. cit., p. 6.

Ahora bien, ¿cuáles han sido las carencias detectadas hasta ahora? En nuestra opinión, la mayor traba que encuentran los mecanismos de CJI se encuentran en el ámbito interno y en dos sentidos: (i) La dificultad de ejecutar, producir o evacuar lo solicitado por carecer de una noción y práctica lo suficientemente sólida del Derecho Internacional Privado que permita a las autoridades nacionales entender el alcance de los casos con elementos extranjeros relevantes. Ello se traduce en una obcecada tendencia a subsumir el caso extranjero, con requerimientos internacionales, en la práctica o solución brindada a los casos domésticos o internos. (ii) La ausencia de preparación necesaria en la generalidad de nuestros funcionarios, reflejo de la relativa poca importancia que institucionalmente se le brinda a los casos de Derecho Internacional Privado. Ello repercute en la ausencia de presupuestos adecuados a las dependencias de nuestra Autoridad Central, así como en la ausencia de cualquier tentativa científica de naturaleza estadística que permita ir evaluando la actividad desarrollada para adaptarle a los requerimientos de los particulares.

¿Qué hacer? En el corto plazo consideramos que se requiere de una regulación interna de naturaleza reglamentaria, o en al menos de la formulación de manuales sin carácter normativo, que guíen a nuestras autoridades vinculadas de distinta manera al proceso de CJI.⁶⁵ En el mediano plazo dotar a nuestras autoridades de los recursos económicos, educativos y técnicos, necesarios para actuar efectivamente en el marco de la CJI. En el largo plazo, poder debatir en el foro interamericano, específicamente en las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado, los logros alcanzados y las dificultades sufridas internamente, con el fin de proyectarlos hacia el exterior y discutirlos con nuestros pares extranjeros, procurando la armonía internacional añorada por nuestros predecesores.

⁶⁵ Otros son de la opinión que un manual puede solventar las dudas y requerimientos prácticos de las autoridades internas. Su actualización y adaptación periódica permitiría incorporar las innovaciones técnicas y los nuevos medios admitidos por los organismos receptores. Beatriz Pallarés: op. cit., p. 26.

Reflexiones en torno a la legitimación para el cobro de los honorarios profesionales del abogado

Mayra E. GUILLERMO I.*

SUMARIO:

1. Planteamiento del problema.
 2. Legitimación activa exclusiva del abogado.
 3. Legitimación de la parte procesal victoriosa.
 4. Nuestra posición.
- A modo de conclusión.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Un tema capaz de causar controversia entre los que se dedican al estudio de las costas procesales¹ y los honorarios profesionales del abogado y entre

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada, Especialista en Derecho Administrativo. Especialización de Derecho Procesal, Cursante. **Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional**, Abogada Auxiliar. Autora de **La Condena en costas procesales contra los entes públicos**, Tribunal Supremo de Justicia, *Colección Nuevos Autores No. 6*, Caracas 2004.

¹ Es importante señalar, respecto al instituto de las costas procesales, que es inexacto considerar que éstas han desaparecido a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, por el reconocimiento de la gratuidad de la justicia. Aun cuando en la mayoría de los casos, los costos de los procesos se han disminuido en atención a la desaparición de los emolumentos, que

quienes en alguna oportunidad –o quizás con considerable frecuencia–, se tropiezan en los estrados judiciales con este tópico, lo constituye, sin duda alguna, la determinación del sujeto legitimado para hacer efectivo el cobro de los honorarios causados judicialmente, es decir, quién está autorizado para exigir también judicialmente el pago de este concepto.

Esta determinación, en el contexto de unos honorarios causados judicialmente², supone dos escenarios: el primero, la determinación de la legitimación activa cuando el legitimado pasivo o sujeto obligado es el cliente del abogado, es decir, el contratante de éste y, el segundo, cuando el legitimado pasivo es el vencido en el juicio, o de manera más precisa, el condenado en costas³.

La primera de estas realidades no ofrece mayores dificultades, toda vez que, la disposición contenida en el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil establece expresamente que “...[e]n cualquier estado del juicio, *el apoderado o el abogado asistente, podrán estimar sus honorarios y exigir su pago* de conformidad con las disposiciones de la Ley de Abogados” (destacado nuestro)⁴, lo que, en concordancia con el artículo 22 del Reglamento de la

estaban establecidos en la Ley de Arancel Judicial, aquellos pueden llegar a generar a las partes grandes desembolsos, baste con pensar los gastos de un juicio en que haya que nombrar expertos o practicar embargos sobre bienes muebles, sofisticados como maquinarias, etc., o que requiera de numerosas publicaciones en el periódico, etcétera.

² Téngase presente que los honorarios profesionales del abogados pueden ser también extrajudiciales.

³ “En materia de honorarios de abogados por actuaciones judiciales hay que distinguir dos casos: 1) cuando los debe una parte en razón de condenatoria en costas, caso en el cual se pueden exigir después de estar firme la decisión o decisiones de donde proviene la obligación de pagarlos; y 2) cuando se trata de honorarios debidos por el cliente, esto es, al mandante o asistido, y son los que se deben al mandatario o abogado asistente por los servicios profesionales prestados al cliente” (sentencia de la Sala Política Administrativa del 24-10-1990, caso: herederos del Dr. Ramón Díaz).

⁴ En cuanto a la interpretación del artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, la Sala Casación Civil, en sentencia N° 00786, del 17 de diciembre de 2003, caso: Amilcar Brito vs. B.T.V., estableció lo siguiente:

“...Por otra parte, el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil contempla la posibilidad de que el abogado proponga su reclamación por honorarios profesionales por actuaciones judiciales en cualquier estado y grado de la causa, lo que significa que el abogado no debe aguardar a que finalice el proceso judicial en el que ha prestado sus servicios para hacer efectivo el pago de los honorarios profesionales causados por sus actuaciones en el mismo. Esa disposición es

Ley de Abogados, que indica que establecido el derecho a cobrar honorarios (en la sentencia que decide la incidencia surgida de acuerdo al segundo aparte del artículo 22 de la Ley)⁵, le está permitido al abogado estimar "...el monto de sus honorarios, intimados los cuales, el cliente que hubiere sido condenado a pagarlos, podrá ejercer el derecho de retasa...", de donde se colige que el legitimado activo no puede ser otro que el abogado actuante, quien fue contratado por la parte litigante, prestó sus servicios profesionales y por ello merece una contraprestación, es decir, que es éste quien aparece como poseedor de una acreencia a su favor, esto es, el titular del derecho material reclamado y, en consecuencia, del derecho de acción para que aquel le sea reconocido en caso de resistencia del obligado⁶.

consecuencia de lo que para el abogado representan sus honorarios profesionales y el derecho que a ellos tiene en los términos establecidos en el artículo 22 de la Ley de Abogados.

Así, el referido artículo 167 del Código de Procedimiento Civil no puede interpretarse en el sentido de que, la reclamación que haga el abogado se tramitará y decidirá en una o dos instancias, dependiendo que el juicio principal en el que aquél ha prestado sus servicios, se encuentre en el primero o en el segundo grado de jurisdicción.

Por tanto, a los fines de mantener incólume el derecho de las partes al doble grado de jurisdicción en el juicio que se suscita con ocasión de la reclamación que haga el abogado a su cliente por actuaciones judiciales, y ésta se proponga cuando el juicio principal se encuentre en segunda instancia, el respectivo juzgado deberá limitarse a desglosar el escrito contentivo de tal reclamación, formar el respectivo cuaderno y remitirlo al juzgado que hubiere conocido de la causa principal en primera instancia a los fines de su sustanciación y decisión, siendo carga de las partes acreditar en el mismo las pruebas en que basen sus respectivas posiciones procesales...".

⁵ El artículo 22 de la Ley de Abogados contempla el derecho de los profesionales del derecho a percibir honorarios por los trabajos que realice. En este sentido, el primer aparte establece: "Cuando exista inconformidad entre el abogado y su cliente, en cuanto al monto de honorarios por servicios profesionales extrajudiciales de honorarios, la controversia se sustanciará por la vía del juicio breve y ante el Tribunal competente por la cuantía". Seguidamente, el segundo aparte a que alude la norma prevé "La reclamación que surja en juicio contencioso acerca del derecho de cobrar honorarios por parte del abogado, será sustanciada y decidida de conformidad con lo establecido en el artículo 386 [607] del Código de Procedimiento Civil...".

⁶ Dejó establecido la Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 26 de julio de 1972, lo siguiente: "Cabe distinguir dos situaciones diferentes: a) cuando el abogado, antes de existir condenatoria en costas, cobra a su propio cliente los trabajos realizados en el juicio; y b) cuando el proceso ha concluido por sentencia definitiva y firme que impone el pago de las costas a la parte vencida. En el primer caso, el abogado que haya representado o asistido a una parte en el juicio no está obligado a esperar la conclusión del litigio para hacer efectiva la contraprestación correlativa ya que, conforme al artículo 63 del Código de Procedimiento Civil, el abogado puede estimar sus honorarios y exigir a su cliente ejecutivamente el pago, salvo el derecho de retasa. Como lo ha puntualizado la Corte en anterior oportunidad,

Sin embargo, no ocurre lo mismo con respecto a la legitimación para reclamar judicialmente el pago de honorarios contra el condenado en costas procesales, cuya reglamentación no se evidencia tan precisa. En este sentido, podemos sostener que, si bien es cierto que ante esta última circunstancia jurisprudencialmente no ha habido mayores controversias, pues de manera prácticamente unánime, pacífica y reiterada los tribunales le reconocen la legitimación al abogado, ha existido al menos alguna inquietud, derivada de la –en general– muy deficiente regulación de los honorarios profesionales, que reposa sobre la ambigüedad que supone la titularidad de las costas procesales en cabeza de la parte y el autorizado legalmente (el abogado, sujeto a quien se dirige fundamentalmente la Ley de Abogados) para hacer efectivo el rubro indudablemente más importante de éstas: los honorarios profesionales del abogado.

En este sentido, es preciso examinar las distintas posiciones sustentables en torno a esta legitimación. Así, por una parte, es posible sostener que sólo uno de ellos posee legitimación suficiente, en este caso podría afirmarse (i) que exclusivamente el abogado es el legitimado, mientras que, por el contrario, podría decirse (ii) que sólo lo es la parte victoriosa, quien es la verdadera titular de las costas, de tal modo que, cuando aquel incoa la demanda de estimación e intimación de honorarios sólo puede hacerlo en nombre y representación de la parte contratante (su cliente); y por otra parte, cabría asegurar simplemente (iii) que la legitimación corresponde a ambos.

A pesar de los distintos enfoques expuestos, conviene asentar que aunque en la práctica forense la mayoría de los tribunales que conocen de estos juicios, normalmente, no se detienen a reflexionar al respecto y sin mayor esfuerzo aceptan como válido el que sea el abogado de la parte gananciosa, actuante

la situación enunciada es clara, porque hasta ese momento, la relación profesional, sólo tiene lugar entre la parte y su abogado; la contraparte no tiene intervención alguna en esa relación y mucho menos interés en ella; no es deudora del abogado que actúa en el juicio, pues los servicios de éste se han prestado a quien lo solicitó y no a la contraparte. Ha sido en relación con esa situación que la Corte ha establecido que, en esas circunstancias, el abogado “sólo tiene crédito por sus servicios contra quien lo contrató, conclusión que la actual formalización ha interpretado erróneamente en el sentido de que lo afirmado fue que, en todo caso, el abogado sólo puede accionar por el cobro de honorarios contra su cliente y jamás contra la parte contraria condenada al pago de las costas”.

en el juicio, el que estime los honorarios y trate de hacer efectivo su pago, lo cierto es que, en ocasiones, no ocurre así y es posible encontrar que es la parte misma, o el abogado en su nombre, quien solicita directamente al juez la intimación al obligado. De cualquier modo, dada la imprecisión imperante en torno a la determinación de la legitimación, no faltarán oportunidades en que la manera como se haga, esto es, dependiendo de quien intente la acción, pueda derivar en la proposición de una defensa (de las denominadas de fondo) por falta de cualidad de la persona que se presenta como actor⁷, bien porque habiendo sido intentada por la parte en su propio nombre o por el abogado en nombre de ésta, el juez considere que el legitimado es sólo el abogado, en cuyo caso ésta podría prosperar, o bien porque, por el contrario, habiendo sido intentada por el abogado actuando en defensa de sus propios derechos e intereses, el juzgador esté convencido que el legitimado activo es la parte, lo que, como se dijo –es necesario advertirlo– no ocurre con demasiada frecuencia.

Tal indeterminación, capaz de crear ocasionalmente inseguridad jurídica y zozobra, invita sin lugar a dudas a su estudio, pues los honorarios del abogado como lo denota la misma expresión parecieran pertenecer exclusivamente a éste. Sin embargo, el litigante o parte es quien además de sufragar los gastos del juicio, generalmente ha soportado también de manera previa los emolumentos del profesional del derecho contratado para su defensa en el proceso.

Se hace preciso entonces analizar los distintos elementos del problema para tratar de aproximarnos a una solución razonable. Para ello debemos revisar detalladamente cuáles han sido hasta ahora los argumentos en los que se han basado los precedentes jurisprudenciales, cuál fue la motivación que guió a la ley y cuál sería la interpretación más acertada, de acuerdo con los distintos elementos que conforman el problema.

⁷ Esta es una defensa que determina el primer aparte del artículo 361 del Código de Procedimiento Civil dispone: “Junto con las defensas invocadas por el demandado en la contestación podrá éste hacer valer la falta de cualidad o la falta de interés en el actor o en el demandado para intentar o sostener el juicio...”.

2. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EXCLUSIVA DEL ABOGADO

Normalmente se piensa –quizás con sobrada razón– que estrictamente el abogado es quien puede demandar el pago de los honorarios profesionales causados en un juicio, en el que debió asumir la defensa de su cliente (contratante), como autor y ejecutante de todas y cada una de las actuaciones procesales necesarias para su tramitación. De hecho, en los tribunales, la mayoría de estos casos son intentados por los abogados y no por la “parte vencedora”.

Tal posición no es de extrañar; la Ley de Abogados⁸ es el instrumento normativo que reglamenta el ejercicio de la abogacía⁹ y es ésta la que contiene la regulación relativa al cobro de los honorarios profesionales del abogado. Ciertamente, el Código de Procedimiento Civil contiene algunas disposiciones relativas a las costas y, escasamente, los artículos 167, 181, 226, 286, 648 y 659 de dicho código regulan el instituto de los honorarios del abogado causados en juicio, pero, sin duda aquella establece de manera pormenorizada lo relativo al ejercicio de la abogacía y su remuneración. Creemos que con esta Ley el legislador quiso crear, de manera especial, un procedimiento expedito que ofreciera al abogado, como profesional y sujeto al que ese instrumento legal regula, la ventaja de obtener de manera sencilla e inmediata la contraprestación por sus servicios, como medio de subsistencia.

La resistencia en torno al reconocimiento de esta cualidad del abogado para demandar ha procedido, sin embargo, del hecho de que la parte procesal es quien debe soportar todos los gastos del pleito, lo que hace suponer que, como entre estos gastos se encuentran incluidos los honorarios profesionales del abogado, éstos le pertenecen una vez satisfechos y, por tanto, su pago debe

⁸ Publicada en Gaceta Oficial No. 1.081 Extraordinario de 23 de enero de 1967

⁹ El artículo 1 de la Ley de Abogados dispone:

“La profesión de abogado y su ejercicio se regirá por la presente Ley y su Reglamento, los reglamentos internos y el código de ética profesional que dictare la Federación de Colegios de Abogados.

Las personas que hayan obtenido título de Procurador en conformidad con las leyes anteriores quedarán sometidas en el ejercicio de su profesión a dichas disposiciones, reglamentos y normas en cuanto le sean aplicables”.

ser reclamado exclusivamente por ésta y de manera directa al obligado; aserto que vendría avalado por el artículo 23 de la citada Ley de Abogados que expresamente señala: “Las costas pertenecen a la parte, quien pagará los honorarios a sus apoderados, asistentes o defensores...”.

Empero, es importante destacar que esta misma disposición, seguidamente, preceptúa: “Sin embargo, *el apoderado podrá estimar sus honorarios y pedir la intimación al respectivo obligado* sin otras formalidades que las establecidas en esta Ley (...)” (énfasis nuestro). Y, de otra parte, el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil indica: “A la parte que fuera vencida totalmente en un proceso o en una incidencia, se le condenará al pago de las costas”; en tanto que, el artículo 24 del Reglamento de la referida Ley establece que “A los efectos del artículo 23 de la Ley de Abogados *se entenderá por obligado, la parte condenada en costas*” (destacado nuestro).

De tal manera que, resulta fácil aceptar que el órgano legislativo, a través de este instrumento normativo, habilitó o autorizó directamente a este profesional para que sea él mismo quien valore o tase sus propias actuaciones, cursantes al expediente, y requiera del órgano jurisdiccional la intimación del obligado, que no es otro que el condenado en costas. De allí que, aunque las costas son de la parte, el derecho de estimar (y, por tanto, de demandar) lo tiene el abogado, con lo que debiera concluirse que sólo éste es el legitimado activo.

Afirmación que, además, podría reforzarse por el hecho de que, la disposición que le sigue a aquella, esto es, el artículo 24 establece que “[p]ara los efectos de la condenatoria en costas los abogados podrán anotar al margen de todo escrito o diligencia el valor en que estimen la actuación profesional y, en su defecto, podrán hacerlo en diligencia o escrito dirigido al Tribunal, que se anexará al expediente respectivo”. De donde igualmente puede colegirse que la acción de estimación e intimación corresponde al abogado, en tanto y en cuanto es él y sólo él quien debe tasar o valorar su propia actuación a los fines de exigir judicialmente su pago.

La especialidad de la Ley de Abogados y su propio objeto hace pensar, entonces, que la intención del Legislador al aprobarla fue no sólo la de crear un procedimiento breve y expedito –como el contemplado– para facilitar al

abogado la obtención, sin demoras, del pago por sus servicios, en obsequio a la labor que presta este profesional y para cuya manutención requiere de una contraprestación inmediata, sino que, en este mismo sentido y por la misma razón, pareciera que el legislador ha procurado conceder la legitimación activa para el cobro al obligado de los honorarios, al profesional del derecho, evitando así que la eventual insolvencia de su cliente y la posibilidad de que éste retenga este concepto, perturbe la condición económica del abogado, a quien, en definitiva, se encuentra fundamentalmente dirigido ese instrumento normativo.

Por otra parte, se dice también que el abogado de una parte no está unido por vínculo alguno con la contraparte de su cliente y que, por ello, no es posible establecer una obligación de la parte vencida para con aquel. Al respecto se ha replicado que la obligación tiene como fuente directa la propia ley, de tal modo que es ésta la que le concede el derecho al abogado y la que obliga a la contraparte vencida. Cabe destacar que el encabezamiento del artículo 286 del mismo código estatuye que “*Las costas que deba pagar la parte vencida por honorarios del apoderado de la parte contraria* estarán sujetan a retasa” (...destacado nuestro), de donde deriva la posibilidad de que a la parte contraria se le exija el pago de este concepto, cuyo titular no es otro que el abogado.

En el tratamiento de este instituto, es absolutamente pacífica y reiterada la opinión de los juristas y de la jurisprudencia acerca de la exclusividad de la legitimación activa del abogado en los procedimientos de estimación e intimación de honorarios profesionales. En efecto, puede apreciarse como, desde por lo menos 1972¹⁰, la jurisprudencia de Casación y nuestros tribunales

¹⁰ Fallo del 26 de julio de 1972, citado parcialmente *supra* (5). Este fallo continúa señalando: La otra situación surge, precisamente cuando ha recaído sentencia definitiva y firme que condene a la parte vencida al pago de las costas, en cuyo concepto entran como elemento principal, los honorarios correspondientes a los servicios prestados por el abogado a la parte victoriosa en la lid judicial.

Esta última situación es regulada por el artículo 23 de la Ley de Abogados y por el artículo 24 de su Reglamento.

El artículo 23 de la Ley dice:

“Las costas pertenecen a la parte, quien pagará los honorarios a sus apoderados, asistentes o defensores. Sin embargo, el apoderado podrá estimar sus honorarios y pedir la intimación al respectivo obligado, sin otras formalidades que las establecidas en esta Ley”.

han venido sosteniendo de manera invariable la tesis según la cual corresponde sólo al abogado el ejercicio de esta especialísima acción, a quien la ley se la ha conferida de manera “personal y directa”.

Puede citarse en este sentido a Faría de Lima, quien parece simpatizar con esta postura, según se desprende de su obra “Honorarios Profesionales de los Abogados”¹¹, en la que se refiere “... a la estimación e intimación de honorarios a la parte condenada en costas, directamente por el apoderado de la vencedora” y comienza citando la aludida sentencia del 26 de julio de 1972.

Y el artículo 24 del Reglamento dice:

“A los efectos del artículo 23 de la Ley de Abogados se entenderá por obligado, la parte condenada en costas”.

Juzga esta Sala que la interpretación armónica de los preinsertos textos jurídicos, de contenido claro y preciso, no puede conducir a otra conclusión, que no sea la de que, por efecto de ellos, el abogado está dotado de una acción personal y directa contra el condenado en costas para hacer efectivo el derecho a ser retribuido por la prestación de sus servicios. Y aunque la Ley hace la declaración de que ‘las costas pertenecen a la parte quien pagará los honorarios’ a sus abogados, la propia Ley, y, en consecuencia con ella, su Reglamento, se encargarán por vía de excepción, de otorgar al abogado una acción directa contra el condenado en costas para obtener la debida contraprestación por los trabajos realizados.

Considera la Sala que, en este aspecto, el ordenamiento positivo ha reflejado, con recto y sabio criterio, los verdaderos términos de la situación, pues aunque desde un punto de vista formal, las costas pertenecen a la parte, el verdadero y legítimo titular, desde el punto de vista sustancial, del derecho a cobrar honorarios es el abogado que los ha devengado a medida que ha ido realizando los correspondientes trabajos judiciales.

De modo que el profesional puede cobrar sus honorarios directamente a la parte que solicitó los servicios, pero también cobrar e intimar los honorarios al ‘respectivo obligado’, que, según lo previsto en el citado artículo 24 del Reglamento de la Ley de Abogados, puede ser igualmente la contraparte de su cliente que haya resultado condenada en las costas. Concuerda con esta doctrina lo sentado por este Alto Tribunal en sentencia del 22 de noviembre de 1966, cuando expresó que constituiría una limitación no prevista en la Ley, el sostener que el litigante victorioso no pudiera referir o trasladar el cobro por concepto de honorarios, que le hubiera formulado su abogado, a quien en definitiva está obligado a pagarlos por haber sido condenado en costas.

Considera la Sala, que el asunto planteado por el recurrente resulta improcedente, pues el abogado estimante tiene una acción personalísima contra el obligado para hacer efectivo sus honorarios profesionales.

¹¹ Faría De Lima, J. J., *Honorarios Profesionales de los Abogados*, Editorial Jurídica Venezolana, p. 37.

Expresa este autor que “como consecuencia de esta declaratoria (...) el ordenamiento positivo ha reflejado, con recto y sabio criterio, los verdaderos términos de la situación, pues aunque desde un punto de vista formal, las costas pertenecen a la parte, el verdadero y legítimo titular, desde el punto de vista sustancial, del derecho a cobrar honorarios, es el abogado que los ha devengado a medida que ha ido realizando los correspondientes trabajos judiciales. De modo que el abogado puede cobrar sus honorarios directamente a la parte que solicitó los servicios, pero también puede cobrarlos e intimarlos al respectivo obligado, que según lo previsto en el citado artículo 24 del Reglamento de la Ley de Abogados, puede ser igualmente la contraparte de su cliente, que haya resultado condenada en costas...”¹²

Refiere igualmente este autor una sentencia de Casación que consideró correcta la sentencia recurrida que decidió que el derecho de estimar honorarios es personal y únicamente puede ejercerlo el abogado que haya actuado y no su mandante. Con efecto, la Casación en la antes mencionada sentencia –expresa–, considera que dada la naturaleza ‘*intuito personae*’ del contrato de mandato que existió entre el poderdante y los Abogados que lo representaron en el juicio de tercería, diferentes a los que ahora los representan en la estimación, ello creó a favor de aquellos mandatarios una acción personal que sólo ellos y únicamente ellos podrán hacer valer, sin que nadie, ni siquiera su mandante, pueda ejercerla en su nombre y representación, si no media entre ellos una cesión de derechos, lo que no está comprobado en el caso de autos, decidiendo en consecuencia la recurrida ‘...que no hay razón jurídica para sostener la validez de una intimación semejante, pues de generalizarse la tesis, se llegaría al absurdo de consagrar la posibilidad de que personas extrañas al Abogado litigante acreedor a sus legítimos honorarios, pudiera valorar y estimar su trabajo profesional y, en consecuencia, realizar dicho juicio (procedimiento) de valor, como si se tratara de un asunto propio...’¹³

Ante estas consideraciones –continúa Faría de Lima– la Casación decidió que la ‘tesis sustentada en la recurrida está ajustada a derecho, ya que, como lo expresa con acierto el sentenciador, la facultad para estimar el valor económico de las actuaciones que haya realizado en un

¹² Idem, p. 38

¹³ Idem, pp. 38 y 39

proceso judicial es un derecho personal que solamente el abogado puede ejercer y en el cual el mandante no pueda subrogarse aduciendo simplemente su condición de acreedor al pago de las costas procesales. Esta conclusión tiene su fundamento jurídico, continúa la Casación, en las previsiones contenidas en los artículos 63 del Código de Procedimiento Civil [del derogado, artículo 167 del actual] y 22, 23 y 24 de la Ley de Abogados, de cuya interpretación en conjunto se infiere que el abogado como persona que presta un servicio profesional, en provecho de su cliente, es quien tiene el derecho exclusivo de poner precio a su labor, estimando el valor de las gestiones que hubiere cumplido, salvo desde luego el derecho de retasa consagrado en la ley a favor del propio mandante o de la parte condenada al pago de las costas procesales¹⁴.

Se pronuncia, también, en torno a la titularidad de esta acción en el abogado, Rengel Romberg, quien distingue entre la tasación de los gastos del juicio “que corresponde hacerla al Secretario del tribunal, conforme al artículo 31 de la Ley de Arancel Judicial”¹⁵, y la tasación de los honorarios del abogado de la parte vencedora, que es una partida importante de las costas y “...que *la hace directamente el abogado de la parte*”¹⁶(destacado nuestro). Señala, igualmente, que “...[l]a Ley de Abogados permite que a los efectos de la condenatoria en costas, los abogados puedan anotar al margen de todo escrito o diligencia, pormenorizadamente, el valor en que estimen la actuación profesional y, en su defecto, lo harán en escrito dirigido al tribunal para ser anexado en el expediente respectivo...”¹⁷y, seguidamente, sostiene “...[e]n todo caso, la parte condenada en costas, podrá pedir retasa de la cantidad *que estime o haya cobrado el abogado de la parte contraria*” (destacado nuestro)¹⁸.

Para Rengel Romberg era una cuestión muy controvertida en el pasado, la forma de intimar a la parte condenada en costas los honorarios de los abogados de la parte contraria¹⁹, situación que creemos no ha dejado de ser polémica, a

¹⁴ Idem, p. 39

¹⁵ Rengel Romberg, Aristides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Editorial Arte, Tomo II, Caracas, 1992, pp. 512 y ss.

¹⁶ Idem, p. 513.

¹⁷ Idem.

¹⁸ *Ibidem*, p. 514.

¹⁹ Idem.

pesar de la nueva norma, debido a la reticencia de algún sector, como más adelante se verá. Así las cosas, relata que se estimaba que la disposición de la Ley de Abogados, según la cual “Las costas pertenece a la parte, quien pagará los honorarios a sus representantes y defensores”, impedía una acción directa del apoderado de la parte victoriosa. Considera, sin embargo, que la cuestión fue aclarada en la vigente Ley de Abogados y en su Reglamento. En este sentido, indica:

El artículo 23 de esta Ley dispone “Las costas pertenece a la parte, quien pagará los honorarios a sus apoderados, asistentes y defensores. Sin embargo, el abogado podrá estimar sus honorarios y pedir la intimación al respectivo obligado, sin otras formalidades que las establecidas en esta Ley”.

El artículo 24 del Reglamento dice: “A los efectos del Artículo 23 se entenderá por obligado, la parte condenada en costas”.

La interpretación armónica de estos textos jurídicos –ha dicho la Casación– no puede conducir a otra conclusión que no sea la de que, por efecto de ellos, el abogado está dotado de una acción personal y directa contra el condenado en costas para hacer efectivo el derecho a ser retribuido por la prestación de sus servicios.

En esta forma –agrega la casación– el ordenamiento positivo ha reflejado, con recto y sabio criterio, los verdaderos términos de la situación, pues aunque desde un punto de vista formal, las costas pertenecen a la parte, el verdadero y legítimo titular, desde el punto de vista sustancial del derecho a cobrar honorarios, es el abogado que los ha devengado a medida que ha ido realizando los correspondientes trabajos judiciales.

La doctrina de la acción directa, que tiende a incorporarse en las leyes y proyectos más recientes, tiene su fundamento en decir de Reimundín, en la insolvencia del cliente y en el temor de que concediéndole a éste el reembolso de las costas, no llegue a manos del profesional que sufragó los gastos y ha prestado sus servicios. Se trata de impedir que el litigante vencedor perciba directamente lo debido por costas y que en rigor pertenece a los profesionales.

La citada doctrina de la casación es concordante con una anterior de la misma Sala, cuando expresó que constituiría una limitación no prevista en la Ley el sostener que el litigante victorioso no pudiera referir o trasladar el cobro por concepto de honorarios, que le hubiere formulado

su abogado, a quien en definitiva está obligado a pagarlos por haber sido condenado en costas.²⁰

Ahora bien, en una interesante sentencia la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 22 de julio de 1992, sostuvo que cuando es la propia parte quien estima las costas, el abogado actúa como representante, pero cuando es el propio abogado quien lo hace, no es ya a nombre de otro (su cliente) sino en nombre propio. En efecto, el referido fallo dejó establecido lo siguiente:

Alega el recurrente que la sentencia contra la cual recurre contiene una contradicción en sus motivos, pues por un lado sostiene que las partes son los litigantes, y por otro lado asienta, que el ganancioso cuando insta al otro por el pago de honorarios, no lo hace en representación de su cliente, sino en nombre propio, rechazando la compensación que se le había propuesto. Que esta manera de sentenciar conduce a la infracción del artículo (...)

Para decidir, la Sala observa:

El artículo 23 de la ley de Abogados dice textualmente:

“Las costas pertenecen a la parte, quien pagará los honorarios a sus apoderados, asistentes o defensores. Sin embargo, el apoderado podrá estimar sus honorarios y pedir la intimación al respectivo obligado sin otras formalidades que las establecidas en esta Ley (...)”.

En criterio de esta Sala, la denuncia es improcedente. En efecto, como lo dice la recurrida, las partes son los litigantes. En este sentido la transcrita disposición expresa, que las costas pertenecen a la parte, quien pagará los honorarios a sus apoderados. En este supuesto, cuando es la propia parte quien estima las costas, el abogado actúa como representante de su poderdante, pero cuando es el propio abogado quien lo hace, no es ya a nombre de otro sino en nombre propio.

Por eso, en el presente caso no hay dispositivo en choque que haga inejecutable el fallo por contradictorio; lo que la recurrida ha dicho, es la interpretación fiel de la disposición legal de la Ley de Abogados.²¹

²⁰ *Ibíd.*, pp. 514-515.

²¹ Consultada en: Apitz, Juan Carlos, *Las Costas Procesales y los Honorarios Profesionales de los Abogados*, Editorial Alva, S.R.L., Caracas, 2000, p. 133 y ss.

Ese mismo fallo ratifica la referida decisión del 26 de julio de 1972, de acuerdo con la cual el abogado puede cobrar directamente al obligado el pago por concepto de honorarios. Llama la atención de esta sentencia la confusión en la que incurre entre los conceptos de costas y el de honorarios, pues distingue entre que sea la misma parte quien estime las *costas* o que sea el abogado; en primer lugar, la tasación de los gastos del juicio (que son las costas, deducidos los honorarios) corresponde hacerla al Secretario, como señala RENGEL ROMBERG, solicitud que naturalmente debe realizar la parte, personalmente, o a través de su apoderado judicial, en cuyo caso, el abogado lo hace en representación de aquélla; en segundo lugar, el abogado no estima las costas (las cuales son de la parte) sino que tasa o valora sus honorarios; creemos que el fallo lo que quiso decir es que a la parte pertenecen las *costas* del juicio y cuando su abogado solicita su importe, éste actúa en nombre de su representado, pero cuando el abogado es quien solicita el monto de las costas en lo que respecta a los honorarios, lo hace en nombre propio, es decir, ejerciendo un derecho propio, estimamos que no otra cosa puede decirse luego que ratifica el aludido fallo de 1972.

3. LEGITIMACIÓN DE LA PARTE PROCESAL VICTORIOSA

El referido artículo 23 de la citada Ley de Abogados ordena: “Las costas pertenecen a la parte, quien pagará los honorarios a sus apoderados, asistentes o defensores...”.

Lo expresado en este precepto sirve de fundamento a la tesis que postula la legitimación de *la parte* (procesal) para exigir judicialmente del obligado el cobro de los honorarios profesionales del abogado, como un elemento comprendido dentro de las costas, que la norma dice expresamente pertenecerle.

Sirve igualmente de sustento la presunción de que como la parte ha asumido el pago de este concepto, por haber pagado a su abogado, durante la tramitación del juicio, el monto correspondiente a sus honorarios, corresponde a ella resarcirse de tal desembolso.

Es necesario precisar que esta postura, esto es, la que reconoce la legitimación a la parte, no desconoce al abogado el derecho que tiene a percibir una

retribución por su patrocinio. Y no podría ser de otro modo, pues, así se encuentra expresamente reconocido en el primer aparte del artículo 22 de la Ley de Abogados que establece expresamente: “El ejercicio de la profesión da derecho al abogado a percibir honorarios por los trabajos judiciales y extrajudiciales que realice, salvo en los casos previstos en las leyes”. Aunado ello a lo establecido en la disposición contenida en el artículo 19 del Reglamento de la Ley de Abogados que de manera clara indica que “[l]a retribución económica de los abogados se fijará en concepto de honorarios”.

Que los honorarios profesionales están comprendidos y, por tanto, constituye uno de los elementos que conforman las costas es una afirmación en la que la doctrina no parece polemizar, de donde resulta fácil para esta postura concluir que si la parte es titular de las costas y éstas comprenden aquellos, ergo la propia parte debiera poder exigir su pago, pues sería absurdo concebir la titularidad de un derecho que no encuentre en el ordenamiento jurídico la posibilidad de su exigibilidad.

Sin embargo, los problemas que se suscitan por la atribución de la titularidad de la acción, tienen efectos más prácticos que jurídicos, toda vez que, por una parte, cuando una persona contrata a un abogado, normalmente, acuerda el precio por sus servicios y lo paga previamente o durante la tramitación del proceso. Luego, cuando se obtiene la condenatoria en costas no puede suponerse que ésta, que es la que ha sufragado todos los gastos ocasionados durante el debate judicial, y muy probablemente ha pagado ya a su abogado sus honorarios, no tenga derecho a reclamar al obligado, condenado en costas, el monto correspondiente a este rubro.

El hecho de que legalmente esté establecido que las costas pertenecen a la parte, conjuntamente con la posibilidad de que ésta, para el momento en que finalice el juicio donde resultó vencedora, haya pagado a su abogado un importe por su labor, conlleva a afirmar que posee un interés, sin duda legítimo, para reclamar judicialmente al obligado el pago de los honorarios profesionales del abogado que previamente ha sufragado, lo que, entonces, la legitimaría activamente.

Al ser evidente entonces que la parte victoriosa en la *litis* posee un interés en resarcirse del monto que tuvo que gastar por tal concepto, tal interés debiera

expresarse en la posibilidad de accionar de manera directa contra el condenado en costas. En este sentido, cabe destacar que el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil contempla:

Para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual. Además de los casos previstos en la Ley, el interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante pueda obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente.

De manera que, no cabe duda de que si la parte posee interés en hacer valer una acreencia de la que se dice titular, y que el ordenamiento jurídico ha reconocido a su favor, es posible pensar que la parte, en cuanto le interesa, se encuentra entonces, de conformidad con la norma transcrita, legitimada para proponer la demanda.

Asimismo, pareciera que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 26 de la Constitución, que puede decirse constituye fundamento de las costas procesales²², autoriza a sostener que si a la parte ganadora no se le reconoce el derecho de accionar y exigir del obligado el pago de los gastos por ella soportados por concepto de honorarios profesionales del abogado, se le estaría transgrediendo este derecho fundamental.

En este sentido, resulta interesante referirnos a una audaz, aunque aislada sentencia²³, muy bien elaborada, expresión de una profunda investigación, que se atrevió a disentir radicalmente de la postura que por décadas había sostenido la jurisprudencia, tanto de los tribunales de instancia, como de las Salas de la

²² Véase, en este sentido sentencia de la Sala Constitucional No. 2801 del 7 de julio de 2004, en la que se dejó sentado lo siguiente: “(...)mecanismo procesal [las costas] que, en definitiva, se justifica y sustenta como garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, para evitar que el proceso cause perjuicios a quien obtuvo la victoria procesal. De manera que la inexistencia de un medio de resarcimiento económico como la condena en costas, implicaría una merma al derecho a la efectividad e integralidad de la tutela judicial que reconoce el artículo 26 del texto constitucional”. (consultada en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/2801-071204-02-2767.htm>).

²³ Consultada en la Revista *Cuadernos Forenses*, Núm. 1, Mayo 1996. Editor Escritorio Jurídico Jaramillo Ramírez & Asociados.

entonces Corte y del Tribunal Supremo de Justicia. Esta decisión que, por cierto, no se solidificó, ya que se trata de un precedente que no fue acogido con posterioridad, se dictó el 14 de febrero de 1996, por el entonces Juzgado Superior Octavo en lo Civil y Mercantil Bancario con competencia nacional y sede en la ciudad de Caracas, constituido con asociados, con un voto salvado²⁴.

El referido fallo se emitió con ocasión de una incidencia, surgida en un juicio²⁵, en la que el tercero opositor a un embargo era el abogado de una de las partes en el proceso principal. Tal incidencia se produjo con motivo del embargo preventivo decretado por el tribunal de la causa, en virtud de la cual el apoderado de la parte actora señaló para ser embargado "...el crédito eventual de que son acreedoras las partes demandadas en este juicio (...) por concepto de costas en el juicio de *Intimacion de Honorarios* (...) contentivo de los autos del juicio intentado por mi representado contra dichos demandados y que ellos han intimado por concepto de costas de acuerdo con sentencia definitivamente firme del Juzgado Superior Segundo..." , lo que, al ser acordado por el Tribunal, fue objeto de oposición por el abogado Luis F. Jaramillo R. procediendo en su propio nombre y por sus propios derechos en el mencionado juicio, aduciendo como fundamento de su actuación "que se ha embargado un bien o crédito de un tercero que está constituido por los honorarios profesionales que como abogados pertenecen a los doctores (...), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley de Abogados"; alegato que fundamentó en la cita de abundante jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal y de manera especial en su fallo del 26 de julio de 1972, dictado por la Sala de Casación Civil.

Cabe destacar que, el tribunal de instancia decidió que como el embargo ejecutado había recaído sobre una acreencia que no estaba en el patrimonio de los demandados, sino en el de terceros debía suspenderse la medida decretada, por tanto, declaró con lugar la oposición formulada y condenó en costas a la parte actora. De esta decisión apeló esta misma parte, con ocasión del cual se produjo el fallo que comentamos.

²⁴ Los jueces asociados fueron: la juez titular de ese Despacho, Carmen Reyes de Moreno, Gonzalo Pérez Luciani y Fernando Martínez Riviello, quien salvó el voto.

²⁵ la demandante era Arrendadora Cavendes C.A. Arrendamiento Financiero y los demandados S.A. Petrolera Las Mercedes y otro.

En lo referente al objeto de nuestra investigación, sostuvo que la cuestión se circunscribía a la interpretación del artículo 23 de la Ley de Abogados, en concordancia con el artículo 24 del Reglamento de dicha Ley. En este sentido, dejó sentado que estas disposiciones debían entenderse e interpretarse conjuntamente con lo que dispone el Código de Procedimiento Civil sobre la materia (artículos 274, 275 y 284), “que ponen de manifiesto el problema central debatido en esta incidencia que consiste fundamentalmente en precisar a quien corresponden o quien es la persona titular del crédito o acreedor de las cantidades de dinero que se denominan costas”.

Así las cosas, comienza el fallo refiriéndose a la noción de costas y siguiendo a V. Pallares, Eduardo (“Diccionario de Derecho Procesal Civil”, México 1973; Págs. 191 y ss.) sostiene que para éste “Sólo el litigante vencedor que haya obtenido una sentencia condenatoria del pago de costas a su favor, es quien tiene el derecho de cobrar las costas”. Y que “(…) los acreedores del litigante vencedor únicamente podrán promover el cobro en los casos de la acción oblicua y, cuando embarguen el crédito, el depositario nombrado podrá hacerlo por ellos. A lo cual se agrega que la obligación de que se trata no da nacimiento a ninguna acción de los terceros interesados en el pago de las costas para cobrar la del litigante vencido. Todos los peritos, los abogados y los testigos carecen de dicha acción para obtener el pago de sus honorarios y gastos. Sin embargo pueden intentar la acción oblicua cuando el litigante vencedor no les paga y no los cobra al litigante vencido (ibidem, Págs. 192 y 194)”.

Seguidamente, el fallo repasa el criterio sostenido por la más calificada doctrina patria. En este sentido, señala que los comentaristas del Código de 1916 no dudaban de la interpretación de las normas que sólo mencionaban al sujeto pasivo de las costas. Para Borjas, explica el fallo:

la condenación sólo obra sus efectos a favor de la contraparte vencedora, o mejor dicho no es condenado en costas sino respecto de la parte contraria, y con mayor precisión añade: ‘El abogado de la parte gananciosa no podrá por sus propios derechos intimar a la vencida el pago de sus honorarios ni los acreedores del vencedor que lo fueren por gastos del proceso pueden ejercer sus acciones contra la contraparte perdidosa. Esta es deudora únicamente de su adversario judicial, no de los terceros en ejercicio de sus personales derechos, aunque sean

acreedores por gastos del juicio' (BORJAS, ARMINIO: 'Comentario al artículo 172 del Código de Procedimiento Civil de 1916').

Por su parte –refiere el fallo–, Marcano Rodríguez sostenía que:

la sentencia no establece relaciones jurídicas sino entre los litigantes mismos, tanto respecto del fondo de la controversia como respecto de las costas que no son sino un accesorio de ellas. Las partes, pues, no pueden, en ningún caso, por efecto del pleito, ser acreedores o deudoras del apoderado de su contraria y ante una condenación en costas, el único acreedor del vencido es su propio vencedor. De esto se sigue en rigor de principio, el apoderado de la parte vencedora no puede por propio derecho instar a la que habiendo sucumbido haya sido condenada en las costas, al pago de los honorarios que hubiere devengado en defensa de su cliente. Los honorarios forman parte de las costas, son un renglón de ellas y toda gestión que haga el apoderado para hacer efectivo el pago de la condenación, no puede ser a otro título que el de representante del ganancioso en la litis: es a éste a quien debe el vencido restituir los gastos judiciales que hubiere hecho aquél en el pleito, e indemnizarlo de lo que por honorarios tenga, según la fijación definitiva, que pagar a su apoderado'...

...omissis...

‘Y si a veces en la práctica vemos al apoderado cobrando personal y directamente sus honorarios del condenado en las costas, no es sino por efecto de una delegación en virtud de la cual el litigante ganancioso a la vez deudor de su apoderado por los honorarios y acreedor del vencido por la misma suma, da al apoderado por deudor su propia deuda, en razón de la cual el apoderado al instar al perdidoso el pago de sus honorarios no lo hace ya en representación de su cliente, que ha dejado de ser acreedor del vencido, sino en su propio nombre como delegatario. Pensamos que en este caso, salvo prueba en contrario, sólo se trata de una delegación imperfecta y, en consecuencia, el apoderado tendrá siempre acción contra el vencedor delegante, en caso de que el delegado resulte insolvente (Véase Marcano Rodríguez, R. “Apuntaciones Analíticas”, Caracas, 1960, Vol. III, Págs. 141 y 142).

Ante estas últimas palabras de Marcano Rodríguez cabe preguntarse cómo se ha operado esa especie de novación que se denomina delegación y regulada por los artículos 1.316, 1.317 y 1.318 del Código Civil. Este Tribunal considera que la figura de la delegación a que se refiere el comentarista patrio está

tomada de la doctrina francesa que se basa en normas diferentes a las del ordenamiento venezolano. La respuesta a tal pregunta relativa a quién es el sujeto activo acreedor de las costas, ya que las normas procesales sólo indican la persona del sujeto pasivo deudor, se encuentra en el ordenamiento venezolano.

Se explica en la decisión que la respuesta a la pregunta relativa a quién es el sujeto activo acreedor de las costas, ya que las normas procesales sólo indican la persona del sujeto pasivo deudor, se encuentra en el ordenamiento venezolano en las leyes que regulan la profesión del abogado.

En este punto, estimamos oportuno referir dos cuestiones en relación con esta decisión; en primer lugar, debe indicarse que el fallo, seguidamente, se dedica a descifrar la "...pregunta relativa a quién es el sujeto activo acreedor de las *costas*, ya que las normas procesales sólo indican la persona del sujeto pasivo deudor...", acerca de lo que —como se dijo— no parece haber polémica, pues todo indica que el verdadero y único titular es la parte. Acerca de lo que sí parece haber incertidumbre o dudas es en lo referente a quién es el verdadero titular de los *honorarios* y, por tanto quién es el autorizado para reclamarlos, respuesta que parece alcanzar el fallo sobre la base de argumentos que sustentan a aquella pregunta y no a ésta, como se verá. En segundo lugar, debe señalarse que la doctrina analizada en el fallo es anterior a la Ley de Abogados de 1966, instrumento que luego de señalar, en su artículo 23, que las costas pertenecen a la parte, establece de manera categórica que "...sin embargo, el abogado podrá estimar sus honorarios y pedir la intimación del respectivo obligado...". Con razón dice Rengel Romberg, en su citada obra, que se trata de "...una cuestión muy controvertida en el pasado".^{26 27}

²⁶ Ob. Cit. p. 514.

²⁷ Véase sentencia dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Exp. 93-672, del 15.12.94, caso: Jesús Alfredo Moreno La Cruz vs. C.A. Electricidad de Caracas), en la que se señaló:

"Expresa el artículo 23 de la Ley de Abogados: (...) La disposición transcrita establece, como regla general, que las costas pertenecen a la parte, quien pagará los honorarios y estatuye una excepción que otorga al abogado acción personal y directa contra el condenado en costas, para hacer efectivo el derecho a ser retribuido por la prestación de sus servicios.

En el pasado se sostuvo que la condena en costas sólo obra efectos a favor de la contraparte vencedora, y el abogado de la parte gananciosa no podrá por sus propios derechos intimar a la vencida el pago de sus honorarios. (Cf. Arminio Borjas, Comentarios... Tomo II, p. 148).

El fallo que comentamos, luego de continuar con un recuento histórico²⁸ sostiene que en la Ley de Abogados del 25 de julio de 1957 desapareció la referencia al sujeto activo acreedor de las costas, habiendo reaparecido en la vigente ley del 16 de diciembre de 1966, donde se adopta la redacción actual, contenida en el artículo 23, en cuyo Reglamento aparece su norma secundaria, inserta en el artículo 24, disposiciones éstas que –señala la sentencia– han sido interpretadas por la Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia, particularmente en la varias veces citada sentencia del 26 de julio de 1972, cuyos párrafos transcribió el fallo, con el reconocimiento de que la doctrina allí contenida había sido repetida en varias oportunidades por la misma Sala.

Ahora bien, la sentencia halló que la aludida jurisprudencia no resolvía el problema a fondo. Al respecto, estimó:

Dicho sistema dificultaba al profesional el cobro de los honorarios, por lo cual la ley acordó, por vía de excepción, otorgar acción directa al abogado, para estimar e intimar sus honorarios al condenado en costas con los límites establecidos por el Código de Procedimiento Civil. Dicha acción no excluye la regla general antes transcrita que constituye a la parte victoriosa en acreedor de las costas, y por tanto le permite intimar su pago, incluido en éste los honorarios de abogados, sin que sea menester la demostración del previo pago a los profesionales que intervinieron representándolo o asistiéndolo, como sostiene el formalizante, pues la Ley no lo obliga a ello, y el uso del verbo en tiempo futuro –pagará los honorarios, dice la Ley– no permite excluir la posibilidad de que la parte victoriosa pague los honorarios luego de cobrar las costas”. (destacado nuestro).

²⁸ “La Ley de Abogados y Procuradores del 30 de junio de 1915 que era ley vigente al momento de sancionarse el Código de 1916, no traía respuesta a la pregunta que se ha formulado. Sólo se regulaban los honorarios del abogado en causa propia y algunas disposiciones sobre retasa de los honorarios de abogados solicitada por los poderdantes y por la parte condenada en costas. Es sólo en la Ley de Abogados y Procuradores del 15 de julio de 1927 que aparece la norma que señala a la persona acreedora de las costas así:

Art. 16 cuando no hubiere estipulación previa de honorarios la parte defendida o representada podrá pedir retasa de lo cubre (sic) el abogado o procurador; pero la parte condenada en costas podrá en todo caso pedir retasa de los honorarios del abogado o procuración de la parte contraria.

Parágrafo 1°. Las costas pertenecen a la parte, quien pagará los honorarios a su representante. Esta última norma permanece idéntica en las leyes de abogados y procuradores del 16 de julio de 1930; de 19 de octubre de 1937; en la Ley de Abogados de 3 de agosto de 1942. En la Ley de Abogados de 25 de julio de 1957 desapareció la referencia al sujeto activo acreedor de las costas, habiendo reaparecido en la vigente Ley de 16 de diciembre de 1966...”.

Este problema consiste en que el abogado apoderado de una de las partes en juicio está unido o vinculado a la misma por un contrato de mandato remunerado. Pero este mismo, (sic) abogado apoderado de una de las partes no tiene vínculo jurídico alguno que le otorgue derechos o le imponga obligaciones respecto a la otra parte. En estas circunstancias, cómo puede explicarse que el abogado de una de las partes se convierta en acreedor de la otra parte. Todavía se hace más difícil explicar esta situación cuando la ley declara enfáticamente que las costas pertenecen a la parte, esto es, que el acreedor de las costas es la contraparte, el único titular de las mismas.

De acuerdo con una teoría jurídica combatida por algunos, el proceso es una relación jurídica trilateral; una parte de la (sic) constituye el actor; otra, el estado como juez, y por último el demandado o sea el sujeto en frente o contra el cual se instaura el proceso (V. ZANZUCCI, MARCO TULLIO; 'DIRITTO PROCESUALE CIVILE', Milano, 1948; Vol. I, págs. 61 y ss.). En estas relaciones judiciales los abogados apoderados de las partes se confunden con éstas: la relación del apoderado con su cliente tiene una naturaleza contractual diferente de la relación que el proceso crea entre las partes. Debe entonces explicarse en términos jurídicos como (sic) es posible que el apoderado pase de la situación en que se encuentra en el contrato bilateral de mandato, a acreedor de un tercero con el cual no lo une ninguna relación jurídica.

De seguidas, el fallo explica el concepto de parte, para luego hacer referencia a dos ordenamientos extranjeros como el italiano y el francés

en los que existe en materia de costas una figura que se conoce con la palabra francesa 'distracción', por la cual la condena del vencido respecto del vencedor no presenta dificultad alguna, pero la ley en el deseo de favorecer al procurador le concede el derecho de pedir que la condena en costas se dicte a su favor y ello con un doble motivo: la insolvencia del cliente y el temor de que concediendo a éste el reembolso de las costas, éstas, por cualquier motivo, no lleguen a manos del procurador que las anticipó (Cfr. CHIOVENDA, JOSE; "La condena en costas", trad. esp. Madrid, 1918, págs. 440 y ss. Nota: Las consideraciones subsiguientes están tomadas de la misma obra)²⁹

²⁹ En este orden de ideas, continúa el fallo explicando lo siguiente:

Francia según el insigne autor que se sigue, es por decirlo así la creadora de la 'distracción'. Allí se pasó sin dificultad de la cesión voluntaria (cesión de crédito de la parte a su abogado) a la

Y, regresando al derecho positivo venezolano, expresa que el artículo 275 del Código de Procedimiento Civil establece la compensación entre las costas de la parte vencedora con las que pudiera corresponder a la parte vencida, de conformidad con el artículo 284 *eiusdem*, siendo evidente entonces que, en este caso, la extinción de ambas acreencias y deudas recíprocas opera de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.332 del Código Civil.

A juicio del Tribunal sentenciador, el acreedor de la parte vencedora que en juicio separado ha solicitado el embargo del crédito de costas y lo ha obtenido,

separación y atribución directa por el juez al procurador del vencedor de las costas debidas por el vencido y la práctica fue madurando este instituto que tenía por objeto impedir que el vencedor percibiera directamente lo debido por el vencido y que en realidad pertenecía al procurador de aquel.

La evolución de esta figura llevó al jurisconsulto Pothier a tratar de explicar esta desviación de las costas hacia el procurador, como una cesión forzada del crédito de costas al procurador. Puesto que el cliente no podía negarse en justicia a la cesión del crédito de costas, a ello equivale el que el procurador lo pida al magistrado aun sin consentimiento de su cliente. De acuerdo con esta teoría era necesario reconocer que la parte gananciosa había sido titular del crédito del que se hacía cesión, el (*rectius*: al) menos por un momento ideal. De esto se deducía que la compensación pudiera extinguir el crédito antes de la cesión, pero Pothier rechazaba esta lógica consecuencia y señalaba que el crédito de costas pasaba directamente al procurador. La sanción de un nuevo Código de Procedimiento Civil francés complicó aun más las explicaciones teóricas para justificar la ‘distracción’. Una de las tesis más comentadas –dice Chiovenda– después de aquella de la cesión fue la de la subrogación entendida al parecer como subrogación legal. Otros prefirieron la novación y otros la delegación. (esta última hace recordar a Marcano Rodríguez). Las conclusiones y razonamientos de la doctrina deben detenerse al hacerse referencia al derecho positivo. El nuevo Código de Procedimiento Civil francés en su artículo 699 dispone que ‘Los abogados y los representantes (‘*avoués*’) pueden en las materias en que su ministerio es obligatorio, solicitar que la condenación en los gastos (‘*depéns*’) sea acordada en provecho del derecho de recobrar directamente contra la parte condenada, aquellos gastos los cuales han avanzado, sin haber recibido su reembolso.

La parte contra la cual la recuperación se solicita puede siempre deducir, por compensación legal, el monto de su acreencia de gastos (‘*depéns*’).

El Código italiano en su artículo 93, bajo el epígrafe de ‘*Distrazione delle spese*’, dice ‘El defensor con poder puede pedir que el juez, en la misma sentencia en la cual condena a las costas (*spese*) distraiga en su favor y en favor de los otros defensores los honorarios no percibidos y los gastos que declara haber anticipado. Hasta que el defensor no haya conseguido el reembolso que le ha sido atribuido, la parte puede solicitar del juez, en la forma establecida para la corrección de las sentencias, la revocación del proveimiento cuando demuestre haber satisfecho el crédito del defensor por sus honorarios y los gastos.

no tiene por qué ser preterido frente a otro posible acreedor como es el apoderado en juicio por sus honorarios, ya que éste no tiene ningún privilegio.

De modo que —afirma— de admitirse la argumentación del opositor a la medida de embargo, y la interpretación que se da a la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, podría presentarse problemas poco menos que irresolubles. Si se imagina un litigio o proceso donde han intervenido varios apoderados, sucediéndose cronológicamente unos a otros y extinguidos los mandatos de los primeros, el último apoderado ¿qué reclamaría? ¿cómo habría de proceder el juez para distribuir el monto mínimo de los honorarios entre abogados que ya no guardan ninguna relación con el litigio y el último de los apoderados?

En criterio de ese Tribunal, constituido con Asociados, “la norma del artículo 23 de la Ley de Abogados y en consideración a la sanción del nuevo Código de Procedimiento Civil que establece la compensación de las costas recíprocas, debe entenderse en el sentido de que *el abogado no ejercita un derecho propio, sino el derecho de su cliente a quien pertenece el crédito de las costas*” (destacado nuestro). Nótese como el Tribunal concluye en que el abogado no ejercita un derecho suyo, pues está ejercitando un derecho de su cliente, quien es el titular de las *COSTAS*, resultado final al que condujo toda la argumentación del fallo, que, sin embargo, no afrontó la cuestión que se imponía, la cual era determinar, quién era el titular de los *HONORARIOS* y, por ende, el legitimado activo de los mismos.

Por su parte, el voto salvado, formulado por el Dr. Fernando Martínez Riviello, indicó lo que a continuación nos permitimos transcribir, toda vez que expresa los argumentos que sustentan la opinión contraria:

La cuestión controvertida, se plantea en relación a tres cuestiones fundamentales, a saber: a) Si es posible que el apoderado de alguna de las partes intervenga en las causas pendientes entre éstas, con el carácter de tercero; b) Si los honorarios estimados a la parte vencida, condenada en costas, pertenecen a la parte vencedora o a los apoderados de ésta; y, c) Si como consecuencia de los planteamientos anteriores puede ser embargada la parte de las costas correspondientes a los honorarios en un juicio que se intente contra la parte que resultó vencedora.

El aludido juez asociado se refiere a cada uno de los planteamientos efectuados y, en cuanto al primero señala, entre otras cosas, que del escrito de oposición

presentado por el abogado se desprende que el mismo “formula la oposición en su propio nombre y por sus propios derechos, alegando que la acreencia embargada no pertenece a los demandados, contra quienes fue librada la medida preventiva, sino que, por tratarse de una intimación exclusivamente de honorarios profesionales, pertenece a los abogados intimantes, uno de los cuales es él, como contraprestación por los trabajos realizados en el juicio en el cual éstos fueron causados; por lo que de conformidad con el artículo 587 del Código de Procedimiento Civil, no pudieron ser objeto de una medida de embargo que había sido decretada contra terceras personas”.

En cuanto a la segunda cuestión, relativa a la titularidad del crédito sobre el cual recayó la medida de embargo, señaló que “...la misma se plantea en relación a la interpretación del artículo 23 de la Ley de Abogados en concordancia con el artículo 24 de su Reglamento, en lo relativo a determinar A QUIÉN PERTENECEN LOS HONORARIOS ESTIMADOS O INTIMADOS A LA PARTE VENCIDA, CONDENADA EN COSTAS; si a la parte vencedora o a los apoderados de ésta” (destacado nuestro).

Continúa explicando entonces el referido asociado disidente lo siguiente:

Siguiendo doctrina de muy antigua data, el artículo 23 de la Ley de Abogados vigente establece como regla general que las costas pertenecen a la parte quien pagará los honorarios a sus apoderados, asistentes o defensores. Sin embargo, el abogado podrá estimar sus honorarios y pedir la intimación al respectivo obligado, sin otras formalidades que las establecidas en esta Ley. Es pacífico el criterio, tanto doctrinal como jurisprudencial de que por costas se entiende todos aquellos gastos o expensas hechos en un proceso para hacer valer un derecho, dentro de los cuales se comprenden, los desembolsos hechos para cubrir aranceles judiciales, papel sellado, timbres fiscales, remuneraciones a auxiliares de justicia como peritos, depositarios, testigos e inclusive honorarios de abogados.

No hay la menor duda, pues, que los honorarios de los abogados que actúan en representación de las partes en el juicio, son componente o un renglón específico de las costas procesales. De tal manera que, según la regla general consagrada en el artículo antes citado, la parte vencedora tendría derecho contra la parte vencida a cobrar los honorarios pagados a su abogado. Pero esta interpretación aparentemente lógica no es la que se compadece con la intención del

legislador plasmada en el artículo 23 de la vigente Ley de Abogados que textualmente establece:

...omissis...

Ocurre que el propio artículo 23 de la Ley de Abogados, en concordancia con el artículo 24 de su Reglamento, establece un régimen especial o, como lo ha señalado la doctrina de nuestro más alto Tribunal, una excepción a esta regla general, por lo que respecta a esa particular y específica parte o renglón de las costas que constituyen los honorarios de los abogados, cuando en la primera de las disposiciones citadas establece: Sin embargo, el abogado podrá estimar sus honorarios y pedir la intimación al respectivo obligado, sin otras formalidades que las establecidas en esta Ley, y en la segunda de ellas, dispone: ‘A los efectos del artículo 23 de la Ley se entenderá por obligado, la parte condenada en costas’. De lo anterior se infiere claramente que la intención del Legislador fue la de consagrar un derecho directo del abogado contra el condenado en costas para obtener de éste el pago por sus honorarios, con la limitación establecida en el artículo 286 del Código de Procedimiento Civil [30%] que textualmente establece:

...omissis...

El asociado que salva su voto quiere resaltar en cuanto a la interpretación del artículo 23 de la Ley de Abogados que el mismo cambió sustancialmente la redacción y el sentido de lo que las Leyes de Abogados anteriores regulaban respecto al derecho del abogado a cobrar honorarios y su respectivo obligado. El artículo 15 de la Ley de Abogados del 3 de agosto de 1942 establecía:

“Cuando no hubiere estipulación previa de honorarios, la parte defendida o representada, podrá pedir retasa de lo que estime el abogado o procurador; pero la parte condenada en costas podrá en todo caso pedir retasa de la cantidad que estime o haya cobrado el abogado o procurador de la parte contraria. Parágrafo único: las costas pertenecen a la parte quien pagará los honorarios a su representante”.

Igual redacción a la anterior encontramos en las Leyes de Abogados y Procuradores de 1927, 1930 y de 1936. Es justamente con la reforma de 1966 cuando se introduce la acción directa del abogado contra el condenado en costas, cuando la pretensión consiste en el monto de sus honorarios, se legitima directamente al abogado para que cobre sus honorarios y se hace innecesaria la cesión del crédito que debía

hacer la parte vencedora a favor de su abogado para que éste cobrase directamente a la parte vencida el monto de sus honorarios.

Seguidamente, el autor del voto reseña la opinión de J.J. Faría De Lima y Rengel Romberg al respecto –referida anteriormente–, así como también alude y cita la jurisprudencia patria respecto al tema, para referirse a continuación al derecho comparado a los fines de entender

el verdadero sentido de la redacción del actual artículo 23 de nuestra Ley de Abogados al establecer: ‘Sin embargo, el abogado podrá estimar sus honorarios y pedir la intimación al respectivo obligado, sin otras formalidades que las establecidas en esta Ley...’. Cambiándose de esta manera lo establecido en las leyes anteriores nos encontramos que ciertamente, los antecedentes de esta excepción al principio de que las costas pertenecen a la parte, que dota al abogado de la parte vencedora de una acción directa y personal contra el condenado en costas, para el cobro de sus honorarios, se encuentra en la llamada ‘distracción’ francesa y más modernamente en la condena en costas a favor del procurador, de la legislación italiana. Se trata en sustancia de una disposición legal que concede al procurador, que sufragó por la parte los gastos del juicio, el derecho de pedir que la condena en costas se dicte a su favor, ‘con un doble motivo: la insolvencia del cliente y el temor de que concediendo a éste directamente el reembolso de las costas, éstas, por cualquier motivo, no lleguen a mano del procurador que las anticipó’...³⁰

³⁰ Luego señala:

“A este respecto el ilustre procesalista italiano, José Chiovenda, (La Condena en Costas. Ediciones Minerva, pp. 447-448) al hacer referencia a las distintas teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica de la llamada ‘distracción’, ya como una cesión, como una subrogación legal, como una novación o como una delegación, expresa que ‘fácilmente se aprecia lo que, en su aparente variedad, tienen de común estos sistemas, y que yo he denominado su error fundamental, o sea el considerar que las costas distraídas o separadas por virtud de la sentencia, pertenezcan realmente al vencedor’.

De manera que ya en su antecedente más remoto se advierte como aspecto fundamental que lo que el legislador persigue es reconocer al abogado la titularidad del derecho a cobrar sus honorarios directamente al condenado en costas, para ponerlo a salvo de la insolvencia o la malicia de su cliente.

Al hacer referencia al sistema adoptado por la legislación italiana, el autor que comentamos expresa (Ob. Cit. p. 453) que ésta ‘Ante todo ha suprimido el nombre de distracción que no responde en absoluto a la idea; con lo cual y disponiendo que la condena en costas se haga

Finalmente, sostiene el disidente que

a partir de estas consideraciones doctrinarias sobre la ‘distraction’ consagratória de un crédito directo del procurador contra el vencido,

directamente a favor del procurador, ha quitado toda idea de transferencia o paso de crédito del cliente al procurador. Admitiendo, en cambio, el reparto de la condena en costas entre el procurador y el cliente, ha acentuado mejor aun el carácter personal y autónomo del crédito de aquel’.

Por manera que el criterio que priva en relación al derecho del procurador a hacer efectivo directamente de la parte vencida el cobro de las costas, no es el de estimar que ‘la distracción’ en su favor de una parte del crédito perteneciente a su cliente, constituya una transmisión simultánea o sucesiva de éste, sino el de que la condena en costas le atribuye un derecho de carácter personal y autónomo.

Para poner de relieve este carácter autónomo y personal del derecho que la condena en costas atribuye al procurador, el insigne tratadista, señala dos cuestiones fundamentales: a) que ‘el vencido no puede oponer eficazmente al procurador la compensación de un crédito que tenga contra el cliente’, lo cual ‘no se discute ni por los autores ni por la jurisprudencia’ y, en nuestro caso, ha sido admitido en diferentes fallos de nuestra Sala Casación Civil en relación al derecho que tiene el abogado para cobrar directamente sus honorarios al vencido, condenado en costas, y b) que ‘el procurador debe restituir las costas percibidas cuando sea casada la sentencia que condena a ellas’. A este respecto, expresa que ‘con la condena en costas se crea una relación directa e independiente del crédito y débito entre aquel (el procurador) y el vencido’, (Ibidem, pág. 460), el vencido, continúa sosteniendo, no debe al vencedor las costas adjudicadas al procurador como mandatario de su cliente, la reclamación, en caso de anulación de la sentencia que condena en costas, por la restitución de aquellas percibidas por éste, tendría que dirigirse contra el cliente y no contra el procurador.

En nuestra legislación, a diferencia de la ‘distraction’ francesa y de la condena en costas en favor del procurador de la legislación italiana, no es por efecto de la sentencia, sino por imperio de la ley como nace el derecho del abogado a cobrar directamente sus honorarios de la parte vencida condenada en costas. Entre nosotros no existe la figura del procurador, que sufraga por la parte los gastos del pleito, sino que la representación de la parte la ejerce el abogado, quien tiene derecho a percibir honorarios por los trabajos judiciales que realiza. En uno y otro caso, al lado de la acción del procurador, nacida del fallo, o de la del abogado nacida de la ley, coexiste la acción contra el cliente nacida del mandato, pero como señala Chiovenda, ‘no por esto el cliente es acreedor del vencido respecto de las costas adjudicadas al procurador’, en nuestro caso, respecto de los honorarios del abogado. Por lo que, para el abogado, al igual que como señala el citado autor, respecto del procurador, hay dos deudores –el cliente y el vencido– ‘y ambos deben las costas por estar entre sí en un relación semejante a la que nace de la garantía solidaria. Si el cliente, obligado o espontáneamente pagase las costas (en nuestro caso los honorarios de su abogado), se convertiría en acreedor del vencido respecto de ellas’. De manera que la transmisión del crédito se produciría del abogado a su cliente, si éste le cancelase sus honorarios, pero no a la inversa. Por el contrario, si es la parte vencida la que pagase al abogado sus honorarios, liberaría al cliente de la obligación a su cargo nacida del mandato, si ambos montos

que se remonta a textos legales muy antiguos, cuyas primeras referencias se encuentran en el Reglamento de Luis XV sobre el procedimiento del Consejo, de 28 de junio de 1738, que nuestra legislación ha hecho admisión de la norma contenida en el artículo 23 de la Ley de Abogados, en concordancia con el artículo 24 de su Reglamento y que la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal ha concluido por sostener que, por vía de excepción, ‘el abogado está dotado de una acción personal y directa contra el condenado en costas por la prestación de sus servicios’, de la misma manera que el procurador en la doctrina comentada, respecto de las costas que le fueran adjudicadas en la sentencia.

Y que por efecto de la condena en costas la parte vencida queda obligada al pago de los honorarios del abogado de la parte vencedora, pero como quiera que éstos, aun siendo un renglón o parte componente de las costas, constituyen un crédito personal del abogado que los ha devengado a medida que ha ido realizando sus trabajos en el juicio, la ley, por vía de excepción, por idénticas razones que en el caso de la ‘distraction’ francesa o en la condena en costas a favor del procurador de la legislación italiana, crea una relación directa e independiente de crédito y débito entre el abogado y el obligado (condenado en costas) al pago de los honorarios. Por manera que, el abogado, al ejercer la acción directa y personal contra el condenado en costas para el cobro de

fuesen equivalentes, o el abogado abonaría dicha suma a la cuenta de éste, si dicha cantidad fuera inferior al monto de los honorarios pactados entre aquel y su cliente.

Por otra parte, se ha querido ver la compensación de costas por vencimiento recíproco, prevista en nuestra legislación en el artículo 275 del Código de Procedimiento Civil y la compensación de las costas causadas en la incidencia con las impuestas en la definitiva, artículo 284 ejusdem, como una demostración de que la norma que dota al abogado de acción contra el condenado en costas por las prestaciones, no le hace titular de un derecho personal y autónomo sino que, en todo caso, lo que hace es dotarlo de legitimidad para accionar un derecho que pertenece a su cliente. Quienes sustentan este criterio se fundamentan en una analogía que no existe entre la compensación de costas y la del Derecho Civil, porque en este último caso, se verifica la extinción de obligaciones recíprocas entre deudores, lo cual haría suponer que la obligación del vencido corresponde a un crédito que pertenece a la vencedora. Pero, en cambio, la compensación de costas no se produce por la extinción de recíprocas obligaciones preexistentes, sino como señala Chiovenda ‘como resultado del encuentro de dos condenas’, lo cual no da lugar al nacimiento de obligaciones que pudieran extinguirse. Es por ello que el comentado autor, haciendo notar la falta de propiedad del término, debido a la diferente significación que tiene en el Derecho Civil, encuentra más apropiado el ‘tecnicismo adoptado por las leyes alemanas: remisión (condonación) recíproca’...”

sus honorarios, ejerce un derecho propio, independiente y autónomo, que no pertenece a la parte gananciosa.

4. NUESTRA POSICIÓN

La sentencia comentada, dictada por el Tribunal con asociados, fue divulgada en una revista forense en la que el Director de la misma, quien era el abogado a quien se le discutió el derecho a los honorarios, comentó, con tal ocasión, que la tesis utilizada en el aludido fallo estaba sostenida sobre dos argumentos, a saber: el primero, lo extraía del texto de la primera parte del artículo 23 de la Ley de Abogados, que dice: “las costas pertenecen a la parte quien pagará los honorarios a sus apoderados, asistentes o defensores” y, el segundo, lo sitúa en el hecho de que el apoderado de una de las partes no tiene vínculo jurídico alguno con la contraparte de ésta, que le otorgue derechos frente a ella o le imponga obligaciones para con aquel. Explica a continuación que el fallo no advierte que el vínculo jurídico que otorga derechos al apoderado de la parte vencedora frente a la parte vencida, condenada en costas, para el cobro de sus honorarios profesionales, tiene su origen en la fuente por excelencia de derecho y obligaciones que es la Ley. Apreciación ésta que compartimos, pues creemos que, en efecto, ese es el origen de la obligación de la parte vencida en el juicio y condenada en costas y del recíproco derecho del abogado de la parte contraria en el juicio donde ésta resultó victoriosa, por los trabajos efectuados en el mismo.

Agregó, igualmente, el citado abogado que “[e]n efecto, en la parte, lamentablemente omitida en sus consideraciones, del artículo 23 de la Ley de Abogados, en concordancia con el artículo 24 del Reglamento de la misma, se consagra este vínculo jurídico, al estatuir que el ‘abogado podrá estimar sus honorarios y pedir la intimación al respectivo obligado (la parte condenada en costas), sin otras formalidades que las establecidas en la Ley’ dando así acogida, a la teoría de la acción directa, de amplia difusión doctrinaria, según la cual como expresan los hermanos Mazeaud, el titular de la misma ‘adquiere... un derecho contra una persona con la cual no había contratado’.

Al respecto, sostenemos que existe una habilitación legal precisa y, además, querida por el Legislador para que el abogado proceda directamente a reclamar

del obligado su pago. De allí que resulta indudable que la obligación del condenado en costas tiene su fuente en la propia Ley³¹.

Consideramos entonces, siguiendo la opinión doctrinaria antes referida, el criterio reiterado por la jurisprudencia y la opinión vertida en el voto salvado del aludido fallo del 14 de febrero de 1996, dictado por el Tribunal con Asociados, que la titularidad para el cobro de los honorarios causados en un juicio, de conformidad con lo establecido en la Ley de Abogados, reside siempre en el abogado, quien puede estimarlos para que el tribunal intime a su cliente al pago, o para que se intime a la parte condenada en costas. La parte sólo – y sólo si al abogado ya se le han pagado sus honorarios– reclama una acreencia a su favor que forma parte de las costas procesales.

³¹ Tal carácter ha sido reconocido por la jurisprudencia. En este sentido véase sentencia No. 472 de la Sala de Casación Civil del 26 de octubre de 1995, en la que se dejó sentado: “situación enteramente distinta, por no mediar ni contrato de honorarios profesionales ni resultar un cuasi contrato, como afirmaba doctrina procesal superada, es la situación del totalmente perdidoso en juicio y condenado en costas del proceso, porque lo que une a todos los intervinientes en él, hoy en día, tal como se sabe, y con arreglo a lo que enseña la más acreditada doctrina al respecto, no es ni un vínculo contractual ni tan siquiera que tal vínculo resulte parecido al contrato (...). En este orden de ideas, las costas del proceso, aunque no forman parte de la relación jurídica discutida, pero sí del dispositivo de la sentencia que la resuelve, son los gastos ocasionados como consecuencia directa de las actividades de las partes en el mismo (...) y adquiere su coercibilidad al momento de quedar firme la sentencia al momento de quedar firme la sentencia, en la cual conforme a la ley, se debe determinar quién debe pagarlas, es decir, el obligado. Dentro de estos gastos se encuentran, lógicamente lo pagado o lo adeudado a los abogados de las intervinientes en él, por concepto de honorarios profesionales. Su origen, por tanto, no es contractual como los supuestos anteriores, sino netamente legal en resarcimiento del perdidoso (...) con fundamento en que nadie puede enriquecerse sin el correlativo empobrecimiento del otro. Así, si la Ley no hubiera puesto la condena en costas de quien pierde totalmente un proceso o una incidencia, y a favor de quien gana, aquel se estaría enriqueciendo injustamente por no reembolsarle los gastos en que incurrió al ser obligado a litigar. Es claro, entonces, que el origen de los honorarios de abogado que han de pagarse dentro del concepto de costas del proceso, no es ni mucho menos contractual sino legal. Por ello es la propia Ley la que establece la limitación a la obligación del vencido condenado en costas, en cuanto a la obligación de pagar honorarios profesionales a la parte gananciosa que aparece en el artículo 286 del Código de Procedimiento Civil. Limitaciones que se explican, lógicamente, por no mediar entre el obligado a pagarlas y el acreedor, ninguna relación de tipo convencional en cuanto a este punto, por surgir la obligación del pago de las costas por ministerio de la ley, salvo el derecho de retasa que también le asiste...”.

En este sentido, y de conformidad con lo establecido en el primer aparte del artículo 22 de la Ley de Abogados, que preceptúa expresamente el derecho del abogado a percibir honorarios por los trabajos que realice, cualquier posición debe convenir en que es el abogado el titular de los honorarios y a quien asiste el derecho de hacer efectivo el cobro por sus servicios. Ante tal consagración esa misma Ley le permite (al abogado), a través de un procedimiento breve y ágil³², accionar contra su cliente, o, como una especie de prerrogativa procesal, contra la parte vencida; en principio, de manera excluyente, de tal modo que si demanda al primero, no podría hacerlo con respecto al segundo, contra quien sólo podrá accionar la parte procesal victoriosa, a nuestro juicio a través de un procedimiento distinto al previsto en la Ley de Abogados, como referiremos luego. Y, viceversa, si el abogado decide que se intime al vencido, con el pago de éste, queda liberado el cliente, salvo que hubiese convenido con éste un monto superior por honorarios, en cuyo caso éste queda obligado al pago de la diferencia.

Del mismo modo, si la parte vencida paga voluntariamente a la parte victoriosa el monto correspondiente a las costas procesales, queda absolutamente liberada con respecto a ambos, de tal modo que, el abogado sólo podría ejercer acción contra su cliente, pues el vencido se ha liberado pagando las costas a su contraparte.

Así, fue reconocido recientemente por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (sentencia rc-00282 del 31.05.05, caso: José Leonardo Chirinos Gotilla), que casó una sentencia por errónea interpretación del artículo 23 de la Ley de Abogados y 24 de su Reglamento, caso en el que, por cierto, fue opuesta por la intimada como defensa la falta de cualidad e interés del intimante. En el caso, las partes habían efectuado una transacción, conforme a la cual la vencida pagó una cantidad de dinero por costas a la parte

³² Corolario de esta flexibilidad concedida por la Ley al abogado para obtener rápidamente el pago por los servicios profesionales prestados, es la ausencia de recursos contra las decisiones del Tribunal de Retasa, prevista en la parte *in fine* del artículo 28 de la Ley de Abogados. Ha sido constante y pacífica la jurisprudencia que reconoce el carácter inapelable de estas decisiones, bajo el fundamento de que "...quiere el legislador que, sin dilación alguna, se le cancelen a los profesionales del derecho aquellas cantidades justamente ganadas por la prestación de sus servicios". (Auto de la Sala Casación Civil del 6-12-1994/ Exp. 94-134, entre otros).

gananciosa. Posteriormente, el abogado de ésta demandó el pago de sus honorarios a la vencida, quien interpuso la referida defensa, que fue desestimada por la recurrida (luego casada).

Dicho fallo, cuyo criterio compartimos, salvo en algunas imprecisiones en que creemos incurre, estableció lo siguiente:

Contrariamente al criterio jurisprudencial transcrito precedentemente, en la sentencia impugnada se sostiene que el abogado intimante es el acreedor de los honorarios derivados de la condenatoria en costas y no la parte victoriosa del juicio en el que aquél actuó como representante o asistente de esta última; más aún, el juzgador de la recurrida considera que para que el cliente ganancioso goce de legitimidad activa para poder intimar las costas tiene que ceder su derecho y acreditar dicha cesión en los autos, declaraciones que patentizan la errada interpretación que el juzgador dio al artículo 23 de la Ley de Abogados.

Lo cierto es que el acreedor de las costas es la parte que resulte victoriosa y es, por vía de excepción, que el abogado podrá estimar y pedir la intimación de sus honorarios profesionales a la parte perdedora; pero esa acción directa y personal que por vía excepcional le confiere la ley al abogado no implica que éste se convierta en el acreedor de las costas, como desacertadamente se expresa en el fallo impugnado.

En adición, si las costas procesales, dentro de las cuales están incluidos los honorarios profesionales de abogado, corresponden a la parte victoriosa y ésta las puede intimar, yerra también el sentenciador al afirmar que el pago realizado por la demandada en la oportunidad de la transacción a que se hace referencia en la recurrida carece de validez para el abogado intimante, José Leonardo Chirinos, basado en que éste no autorizó a su cliente ganancioso para tal cobro, lo que denota, una vez más, la errada interpretación que se hizo en la recurrida del artículo 23 de la Ley de Abogados. Así se decide.

En efecto, la Sala pudo constatar de la propia recurrida (f. 30 al 31) que en el juicio en que surgió la condenatoria en costas a favor del ciudadano Virgilio Ramos, que contiene las actuaciones judiciales de las que derivan los honorarios cuyo cobro se pretende en la presente causa, se realizó una transacción entre éste y la demandada (Seguros Orinoco, C.A.), en la que esta última le ofreció pagar a dicho ciudadano, y éste aceptó, la cantidad de Bs. 10.000.000,00 por concepto de costas procesales que incluyen los honorarios de abogados causados en

juicio así como los derivados de dicha transacción; y que en esa transacción, el prenombrado actor le otorgó formal y definitivo finiquito por concepto de costas procesales y declaró expresamente que no tiene nada que reclamar a la demandada por dicho concepto.

Lo antes expuesto permite deducir, que la demandada cumplió con su obligación de pagarle a la parte beneficiaria de la condenatoria, ciudadano Virgilio Ramos, las costas procesales a las que fue condenada, cuyo efecto es la liberación de tal obligación. En consecuencia, mal podría el abogado intimante, por vía excepcional, pretender el cobro de unos honorarios profesionales que la demandada ya pagó a quien la ley considera acreedor de las costas procesales (incluidos los honorarios que hoy se reclaman), como lo prevé el artículo 23 de la Ley de Abogados.

Sin embargo, creemos que los honorarios no pueden ser estimados en modo alguno por la parte procesal gananciosa, pues ello conduciría a que una persona extraña a la abogacía valore las actuaciones de un profesional del derecho. Asimismo, conllevaría a que una persona coloque precio a una labor propia de un profesional que ejerce una profesión liberal, que conoce y establece el valor de su trabajo, que pertenece a un gremio y que se encuentra sometido a un Código de Ética y en ocasiones a un Reglamento de Honorarios.

Puede citarse, en este sentido, un fallo de la Casación en el que se sostuvo al respecto el siguiente criterio:

Ahora bien, considera la Sala que la tesis sustentada por la recurrida está ajustada a derecho ya que como lo expresa con acierto el sentenciador, la facultad para estimar el valor económico de las actuaciones que haya realizado en un proceso judicial es un derecho personal que únicamente el abogado puede ejercer, y en el cual el mandante no puede subrogarse aduciendo simplemente su condición de acreedor al pago de las costas procesales. Esta conclusión tiene su fundamento jurídico en las previsiones contenidas en los artículos 63 del Código de Procedimiento Civil y 22, 23 y 24 de la Ley de Abogados, de cuya interpretación en conjunto se infiere que el abogado, como una persona que presta un servicio profesional en provecho de un cliente, es quien tiene el derecho exclusivo de poner precio a su labor, estimando el valor de las gestiones que, hubiere cumplido, salvo desde luego el derecho de retasa consagrado en la Ley a favor del propio mandante o de la parte condenada al pago de las costas procesales.

Distinta es la situación cuando el abogado o apoderado ha recibido de su cliente el pago de los honorarios que le fueron estimados, o cuando el cliente ha conformado la estimación que le hubiere pasado el abogado, puesto que en cualquiera de dichas circunstancias, el cliente o mandante goza del derecho de transferir el cobro de las sumas pagadas a los abogados o estimadas por éstos, a la parte contraria que hubiera sido condenada en costas. En el caso concreto no se trata de alguna de las dos situaciones inmediatamente indicadas, sino que la parte intimante, según los datos establecidos en la recurrida, ha pretendido estimar y cobrar a la parte intimada no lo que previamente hubiera pagado a sus abogados en el juicio de tercería, ni lo que éstos le hubieran estimado por concepto de honorarios, sino lo que la propia parte intimante estimó a su arbitrio como moneto de los honorarios correspondientes a sus abogados en el expresado procedimiento de tercería (Sentencia del 15 de febrero de 1977, Ponencia del Magistrado Dr. Carlos Trejo Padilla)³³.

De allí que, si la parte ya ha pagado a su abogado los honorarios, naturalmente que como titular de las costas podrá reclamarlos del vencido, pero deberá reclamarlos con la prueba de dicho pago³⁴, pues, si no los se los hubiese pagado, y aun así pretendiese judicialmente su cobro del obligado, el abogado no podría cobrarse directamente del vencido, perdiendo una de las oportunidades y, por ende, ventaja que le confiere la Ley para exigir su pago. Creemos que en cuanto a los honorarios la Ley de Abogados establece un derecho preferente al abogado, facilitando el cobro de la remuneración por sus servicios.

En este sentido, diferimos de la sentencia dictada por la Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia (Exp. 93-672, del 15.12.94, caso: Jesús Alfredo Moreno La Cruz vs. C.A. Electricidad de Caracas)³⁵, antes citada, que si bien ratifica la doctrina acerca de la acción personal y directa por parte del abogado, estableció:

³³ Repertorio de Jurisprudencia, Editorial Pierre Tapia, 1977, p. 33 y ss,

³⁴ Téngase presente que el abogado debe otorgar a su cliente factura, de conformidad con lo establecido en la Ley de Impuesto al Valor Agregado.

³⁵ Consultada en Pierre Tapia, Repertorio Mensual de Jurisprudencia, No. 12, Dic. 1994, p. 261 y siguiente.

la ley acordó, por vía de excepción, otorgar acción directa al abogado, para estimar e intimar sus honorarios al condenado en costas con los límites establecidos por el Código de Procedimiento Civil. Dicha acción no excluye la regla general antes transcrita que constituye a la parte victoriosa en acreedor de las costas, y por tanto le permite intimar su pago, incluido en éste los honorarios de abogados, sin que sea menester la demostración del previo pago a los profesionales que intervinieron representándolo o asistiéndolo, como sostiene el formalizante, pues la Ley no lo obliga a ello, y el uso del verbo en tiempo futuro –pagará los honorarios, dice la Ley– no permite excluir la posibilidad de que la parte victoriosa pague los honorarios luego de cobrar las costas.

Estimamos, igualmente, que no puede la parte procesal victoriosa, es decir, el cliente del abogado, proceder directamente a la estimación e intimación de honorarios, de conformidad con el procedimiento previsto en la Ley de Abogados o, en otras palabras, no parece posible que la parte pueda a través de este instrumento normativo lograr judicialmente el pago del rubro de las costas, correspondiente a los honorarios profesionales de su abogado, toda vez que éste –en nuestro criterio– es una acción conferida directamente por la ley a los profesionales del derecho y no a las partes. Éstas pueden naturalmente hacer efectivo tal cobro, pues indudablemente las costas le pertenecen, pero no de conformidad con la Ley de Abogados, sino quizá por la vía ordinaria como una acreencia común. De la misma forma como los causahabientes del abogado no pueden fallecido éste, antes de iniciar un trámite de este tipo, proceder a la estimación de acuerdo con dicha Ley³⁶, del mismo modo no puede el cliente con fundamento en tales disposiciones demandar al obligado al pago de las costas.

³⁶ Véase en este sentido a Orlando Álvarez Arias, quien asienta: “El procedimiento de Estimación e Intimación de honorarios no es aplicable a las reclamaciones de cobro de honorarios incoadas por los herederos con posterioridad al fallecimiento del abogado, lo cual ha sido explicado en atención a que el procedimiento especial contemplado en la Ley de Abogados, se refiere sólo a las reclamaciones efectuadas en forma directa por el abogado actuante (Ley de Enjuiciamiento Española de 1881), por lo que la vía incidental no puede ser ejercida por los herederos, quienes deberán reclamar los créditos adeudados al de cujus, mediante la vía ordinaria”. (ÁLVAREZ ARIAS, Orlando, *La Condena en Costas y los Procedimientos Especiales para el cobro de Honorarios Profesionales del Abogado*, Paredes Editores, Caracas, 1997, p. 133)

Respecto a la posibilidad de que los herederos de un abogado estimasen honorarios de su causante, señaló la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de octubre de 1990, lo siguiente:

Una característica invariable en todos los Códigos de Procedimiento y las leyes de Abogados ha sido la de aludir a la reclamación del profesional, esto es, del abogado-apoderado o del abogado asistente, de manera pues, que es una constante en nuestro ordenamiento jurídico indicar, con precisión, que se trata del procedimiento incidental para hacer efectivo el cobro de los honorarios reclamados por el abogado que actuó en la causa, sin que se aluda a sus herederos o sucesores en el caso de haber fallecido antes de la reclamación correspondiente.

A este respecto, el silencio u omisión de nuestro legislador debe considerarse como deliberado o consciente, esto es, como manifestación de que la vía incidental no es admisible cuando reclaman los herederos del abogado. En efecto, el antecedente u origen extranjero del actual artículo 167 del Código de Procedimiento Civil venezolano, está en los artículos 8° y 12° de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1881, el primero de los cuales dice:

“Cuando un procurador tenga que exigir de su poderdante moroso las cantidades que éste le adeude por sus derechos presentará ante Juzgado cuenta detallada... y mandará la Sala o el Juez que se requiera al poderdante... Igual derecho que los procuradores tendrán sus herederos...”.

En cambio, el artículo 12 de esa Ley, al referirse a los honorarios de los abogados, dispone que éstos pueden reclamarlos del Procurador y, en su defecto, de la parte y el Juez o Tribunal procederá ‘en la forma prevista en el artículo 8°, pero si el apremiado impugnare los honorarios por excesivos, se procederá previamente a su regulación’.

Como se nota en España –por existir la figura del procurador y del Abogado– hay dos normas para regular lo atinente a los derechos de uno y otro, con la peculiaridad de que respecto de los primeros expresamente se concede a sus herederos el derecho de reclamar por la vía incidental, mientras que respecto de los abogados guarda silencio. Esta situación condujo a la discusión acerca de la aplicación o no a los herederos del procurador. Así, Manresa sostenía que, por analogía con lo dispuesto en el artículo 8°, los herederos del abogado podrían ampararse en el procedimiento brevísimo ‘so pena de hacer al letrado de peor condición que el Procurador ya que los herederos de éstos pueden utilizar tal procedimiento, según expresamente se ordena en

dicho párrafo segundo del artículo 8° aun cuando advierte que el Tribunal Supremo no seguía ese criterio’ (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I, sexta edición, año 1943, pág. 123).

No obstante, el criterio de autores españoles posteriores es contrario y, basándose en auto del Tribunal Supremo español de fecha 5 de noviembre de 1902 y sentencia del 20 de diciembre de 1915, afirman que la vía especial no es utilizable por los herederos del Abogado. Así, Antonio Fernández Serrano (La abogacía en España y el Mundo, Volumen Primero, pág. 488, segunda edición) es categórica en afirmar que el procedimiento especial y privilegiado está atribuido con carácter personalísimo sólo al Letrado, sin que puedan emplearlo los herederos de éste, quienes deben acudir a la vía ordinaria.

Jaime Guasp –en su obra Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, (Tomo Primero, págs. 176 y 177, segunda edición, año 1958)– dice:

“Respecto a las partes, están legitimados activamente los abogados, no sus herederos, aunque en el caso de los Procuradores se disponga otra cosa (art. 8), lo que podría ser una simple omisión material de la ley que la jurisprudencia, no obstante (As. De 5 de noviembre de 1902 y 27 de diciembre 1915), no ha querido rectificar”.

El autor Dimas Hernández Corchero (Manual Práctico del Abogado, Tomo I, Volumen segundo, pág. 866, tercera edición, año 1981) igualmente afirma que los herederos del Letrado, fallecido, tampoco gozan del privilegio de este procedimiento especial de exacción, sino que habrán de acudir al juicio ordinario ‘aunque ello sea –dice– una contradicción respecto a lo dispuesto en el artículo 8° - 2° de la L.E.C. para los Procuradores’.

Y, por último los comentaristas Andrés de la Oliva y Miguel Ángel Fernández (Derecho Procesal Civil, Tomo IV, pág. 100, edición año 1988) afirman –al comentar los artículos 8° - 2°– que los herederos del abogado no pueden utilizar el procedimiento especial, pero sí los del Procurador.

En definitiva, de acuerdo con la Ley española el heredero del Procurador sí puede reclamar incidentalmente –‘apremio a través de cuenta jurada’– del cliente de su causante, pero –ante el silencio por lo que respecta a los abogados– la doctrina y la jurisprudencia de ese país sostienen que tal derecho no corresponde al heredero, aun cuando hay tendencia a aplicar analógicamente el artículo 8°.

Lo anterior significa que cuando el legislador venezolano adoptó igualmente la vía incidental, breve y sumaria de la estimación e intimación (‘apremio’ como dice la ley española) y omitió aludir a los herederos, su propósito claro fue no concederles tan expedito procedimiento, reservado al abogado mismo, de modo que no se trató de una simple omisión como algunos sostienen que hubo en España en vista de lo claramente previsto en el artículo 8° de su Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que debe entenderse como la intención y propósito del legislador venezolano de reservar el procedimiento para el abogado mismo y no permitir que pueda ser acogido por el heredero.

En consecuencia, en presencia del silencio –deliberado– de nuestro legislador, considerando que todas las normas aluden invariablemente al abogado y tomando en cuenta el antecedente extranjero, la conclusión es que la vía incidental está reservada al abogado mismo y no es extensiva a sus herederos, quienes deben acudir al procedimiento ordinario de conformidad con lo estatuido en el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, esto es, como el procedimiento ad-hoc consagrado en los artículos 167 de ese Código y 22 de la Ley de Abogados rige únicamente cuando el abogado estima sus honorarios, la reclamación que formularen sus herederos o sus sucesores tiene que seguirse por la vía ordinaria, ya que –se reitera– la especial no conviene al caso. Así se declara³⁷.

Insistimos entonces en que la parte vencedora puede lograr judicialmente su pago, en caso de que ya hubiese satisfecho el pago de los honorarios de su abogado, legitimada como se encuentra, de acuerdo –como vimos– por lo prescrito en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, pero no por la Ley de Abogados, sino a través de la vía ordinaria, por cobro de Bolívares, a tenor también de lo dispuesto en el artículo 338 *eiusdem*, que establece que “[l]as controversias que se susciten entre las partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán por el procedimiento ordinario, si no tienen pautado un procedimiento especial”, o si se quiere por el procedimiento breve, si la cuantía así lo permite; Daniel Zaibert Siwka propone que la partida correspondiente a los honorarios profesionales, cuando éstos han sido satisfechos previamente por el cliente vencedor, pueda ser incluida en la relación de las costas que

³⁷ Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Octubre 1990, Editorial Pierre Tapia, Caracas, pp. 157 y ss.

tasa el Secretario para la parte, lo que creemos pueda ser una salida favorable³⁸, sobre todo tomando en cuenta que la orden de pago se encuentra contenida en el dispositivo de la sentencia, y que tal situación la hace coercible, equiparándose a una especie de título ejecutivo, siendo sólo posible aparentemente discutir el *quantum*, claro que, podría traer problemas si al abogado aún no se le hubiese abonado sus honorarios. En todo caso, si la parte demanda al obligado los documentos fundamentales de la demanda serían el recibo que el abogado le otorgó cancelando la obligación y las copias de las actuaciones mismas causadas en el juicio en el que resultó vencedora con la respectiva sentencia que condenó al pago de las costas. Ante tal hipótesis, la parte vencida, ahora demandada por este concepto, tiene derecho a ejercer la retasa y le resulta aplicable el límite del 30%, establecido en el artículo 286 del Código de Procedimiento Civil.

Permitir a la parte vencedora cobrar directamente los honorarios profesionales del abogado podría tener el inconveniente de que éste quedara excluido.

Admitimos que, en la práctica, la posición que se asume tiene el inconveniente de que al permitir el ejercicio de esta acción de manera exclusiva al abogado, pueda conducir a que se consienta la realización de una conducta antijurídica, porque derive en el pago doble al abogado, originado en el desconocimiento de una de las partes eventualmente obligada, del pago realizado por la otra, configurándose así un enriquecimiento sin causa³⁹.

³⁸ Al respecto, sostiene este autor "...desde el punto de vista del cliente, el pago que éste hace a sus abogados como contraprestación de sus servicios, es otro de los gastos en que incurre con ocasión del juicio y, en consecuencia, no existe razón alguna por la que deba excluirse tal erogación del sistema de la tasación de costas establecido en la Ley de Arancel Judicial. Sin embargo, es preciso a los fines de su tasación, que efectivamente se acredite ante el funcionario encargado de ejecutarla, en el expediente respectivo, que la parte vencedora haya pagado tales honorarios, los que serán detallados por el abogado que los hubiere percibido mediante una nota al margen de cada actuación o por una diligencia o escrito". ZAIBERT Siwka, Daniel, *Los Honorarios Profesionales del Abogado y la Condena en Costas* en Estudios de Derecho Procesal Civil, Libro Homenaje a Humberto Cuenca, Colección Libro Homenaje No. 6 TSJ, Caracas, 2002, p. 972.

³⁹ El Artículo 1.184 del Código Civil regula el enriquecimiento sin causa en los siguientes términos: "Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido".

En efecto, la parte vencedora debiera siempre tener la posibilidad de demandar por el cobro de los honorarios ya pagados a su abogado, o por lo menos tener conocimiento de la acción que ejerza su abogado contra el condenado. Si no se le permitiese a la parte accionar o se notificara de la acción que ejerza su abogado se correría el riesgo de que éste cobrase dos veces por el mismo servicio, consintiéndose de tal modo un enriquecimiento sin causa a favor del abogado y en perjuicio de la parte procesal ganadora. Tal situación sin duda es muy probable que suceda toda vez que las partes de un juicio son verdaderos adversarios y con toda seguridad no mantienen buenas relaciones, por lo que es poco probable que una le dé noticia a la otra de que ya le pagó al abogado, de manera que, como quiera que cuando el abogado estima y solicita la intimación al pago de sus honorarios, no obstante haber recibido una contraprestación por tal concepto, existen pocas posibilidades que el juez o el obligado al pago puedan tener conocimiento de que se trata de unos servicios previamente cancelados, situación que ofrece gran ventaja para el abogado inescrupuloso.

Aun cuando pueda considerarse justificado y razonable exigirle al abogado que cuando estime sus honorarios consigne de un documento autorizatorio o una aprobación de su cliente, lo cierto es que la Ley no le impone al abogado tal obligación o carga para proceder a su cobro ni le ordena al juez tal requerimiento. Además, ello sería desconocer los términos mismos de la Ley de Abogados, obstaculizar el ejercicio de la acción del abogado y en definitiva hacer pender de tal documento la posibilidad de que al abogado logre el pago por sus servicios, si el cliente se negara.

Sin embargo, téngase en cuenta, que en lo que respecta a los procesos de amparo, el régimen aplicable parece ser diferente, a tenor de lo señalado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia No. 320 del 4 de mayo de 2000, caso: Seguros La Occidental, en la que parece haberse fijado un criterio especial, que prevé la exigencia de la autorización previa del cliente, en los términos siguientes:

quien pretende el cobro de estas costas del amparo, en base a un escrito circunstanciado sobre la razón de los honorarios y *previa aprobación de su cliente*, ventilará dicho cobro por el procedimiento establecido en el primer aparte del artículo 22 de la Ley de Abogados, a pesar que no se trate del cobro de honorarios por servicios extrajudiciales, el cual reza:

“Cuando exista inconformidad entre el abogado y su cliente en cuanto al monto de honorarios por servicios profesionales extrajudiciales, la controversia se resolverá por la vía del juicio breve y ante el Tribunal Civil competente por la cuantía. La parte demandada podrá acogerse al derecho de retasa en el acto de la contestación de la demanda.”

El artículo 23 de la Ley de Abogados otorga una acción directa de cobro, en cabeza del abogado contra el condenado en costas, pero no siendo el artículo 23 citado, aplicable al caso, *tal acción directa no existe*, por lo que hay que acudir a otra vía, siendo la de mayor semejanza con la situación existente, la del primer aparte del artículo 22 de la Ley de Abogados (destacado nuestro).

A MODO DE CONCLUSIÓN

Antiguamente esta situación acerca del verdadero legitimado para intimar los honorarios profesionales pudo no tener mayores inconvenientes, en general, por cuanto la exención de costas al vencido, que caracterizaba el anterior esquema, hacía que las condenas de éste fueran pocas y, por tanto, los problemas que se suscitaban en torno a este tópico eran mínimos y, además, debido a que, por una parte, el poder adquisitivo de la moneda era superior y el costo de los servicios profesionales del abogado pudo no ser tan elevado y, en segundo lugar, porque lo natural era que el cliente pagase siempre a su abogado los honorarios profesionales no exigiendo pago alguno al vencido por tal concepto. Sin embargo, el alto costo de la vida y los fenómenos económicos producidos en los últimos tiempos, parece haber originado una tendencia cada vez mayor a reclamar este concepto al obligado. El conocimiento cierto de que se trata de un concepto que la parte perdidosa debe resarcir y que en justicia le corresponde al victorioso que ha sufragado las costas procesales, en desmedro de su patrimonio han influido para que cada vez más quienes han obtenido la victoria en un proceso pretendan el reembolso de lo que han gastado.

La confusión existente respecto al titular de los honorarios y su legitimación reclama una reforma o cuando menos el asentamiento de un criterio coherente que corrija los defectos que se presentan al respecto en nuestro ordenamiento jurídico. Ajustar la Ley de Abogados a nuestra realidad actual y las normas

relativas comprendidas en el Código de Procedimiento Civil se impone. La búsqueda de una solución equilibrada que impida que a la parte procesal se le reintegre absolutamente lo que ha gastado con ocasión del proceso y se impida que el ejercicio de la abogacía se preste para la comisión de actuaciones antijurídicas exige una pronta solución; por ello, abogamos por una nueva regulación que solvante los problemas existentes respecto a las costas y los honorarios profesionales de los abogados y el procedimiento para hacer efectivo estos conceptos o una sana y equitativa interpretación del artículo 23 de la Ley de Abogados.

El problema es que tal como está planteado el actual esquema de cobro de honorarios profesionales la proposición de alguna solución siempre encuentra algún obstáculo que a la larga hace que la propuesta falle, como, por ejemplo, no permitir a la parte demandar su pago, o autorizarla para incluirla en la tasación de costas, o exigir al abogado la autorización del cliente para estimar sus honorarios, de tal modo que, hasta que no se corrijan los defectos existentes, en nuestro criterio, debe aceptarse la legitimación del abogado para hacer efectivo el cobro de los honorarios profesionales, no obstante el reconocimiento de que las costas pertenecen a la parte, toda vez que debe garantizarse al profesional del derecho su preferencia para hacer efectivo dicho pago, sin que, en consecuencia, pueda ser estimada la proposición de una defensa, previa o de fondo, por falta de cualidad del abogado.

La vía de hecho en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

José Ignacio HERNÁNDEZ G.*

SUMARIO:

Introducción

1. **El Control Contencioso Administrativo de las vías de hecho de la Administración antes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.** *1.1 Vía de hecho y justicia civil. Planteamiento del tema en Venezuela. 1.2 Remedios procesales tradicionales frente a la vía de hecho de la Administración. 1.2.1 Los remedios contencioso-administrativos. 1.2.2 La inicial procedencia de la acción de amparo constitucional y su parcial abandono por la reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional. 1.2.3 Los interdictos posesorios frente a la Administración. 1.2.4 El encaje conceptual de la vía de hecho dentro del sistema contencioso administrativo y el dogma del acto previo.*
2. **El Control Contencioso Administrativo de las vías de hecho de la Administración luego de la Ley Orgánica del Tribunal**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado *summa cum laude*, rango 2/59. Ex Preparador, Ex Asistente Extraordinario de Cátedra. **Universidad Complutense** (Madrid, Reino de España), Doctor en Derecho, sobresaliente cum laude, Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho Administrativo. **Universidades Monteávila y Central de Venezuela**, Profesor. Coautor de varias obras y autor de numerosos estudios difundidos en publicaciones especializadas y arbitradas.

Supremo de Justicia. *2.1 Particularidades de la pretensión contencioso-administrativa deducible frente a la vía de hecho.* 2.1.1 La aplicación del procedimiento del juicio breve para tramitar las demandas contra las vías de hecho de la Administración. 2.1.2 El acceso a la justicia administrativa ante la vía de hecho. 2.1.3 Tribunales competentes. 2.1.4 La pretensión de condena frente a la vía de hecho. Su objeto. Breve excursus sobre las medidas cautelares aplicables. 2.1.5 Contenido de la sentencia y particularidades de su ejecución. 2.1.6 Recapitulación: la necesaria regulación procesal de la vía de hecho administrativa.

Introducción

La nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, entre sus disposiciones, ha contemplado la competencia de la Sala Político-Administrativa para conocer de las “acciones” que se interpongan contra las vías de hecho de ciertas Administraciones Públicas, lo que constituye una novedad dentro del sistema de justicia administrativa, por la incorporación expresa de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de tal modalidad de la manifestación del actuar de la Administración.

Como se sabe, el concepto tradicional de vía de hecho señala que ésta es “...toda actuación material de la Administración Pública carente de título jurídico que la justifique...”, siendo la regla que tal título jurídico “...será el acto administrativo previo a la ejecución...”¹. Ha sido en Francia en donde esta figura ha cobrado especial interés, como criterio delimitador de la competencia entre la justicia administrativa y la justicia civil. En tal sentido, Rivero sostiene que la Administración realiza una vía de hecho cuando su actividad se *desnaturaliza* y pierde todo carácter administrativo. Esto es,

¹ Garrido Falla, Fernando, “Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en España”, *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randpolh-Brewer Carías”*, Editorial Jurídica Venezolana, FUNEDA, Caracas, 1995, p. 119. En su *Tratado* Garrido Falla precisa más su concepto: la vía de hecho se realizará cuando la Administración “sin la cobertura de un previo acto administrativo dictado por autoridad competente y a través del procedimiento debido”, realiza actuaciones materiales de ejecución. *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 504.

cuando la Administración se aparta del cumplimiento de su función y despliega *operaciones materiales de ejecución*, que constituyen un atentado a la *propiedad o libertades fundamentales*. Y de allí que, en el Derecho Francés, la vía de hecho se concibe como un vicio jurídico “...suficientemente grave como para desnaturalizar la operación...”².

En Venezuela, tal y como refirió Manuel Rachadell³, la vía de hecho no cuenta con una doctrina consolidada, lo que no responde, precisamente, a la ausencia de tal patología dentro de las Administraciones Públicas, sino por el contrario, al excesivo peso que el concepto de *acto administrativo* ha tenido dentro de la justicia administrativa. La doctrina que se ha avocado al estudio de esa teoría –José Araujo Juárez– sostiene, así, que la vía de hecho no es un vicio de la Administración sino el “...régimen jurídico –sustantivo y procesal– de la actividad de la Administración gravemente antijurídica, que amenaza o lesiona seriamente los derechos fundamentales...”⁴. Concepto de vía de hecho no deslastrado de la noción de acto administrativo, pues Araujo admite que, en ciertos casos, éstos pueden constituir, también, una verdadera vía de hecho⁵.

La vía de hecho atiende, entonces, y en primer lugar, a la *actuación* de la Administración, pues ella entraña, siempre, una actividad positiva de índole ejecutiva. Por ello, vía de hecho se equipara, también, a *actuaciones materiales*, con la advertencia que no toda actuación material responde a una vía de hecho. En efecto, es también consustancial a esta figura, que la actuación material ejecutiva de la Administración sea ilegal, o sea, contraria a Derecho. Pero como no toda actuación material es contraria a Derecho, la ilegalidad se ha centrado en la ausencia de un título jurídico que respalde aquella actuación. Vía de hecho entendida, en estos términos, *como toda actuación material de la Administración realizada sin un título jurídico*

² *Derecho Administrativo*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pp. 192 y ss.

³ “La defensa del ciudadano frente a las vías de hecho de la Administración”, en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo...*, cit., p. 143.

⁴ “La teoría de la vía de hecho administrativa”, en la obra del autor *Los derechos fundamentales y los medios de protección procesal*, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, p. 80.

⁵ “La teoría de la vía de hecho administrativa”, cit., p. 84.

válido que la sustente. Es la ausencia de ese título jurídico, entonces, el elemento que caracteriza e individualiza a la vía de hecho.

En tanto lo usual es que la vía de hecho se manifieste a través de actuaciones materiales, y no mediante un acto administrativo formal, tradicionalmente se han planteado severos obstáculos para el control de la vía de hecho en la jurisdicción contencioso-administrativa. El sistema cerrado de recursos asumido por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por un lado, y el dogma del acto previo, por el otro, dificultaron muy mucho el acceso a la justicia de los particulares cuando su esfera jurídico-subjetiva era lesionada a través de vías de hecho no exteriorizadas a través de un acto administrativo formal. Y ello, sencillamente, pues ante tal situación la ausencia del acto previo como “objeto” del recurso, impedía el acceso a la justicia.

En nuestra opinión, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia supone un avance en la materia, al reconocer que, aun en ausencia de dicho acto, los particulares podrán acceder a la justicia administrativa y formular pretensiones cuyo objeto sea la vía de hecho de la Administración. Para poder analizar el alcance de esa reforma, dividiremos las presentes reflexiones en dos partes: la primera, destinada a analizar, sumariamente, cual era la situación del control judicial de las vías de hecho antes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; en la segunda esbozaremos una propuesta de interpretación de las normas que, en esa Ley, atañen a la vía de hecho administrativa.

1. EL CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LAS VÍAS DE HECHO DE LA ADMINISTRACIÓN ANTES DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Dentro de las distintas formas de manifestación de voluntad de la Administración, la vía de hecho debe quedar reducida a las meras actuaciones materiales. Exigencia impuesta sólo en caso que quiera preservarse la utilidad de tal construcción de la doctrina francesa, la cual tiene en Venezuela, como se verá, una muy parca utilidad práctica. Vía de hecho como sinónimo de actuaciones materiales de la Administración, contrarias a Derecho.

1.1 *Vía de hecho y justicia civil. Planteamiento del tema en Venezuela*

Ahora bien, según la doctrina francesa tradicional, antes comentada, la vía de hecho entraña la desnaturalización de la actividad administrativa: las actuaciones materiales así realizadas no pueden ser referidas a la actuación ordinaria de la Administración. Lógica consecuencia de lo anterior, es que al incurrir en una vía de hecho, la Administración no actúa dentro del Derecho Administrativo y por lo tanto, queda sometida –sin prerrogativas de ningún tipo– al común Derecho Civil. Por lo anterior, no rige el dogma de la separación de la Administración respecto del Juez civil, por lo que “...en materias de vías de hecho, los tribunales judiciales son exclusiva y totalmente competentes...” (Vedel)⁶. Lombard ha reseñado, a consecuencia de lo anterior, el carácter restrictivo con el que debe ser aplicada la teoría de la vía de hecho, desde que ella entraña la ruptura del principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales, de forma tal que, contra la Administración, cabe incluso el *référé civil*⁷. Como puede anticiparse, la aplicación de la vía de hecho como regla de determinación de la competencia, entraña no pocas dificultades y se traduce, a decir de Chapus, en un desorden generalizado. En adición, a raíz de la reforma adoptada por la Ley de 30 de junio de 2000, se ha reconocido al juez administrativo la posibilidad de adoptar medidas especiales (*référé-sauvegarde*) ante actuaciones de la Administración graves y

⁶ Tribunales civiles que aplicarán pura y simplemente el Derecho Civil. Vid. *Derecho administrativo*, cit., p. 85. En general, sobre ello, véase también a García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 798 y ss.; González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de...*, cit., pp. 734 y ss. y Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, Temis, Bogotá, 1994, p. 308, entre otros.

⁷ De allí el trascendente papel que desempeña el Tribunal de Conflictos, quien debe determinar si la actuación material es o no susceptible de encuadrar dentro de las potestades típicas de la Administración. Por consiguiente, no es tan relevante la existencia de una actuación legal o ilegal, sino que tal actuación sea o no atribuible al giro o tráfico ordinario de la Administración (Lombard, Martine, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1997, pp. 195 y ss). La autora comenta la decisión del Tribunal de Conflictos de 12 de mayo de 1997, caso *Prefecto de Policía*, en la cual se enjuiciaban actuaciones materiales gravemente ilegales pero que podían ser atribuidas a la potestad de policía en materia de extranjeros y, por lo tanto, quedaban fuera del concepto de vía de hecho.

manifiestamente ilegales que lesionen libertades fundamentales, concepto que se solapa con el tradicional de vía de hecho⁸.

Tal conclusión ha sido extrapolada —en teoría— a Venezuela. La sentencia de 8 de marzo de 1991 de la Sala Político-Administrativa sostuvo que la vía de hecho, como en Francia, convierte a la Administración “...en reo de la vía judicial ordinaria penal o civil; quedando aquélla privada, en consecuencia, del privilegio de ser juzgada por la especialísima jurisdicción del contencioso-administrativo y, con ello, despojada de sus prerrogativas...”. La vía de hecho constituye la infracción más patente en la que puede incurrir la Administración, en virtud de lo cual la jurisprudencia ha señalado que “... la vía de hecho queda excluida de la legalidad y frente a ello debe esta Corte procurar el restablecimiento de la situación vulnerada...”, por lo que la Administración “...pierde correlativamente todos sus poderes y privilegios, reduciéndose a la misma condición de un sujeto común ...” (sentencia de la Sala Político-Administrativa del 3 de octubre de 1990, caso *Inmobiliaria Cumboto*). Extendiendo estas consideraciones, Araujo Juárez afirma que, a resultas de la vía de hecho, la Administración emigra hacia el terreno de la jurisdicción común, siendo que los “...órganos jurisdiccionales poseen, además, poderes enérgicos preventivos y represivos que no serían, en principio, susceptibles de ser ejercidos por la jurisdicción administrativa...”. Adicionalmente, sostiene que la Administración “...queda despojada de sus prerrogativas y privilegios accesorios al proceso administrativo...”, aun cuando, de inmediato, matiza su aseveración al reconocer que la justicia administrativa tiene, también, carácter judicialista⁹.

Bastaría haber comenzado estas reflexiones con lo antes apuntado, para concluir en la inutilidad práctica de la vía de hecho en Venezuela, pues a diferencia de Francia, no se conoce entre nosotros la separación de las autoridades administrativas del Juez. Como reconocía el artículo 206 de la Constitución de 1961, y ahora, el artículo 259 del Texto vigente, el control de la Administración corresponde siempre al Poder Judicial. Que se trate de una

⁸ *Droit Administratif general*, cit., pp. 793 y ss. Una crítica a tal distinción, en Sánchez Morón, Miguel, “El objeto del recurso contencioso-administrativo”, en Leguina Villa, J. y Sánchez Morón, M. (Dir.) *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Lex Nova, segunda edición, Valladolid, 2001, p. 206.

⁹ “La teoría de la vía de hecho administrativa”, cit., pp. 86-87.

vía de hecho no afecta, en absoluto, tal postulado básico¹⁰. En adición, los poderes del juez contencioso administrativo frente a una vía de hecho en nada se diferencian de sus poderes ordinarios, que dimanarían del artículo 259 de la Constitución: podrá el juez, sin excepción alguna, acordar *cualquier medida necesaria* para reestablecer la situación jurídica infringida por la vía de hecho de la Administración. Incluso, la propia sentencia de 8 de marzo de 1991 de la Sala Político-Administrativa reconoció este aspecto al precisar que, ante una vía de hecho, podía ejercerse la acción de amparo y, también, el recurso contencioso administrativo de nulidad.

La vía de hecho no entraña entonces la incompetencia de los Jueces contencioso-administrativos, quienes podrán conocer, por el contrario, de tales actuaciones materiales. Tampoco pareciera cierto que, ante las actuaciones materiales, decaigan –sin más– las prerrogativas de la Administración reconocidas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en tanto su criterio de aplicación es orgánico o subjetivo, que no material, tal y como dispone su artículo 63. Finalmente, tampoco parece que al incurrir en vías de hecho la Administración se sustraiga del Derecho Administrativo: ha sido éste, por el contrario, el que ha arbitrado medios de garantías del particular frente a las vías de hecho.

¿Cuál es, entonces, la importancia de estudiar la vía de hecho para el Derecho Administrativo? Tal utilidad no estriba en la competencia exclusiva y excluyente del Juez civil para conocer de las vías de hecho; ni en los poderes del juez contencioso administrativo; ni en el decaimiento de las prerrogativas propias del Derecho Administrativo, consecuencias todas inaplicables en Venezuela,

¹⁰ Como lo reconoce Araujo Juárez. No obstante, el autor insiste en trasladar las consecuencias del Derecho francés al ordenamiento venezolano, afirmando que los poderes del juez común, en Francia, son ejercidos por el juez administrativo, aspecto en el que, como se verá, no coincidimos (cit., pp. 87 y ss). En contra, Rondón de Sansó afirma la inaplicabilidad de la doctrina francesa de la vía de hecho en Venezuela (*La acción de amparo contra los Poderes Públicos*, Caracas, 1994, pp. 234 y 237). Véase también a Chavero Gazdik, Rafael, “Bases esenciales para una reforma radical del contencioso administrativo”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI, Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías, Tomo II*, Civitas, Madrid, 2003, cit., p. 2344, quien opta por residenciar, en la jurisdicción contencioso-administrativa, los reclamos contra las vías de hecho. En general, sobre las diversas problemáticas derivadas de este aspecto, véase a Linares Benzo, Gustavo, “La vía de hecho como objeto de la pretensión procesal administrativa”, en *El contencioso administrativo hoy*, FUNEDA, 2004, pp. 129 y ss.

más aun, ante recientes cambios de los que luego se dará cuenta. Por el contrario, el único interés que la vía de hecho tiene atiende a la ausencia de medios expresos contencioso-administrativos idóneos para ejercer la defensa del ciudadano ante tales actuaciones materiales patológicas.

1.2 Remedios procesales tradicionales frente a la vía de hecho de la Administración

Ante la vía de hecho de la Administración se ha admitido la procedencia de tres remedios procesales¹¹. Uno, dentro del contencioso administrativo; otro, reflejado por la acción de amparo constitucional y una tercera vía, cuando la vía de hecho afecte la posesión de los particulares.

1.2.1 Los remedios contencioso-administrativos

Ante la vía de hecho de la Administración se ha admitido la procedencia de remedios propios del orden contencioso administrativo. De tal manera, y bajo la hipótesis conforme a la cual tal vía puede exteriorizarse a través de actos administrativos, se admite la procedencia del tradicional recurso contencioso administrativo de nulidad. Otros ordenamientos, como el español, han previsto pretensiones especiales que podrán incoarse directamente ante la vía de hecho exteriorizada a través de actuaciones materiales, opción que, entre nosotros, ha recogido la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

No obstante, y dejando a salvo lo expuesto, al amparo de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no existía expresamente en el ordenamiento jurídico venezolano ningún remedio procesal ante las actuaciones materiales de la Administración que constituyen una vía de hecho, ello, pues como apuntábamos antes, la justicia administrativa venezolana ha girado, quizás excesivamente, sobre el concepto del acto administrativo. El derecho a la tutela judicial efectiva permitió que incidentalmente, la jurisprudencia rompiera los moldes rígidos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia,

¹¹ El planteamiento clásico es recogido en Sainz Moreno, Fernando, “Defensa frente a la vía de hecho, recurso administrativo, acción interdictal y amparo”, en *Revista de Administración Pública* número 123, pp. 317 y ss.

admitiendo que las actuaciones materiales de la Administración, aun cuando no encuadrasen dentro de alguno de los “recursos” contenidos en dicha Ley, es tutelable ante la justicia administrativa¹². También, como se verá, la Sala Constitucional se inclinó por esta posición.

1.2.2 La inicial procedencia de la acción de amparo constitucional y su parcial abandono por la reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional

El artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales señala que tal especial acción procede contra actuaciones materiales y vías de hecho de la Administración, conceptos que aun empleándose por separado pueden ser tenidos como sinónimos. La solución no es de extrañar pues, como vimos, la vía de hecho siempre se traduce en violación a derechos fundamentales, y como tal, frente a ella cabría la acción autónoma de amparo, como aceptó la sentencia tantas veces citada de la Sala Político-Administrativa de 8 de marzo de 1991. Con todo, la solución no quedaba exenta de críticas, pues ante la vía de hecho el particular afectado era forzado a acudir a la acción autónoma de amparo, que es una acción *especial*¹³.

En todo caso, la admisibilidad de la acción de amparo, en tales casos, quedaba justificada por la inexistencia de la vía judicial ordinaria, y de allí que H. Rondón de Sansó concluyera que el concepto de vía de hecho no podía equipararse con el de acto administrativo¹⁴. No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal

¹² Véase la importante sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 29 de junio de 2000, caso *Solanger Cabrices*, en la *Revista de Derecho Público* número 82, Caracas, 2000, pp. 575 y ss.

¹³ Véase nuestra posición en Hernández G., José Ignacio, “Constitución y reforma del sistema contencioso administrativo. Aproximaciones para una reforma constitucional”, en *Revista de Derecho Administrativo* número 5, Editorial Sherwood, Caracas, 1999.

¹⁴ *La acción de amparo contra los Poderes Públicos*, cit., pp. 237-238. En cuanto a los primeros antecedentes de la acción de amparo contra vías de hecho de la Administración, vid. Brewer-Carías, Allan, *Derecho y acción de amparo. Tomo V de Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, San Cristóbal-Caracas, 1998, pp. 145 y ss. Igualmente, véase el planteamiento de Canova, Antonio, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 1998, pp. 73-74.

Supremo de Justicia, en sentencia de 23 de octubre de 2002, caso *Gisela Anderson*, matizó esta tendencia y negó –para ciertos casos– la procedencia de la acción autónoma de amparo contra la vía de hecho:

(...) Así tenemos que, de la simple lectura de las atribuciones que el artículo 259 de la Constitución otorga a la jurisdicción contencioso-administrativa, se aprecia que los justiciables pueden accionar contra la Administración a los fines de solicitar el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de la Administración aunque se trate de vías de hecho o de actuaciones materiales. El referido precepto constitucional señala como potestades de la jurisdicción contencioso-administrativa, no solo la anulación de actos administrativos, la condena de pago de sumas de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios y el conocimiento de las reclamaciones relativas a la prestación de los servicios públicos, sino también, el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de la Administración. Resulta claro que la jurisdicción contencioso-administrativa, no está limitada a asegurar el respeto de la legalidad en la actuación administrativa, ya que el artículo 26 de la Constitución concibe a toda la justicia, incluyendo a la contencioso-administrativa, como un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos, por lo tanto, a partir de la Constitución de 1999, la jurisdicción contencioso-administrativa no puede concebirse como un sistema exclusivo de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la administración –a pesar de que la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, regula procedimientos objetivos, cuya finalidad es declarar la nulidad del acto impugnado –sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, que no permite reducir, limitar o excluir las lesiones producidas por actuaciones materiales o vías de hecho (...).

Hay dos aspectos que deben ser tratados por separados en este punto. El primero de ellos es que, en efecto, la tutela judicial frente a las vías de hecho de la Administración puede ser satisfecha por el juez contencioso administrativo sobre la base de la cláusula del artículo 259 constitucional. El segundo aspecto es que la distinción entre la acción de amparo y las vías judiciales ordinarias no puede establecerse sobre la base de la aptitud de éstas para reestablecer la situación jurídica infringida, sino por el contrario, de su aptitud para reestablecer esa situación *con inmediatez*, según ha venido indicando la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional al interpretar el numeral cinco del

artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales¹⁵. En definitiva, la interpretación que la Sala Constitucional ha venido dando, favorece a la reconducción de la tutela de derechos fundamentales lesionados por la actividad o inactividad de la Administración a la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la cual se ejercería, así, el *derecho de amparo* que proclama la Constitución en su artículo 27 de la Constitución¹⁶. El problema es, entonces, la idoneidad de los procesos tramitados ante esa jurisdicción para procurar una tutela inmediata, tal y como exige la norma constitucional.

Al respecto, debe observarse que la Sala Constitucional omitió señalar a través de cual vía ordinaria los particulares pueden deducir sus pretensiones de condena contra la vía de hecho pues, como ya se ha señalado, bajo el sistema cerrado de la –hoy derogada– Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia,

¹⁵ La reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional ha propendido a la interpretación restrictiva de los cauces de procedencia de la acción de amparo constitucional, ante la preferencia de las vías ordinarias, aun cuando la idoneidad de ésta debe supeditarse a su aptitud para reestablecer la situación jurídica lesionada con inmediatez. Entre muchas otras, véase la sentencia de la Sala Constitucional de 19 de diciembre de 2003, caso *Freddy Galvis*. En general, vid. sobre ello a Linares Benzo, Gustavo, *El proceso de amparo*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1999, pp. 288 y ss.

¹⁶ En particular, respecto de los criterios de admisibilidad del amparo ante las vías judiciales ordinarias en el orden contencioso administrativo, véase muy especialmente la sentencia de la Sala Constitucional de 27 de mayo de 2004, caso *Elizabeth Morini Morando*, que constituye un importante hito en la materia. Creemos que esta tendencia jurisprudencial de la Sala Constitucional avanza por la racionalización del *proceso de amparo*, y propende a afianzar los poderes del juez contencioso administrativo para la tutela de derechos fundamentales. Notar entonces que, bajo esta concepción, la operatividad de la *acción de amparo* respecto de las Administraciones Públicas no depende de los poderes del juez contencioso administrativo (que en nada se diferencian de los poderes del juez de amparo), sino del *proceso* aplicable, ante la necesidad de procurar una tutela *inmediata* de los derechos fundamentales. Puesto desde esta perspectiva, la tendencia jurisprudencial de la Sala Constitucional parece apuntar a que el amparo no es tanto un *medio procesal* sino un *derecho subjetivo*, que podrá hacerse valer a través de los procesos ordinarios contencioso-administrativos o, de ser el caso, a través del proceso de amparo. Fue esa la premisa (sostenida y defendida por Brewer-Carías) sobre la cual se erigió la elaboración del artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. En relación con los antecedentes de elaboración de esa norma, nos remitimos a lo que hemos expuesto en “El amparo sobrevenido como medida cautelar, con especial referencia al contencioso administrativo”, *Revista de Derecho Administrativo número 4*, Caracas, 1999, pp. 122 y ss.

el recurso de nulidad solamente procedía ante actos expresos, por lo que, ante la actuación material, el particular no contaba con medio procesal específico. De esa imprecisión han derivado soluciones cuando menos curiosas: la aportada en la sentencia de 20 de febrero de 2003, caso *Benedetto D'alto Carrano y otros*, en la cual se estimó que el particular podía acudir a los medios ordinarios de la justicia administrativa para ventilar una supuesta vía de hecho perpetrada por una empresa del Estado, y, sin embargo, nada se dispuso acerca de cual era esa vía. La ausencia de un proceso a través del cual se ventilen pretensiones contra las vías de hecho de la Administración, impide, sin más, efectuar el juicio comparativo entre tal proceso y el propio del amparo constitucional, a fin de precisar si es éste o aquél el idóneo para procurar la tutela inmediata de los derechos constitucionales conculcados¹⁷.

En nuestra opinión, la Sala Constitucional ha podido puntualizar que el Juez contencioso administrativo se encuentra habilitado para asumir la competencia para conocer de demandas contra vías de hecho y adoptar el procedimiento idóneo a fin de procurar una tutela inmediata, de conformidad con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y, ahora, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Pues, insistimos, la distinción entre la acción de amparo y las vías ordinarias ha de centrarse principalmente en el cauce procesal aplicable, pues si éste puede asegurar una tutela inmediata, la vía procesal del amparo no puede justificarse. Es por ello que, incluso frecuentemente, la Sala Constitucional admite la procedencia del amparo ante vías de hecho, cuando estima que los medios ordinarios no resultan idóneos¹⁸.

¹⁷ Lo que queremos significar en el texto principal, es que la distinción entre la acción de amparo y las vías ordinarias debe centrarse en el análisis comparativo entre el *procedimiento* previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y el *procedimiento* previsto para la vía ordinaria: si éste permite la tutela inmediata de los derechos fundamentales conculcados, entonces será inadmisibile la acción de amparo. De allí por tanto que, si no hay procedimiento legalmente establecido para tramitar la pretensión procesal administrativa contra la vía de hecho, no puede ser llevado a cabo tal análisis comparativo, lo que dificulta, muy mucho, determinar la admisibilidad del amparo.

¹⁸ Conviene dar cuenta de algunas de las decisiones que han adoptado esta postura, así como de las razones dadas para ello. Véanse, en tal sentido, las sentencias de la Sala Constitucional de 12 de marzo de 2003, caso *SAT VISION S.A.* (en la cual se sostuvo que “la injuria constitucional con que podía presumirse ab initio del proceso actuó la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) en el presente caso, al sancionar a la actora antes de escucharla y permitir su defensa en el marco de un procedimiento previo, unida esta circunstancia a los riesgos de

Por ello, la doctrina de la Sala Constitucional en esta materia es inacabada. Primero, pues nada dice acerca de cuál es la vía judicial ordinaria a la cual debería acudir el particular, dado que, como se señala, no existe, positivamente, tal vía en el ordenamiento actual venezolano, lo que impide determinar, comparativamente, cuál es el remedio procesal idóneo para ejercer el derecho de amparo. Además, desde que tampoco quedan claros los parámetros objetivos y generales a los que acude la Sala para estimar la procedencia del amparo, cuestión que debería ser resuelta a través del ya comentado criterio de la inmediatez. Veremos luego cómo la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia puede ayudar a completar esta doctrina.

1.2.3 Los interdictos posesorios frente a la Administración

Se ha planteado que, frente a una vía de hecho, cabe el ejercicio de *interdictos* contra la Administración. Como sostiene Rachadell, esa cuestión ha sido debatida entre nosotros, concluyéndose que el interdicto procede sólo cuando la Administración actúa bajo un régimen de Derecho Privado, señalándose luego –Reyes– que el interdicto procede siempre que la Administración prive la propiedad sin cubrir los extremos legales, conforme al artículo 4 de la –hoy

irreparabilidad de la situación presuntamente infringida (...) que podía derivarse de la remisión a otras vías procesales inidóneas para la resolución de la presente controversia, como son el recurso contencioso-administrativo de nulidad o el recurso por abstención o carencia contra la Administración, hacían del amparo constitucional la única vía procesal idónea para restablecer de manera oportuna y adecuada la situación denunciada como vulnerada”); de 4 de noviembre de 2003 caso *Agropecuaria Doble R C.A.* (en la cual la vía del amparo se admitió al entenderse que “el amparo constitucional resulta idóneo para lograr una efectiva tutela judicial a pesar de la disponibilidad de la jurisdicción contencioso-administrativa, debido la imperiosa necesidad de impedir que la situación jurídica infringida sea irreparable”) y de 1 de septiembre de 2003, caso *Héctor Gregorio Martínez Jaime* (pues “si bien ante la vía de hecho imputables a la Administración pueden atacarse en el contencioso administrativo, encuentra loable que el presente caso fuese dirimido por la vía del amparo constitucional, toda vez que median circunstancias que atentan flagrante y evidentemente contra los derechos constitucionales del quejoso, siendo la vía procesal expedita la acorde para solventar la situación invocada”), entre otras. Todas esas decisiones se fundamentan en la imposibilidad de obtener una tutela inmediata a través de las vías ordinarias.

derogada—Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, que en idénticos términos ha sido incorporado al artículo 8 de la vigente Ley¹⁹.

La procedencia del interdicto posesorio frente a vías de hecho que ocasionen una perturbación posesoria se relaciona con el concepto de *emprise*, esto es, la lesión autoritaria de un derecho subjetivo que afecta la propiedad sobre bienes inmuebles²⁰. Por ende, toda actuación material ilícita que afecte la posesión, en los términos del Código Civil, puede ser sometida a *cualquiera* de los interdictos que recoge éste, cuyo régimen se aplicará *en bloque*²¹.

Se ha interpretado —Reyes— que la competencia para conocer de los interdictos se residenciaba en la jurisdicción contencioso-administrativa, en aquellos casos en los cuales la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia reconocía esa competencia respecto de *cualquier* tipo de demanda²². La interpretación

¹⁹ Vid. “La defensa del ciudadano frente...”, cit., p. 151, así como a Reyes, Pedro Miguel, “La protección de interdictos frente a la actividad administrativa”, en *Revista de Derecho Público número 14*, Caracas, 1983, pp. _____. Desde el Derecho Civil, vid. Aguilar Gorronzona, José Luis, *Cosas, bienes y derechos reales. Derecho civil II*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1991, pp. 150-151. Incluso, en sistemas como el español, que conocen de pretensiones contencioso-administrativas contra las vías de hecho, se ha admitido su convivencia con los interdictos civiles, los cuales, en todo caso, quedan reducidos a “...la tenencia de la propiedad o posesión amenazada o la recuperación de la pérdida...” (López Menudo, Francisco, “Comentarios al artículo 30”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Edición especial del número 100 de Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, 1999, pp. 322-323). La vigente Ley de Expropiación, en su artículo 8 (que sigue al anterior artículo 4) señala que “...todo propietario a quien se prive del goce de su propiedad, sin llenar las formalidades de esta Ley, podrá ejercer todas las acciones posesorias o petitorias que correspondan, a fin de que se le mantenga el uso, goce y disfrute de su propiedad, debiendo ser indemnizado de los daños y perjuicios que le ocasione el acto ilegal....”. La norma ha de interpretarse en sentido amplio, en cuanto a que ella atribuye competencia al Juez civil para que, mediante cualquier tipo de interdicto, proteja la propiedad ante actuaciones materiales de la Administración.

²⁰ Cfr.: Chapus, René, *Droit Administratif général*, cit., pp. 850 y ss. Entre nosotros, vid. Rondón de Sansó, Hildegard, *La acción de amparo contra los ...*, cit., p. 233.

²¹ Sin que sea posible extender, por ende, las prerrogativas o privilegios procesales tradicionales de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República que resulten incompatibles con la tutela urgente procurada a través del interdicto. Así, por ejemplo, García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 104-105.

²² Respecto de esa competencia en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, vid. Reyes, Pedro Miguel, “La procedencia de los interdictos...”, cit., pp. 54 y ss.

podría ser trasladable al numeral 24 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y, eventualmente, al propio numeral 27. Empero, entendemos que esas previsiones no derogan la competencia del juez civil, reconocida en el artículo 697 del Código de Procedimiento Civil, en tanto la referida Ley Orgánica no contiene previsión *especial* respecto de los interdictos contra las Administraciones Públicas (entendidas en sentido funcional y orgánico).

1.2.4 El encaje conceptual de la vía de hecho dentro del sistema contencioso administrativo y el dogma del acto previo

Recapitulando lo que hemos venido señalando, la vía de hecho carece de pretensión propia dentro del contencioso administrativo, aun cuando el artículo 259 constitucional (como antes hacía el artículo 206 del Texto de 1961) atribuye al juez contencioso administrativo amplias potestades encaminadas a reestablecer las situaciones subjetivas lesionadas, incluso, por actuaciones materiales de la Administración. La explicación de ello debe encontrarse, insistimos, en el excesivo peso que el concepto de *acto administrativo* ha tenido, de suerte tal que, ante ausencia de tal acto, los poderes del juez contencioso administrativo se ven notablemente mermados²³. A lo anterior habría que agregar la existencia de un *sistema cerrado de recursos contencioso administrativos*, que proceden únicamente ante ciertas y tasadas formas de acción o inacción de la Administración²⁴.

²³ Como resumía Brewer-Carías en 1964 "...los actos materiales de la Administración, es decir, aquellas declaraciones de voluntad que no constituyen una *decisión* y que, por tanto, no persiguen la producción de determinados efectos jurídicos, también quedan excluidos del recurso contencioso-administrativo...". Tampoco, agregaba, los hechos jurídicos podían ser sometidos a tal recurso pues -citando a la sentencia de la antigua Corte Federal de 2 de junio de 1958- son las decisiones de las Administraciones, y no sus hechos, los que pueden impugnarse por recurso jurisdiccional. Los hechos pueden ser objeto de otras acciones, incluso interdictales, pero "es imposible aceptar que puedan ser fundamento de tal recurso jurisdiccional administrativo" (*Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 401)

²⁴ Sobre esta característica del sistema contencioso administrativo, vid. Rondón de Sansó, Hildegard, "Vías de acción en el contencioso-administrativo", en *Segundas Jornadas en Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad José María Vargas, Caracas, 2000, pp. 193 y ss.

De cara a lo expuesto parece necesario realizar algunas acotaciones. La primera de ellas, fundamental, es la necesidad de abordar el estudio del contencioso administrativo desde la perspectiva del Derecho Procesal, tal y como ha insistido Jesús González Pérez. Existencia de un auténtico Derecho Procesal Administrativo cuyo objeto serán las *pretensiones* esgrimidas por las partes. El concepto de pretensión adquiere, así, lugar central²⁵. De esa manera, se observa que, frente a la vía de hecho, en los términos en que ella ha sido ya definida, al particular afectado no le interesa, ciertamente, la *nulidad* de acto alguno. Ante una actuación material ejecutiva, lesiva a su esfera jurídico-subjetiva, interesa al particular el reestablecimiento de esa lesión, de manera tal que la Administración sea compelida por el Juez al *cese* de la vía de hecho y a la *reparación* de los daños ocasionados, incluso, de índole patrimonial. Frente a la vía de hecho de la Administración resulta pertinente, entonces, la *pretensión de condena*²⁶, la cual se ejercerá a través de la *acción*, comúnmente referida entre nosotros como *recurso contencioso administrativo*. Notar entonces que, frente al sistema cerrado de recursos contencioso-administrativos, se prefiere el sistema abierto de pretensiones procesales administrativas deducibles a través de la acción, tal y como ha propuesto Urosa Maggi²⁷.

Aquí se presenta el problema práctico para el particular afectado, desde que bajo el imperio de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el ordenamiento jurídico venezolano no daba cobertura expresa a tal pretensión

²⁵ Véase a González Pérez, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, 2001, pp. 53 y ss. En cuanto al concepto de pretensión, nos remitimos a Rengel-Romberg, Aristides, “La pretensión procesal”, en la obra del autor *Estudios jurídicos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2003, pp. 343 y ss.

²⁶ La pretensión de condena “...es aquella en que se pide al juez la condena del demandado a una prestación, positiva o negativa (omisión). En estos casos, generalmente el sujeto activo de la pretensión trata de obtener la satisfacción de un derecho mediante el cumplimiento de la obligación recíproca que está a cargo del deudor y que ha quedado insatisfecha...” (Rengel-Romberg, Aristides, “La pretensión procesal”, cit., pp. 350-351). El administrado trata de obtener la satisfacción a su derecho, mediante la imposición de prestaciones a cargo de la Administración: no iniciar la vía de hecho; cesar en su ejercicio y reestablecer la situación infringida. En general, sobre estas pretensiones, vid. Huergo Lora, Alejandro, *Las pretensiones de condena en el contencioso administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 25 y ss.

²⁷ Vid. Urosa Maggi, Daniela, “La pretensión procesal administrativa”, en *El contencioso administrativo hoy*, FUNEDA, 2004, pp. 103 y ss.

de condena ni, tampoco, diseñaba el cauce procesal a través del cual tal pretensión podrá ser invocada. Tanto así que las soluciones al uso admitidas reducían la tutela de la vía de hecho al recurso contencioso administrativo de nulidad, sólo cuando ella se expresase a través de un acto administrativo; por consiguiente, ante la actuación material, el particular se veía forzado a procurar, de la Administración, el acto expreso que después sería recurrido, solicitando en sede administrativa el cese de la vía de hecho. Tal inoperante solución abría las puertas a un medio de protección más expedito, como la acción autónoma de amparo, dado que, en definitiva, y conforme a lo ya visto, la vía de hecho entraña siempre directa violación a derechos fundamentales. Dicho en otros términos, bajo la *literal* interpretación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia los únicos objetos admitidos de las pretensiones procesales eran el acto administrativo, los contratos y las “abstenciones” o “carencias”. Siempre podía el Juez, sobre la base del artículo 206 constitucional, en concordancia con el artículo 68 *eiusdem*, entender que también la vía de hecho (en su sentido de actuación material) podía ser “objeto del recuso”²⁸ contencioso administrativo, aplicando para ello el procedimiento que mejor se adecuara a las características de ésta, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

2. EL CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LAS VÍAS DE HECHO DE LA ADMINISTRACIÓN LUEGO DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

La nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha abierto medianamente las puertas para solventar esa precaria situación, al reconocer en su artículo 5.27 que a la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde el conocimiento de las acciones incoadas contra las vías de hecho de la Administración. En todo caso, la nueva Ley nada más dispuso en cuanto a las características de la acción a través de la cual se invocará la pretensión contra tal actuación material. Ello no es, sin embargo, obstáculo insalvable. En efecto, la nueva disposición de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de

²⁸ Expresión común pero equívoca, dentro del Derecho Procesal, en tanto en cuanto el objeto del “recurso” es la pretensión procesal administrativa.

Justicia, por un lado, y la concepción constitucional de la justicia administrativa en el artículo 259 del Texto de 1999, por el otro, son suficientes para concluir que la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer las pretensiones de condena de los particulares contra las vías de hecho de la Administración, conforme a los diversos supuestos que han sido ya analizados. A esa solución abona el segundo párrafo del artículo 18 de la Ley que, en sintonía con el artículo 26 constitucional, asegura el derecho de acceso al Tribunal Supremo de Justicia (lo que abarca el derecho a la acción ante la justicia administrativa, conforme lo enseñado por Moles Caubet) para la defensa de derechos e intereses, incluso, cuando éstos sean lesionados por una vía de hecho²⁹. Pretensión de condena a través de la cual se solicitará el cese de la actuación material; la orden de paralización a la Administración, en caso que la vía de hecho todavía no se haya materializado; el restablecimiento de las írritas acciones cometidas, así como la pretensión accesorio de condena por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso. La ausencia de un cauce procedimental no es, insistimos, impedimento para el ejercicio de tal pretensión, correspondiendo a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa aplicar el procedimiento más idóneo para tal fin, conforme a las notas que se desarrollarán más adelante, según admite el segundo párrafo del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, siendo las disposiciones del Código de Procedimiento Civil de aplicación supletoria.

2.1 Particularidades de la pretensión contencioso-administrativa deducible frente a la vía de hecho

¿A través de cuál procedimiento podría tramitarse la pretensión de condena contra la vía de hecho de la Administración? La ausencia de un procedimiento preestablecido en la Ley emplaza a aplicar otro que, estando legalmente consagrado, permita una tutela acorde con la urgencia propia de la vía de hecho, pues ante una actuación material de la Administración se exige la adopción de medidas restablecedoras de manera inmediata, tal y como sucede con el interdicto. Al respecto, se reitera que de conformidad con el artículo 5.27 y el párrafo segundo del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal

²⁹ Cfr.: Moles Caubet, Antonio, “El sistema contencioso administrativo venezolano en el Derecho Comparado”, en *Contencioso administrativo en Venezuela*, Caracas, 1993, pp. 9 y ss.

Supremo de Justicia, en concordancia con su párrafo tercero; con el párrafo segundo del artículo 18 y con la disposición final única, literal b), a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia corresponde conocer de las demandas incoadas frente a las vías de hecho del Ejecutivo Nacional y demás altas autoridades de rango nacional que ejerzan el Poder Público³⁰, a través del procedimiento que, estando contemplado en la Ley, sea más “conveniente para la realización de la justicia”, aplicándose supletoriamente las normas del Código de Procedimiento Civil. Es, obsérvese bien, el mismo sistema admitido bajo la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por lo que la propuesta que aquí se estudiará resultaba igualmente válida bajo la vigencia de aquella Ley.

Que no exista un cauce procesal expreso para la tutela de los derechos ante la vía de hecho no es, en conclusión, impedimento alguno. Como recientemente acotara la Sala Constitucional en importante decisión de 27 de mayo de 2004, caso *Elizabeth Morini Morandini*, los poderes del juez contencioso administrativo que dimanen del artículo 259 constitucional pueden ejercerse “...al margen de que la denuncia encuadre en los recursos tradicionales establecidos en la ley o que haya construido la jurisprudencia, pues, la tendencia compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 constitucional, es a darle recibo y trámite a todo tipo de demandas en tanto subyazca un conflicto de orden administrativo, derivado de una relación jurídica entre un particular y un órgano o ente investido de potestades públicas, que exija el examen judicial respectivo...”.

2.1.1 La aplicación del procedimiento del juicio breve para tramitar las demandas contra las vías de hecho de la Administración

Como sea que la articulación del proceso debe responder a las peculiaridades del derecho sustantivo que a través de él se ventila, estimamos que el

³⁰ Ya la jurisprudencia se ha encargado de aclarar que estas reclamaciones contra las vías de hecho serán conocidas por los otros órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, en atención a la naturaleza del órgano o ente al que se le imputa la comisión de la vía de hecho. Véase así las ya importantes sentencias de la Sala Político-Administrativa de 27 de octubre de 2004, caso *Marlon Rodríguez* y de 24 de noviembre de 2004, caso *Tecno Servicios Yes'Card*.

procedimiento que se acoja para ventilar las pretensiones contra las vías de hecho debe permitir al Juez contencioso administrativo adoptar, con brevedad y simplificación, las medidas *definitivas* y *necesarias* para reestablecer la situación jurídica vulnerada por la vía de hecho de la Administración. Ha de tratarse, por supuesto, de un proceso cognoscitivo, en el cual el Juez determine la realización –aun inminente– de la vía de hecho, pero lo suficientemente expedito como para permitir la adopción de medidas restablecedoras de manera efectiva³¹. Por ello, y sin perjuicio de las propuestas *lege ferenda* que pudieran realizarse, estimamos que el procedimiento del juicio breve regulado en el Código de Procedimiento Civil cumple con todos estos extremos pues, aun siendo un proceso cognoscitivo, coadyuva a la adopción de una decisión final en un lapso de tiempo razonable. Tal opción permitiría un adecuado estudio de la procedencia de la vía de hecho, teniendo en cuenta que ésta –conforme a lo ya expresado– debe circunscribirse únicamente a los supuestos de actuaciones materiales puras. Si media acto administrativo formalmente reconocible, y con prescindencia de sus vicios, el interesado podrá optar por el juicio de nulidad de los actos de efectos particulares, ahora regulado en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. La diferencia en cuanto al procedimiento aplicable se justifica, a nuestro parecer, pues la existencia de un acto administrativo formal exige el estudio de sus posibles vicios, análisis no siempre compatible con la sumariedad del juicio breve propuesto.

2.1.2 El acceso a la justicia administrativa ante la vía de hecho

La demanda contra la Administración, pretendiendo su condena ante la vía de hecho perpetrada o por perpetrarse, podrá ser incoada sin necesidad de agotar

³¹ La doctrina ha insistido sobre este particular al proponer que la tutela judicial frente a la vía de hecho se tramite por un proceso interdictal, pero residenciado en la justicia administrativa (González-Varas Ibáñez, Santiago, *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 128 y ss. y López Menudo, Francisco, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988, p. 40). La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de España, sin embargo, somete las pretensiones contra las vías de hecho al cauce procedimental común con dos excepciones: plazo abreviado para interponer el recurso contencioso administrativo y régimen cautelar especial (Sánchez Morón, Miguel, “El objeto del recurso contencioso-administrativo”, cit., p. 207).

la vía administrativa, sencillamente, pues tal cortapisa no ha sido legalmente establecida. Pero es que incluso, y ya con carácter general, la Sala Político-Administrativa ha entendido que, bajo la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, queda suprimido el agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal de las pretensiones procesales administrativas³².

Nada se opone a que el particular interesado, como lo dispone el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, solicite a la Administración el cese de la vía de hecho y la reparación del agravio causado, ello, en el entendido que el derecho a la defensa puede también ser ejercido a través de tales reclamaciones previas³³. Por supuesto, la decisión expresa que se dicte a resultas de tal procedimiento administrativo no podrá ser recurrida a través del recurso contencioso administrativo de nulidad, en tanto el interés procesal de la parte afectada no será satisfecho con la nulidad de tal decisión, sino con la condena directa a la Administración.

En cuanto a la legitimación, en nada difiere ésta del estudio que, sobre ella, se ha venido desarrollando en el contencioso administrativo. De tal manera, la legitimación está determinada en atención a la utilidad legítima derivada de la defensa de la pretensión de condena, aspecto que deberá precisarse ante las lesiones jurídico-subjetivas ocasionadas por ellas, tanto en la esfera individual del afectado, como de manera suprapersonal, a través de los llamados derechos colectivos y difusos³⁴.

2.1.3 Tribunales competentes

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sólo contempló, recordemos, la competencia de la Sala Político-Administrativa para conocer de *ciertas* vías de hecho, aún cuando la jurisprudencia de esa Sala se ha encargado de

³² Véase, entre muchas otras, la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 7 de julio de 2004, caso *Farmacia Big Low, S.R.L.*

³³ Tal es la solución acogida por el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España, que establece como optativa la reclamación previa.

³⁴ Esta legitimación de intereses suprapersonales guarda especial importancia respecto de las vías de hecho en materia urbanística. Cfr.: Parada, Ramón, *Derecho administrativo, Tomo I*, Marcial Pons, Madrid. 2000, pp. 730 y ss.

ampliar tal supuesto, para abarcar las vías de hecho de otras Administraciones Públicas³⁵.

2.1.4 La pretensión de condena frente a la vía de hecho. Su objeto. Breve excursio sobre las medidas cautelares aplicables

Como ha quedado expuesto, frente a la vía de hecho lo procedente es la pretensión de condena que, en los términos del artículo 259 de la Constitución, permita al particular afectado solicitar el cese de la vía de hecho o su no ejecución, ante actuaciones inminentes; la reparación de las consecuencias dañinas derivadas de la vía de hecho (esto es, la condena al *deshacer*) y también, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. El objeto de la pretensión de condena es la vía de hecho consumada e incluso, la vía de hecho inminente, pues en tales casos, la proximidad de la vía de hecho justifica la tutela judicial del particular frente a la Administración potencialmente infractora³⁶.

Cabrán también, y como es lógico esperar, pretensiones cautelares durante el curso del procedimiento. En concreto, la disposición del párrafo undécimo del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, permiten la adopción de medidas cautelares innominadas *positivas*, orientadas a conservar el *status quo*, ante amenazas de vías de hecho; a paralizar la vía de hecho, en caso que ella se esté desarrollando; o a modificar la realidad existente, en caso que la vía de hecho se haya ya consumado. Con marcado carácter restrictivo ha de ser interpretada la parte final del párrafo undécimo citado, que impide a las medidas cautelares “prejuizar sobre la decisión definitiva”. No debe concluirse, de tal equívoca expresión, que no caben medidas cautelares anticipativas; antes por el contrario, la prohibición apunta

³⁵ Véanse las sentencias antes citadas, que reconocen la competencia de las Cortes de lo Contencioso Administrativo y de los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo, en materia de vías de hecho.

³⁶ Véase el tratamiento dado a las actuaciones de hecho en Alemania, respecto de las cuales resulta procedente la prestación prestacional o de condena: González-Varas Ibáñez, Santiago, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, 1993, pp. 220 y ss.

a la interdicción de medidas que produzcan efectos jurídicos irreversibles, asimilables por ende a la decisión final que debe dictarse.

En cuanto a sus requisitos de procedencia, creemos que bastará con la presunción de realización –inminente o actual– de una vía de hecho (actuación material) para la procedencia de la cautela, presunción que debe supeditarse a que no exista evidencia de título jurídico que ampara la actuación material. La presunción del *fumus boni iuris* permite presumir también la existencia de graves perjuicios irreparables, siendo por ello innecesario entrar a ponderar particularmente este elemento³⁷.

2.1.5 Contenido de la sentencia y particularidades de su ejecución

Los poderes del juez contencioso administrativo ante la pretensión de condena frente a la vía de hecho, no son ni mayores ni menores que los que dimanarían del artículo 259 constitucional. En general, y atendiendo a las pretensiones invocadas, el Juez contencioso administrativo podrá acordar cualquier medida necesaria para el restablecimiento pleno de la situación jurídica lesionada por la vía de hecho, incluso, mediante la condena al pago de los daños y perjuicios ocasionados. En consecuencia, la ejecución de tal sentencia se guiará por los mismos principios que orientan la ejecución de sentencias de condena contra las Administraciones³⁸.

³⁷ El artículo 136 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en España contempla una especial medida cautelar, la cual podrá ser requerida aun antes de interponer el recurso, y procederá únicamente cuando se presuma la existencia de la vía de hecho, en un sentido negativo. Esto es, se otorga preferencia al *fumus boni iuris*, ya que constatado éste automáticamente se presume la existencia de perjuicios no reparables. Sobre tal sistema, véase a Bacigalupo, Mariano, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 173 y ss. Se ha señalado de esa manera que admitido el recurso, procederá como regla la tutela cautelar, salvo que se presuma evidentemente que no hay vía de hecho (en Sánchez Morón, Miguel, “El objeto del recurso contencioso-administrativo”, p. 209).

³⁸ Seguimos aquí lo que señalamos en “El poder de sustitución del Juez contencioso administrativo: contenido y ejecución de la sentencia”, *El Contencioso Administrativo Hoy*, cit., pp. 305 y ss.

En efecto, frente a la vía de hecho caben dos tipos de condena, cuya ejecución forzosa se realizará por cauces ordinarios: orden de cese –no hacer– en la perturbación realizada y orden de restablecimiento –hacer y eventualmente, deshacer– de la situación lesionada por la vía de hecho perpetrada.

De esa manera, el Juez puede, en vía de ejecución forzosa, subrogarse en la Administración y encargarse de procurar la actuación debida, para lo cual – como señala el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil– podrá autorizar a un tercero a efectuar la prestación por cargo de la Administración. Incluso, el principio general de colaboración impone también, a otros órganos del Poder Público, el deber de prestar sus servicios para el cumplimiento del fallo. La propia norma del Código de Procedimiento Civil prevé que si la naturaleza de la obligación no permitiera esa sustitución *o la hiciera demasiado onerosa*, el Juez acordará la ejecución por equivalente mediante la determinación del correspondiente crédito. Esta última posibilidad es, dentro del Derecho Procesal Administrativo, bastante usual, ante dos supuestos: cuando, por causas extrañas no imputables, la condena a hacer o a no hacer deviene en imposible cumplimiento; también, cuando se trate de sentencias marco, aspecto que, sin embargo, no puede ser referido a la vía de hecho. Ante tal hipótesis se adopta, como solución al uso, la imposición de multas coercitivas (*astreinte*). La solución, en nuestra opinión, es insatisfactoria, pues el interés del accionante no se satisface con la imposición de tales multas. Más justa parece ser la solución arbitrada por el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil: procederá la ejecución por equivalente mediante la determinación del crédito que será ejecutado luego a través del embargo³⁹.

Eventualmente la pretensión de condena puede incluir la devolución de los bienes indebidamente ocupados por la Administración, pretensión que podría igualmente ventilarse ante la justicia civil. En todo caso, si la sentencia condena la entrega de un bien, ésta se llevará a cabo, incluso, mediante el uso de la fuerza pública, como señala el artículo 528 del Código de Procedimiento Civil. Y si no pudiere ser entregado el bien, se procederá a su estimación dineraria a fin de determinar el correspondiente crédito.

³⁹ Respecto de la aplicación supletoria de esa norma, véase la importante sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 1 de junio de 2000, caso *Onelio Ruiz*.

Como se observa, en la ejecución de esta sentencia –típica de condena frente a la vía de hecho– tienen una aplicación moderada las prerrogativas de la República, contenidas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República⁴⁰. Como regla general, dictada la sentencia condenatoria contra la República, y de conformidad con el artículo 85 de aquella Ley, la Procuraduría General deberá *informar* al Tribunal sobre su “forma y oportunidad de ejecución”. Debe entenderse que se trata de la exhortación al cumplimiento voluntario de la sentencia, para lo cual se dispone de un lapso de sesenta días, vencido el cual podrá el Tribunal determinar la forma y oportunidad de cumplimiento del fallo. Si de manera accesoria la sentencia condena al pago de daños y perjuicios a la República, aplicarán también las reglas especiales que la referida Ley consagra, lo que abarca la aplicación del especial procedimiento de ejecución de tales sentencias (basado en el ya tradicional de la Ley Orgánica de Régimen Municipal), en el cual, inclusive, podrá acordarse un embargo ejecutivo (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 23 de septiembre de 2003, caso *Centro Simón Bolívar*).

2.1.6 Recapitulación: la necesaria regulación procesal de la vía de hecho administrativa

El enfoque procesal del contencioso administrativo permite concluir que la regulación óptima de ese orden jurisdiccional debe partir del reconocimiento de una única acción tramitable como regla general a través de un único procedimiento, que es el sistema adoptado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Tal acción podrá tener varias pretensiones según sea su objeto, entre las cuales encontramos las pretensiones contra las vías de hecho. La necesidad de optar por una tutela inmediata –pero definitiva y no ya meramente cautelar– recomienda que tal pretensión se ventile mediante un proceso cognoscitivo, sumario y breve, sin perjuicio de apertrear al Juez

⁴⁰ La jurisprudencia tradicional estimó que el antejuicio administrativo resultaba aplicable a los interdictos (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 23 de junio de 1964), aun cuando entendemos que tal antejuicio debe quedar reducido a las demandas de contenido patrimonial, y no así a las demandas que derivan de acciones posesorias, tal y como contemplan los artículos 54 y siguientes de la vigente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

de un poder cautelar especial que admita, inclusive, la solicitud de esas cautelas antes de incoar la demanda respectiva.

Tal propuesta *de lege ferenda* es posible en cierto modo trasladarla a una propuesta de *lege data*, en tanto la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia reconoce que los particulares podrán acceder a la justicia administrativa para la tutela judicial de sus derechos e intereses frente a las vías de hecho imputables a las Administraciones Públicas. La ausencia de un cauce procesal idóneo justifica acudir al proceso del juicio breve, previsto en el Código de Procedimiento Civil. Los poderes del juez contencioso administrativo, que dimanarían del artículo 259 constitucional, serían suficientes para procurar, de esa manera, la tutela judicial efectiva ante las vías de hecho.

