

Fernando Parra Aranguren
-Editor-



TEMAS DE DERECHO PROCESAL

Volumen II

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

KHW2569

T2783

V.II

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

Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2005

650 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 II

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. Iván Rincón Urdaneta
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz
Dr. Luis Vicencino Velázquez Alvaray
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López

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. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez
Vicepresidente de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero
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. Alejandro Angulo Fontiveros
Dra. Blanca Rosa Mármol de León
Dra. Deyanira Nieves Bastidas

Contenido Volumen II

La distribución de competencias contencioso-administrativas en la legislación y jurisprudencia venezolanas, Salvador Leal Wilhelm	7
El convenio arbitral en el derecho peruano, Carlos Alberto Matheus López	49
Valor probatorio del correo electrónico, Eduardo Molina Quiroga	77
El valor probatorio del documento electrónico, Hugo Nemirovsky	117
Las disposiciones generales sobre conflicto de leyes en el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica (2004), Gonzalo Parra-Aranguren	135
Notas sobre la Colisión entre las Leyes Preconstitucionales y la Constitución, Carlos Pérez Fernández	179
Reflexiones sobre el proceso venezolano de solicitud del beneficio de Atraso, Gladys J. Rodríguez R. de Bello	201
Tres fases del proceso penal, Juvenal Salcedo Cárdenas	241
Justicia Administrativa en los cinco años de vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Beatrice Sansó de Ramírez	303
La tacha y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, José Vicente Santana Osuna	361

El principio de economía procesal en el proceso por audiencias laboral, Carlos J. Sarmiento Sosa	423
Presunciones en la violencia psíquica y en los conflictos familiares, H. Eduardo Sirkin	451
Los principios procesales que emergen de la Audiencia Preliminar introducida en el Art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina, Silvia Tanzi y Pablo Jorge Torterolo ...	461
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, Victorino J. Tejera Pérez	467
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, Miguel Ángel Torrealba Sánchez	485
La presunción de buena fe y su tratamiento en el referendo revocatorio presidencial de 2004, Carolina Turín Ortiz y Alvaro Garrido Lingg	535
La acción laboral: Un análisis a partir de la competencia material del juez del trabajo y los principios que rigen al nuevo procedimiento laboral, Francisco Rafael Verde Marjal	595

La distribución de competencias contencioso administrativas en la legislación y jurisprudencia venezolanas

Salvador LEAL WILHELM*

SUMARIO:

Introducción.

1. **Jurisdicción Contencioso-Administrativa.** *1.1 Los Tribunales del Contencioso Administrativo General.* 1.1.1 La competencia de los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo. 1.1.2 Las Cortes Contencioso Administrativas. *1.2. Los Tribunales Contencioso Administrativos Especiales.* 1.2.1 El Contencioso Tributario. 1.2.2 El Contencioso Administrativo Funcionarial. 1.2.3 El Contencioso Administrativo Inquilinario. 1.2.4 El Contencioso Agrario. 1.2.5 El Contencioso Contra el Inspector del Trabajo. 1.2.6 El Contencioso Electoral.
2. **El Contencioso Administrativo General.** *2.1. Competencia del Tribunal Supremo de Justicia en Única Instancia.* 2.1.1 Actos Administrativos de carácter general o particular emanados del Poder

* **La Universidad del Zulia**, Abogado, *Premio Simón Bolívar* (1993) por haber obtenido durante la carrera el promedio más alto de esa Casa de Estudios, Doctor en Derecho *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Profesor Asociado, *Departamento de Derecho Público*, Jefe (e). Autor de varios libros y numerosos artículos y ponencias.

Ejecutivo. 2.1.2 Actos Administrativos de Carácter General o Particular emanados de órganos que ejerzan el Poder Público a nivel Nacional, por motivos de Ilegalidad o Inconstitucionalidad. 2.1.3 Abstención de los Altos Funcionarios. 2.1.4 Vías de Hecho de los Altos Funcionarios. 2.1.5 Contratos Administrativos. 2.1.6 Acciones contra la República, Estados, Municipios, Institutos Autónomos en las que la República tenga Control Decisivo o Permanente. 2.1.7 Acciones contra el Banco Central de Venezuela (BCV). 2.2. *Competencias en Apelación.* 2.2.1 Apelación contra las Decisiones de las Cortes de lo Contencioso Administrativo. 2.2.2 Apelaciones en Materia de Expropiación. 2.2.3 Apelaciones en materia de Nacionalidad. 2.3. *Las Cortes de lo Contencioso Administrativo.* 2.3.1 Competencia en Primera Instancia. 2.3.1.1 Actos Administrativos, Vías de Hecho y Omisiones emanadas de órganos de la Administración Central. 2.3.1.2 Actos, Omisiones, Vías de Hecho de Entes Públicos no Territoriales. 2.3.1.3 Actos Omisiones y Vías de Hecho de órganos que ejerzan el Poder Público a nivel Nacional, que no forman parte del Poder Ejecutivo. 2.3.1.4 Actos en Materia de Nacionalidad. 2.3.1.5 Expropiación. 2.3.1.6 Acciones contra la República, Estados, Municipios, Institutos Autónomos y Empresas del Estado en los que los primeros, tengan participación decisiva. 2.3.1.7 Controversias Sobre Contratos Administrativos En Los Cuales La República, Estados O Municipios Sean Parte. 2.3.1.8 Recurso contra los Actos de Autoridad. 2.3.2 Competencias en Segunda Instancia. 2.3.3 Competencias de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo en Primera Instancia. 2.3.3.1 Actos, Vías de Hecho y Omisiones de las Autoridades Estadales y Municipales. 2.3.3.2 Actos de los Prestadores de Servicios Públicos Estadales y Municipales. 2.3.3.3 Acciones contra la República, Estados, Municipios, Institutos Autónomos o Empresas en las cuales los entes territoriales tengan participación decisiva. 2.3.3.4 Contratos Administrativos en los Cuales Sean parte la República, los Estados o los Municipios. 2.3.3.5 Actos en Materia Inquilinaria. 2.3.3.6 Acciones contra los Particulares.

3. Conflictos de Jurisdicción y Competencia. 3.1 *Regulación de la Jurisdicción.* 3.2 *Conflictos de Competencia.*

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

En Venezuela, el acceso a la justicia ha sido siempre una posibilidad lejana, los linchamientos por un lado y por otro el que los Tribunales puedan estar en huelga semanas sin que se produzca ninguna reacción de la comunidad, pues resultan indiferentes, son prueba fehaciente de ello. Pero si bien, la justicia es un bien público y por tanto debe garantizarse su provisión a todos; si no se adopta una estrategia de racionamiento la demanda se hará tan alta que el sistema colapsará por exceso de trabajo. En Venezuela en racionar se ha tenido éxito, ha hecho la justicia inalcanzable y alejada, especialmente la justicia Contencioso Administrativa. En ésta se incumple el principio formulado por Chiovenda “la necesidad del proceso no debe devenir en daño del que debe recurrir al proceso¹”. No hay condenatoria en costas que cubra los gastos del proceso. Es necesaria una especial habilidad para predecir cuál será el Tribunal declarado competente y evitar dispendios innecesarios. Y por ultimo, las causales de admisibilidad se interpretan con un rigor exagerado. A continuación, intentamos esbozar una guía para resolver el problema de la elección del Tribunal.

1. El artículo 259 de la Constitución establece:

La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la Ley.²

Con ello se establece la existencia de una competencia especial contencioso administrativa del Poder Judicial o lo que es lo mismo un sistema judicialista puro. Así, en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de Diciembre de 1970, ésta afirmaba:

Como fue indicado en la exposición de motivos de la Constitución ésta consagra el carácter de judicialista de la jurisdicción contencioso administrativa y apartándose del modelo francés y reafirmando la tendencia tradicional de la Legislación Nacional, consistente en otorgar

¹ Chiovenda, Giuseppe. *Curso de Derecho Procesal Civil*. México. Editorial Pedagógico Iberoamericano. p. 235.

² Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5453. Venezuela. 24 de marzo de 2000.

el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la administración a los órganos del Poder Judicial³"

Hasta tanto se dicte la Ley de Organización y Procedimientos Contencioso Administrativos, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ en lo sucesivo) ordena que se regule reglamentariamente la primera y se aplique la citada Ley para los segundos (Disposición Transitoria Única literal b).⁴ El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) ha hecho caso omiso de la orden legal y ha regulado la materia a través de sentencias que van más allá del mandato legal, dejando sin efecto otras leyes.⁵ En todo caso, se "reglamenta" el Contencioso Administrativo general que comprende los tribunales cuya competencia no está limitada a materias específicas sino que la misma comprende el control de la Administración Pública, cualquiera que sea su esfera de actuación, determinándose su competencia concreta, en razón de criterios territoriales o la cuantía.⁶

Debiendo agregarse a esto: y en razón de la jerarquía del órgano sujeto a control.

1.1 Los Tribunales del Contencioso Administrativo General

La estructura del Contencioso Administrativo general la conforman el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, las Cortes de lo Contencioso Administrativo, con sede en Caracas y competencia en todo el territorio nacional y los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo con competencia en regiones judiciales.

³ Corte Suprema de Justicia En La Roche, Humberto. *La Jurisdicción Constitucional y el Contencioso Administrativo*. Caracas, Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 10, año 9. Venezuela FGR. 1996, pp. 233.

⁴ Asamblea Nacional. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Gaceta Oficial N° 37942. Venezuela. 19 de Mayo de 2004.

⁵ Tribunal Supremo de Justicia, En <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/0102271004-2004-1462.htm> 28 de Octubre de 2004.

⁶ Corte Suprema de Justicia, en *Compendio de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* Editada por TAPIA, Pierre. Caracas. Venezuela. Pierre Tapia. 1994. Pp. 47.

El Decreto 2.057 del Presidente de la República, de acuerdo a previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 147, de fecha 8 de marzo de 1.977, estableció los Tribunales Superiores en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo con competencia en circunscripciones no coincidentes con las ordinarias. Luego la Resolución N°. 871, del Consejo de la Judicatura del 9 de marzo de 1.991, los llevaría al número 11 de tribunales en uso de la atribución que le confiere el artículo 15 literal “d” de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura. En 1.994, por Resolución N°. 2.643 del Consejo de la Judicatura con fecha 13 de abril y basándose en la necesidad de acercar los Tribunales Contencioso Administrativos a los administrados, ya que al ser establecidos por regiones, salvo la región capital, que cuenta con cuatro tribunales, tres de ellos en Caracas, se hallan lejos de los Estados cuyos gobiernos están sometidos a control, lo cual por supuesto resulta oneroso al administrado. Además, el aumento de competencias estatales y municipales aumenta la posibilidad de que las actividades administrativas perjudiquen a los particulares.⁷ Sin embargo, la resolución que estaba supuesta a entrar en vigencia el 16 de septiembre de 1.994, con el reinicio de las actividades del Poder Judicial, fue suspendida en su vigencia hasta el 1 de enero de 1.995, argumentándose la necesidad de especialización de los Tribunales Contencioso Administrativos, pero la única razón es el reflejo del centralismo que se negaba a ceder su poder y veía a los tribunales alejarse de su influencia, pues con la nueva resolución habría un Tribunal Contencioso Administrativo en cada estado y por lo tanto más cerca de los intereses de los habitantes de la zona que de los dictados de los caraqueños. Con lo cual se consolidaba la onerosa centralización del Poder Judicial.

Más adelante se crearon, por mandato del Código Orgánico Tributario, tribunales locales en las ciudades más importantes para conocer de la materia Contencioso Tributaria, pero no fueron dotados hasta el año 2005. Igualmente el Tribunal de Carrera Administrativa centralizaba los reclamos de los funcionarios públicos. Así, un funcionario que devengaba quince mil bolívares mensuales debía pagar un abogado que se trasladare a Caracas a litigar, pero los pasajes en un autobús costaban el equivalente de un salario mínimo de

⁷ Consejo de la Judicatura. *Resolución 235* del 11 de mayo de 1995. *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*. FUNEDA. Caracas. Venezuela, 1995, p. 123.

quince mil bolívares lo cual devenía en una flagrante denegación de justicia para todo aquel que no vivía en la capital.

En España, Martín Retortillo propuso hace ya tiempo atrás que se unificase las jurisdicciones civiles y contencioso administrativa, pues tanto los jueces civiles como contencioso administrativos recibieron igual formación y tienen igual conocimiento de las materias a decidir⁸ que es lo que esta resolución de hecho traería.

1.1.1 La competencia de los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo

Se distribuye según el territorio, Resolución del Consejo de la Judicatura 235 del 24 de abril de 1.995, así:

1. Región Capital: formada por el Distrito Federal y Miranda.
2. Región Central: formada por Aragua y Guárico.
3. Región Centro Norte: formada por Carabobo, Cojedes, Yaracuy y Municipios Silva, Palma Sola y Monseñor Iturriza de Falcón.
4. Región Centro Occidental: formada por Lara, Portuguesa y Trujillo.
5. Región Occidental: formada por Zulia y Falcón sin los Municipios Silva, Palma Sola y Monseñor Iturriza de Falcón.
6. Región Los Andes: formada por Mérida, Táchira y Barinas, con excepción del Municipio Arismendi.
7. Región Sur: formada por Apure y Municipio Arismendi de Barinas.
8. Región Nor Oriental: formada por Nueva Esparta, Sucre y Anzoátegui, con excepción del Municipio Independencia de éste.
9. Región Sur Oriental: formada por Monagas y Delta Amacuro.
10. Región Bolívar: formada por Bolívar y Municipio Independencia.
11. Región Amazonas: formada por Amazonas.

⁸ Martín Retortillo, Lorenzo. *Unidad de Jurisdicción para la Administración Pública*. Revista de Derecho Administrativo No. 49, Madrid, Oficina Técnica de Gobierno. p. 187.

En la región Capital funcionaban cuatro tribunales y tenían competencia exclusiva en lo contencioso administrativo. En las demás regiones los Tribunales Superiores conocerán en materia contencioso-administrativa y también civil en lo relativo a bienes, salvo en las últimas cuatro regiones listadas que tendrán competencia en materia ordinaria y especial distinto de lo contencioso, y eso a pesar de la necesidad de “especialización”⁹, ej. Amazonas: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Penal, Tránsito, Trabajo y de Menores de Amazonas. No obstante la pretendida necesidad de especialización del contencioso administrativo, los tribunales que según el derecho común o especial eran competentes conocían de las demandas contra Estados y Municipios, evidentemente los intereses de estos son inferiores con relación a los del Estado o República.

En el año 2002 la Ley del Estatuto de la función Pública, convirtió el Tribunal de Carrera Administrativa en tres Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo llevando a siete el número de tribunales de la región capital (Disposición Transitoria Segunda).¹⁰

Las competencias de estos Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo fueron modificadas por la SPA en sentencia del 27 de Octubre de 2004¹¹.

1.1.2 Las Cortes Contencioso Administrativas. (CCA)

El artículo 184 de la LOCSJ establecía la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo integrada por cinco Magistrados, con sede en Caracas y competencia en todo el territorio nacional.¹² El artículo 185 *ejusdem* otorgaba las competencias que jurisprudencialmente se fueron ampliando a lo largo de sus primeros veinticinco años de existencia.

⁹ Consejo de la Judicatura. Ob. cit., p 123.

¹⁰ Asamblea Nacional. *Ley del Estatuto de la Función Pública*. Venezuela. Gaceta Oficial N° 37.522. 6 de Septiembre de 2002.

¹¹ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/0102271004-2004-1462.htm>. 28 de Octubre de 2004.

¹² Congreso de la República. *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 1893. Venezuela. 30 de Julio de 1976.

Sus Magistrados eran designados por la Sala Político-Administrativa, hasta que sobre la base de una errada interpretación del artículo 255 de la Constitución, que da competencia al Tribunal Supremo de Justicia para designar a los jueces, la competencia fue asumida por la Sala Plena.¹³ La LOTSJ, obviando eso restituye a la SPA la competencia de nombrar a los jueces de lo Contencioso Administrativo (artículo 6 numeral 23).

Luego de una intervención de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, el TSJ en Sala Plena creó la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de la competencia que le otorgaba el artículo 184 de la LOCSJ; aun cuando en la resolución no se cite el artículo.¹⁴ En la misma resolución se reduce a tres el número de jueces a quienes no se llama Magistrados y no hace mención a la Sala que los designa (art. 2 Resolución 2003-00033).¹⁵

La Corte Primera tenía como principal competencia el Recurso de Nulidad de Actos emanados de órganos subalternos como tribunal de única instancia, hasta sentencia de 13 de Marzo del año 2000 que desaplicó el artículo 185 de la LOCSJ sobre la base de la violación del artículo 8 numerales 1 y 2 del Pacto de San José.¹⁶ Norma ésta que se refiere a procesos penales, pues habla de los derechos del “acusado.”¹⁷ Así lo reconoció finalmente la propia Sala Constitucional:

De allí que esta Sala ha sostenido, en relación con el alcance del derecho a la doble instancia, que se trata de una garantía que deriva del derecho fundamental a la defensa, cuyo reconocimiento en nuestro ordenamiento constitucional –como consecuencia de su previsión en la Convención Americana sobre Derechos Humanos- es especialmente

¹³ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/2328-011004-03-2948%20.htm> (21 de marzo de 2005)

¹⁴ Tribunal Supremo de Justicia. *Resolución N° 2003-00033*. Venezuela. Gaceta Oficial N° 37866. 27 de Enero de 2004.

¹⁵ Idem. Art. 2

¹⁶ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/sc/marzo/87140300-0581>. 10 de Enero de 2004

¹⁷ Congreso de la República. Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica. Gaceta Oficial N° 31.256, 14 de junio de 1977.

referido al proceso penal, aun cuando la jurisprudencia lo haya extendido en ocasiones a la materia civil e incluso contencioso-administrativa. De manera que, salvo su exigibilidad irrestricta en materia penal, no se trata de un derecho absoluto, sino de una garantía procesal exigible en la medida en que así lo prevea la Ley¹⁸

1.2 *Los Tribunales Contencioso Administrativos Especiales*

Aparte de la competencia general contencioso administrativa en diversas leyes se crean tribunales especiales de lo Contencioso Administrativo según se trate de determinadas materias que por razones que no corresponde discutir aquí, se consideran “sensibles”.

1.2.1 El Contencioso Tributario

El Código Orgánico Tributario (COT) asigna el recurso contencioso contra los actos de la Administración Tributaria de efectos particulares que determinen tributos, apliquen sanciones que afecten en cualquier forma los derechos de los administrados¹⁹

Art. 242 en concordancia con el 259 *ejusdem*, a los Tribunales Contencioso Tributarios (Art. 331 *ejusdem*). Los cuales deben ser creados, y en efecto lo fueron, por el TSJ. Pero, el TSJ ha limitado la competencia que la Ley establece así

De manera que, pese a la universalidad del control contencioso tributario respecto de los actos y actividades realizados por la Administración Fiscal, expresamente reconocido en la normativa rectora del procedimiento impositivo y del contencioso fiscal, el recurso contencioso tributario sólo procede contra los actos definitivos que: comprueben el acaecimiento del hecho generador del tributo y cuantifiquen la deuda tributaria; impongan las sanciones en caso de

¹⁸ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/340-090304-02-1314.htm>. 29 de marzo de 2005.

¹⁹ Asamblea Nacional. *Código Orgánico Tributario*. Venezuela. Gaceta Oficial N° 37.305. 17 de Octubre de 2001.

incumplimiento de las obligaciones y los deberes tributarios; afecten en cualquier forma los derechos de los administrados; nieguen o limiten el derecho al reintegro o repetición de pago del tributo, o, impongan intereses, sanciones y otros recargos.²⁰

Luego, sólo los actos estrictamente tributarios emanados del Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (Seniat), pero también de cualquier órgano del Estado en materia de tributos son impugnables en el contencioso tributario. Son tributos: Los impuestos, las tasas, contribuciones parafiscales (art. 12 COT). También son impugnables ante los mismos tribunales los actos tributarios aduaneros (art. 1 COT). No lo serán sino ante el contencioso administrativo general los actos en ejercicio de la Potestad Aduanera cuyo fin no sea fiscal, sino tales como medidas de salvaguarda, sanidad, propiedad intelectual, seguridad, tráfico ilegal, etc.

1.2.2 El Contencioso Administrativo Funcionarial

La Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP) en su Disposición Transitoria Segunda atribuye competencia para toda controversia incluso en materias reguladas por la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 32 *ejusdem*) a los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo del lugar donde fuere dictado el acto impugnado; Pero, la Ley solo regula las relaciones de los funcionarios al servicio de las administraciones dependientes de los poderes ejecutivos nacionales, estatales y municipales. Y no todos pues, excluye a los funcionarios del Servicio Exterior, del Seniat y de la Procuraduría General de la República (art. 1 LEFP). En consecuencia, deberían estar excluidos del contencioso funcionarial y sujetos al control del TSJ o las Cortes de lo Contencioso. Pero, la posición del TSJ ha sido otra.

(...) Por las razones que anteceden, estima la Sala que no obstante el acto cuestionado emane del Presidente del Consejo Nacional Electoral, y aún cuando los funcionarios de éste 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

²⁰ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00523-250504-2000-1249.htm>. 15 de Enero de 2005.

de Carrera Administrativa; en consecuencia, es el Tribunal de Carrera Administrativa el Juez Natural para conocer de la presente causa, y su Alzada, en caso de interponerse el fallo definitivo el correspondiente recurso de apelación, es la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo. Así se decide.

(...) Similar interpretación debe colegirse para los supuestos atinentes a los funcionarios al servicio del Poder Legislativo y de los órganos de jerarquía similar al recurrido, tales como el Ministerio Público (...)" (Destacado de la Sala)

Aplicando el aludido criterio al caso de autos, se colige que el órgano competente para conocer de la presente causa sería el Tribunal de la Carrera Administrativa, pero es el caso que, con la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.482, de fecha 11 de Julio de 2002, cuya última reimpresión fue hecha el 6 de Septiembre de 2002 y publicada en la Gaceta Oficial N° 37.522, se suprimió el Tribunal de la Carrera Administrativa y se constituyó a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo como tribunales funcionariales.²¹

En esa decisión, se extendió la competencia hasta los Fiscales del Ministerio Público pero, en otra se atribuyó la competencia en materia funcional al TSJ por tratarse de un Juez, no es así si se trata de un auxiliar de Tribunales:

En virtud de las disposiciones transcritas, se constata que esta Sala tiene atribuida la competencia para conocer de los recursos contra los actos disciplinarios emanados de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Sin embargo, debe en esta oportunidad precisarse que sólo le corresponde conocer de aquellos actos disciplinarios dictados por el mencionado organismo que afecten directamente la esfera jurídico-subjetiva de los jueces u otros funcionarios judiciales de alto rango.

Respecto a los demás funcionarios judiciales cuando se suscite una controversia de orden disciplinario, esta Sala, en aras de preservar el derecho del juez natural así como el de la doble instancia, y atendiendo al principio de descentralización de la justicia que se deduce del Texto Constitucional, ratifica el criterio sostenido en sentencia N° 02263 de

²¹ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/01735-051103-2003-0431.htm>. 15 de Enero de 2005

fecha 20 de diciembre de 2000, en la que se estableció que el tribunal competente para conocer de causas en las que se discuta la terminación de una relación de empleo público es el Tribunal de la Carrera Administrativa.²²

Están excluidos, en cambio, los obreros cuyas demandas, corresponden a la competencia laboral, según el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo.²³

1.2.3 El Contencioso Administrativo Inquilinario

El Decreto Ley de Arrendamientos Inmobiliarios establece que los actos administrativos dictados en ejecución de la Ley, que emanan en Caracas de la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Infraestructura (art. 9)²⁴, son recurribles ante los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo (art. 10 *ejusdem*). Y, señala además la norma en comento, que en el interior, los actos administrativos inquilinarios emanados de las Alcaldías son recurribles en primera instancia en los Tribunales de Municipio con apelación ante los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo. Pero, en sentencia de 27 de Octubre de 2004 al enumerar las competencias de los Tribunales Superiores se incluyó: “5° De las impugnaciones contra las decisiones que dicten los organismos competentes en materia inquilinaria”²⁵.

Y no se distingue si se trata de inmuebles ubicados en Caracas o en el interior. Y deja sin efecto la ley, como por demás autoriza la LOTSJ, en su disposición transitoria literal b, al decir:

Las restantes competencias atribuidas a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo, esto es, las previstas en el artículo 181 y en los ordinales 1°, 4° y 5° del artículo 182 de la Ley Orgánica de la

²² Tribunal Supremo de Justicia, *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/septiembre/01113-180902-02-0466.htm>. 15 de Enero de 2005.

²³ Congreso de la República. *Ley Orgánica del Trabajo*. Gaceta Oficial 5152. 19 de Junio de 1997.

²⁴ Presidente de la República. *Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios*. Gaceta Oficial 36.845 de fecha 7 de diciembre de 1999.

²⁵ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01900-271004-2004-1462.htm>. 28 de Octubre de 2004

Corte Suprema de Justicia, se asumen en idénticos términos, salvo en lo que respecta a la mención de los *Jueces de Distrito*, que se entenderán ahora como *los organismos competentes en materia inquilinaria*.²⁶

1.2.4 El Contencioso Agrario

La Ley de Tierras establece en su artículo 171 la competencia de los Tribunales Superiores Regionales Agrarios, en primera Instancia, y de la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social, en Segunda Instancia para conocer del recurso contencioso administrativo contra los actos en materia agraria.²⁷ Esta competencia, es ampliada por la LOTSJ en su artículo 5 numeral 43, agregando la materia ambiental. Pero, la SPA ha entendido que se trata exclusivamente de materia ambiental agraria²⁸

1.2.5 El Contencioso Contra el Inspector del Trabajo

En este caso, según varíe la jurisprudencia se está, o no, en presencia de un contencioso especial en razón de que el artículo 5º Ley Orgánica del Trabajo se ha dicho²⁹, establece la existencia de una competencia especial del trabajo lo cual no es cierto pues, se limita a establecer los principios que deben guiar al juez en el proceso laboral. Al concordarlo con el artículo 453 *ejusdem* que somete a revisión de los tribunales la decisión del inspector del trabajo sobre calificación de despido, pero sin indicar qué tribunales son competentes en tal caso, mientras que en otras disposiciones se menciona expresamente la competencia contencioso administrativa ha llevado a plantearse la duda sobre cuál es el tribunal competente.

En el caso del Ministro del Trabajo, a tenor de lo dispuesto en la LOCSJ artículo 42, era la SPA la competente, pero, en el caso del Inspector del

²⁶ Idem.

²⁷ Presidente de la República. *Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Tierras*. Gaceta Oficial 37.323. 13 de Noviembre de 2001.

²⁸ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/septiembre/01217-020904-2003-1348%20.htm> (28 de febrero de 2005)

²⁹ Tapia, Pierre. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* N° 6. Caracas, Editorial Pierre Tapia. 1994, pp. 164 y 165

Trabajo decidió la, para entonces, Corte Suprema de Justicia que no sería la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo quien conociera sino los tribunales laborales.

Esta fue la tesis de la Corte desde mucho antes, así ya el 24 de Octubre de 1973, la SPA había dicho “ya que todo lo relativo al campo laboral, en esta materia es de la competencia de los tribunales del trabajo”.³⁰

Criterio que fue modificado en sentencia del 10 de enero de 1980, con lo cual se inicia, además la controvertida e inútil tesis de los así llamados actos cuasijurisdiccionales donde la CSJ afirma:

Las decisiones de las Comisiones Tripartitas, además de estar cubiertas por el principio constitucional del control de la legalidad, propio de los actos administrativos, reúnen también requisitos procesales exigidos para el ejercicio del recurso contencioso administrativo de anulación ante esta especial jurisdicción³¹.

Y añade además, que sería la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo la competente³².

Esto para algunos fue algo acertado,³³ ya que al igual que la CSJ en SPA en la sentencia antes citada consideran como una violación de lo que se conoce como la cláusula general o revisabilidad jurisdiccional de todos los actos administrativos, pero no se trata de algo de entidad considerable pues dada la unidad del Poder Judicial se deriva en un simple arreglo de división de trabajo. No se trata de excluir del control judicial sino de decidir cuál es el tribunal competente, sin que haya en modo alguno una violación de la Constitución, pues ésta claramente establece que la jurisdicción contencioso administrativa se ejerce por el TSJ y los tribunales que determine la Ley, sin especificar una sola competencia en particular, excepto la del TSJ, pues todo lo demás queda a cargo del legislador.

³⁰ Cit por Brewer Carías, A. *Nuevas Tendencias en el Contencioso Administrativo*. Caracas, 1993, p. 28.

³¹ Corte Suprema De Justicia, *Gaceta Forense*. Tercera Etapa N 107. Volumen I. 1980, p. 86.

³² Ibidem, p. 91.

³³ Brewer Carías, Allan. Ob. cit., p. 28.

Y así, en sentencia del 13 de febrero de 1992 en SPA estatuyó la Corte:

Diferente es la situación después de la vigencia de la actual Ley Orgánica del Trabajo (...) en efecto (...) su artículo 5° consagra la integridad y la exclusividad de la (...) jurisdicción laboral para discutir toda disputa de derecho sobre las normas de dicha Ley. Y excluye de la jurisdicción laboral, por ejemplo, el conocimiento de los recursos que puedan ejercerse contra la decisión del Ministro del ramo (...). Mientras que otras autorizaciones de autoridades del trabajo como las dictadas en los procedimientos de calificación de despido o de solicitudes de reenganche (...) la misma ley se limita a establecer... dichos recursos se deberán ejercer por ante los tribunales sin precisar como sí lo hace en los casos señalados, que se trata de los tribunales contencioso administrativos. Tribunales aquellos que por lo expuesto no pueden ser otros órganos judiciales del trabajo señalados en los artículos 5 y 655. En consecuencia, son los tribunales de la cusa, en materia laboral los competentes para conocer las demandas de nulidad de actos dictados en aplicación de dicha Ley que regulan su parte administrativa, salvo aquellas atribuidas expresamente a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.³⁴

Lo que si sería de desear es el fin de la multiplicación de competencias especialísimas que convierten al Contencioso Administrativo en un verdadero laberinto, tomando en cuenta particularmente la brevedad de los lapsos para recurrir, pues no parece haber un hilo de Ariadna.

Pero, volvamos a la pregunta central ¿corresponde al juez laboral o al contencioso administrativo? Creemos que la respuesta dada por la CSJ era razonable dado el texto del artículo 185 numeral 3 de la LOCSJ que daba competencia a la CPCA sólo cuando el conocimiento del asunto no estuviese atribuido a otro Tribunal, en concatenación con el artículo 655 de la LOT. Pero, no fueron cuestiones jurídicas las que privaron en la decisión sino de orden práctico, el llevar la competencia a las CCA impone un gasto excesivo a trabajadores y patronos quienes deberán desplazarse a la capital, lo cual atentaría contra la economía del proceso laboral y por otro, y sin duda fue el

³⁴ Tapia, Pierre. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* N° 6. Caracas, Editorial Pierre Tapia. 1994, pp. 164 y 165.

factor de mayor peso, sobrecargaría la labor de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo hasta absorber todo su esfuerzo.

Pero, en el año 2002, la Sala Constitucional volvió a la postura tradicional así:

La expresada omisión no autoriza a interpretar que la jurisdicción laboral es entonces la competente para conocer de dichos juicios, con base en lo dispuesto en los artículos 5 y 655 *eiusdem*, sino que lo razonable era establecer que como quiera que, la decisión provenía de un órgano de carácter administrativo, inserto en el Poder Ejecutivo, esto es, de las Inspectorías del Trabajo, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer y decidir este tipo de controversias era la jurisdicción contencioso administrativa, siendo consecuente con el principio del juez natural. De lo expuesto se colige, que el criterio sostenido en la sentencia anteriormente citada, dictada por la Sala Político Administrativa, debe ser abandonado. En consecuencia, deberá prevalecer el presente criterio, lo que implica que, en el futuro, los Juzgados con competencia en materia laboral, deberán declinar en los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento y decisión de los recursos interpuestos contra las providencias administrativas, dictadas por las Inspectorías del Trabajo, por ser éstos los órganos judiciales a los cuales le incumbe conocer de este tipo de juicios.³⁵

Posición esta que la SPA se niega a aceptar y la ha llevado a plantear un conflicto ante la Sala Plena.³⁶

1.2.6 El Contencioso Electoral

En su artículo 297, la Constitución establece que: “La jurisdicción contencioso electoral será ejercida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia o los demás tribunales que determine la Ley”.

Esto se deriva, casi necesariamente del carácter participativo de la democracia diseñada en la Constitución, sumado a la ampliación de la competencias del

³⁵ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1318-020801.htm>. 15 de Enero de 2005.

³⁶ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/marzo/00227-230304-2003-1196.htm> 15 de enero de 2005.

Poder Electoral hasta la organización de los procesos electorales en gremios, colegios profesionales, sindicatos y partidos políticos (art. 293 numeral 6 Constitución).

Pero, la Sala Electoral fue más lejos y consideró sujetos a su control los “actos administrativos electorales”, entendiendo como tales

aquellas providencias emanadas de entes u órganos de derecho público distintos a aquellos órganos que integran el Poder Electoral, que conforme a sus caracteres sean perfectamente identificables como actos administrativos pero que, por referirse a la materia electoral su control corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso electoral...³⁷

Pero, la LOTSJ no reconoce esto y limita la competencia del TSJ en Sala Electoral a controlar las decisiones con relación a partidos políticos, registro electoral permanente, postulación y elección del Presidente de la República y diputados. Esto en única instancia y en apelación, en toda otra elección (art. 5 numerales 45 y 46 LOTSJ). La sala Electoral consideró que esto viola la CRBV al excluirla del control de las decisiones relativas a las elecciones de otros cargos públicos. Esto es así porque sólo conocería en apelación, y no hay tribunal de primera instancia.³⁸ Así que, en una interpretación acorde con la Constitución, asumió como competencias:

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.
2. Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos de naturaleza electoral emanados de sindicatos, organizaciones gremiales o colegios profesionales,

³⁷ Torrealba, Miguel. *EL Ámbito de Competencias de la Jurisdicción Contencioso-Electoral en la Constitución de 1999. Análisis de la Jurisprudencia de la Sala Electoral*. Caracas, Fundación Gaceta Forense. 2004, p. 141.

³⁸ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/selec/mayo/7-7-270506-000053.htm>. 17 de Enero de 2005.

organizaciones con fines políticos, universidades nacionales, y de otras organizaciones de la sociedad civil.

3. Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra actos, actuaciones u omisiones relacionados con los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía en lo político.
4. Los recursos de interpretación que se interpongan con el objeto de determinar el sentido y alcance de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, de otras leyes que regulen la materia electoral y la organización, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas, en cuanto sean compatibles con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 numeral 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

De igual modo, hasta tanto se dicte la correspondiente ley y la Sala Electoral sea el único órgano integrante de la jurisdicción contencioso electoral, le seguirá correspondiendo conocer las acciones de amparo autónomo contra los actos, actuaciones u omisiones sustantivamente electorales de los titulares de los órganos distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de amparo sobre los Derechos y Garantías Constitucionales, que lógicamente detenten competencia en materia electoral.³⁹

Quedan excluidos los actos administrativos no electorales emanados del Poder Electoral, tales como los de la materia funcionarial, que corresponden a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo. Y los actos de funcionamiento institucional del Poder Electoral, que se estudiarán más adelante.

Sin embargo, en cuanto a los actos de efectos generales, en tanto no se adecuen las leyes electorales a la Constitución, la Sala Constitucional asumió la competencia como control de actos en ejecución directa de la Constitución.⁴⁰

³⁹ Idem.

⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/628-030604-040975.htm>. 15 de Enero de 2005.

2. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO GENERAL

La LOTSJ solo regula las competencias del TSJ en SPA obviando, los tribunales inferiores la competencia de estos debió establecerse a través de un reglamento (Disposición Transitoria literal A) No ha sido dictado pero la jurisprudencia ha llenado el vacío.

2.1 Competencia del Tribunal Supremo de Justicia en Única Instancia

Estas, las establece la LOTSJ en su artículo 5.

2.1.1 Actos Administrativos de carácter general o particular emanados del Poder Ejecutivo

Esta competencia la consagra la Constitución en su artículo 266 numeral 5 y la desarrolla el artículo 5 numeral 30 de la LOTSJ, y procederá tanto por razones de inconstitucionalidad como de ilegalidad. Pero, se trata sólo de los actos emanados del Poder Ejecutivo en “sentido estricto”. Esto es:

(...) queda circunscrita a los órganos superiores de la Administración Pública Central, que a tenor de lo pautado en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública son: el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva, el Consejo de Ministros, los Ministros o ministras, los Viceministros o viceministros; así como a los actos emanados de las máximas autoridades de los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, que según la norma citada son: la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y gabinetes ministeriales.⁴¹

⁴¹ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/02276-241104-1277.htm>. 17 de Enero de 2005.

La declaratoria como “órgano autónomo” que hace el Decreto Ley respectivo⁴², no puede alterar la voluntad constitucional que lo hace parte del Poder Ejecutivo en sus artículos 247 al 250.

Están excluidos del control de la SPA o se ejerce en segunda instancia los actos emanados de los órganos del Poder Ejecutivo en materias: tributaria, funcionarial, ambiental, agraria, electoral, laboral, nacionalidad (art. 37 Ley de Nacionalidad)⁴³.

2.1.2 Actos Administrativos de Carácter General o Particular emanados de órganos que ejerzan el Poder Público a nivel Nacional, por motivos de Ilegalidad o Inconstitucionalidad

Se debe considerar como órganos que ejercen el Poder Público a nivel Nacional al Consejo Moral Republicano (art. 273 CN), El Fiscal General de la República (art. 284 CN),⁴⁴ Defensor del Pueblo (art. 280 CN), excepto lo contemplado en la norma del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo que dice: “Contra las recomendaciones y observaciones dictadas por el Defensor del Pueblo no podrá interponerse recurso alguno en vía judicial”⁴⁵.

La Defensoría en todo caso es sólo una instancia de conciliación y sus recomendaciones no son coercibles (art. 10 *ejusdem*)⁴⁶ se trata de denuncias que pueden o no dar origen a un procedimiento administrativo o jurisdiccional, en el cual se establecerá la realidad o no de lo afirmado. De permitirse una orden vinculante por parte del Defensor del Pueblo se crearía un súper

⁴² Presidente de la República. *Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*. Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria. 5.554. 13 de Noviembre de 2001.

⁴³ Asamblea Nacional. *Ley de Nacionalidad y Ciudadanía*. Venezuela. Gaceta Oficial. 37.971. 1 de Julio de 2004.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ AN. 2004. *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*. Gaceta Oficial. 37.995. 5 de Agosto de 2004.

⁴⁶ Idem.

guardián⁴⁷ y de permitirse su revisión judicial el Defensor estaría envuelto en pleitos permanentes que impedirían la efectividad de su labor.⁴⁸

Asimismo el Contralor General de la República (art. 288 *ejusdem*). En el caso del Contralor General de la República, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGR) ratifica la competencia en su artículo 108.⁴⁹ Y su artículo 84 remite al régimen del Código Orgánico Tributario y en consecuencia, al contencioso tributario sólo en materia de reparos tributarios. Igualmente, los actos emanados de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, en su carácter de órgano administrativo (art. 267 de la Constitución de la República). Lo mismo se aplica a la Comisión Judicial, creada por la Sala Plena del TSJ, que ejerce funciones administrativas de control y supervisión. A pesar de estar integrada por Magistrados del TSJ, es un órgano distinto de aquél.⁵⁰ Igualmente, cuando el acto emane de la Comisión de Reestructuración del Poder Judicial, que ejerce la función disciplinaria, función típicamente administrativa según el artículo 21 del Decreto Constituyente sobre el Régimen Transitorio del Poder Público, le corresponde a la SPA.⁵¹

Pero, cuando el TSJ impone una multa, se está en presencia de un acto administrativo.⁵² Lo mismo, cuando el propio TSJ nombra a un juez.⁵³ Por lo que tales actos serán revisables por la SPA. Pero, los Magistrados de la SPA forman parte de la Sala Plena. En tales casos, en el derecho comparado se aplica la “regla de la necesidad”, es decir, el juez no debe inhibirse si no hay otro juez disponible.⁵⁴

⁴⁷ Gottehrer, Dean y Hostina, Michael. 1997. Essential Characteristics of a Classical Ombudsman en <http://www.usombusdman.org/references/ess.htm>. 28 de Octubre de 2004.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal*. Venezuela. Gaceta Oficial 37.347. 17 de Diciembre de 2001.

⁵⁰ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01822-201004-200030856.htm>. 17 de Enero de 2005.

⁵¹ Asamblea Nacional Constituyente. *Régimen de Transición del Poder Público*. Venezuela. Gaceta Oficial N° 36.859. 29 de Diciembre de 1999.

⁵² Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/agosto/recl-00006-0803-00909.htm>. 10 de Enero de 2005

⁵³ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/septiembre/01113-180902-02-0466.htm>. 14 de Enero de 2005

⁵⁴ Flamm, Richard. *Introduction to Judicial Disqualification* en <http://www.cce.mcle.com/tests/ssgoosa.htm>. 17 de Enero de 2005

En cuanto al Consejo Nacional Electoral, debe considerarse que este dicta actos que no son materialmente electorales, actos relativos al funcionamiento del órgano que no se agotan en los funcionariales, que son competencia de los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo, y además el CNE dicta actos en materias como licitaciones, presupuesto, etc. Actos que no tienen naturaleza electoral y su control deberá considerarse competencia de la SPA. Y así se reconoce en la exclusión que hace la Sala Electoral en las sentencias sobre la materia.⁵⁵

En fin, los actos emanados de la Asamblea en su actividad de funcionamiento orgánico incluyendo los actos de aplicación del Reglamento Interior y de Debates, mas no del propio reglamento en tanto acto de ejecución directa de la Constitución (art. 336 numeral 1 y 187 numeral 19 de la Constitución).

Están excluidos en los términos antedichos, los actos de naturaleza tributaria, electoral, laboral, funcional, emanados de los órganos mencionados.

2.1.3 Abstención de los Altos Funcionarios

El artículo 5 numeral 26 LOTSJ le da competencia para conocer del recurso contra la abstención o negativa de Altos Funcionarios. Esta última debe entenderse materialmente ya que la declaración que rechaza lo pedido es el objeto normal de un recurso de nulidad. El artículo enumera como sujetos pasivos del recurso al Presidente, Vicepresidente, Ministros y las máximas autoridades de rango constitucional con autonomía funcional, financiera y administrativa. Esta última descripción abarca a todos los órganos de Poder Ciudadano, el CNE, el TSJ y la Asamblea Nacional. No incluiría al Consejo de Estado, Procuraduría General de la República o Dirección Ejecutiva de la Magistratura, pues si bien tienen rango constitucional, no son autónomos en los términos de los órganos precitados. Sólo podrá dudarse en el caso de la DEM por ser un órgano delegado del TSJ que sí goza de autonomía de acuerdo con el artículo 256 de la Constitución. La Ley añade sin razón alguna al Alcalde del Distrito Capital, funcionario inexistente.⁵⁶

⁵⁵ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/selec/mayo/77-270504-000053.htm>, 17 de Enero de 2005

⁵⁶ Brewer, Allan. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. I Edición. Caracas, EJV. 2004, p. 65.

Sin embargo, la norma legal atribuye la competencia para conocer de la abstención de manera distinta a como la entiende la SPA en materia de recurso de nulidad. Ante una situación semejante la antigua Corte Suprema de Justicia decidió, buscando actuar con el espíritu de la norma y contra su texto que corresponde a la SPA sólo aquellos casos en que también conoce de los recursos de nulidad para actuar conforme con:

el principio de coherencia de la actividad legislativa... al acogerse al criterio de distribución de competencia en fórmulas correctas y residuales para actos y hechos jurídicos positivos, la misma distribución debe regir el ámbito de la regularidad jurídica o inactividad ilegítima.⁵⁷

2.1.4 Vías de Hecho de los Altos Funcionarios

En el caso de la vía de hecho, la LOTSJ en su artículo 5 numeral 27 sólo se refiere al Poder Ejecutivo Nacional y a las Altas autoridades de rango Nacional. Es decir, que aquí no impide atribuir la competencia a la SPA para conocer del recurso contra las vías de hecho por parte del Poder Ejecutivo en sentido estricto y de los órganos del Poder Ciudadano, TSJ, DEM, Asamblea Nacional, y con las prevenciones señaladas en su momento, del CNE.

2.1.5 Contratos Administrativos

El artículo 5 numeral 25 de la LOTSJ establece la competencia para 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 la República, los Estados y los Municipios. Luego de intentos de restringir el alcance de la norma⁵⁸ la antigua Corte Suprema de Justicia estableció que:

En virtud de tal precepto, toda controversia que se derive de un contrato administrativo corresponderá a esta Sala, cualquiera que sea la

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Tapia, Pierre. Ob. cit., 1995, N° 7, p. 167.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia En Brewer Carías, A. *Contratos Administrativos*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana. 1992, p. 261.

pretensión que se deduzca, teniendo así el monopolio del control jurisdiccional de esta clase de contrato⁵⁹.

Pero, la LOTSJ si restringe la competencia a los contratos que excedan las 70.001 Unidades Tributarias (UT). Dada la competencia del numeral 24 del mismo artículo, la norma es inútil y redundante, pues administrativo o no en caso de contratos, la competencia es la misma.

2.1.6 Acciones contra la República, Estados, Municipios, Institutos Autónomos en las que la República tenga Control Decisivo o Permanente

En razón de este numeral le corresponde conocer las demandas por responsabilidad del Estado contractual o extracontractual.⁶⁰ Pero, no hay razón como parece entenderse tradicionalmente para no incluir en este tipo de acciones toda demanda relacionada con los contratos de la Administración, los mal llamados contratos de derecho privado de la Administración, pues todos los contratos de ésta se rigen por el derecho público.⁶¹ Es más, el propio TSJ se contradice al atribuir a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer de los contratos de la Administración como si fuera una competencia distinta.⁶² Cuando ya ha dicho en la misma sentencia que en razón de la norma se le atribuyen todas las cuestiones civiles o mercantiles⁶³ es decir, contratos de la Administración.

Quedan excluidas las cuestiones relativas a relaciones laborales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8 LOT y los artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo,⁶⁴ tránsito y agrario.⁶⁵

⁵⁹ Tapia, Piere. Ob. cit., 1994. N° 6, p. 123.

⁶⁰ Brewer, Allan. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Ob. cit., p. 208.

⁶¹ Ibidem p. 210.

⁶² Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01900-271004-2004-1462.htm>. 28 de Octubre de 2004.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Asamblea Nacional. *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*. Gaceta Oficial. 37.5004. 13 de Agosto de 2002.

⁶⁵ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01900-271004-2004-1462.htm>. 28 de Octubre de 2004.

La acción debe dirigirse contra la República, los Estados, Municipios o Institutos Autónomos. A los efectos del Contencioso Administrativo, las Universidades se igualan a un Instituto Autónomo. Así, el TSJ ha dicho

(...) en efecto, cabe señalar que, tanto los Institutos Autónomos como las Universidades nacionales cuentan con personalidad jurídica propia, que les permite ser titular de derechos y obligaciones, por lo cual manejan una actuación totalmente distinta de la República. Asimismo, disponen de un patrimonio propio, independientemente del fisco nacional que les permite gozar de autonomía, haciendo posible la dirección de su propia administración.

Estas razones que, naturalmente son de la esencia de las referidas instituciones, aunado al hecho de que su finalidad va dirigida al servicio de la Nación, según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley de Universidades, hacen posible la asimilación de las Universidades a la categoría de los Institutos Autónomos, a los efectos de considerarlas incluidas dentro de los entes contemplados en el numeral 15, del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En razón de ello, resulta procedente su ubicación dentro del fuero jurisdiccional contencioso administrativo.” (Sentencia de esta Sala de fecha 30 de septiembre de 1999, caso: RISTER DELTONY RODRIGUEZ BOADA vs. UNIVERSIDAD DE ORIENTE, cuyo criterio es reiterado por sentencias de esta Sala de fechas 24 de febrero de 2000, caso: Hipólito Guzmán vs. Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez y 13 de Junio de 2000, caso: Nelson Márquez vs. Universidad Central de Venezuela).⁶⁶

Igualmente, será competente la SPA si se trata de empresas en las que la República, no el Estado, tiene participación decisiva, dice la LOTSJ en su artículo 5 numeral 24. Pero, para la SPA se trata de empresas con participación decisiva de la República, Estados o Municipios, sin dar razones para esa extensión de la competencia.⁶⁷ La Ley exige en la precitada norma, que esa participación sea permanente, esto significa estable, no circunstancial, por lo

⁶⁶ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisones/spa/noviembre/02751-201101-01-0513.htm>. 17 de Enero de 2005.

⁶⁷ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisones/spa/septiembre/01209-020904-2004-0848.htm>. 23 de Septiembre de 2004.

cual debe tener fundamento legal o haber tenido el Estado, participación desde su creación, lo cual excluye casos como los bancos intervenidos en la más reciente crisis bancaria. La participación puede ser directa o a través de un Instituto Autónomo, o de otra empresa con participación decisiva.⁶⁸ Participación decisiva que consistirá normalmente en la titularidad del 50% o más de las acciones, sin embargo, si la República posee acciones preferenciales, *golden shares* que sin representar el 50% permiten el control de la empresa, el requisito estará completo. Así ha dicho el TSJ:

(...) a pesar de este proceso privatizador, el Estado Venezolano haciendo uso de su poder discrecional, establece, en este caso de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), mecanismos que le permiten continuar controlando determinadas decisiones estratégicas de dicha empresa, diferentes a las que anteriormente eran posible por su definición administrativa de ente público, los cuales constituyen una forma determinante de garantizar la realización del específico servicio público que desde su creación presta la mencionada empresa, como es el de las telecomunicaciones, y de este modo mantiene la propia existencia y estabilidad jurídica de la misma. En este sentido, se reserva la titularidad de un grupo de acciones consideradas en los estatutos como “privilegiadas”. (...)” Por tales razones, la Sala considera que en este caso, la República tiene una “participación decisiva calificada” en dicha empresa y en consecuencia, le es aplicable el fuero especial previsto en el numeral 15 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. (...). Véase, entre otras, sentencias Nos. 152,65 y 427, de fecha 12 de marzo de 1998, 6 de febrero de 2001 y 18 de marzo de 2003, respectivamente.)⁶⁹

En todos los casos, la demanda debe exceder las 70.001 UT, para ser competencia de la SPA.

2.1.7 Acciones contra el Banco Central de Venezuela (BCV)

El Banco Central de Venezuela comparte la naturaleza de los Institutos Autónomos, pero tiene rango constitucional según lo preceptuado en el artículo

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Tapia, Pierre. Ob. Cit. 199. N° 12., pp. 88 y sgtes. 1995, p. 101.

⁶⁹ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/marzo/00169-03304-1999-16131.htm>, 29 de octubre de 2005.

318 de la Carta Magna. Sus actos administrativos, estaban sujetos al control de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo⁷⁰, pero la Ley del Banco Central de Venezuela, confiere competencia para conocer de las acciones contra las decisiones de éste al TSJ.⁷¹ No altera en cambio la competencia relativa a las acciones contra el BCV, que se corresponde con la de cualquier Instituto Autónomo.

2.2 Competencias en Apelación

2.2.1 Apelación contra las Decisiones de las Cortes de lo Contencioso Administrativo

El artículo 5 numeral 28 de la LOTSJ, recoge el criterio de la Sala Constitucional, corregido por la Sala Político Administrativa que da competencia a esta para conocer la apelación contra las decisiones de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, pero sólo cuando no signifique crear una tercera instancia.⁷²

2.2.2 Apelaciones en Materia de Expropiación

En materia de expropiación, la Administración es actora, así que en propiedad no correspondería al Contencioso Administrativo, si éste se entiende como fuero de la Administración. Por eso, si el actor no es la República, y en el caso de los inmuebles, si se trata de uno urbano, se demanda ante un Tribunal de Primera Instancia en lo Civil. Pero si el actor es la República y el inmueble urbano, se demanda al particular ante las Cortes de lo Contencioso Administrativo (artículo 23 Ley de Expropiación).⁷³ En ambos casos, la

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Forense* Vol 107. Caracas, Fundación Gaceta Forense. 1997, p. 80.

⁷¹ Asamblea Nacional. *Ley del Banco Central de Venezuela*, Venezuela. Gaceta Oficial Ext. 5.606. 18 de Octubre de 2002.

⁷² Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/abril/000802-130400-0284.htm>. 17 de Enero de 2005.

⁷³ Asamblea Nacional. *Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social*. Gaceta Oficial 37.475. 1 de Julio de 2002.

apelación será conocida por la SPA de conformidad con los artículos 23 *ejusdem* y 33 de la LOTSJ.

2.2.3 Apelaciones en materia de Nacionalidad

La Sala Político Administrativa, a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Nacionalidad sólo conoce la materia en segunda instancia (art. 37).

2.3 Las Cortes de lo Contencioso Administrativo

Cuando el TSJ nombró los jueces de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, ratificó la vigencia de la Resolución 2003-00033⁷⁴ y con ello la atribución de competencias de las Cortes, a pesar de no ser mencionadas en la LOTSJ. De acuerdo con la LOCSJ derogada las Cortes de lo Contencioso Administrativo tenían competencia residual, les corresponde lo que no esté atribuido al TSJ, o a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo (art. 185 numeral 3).

Su competencia estaba, en todo caso, limitada a los alegatos de ilegalidad, debiendo declinar la competencia en la SPA si las razones alegadas eran de inconstitucionalidad (art. 185 *ejusdem*). Pero, en varias sentencias el TSJ desaplicó la norma pues

En tal sentido, la Sala ha acogido el criterio esbozado por la Sala Constitucional en sentencia registrada bajo el N° 194 de fecha 4 de abril del 2000, en el cual interpretó el contenido del artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, señalando que dicho artículo al impedir a los Juzgados Superiores con competencia en lo contencioso administrativo el conocer de la nulidad de los actos administrativos (generales o particulares), cuando se aleguen vicios de inconstitucionalidad, contradice lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución, por cuanto éste otorga facultades a los tribunales en lo contencioso administrativo para anular los actos administrativos generales o individuales por contrariedad a derecho, que comprende sin lugar a dudas tanto la inconstitucionalidad como la ilegalidad. Dicho criterio

⁷⁴ Tribunal Supremo de Justicia. *Resolución 2003-00033*. Ob. cit.

resulta aplicable al presente caso, resultando entonces competente la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para conocer de esta cusa, ya que el ordinal 3° del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia le atribuye la competencia para conocer: “*De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9°, 10°, 11° y 12 del artículo 42 de esta Ley, si su conocimiento no estuviera atribuido a otro Tribunal*”, ha agregado la Sala en virtud de lo antes expuesto que también es competente dicha Corte para conocer de los recursos de nulidad en que se aleguen además vicios de inconstitucionalidad contra los actos descritos en la norma antes señalada. Así se decide.⁷⁵

2.3.1 Competencia en Primera Instancia

El criterio tradicional para asignar las competencias de las Cortes de lo Contencioso, atribuye a estas el conocimiento de los actos emanados de:

En primer lugar, las personas jurídicas no territoriales que según las categorías elaboradas por la doctrina del Derecho Administrativo encajan en algunos de estos tipos: a) establecimientos públicos fundacionales o institucionales (institutos autónomos); b) Establecimientos públicos corporativos (universidades, colegios profesionales, academias) y c) Establecimientos públicos con forma societaria. En segundo lugar, los órganos y autoridades que no tienen rango Constitucional sino legal, v.g. Consejo Nacional de Universidades.⁷⁶

El criterio de desarrolla así.

2.3.1.1 Actos Administrativos, Vías de Hecho y Omisiones emanadas de órganos de la Administración Central

Dado que a la SPA corresponde el conocimiento de los recursos contra actuaciones del Poder Ejecutivo en sentido estricto, las actuaciones de toda

⁷⁵ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/septiembre/01959-190901-11872.htm>. 17 de Enero de 2005.

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. *Gaceta forense*. Ob. cit. Vol. 107, p. 80.

otra autoridad de grado inferior en la jerarquía al de Vice Ministro corresponde a las Cortes de lo Contencioso Administrativo (CCA). Son tales, superintendencias que no gocen de personalidad jurídica, o estén organizadas como servicios autónomos; los servicios autónomos sin personalidad jurídica (art. 92 Ley Orgánica de la Administración Pública)⁷⁷, Registradores, Notarios, etc.

2.3.1.2 Actos, Omisiones, Vías de Hecho de Entes Públicos no Territoriales

Los entes no territoriales de Derecho Público pueden ser fundacionales, asociativos o corporativos. Son fundacionales, los Institutos Autónomos, art. 95 LOAP. Para que, el recurso contra sus actos corresponda a las CCA es menester que no sea necesario, o sea optativo el recurso jerárquico contra sus órganos superiores (art. 96 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos LOPA)⁷⁸.

Son corporativas, las Universidades. Los recursos intentados por alumnos, aspirantes a ingresar, pero también los intentados por profesores son competencia de las CCA. En el caso de estos últimos la LEFP nos detrae la competencia de las CCA, pues:

No obstante, estima esta Sala que existen relaciones laborales que requieren un tratamiento especial respecto del régimen competencial aplicable, como es el caso de los Docentes Universitarios, quienes desempeñan una labor fundamental y muy específica al servicio de las Universidades y de la Comunidad.

En efecto, los Docentes Universitarios están sujetos a un régimen especialísimo y específico que no necesariamente se compara con el régimen general aplicable a los funcionarios públicos. De allí que, considera esta Sala que este tipo de acciones deben ser conocidas conforme al régimen de competencia establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.⁷⁹

⁷⁷ Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de la Administración Pública*. Gaceta Oficial. 37.305. 16 de Octubre de 2001.

⁷⁸ Congreso de la República. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. 1 de julio de 1981. Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinaria de 1° de julio de 1981.

⁷⁹ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00242-200203-2000-0097.htm>. 18 de Enero de 2005.

En el caso de obreros, corresponde a los Tribunales laborales y en el caso de los empleados a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo (Disposición Transitoria Primera LEFP).

Igualmente son entes corporativos los colegios profesionales, si bien sus actos pueden ser también objeto de control como actos de autoridad.

Anteriormente existía solo un ente asociativo de derecho público, el BCV, pero dejó de serlo en 1992 y ahora por la Ley del Banco Central de Venezuela la (art. 121) competencia no corresponde a las CCA.

2.3.1.3 Actos Omisiones y Vías de Hecho de órganos que ejerzan el Poder Público a nivel Nacional, que no forman parte del Poder Ejecutivo

La Ley de la CGRSNCF⁸⁰ en su artículo 108, atribuye a las CCA la competencia para conocer de los actos en materia de reparos no tributarios y sanciones administrativas cuando la decisión emane de órganos de control fiscal distintos del Contralor General de la República o que no actúen por delegación de aquél. Esto significa, básicamente las Unidades de Contraloría Interna de los entes sometidos a la Ley (art. 26 *ejusdem*). No incluyen en cambio, a los Contralores Estadales y Municipales cuyos actos están sujetos al control de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo.⁸¹

Igualmente, compete a la Sala Político Administrativa conocer los recursos contra las actuaciones no jurisdiccionales de los jueces como son la imposición de multas en los procesos o sanciones disciplinarias a las partes, abogados, público o empleados tribunalicios cuando falten el respeto y orden debido dentro del recinto de su Tribunal (art. 91 y sgts. Ley Orgánica del Poder Judicial)⁸². Sin embargo, si la sanción se traduce en arresto, lo cual viola el

⁸⁰ Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal*. Gaceta Oficial N° 37.347 de fecha 17 de diciembre de 2001.

⁸¹ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/00739-300606-2004-0351.htm>. 19 de Enero de 2005.

⁸² Congreso de la República. *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Gaceta Oficial N° 5262. 11 de Septiembre de 1998.

principio de reserva judicial para la aplicación de medidas que impliquen la privación de libertad⁸³ pues Cuando el juez impone el arresto como medida disciplinaria se está ante una detención administrativa.,⁸⁴ el recurso no será contencioso administrativo sino el *Habeas Corpus* y el competente es el Tribunal de Control.⁸⁵ En todos los demás casos, multas y amonestaciones, serán competentes las CCA.⁸⁶

2.3.1.4 Actos en Materia de Nacionalidad

La Constitución de la República establece en su artículo 35 que sólo los Tribunales pueden “revocar” la naturalización. Esto fue desarrollado por la Ley de Nacionalidad que introduce una acción de lesividad específica que permite dejar sin efecto un acto creador de derechos (art. 36). Esta acción, deberá intentarse ante las CCA (art. 37 *ejusdem*).

Dado que la distribución de competencias de la LOCSJ se mantiene y esta atribuía a la CPCA la competencia para conocer 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...(art. 185 Ord. 7°).

Y para mantener la unidad de competencia deben corresponder a la CCA todas estas controversias así como las relativas a la suspensión de la ciudadanía (art. 52 Ley de Nacionalidad). Excepto, obviamente, la relativa al ejercicio del voto.

2.3.1.5 Expropiación

Cuando la parte actora en la expropiación es la República, corresponde conocer en primera instancia a las CCA de acuerdo con el artículo 23 LEPCUS. Si el inmueble es rural se traslada la competencia a los Tribunales Superiores

⁸³ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisones/scon/julio/1368-00606-200704-04-014220.htm>. 19 de Enero de 2005.

⁸⁴ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisones/scon/ht/212-230604-02-3057.htm>. 19 de Enero de 2005.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Idem.

Agrarios según lo dispuesto por el artículo 172 de la Ley de Tierras. A menos que se trate de una expropiación con fines de ensanchamiento de población (art. 4 LEPCUS), e trate de convertir terrenos rurales en urbanos, en cuyo caso la competencia se mantiene en las CCA.

2.3.1.6 Acciones contra la República, Estados, Municipios, Institutos Autónomos y Empresas del Estado en los que los primeros, tengan participación decisiva

En los términos ya establecidos toda acción cuya cuantía excede las diez mil (10.000) Unidades Tributarias y hasta setenta mil una UT (70.001) corresponde conocer a las CCA, las acciones contra los entes públicos territoriales, institutos autónomos y empresas con participación decisiva del Estado.⁸⁷

2.3.2.7 Controversias sobre Contratos Administrativos en los cuales las República, Estados o Municipios sean parte

En toda controversia que se plantee respecto de contratos administrativos, si la cuantía excede las diez mil Unidades Tributarias (10.000 UT) y hasta setenta mil una Unidades Tributarias (70.001 UT) la competencia corresponde a las CCA.⁸⁸

2.3.1.8 Recurso contra los Actos de Autoridad

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en aras de ampliar sus legalmente exiguas competencias creó la figura de los “actos de autoridad”,

⁸⁷ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/septiembre/01209-020906-2004-0848.htm>. 23 de Septiembre de 2004.

⁸⁸ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01900-271004-1462.htm> 28 de Octubre de 2004.

Se conciben como actos administrativos, los emitidos por particulares habilitados por Ley –o por la Administración en caso de delegación– para ejecutar una competencia administrativa.⁸⁹

Cuando se trata de empresas privadas que prestan servicios públicos, la competencia atribuida a las CCA tiene ahora su base constitucional en el artículo 259 de la Carta Magna y legal, en el artículo 5 numeral 37 de la LOTSJ.

Se entienden como actos de autoridad, los dictados por las Universidades Privadas en materias como: admisión de estudiantes, evaluación y resumen disciplinario de los estudiantes. Así como, la relación profesor-universidad privada.⁹⁰

2.3.2 Competencias en Segunda Instancia

En todo caso en el cual los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo conozcan en primera instancia, su revisión corresponde a las CCA. Sin embargo, en la sentencia *Cámara Municipal del Municipio El Hatillo* se excluye la apelación de las decisiones en materia inquilinaria.⁹¹ Pero, esta exclusión sólo tiene sentido si el Tribunal Superior Contencioso conociese como corresponde legalmente en segunda instancia (art. 10 Ley de Arrendamientos).

2.3.3 Competencias de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo en Primera Instancia

Las competencias se ejercen todas, menos una, en primera instancia, con recurso en todos los casos ante las CCA. La competencia como ya se vio,

⁸⁹ Grau, María. *La Materia Contencioso Administrativa en FUNEDA*. Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Randolph Brewer Carías 2ª Edición. Caracas, Funeda. EJU 1995, p. 133.

⁹⁰ Araujo, José. *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*. Iª Edición. Caracas, Vadell Hermanos. 1996, p. 281.

⁹¹ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/septiembre/01209-020906-2004-0848.htm>. 23 de Septiembre de 2004.

abarca tanto las impugnaciones basadas en ilegalidad como en inconstitucionalidad.⁹²

2.3.3.1 Actos, Vías de Hecho y Omisiones de las Autoridades Estadales y Municipales

Los actos, vías de hecho u omisiones emanadas de las autoridades estadales y municipales llevan la competencia a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo de la Región que se corresponda con el ámbito territorial de competencia del órgano emisor. Se plantearía, en todo caso el problema derivado de las decisiones de autoridades estadales sujetos al control de tribunales de dos regiones distintas.⁹³

Deben considerarse como autoridades estadales, el Gobernador (art. 160 CN). Así como los Secretarios del Gobernador, si bien la Ley Orgánica de Consejos Legislativos los llama Secretario General y Directores Generales Sectoriales (art. 15 numeral 2).⁹⁴ Así como, el Procurador General del Estado (art. 15 numeral 13 *ejusdem*). El Contralor del Estado (art. 161 CN). Consejo de Planificación de Coordinación de Políticas Públicas (art. 161 *Ejudem*). En fin, los Prefectos o Intendentes, y otras autoridades que establezcan las Constituciones Estadales y Leyes de Régimen Político.

Los actos emanados de los Consejos Legislativos en razón de su funcionamiento institucional, en los mismos términos explicados al estudiar los actos de la Asamblea Nacional.

Como autoridades municipales se entienden Alcalde (art. 171 CN), Síndico Procurador Municipal (art. 85 LORM),⁹⁵ Contralor Municipal art. 176 CN), Consejo Local de Planificación (art. 182 CN). Así como, Juntas Parroquiales

⁹² Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/septiembre/01209-020906-2004-0848.htm>. 23 de Septiembre de 2004.

⁹³ Consejo de la Judicatura. *Resolución* 253, Ob. cit.

⁹⁴ Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Consejos Legislativos*. Gaceta Oficial N° 37282. 13 de Septiembre de 2001.

⁹⁵ Congreso de la República. *Ley Orgánica del Régimen Municipal*. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4109, 15 de Junio de 1989.

(art. 73 LORM), Directores de la Alcaldía (art. 74 LORM). En fin, los Prefectos dependientes del Municipio.

En cuanto al Concejo, son impugnables los acuerdos sobre asuntos de efectos particulares (art. 5 LORM). Así como, los actos de funcionamiento institucional.

Tanto si emanan de las autoridades estatales como municipales están excluidos los actos en materia tributaria, laboral, ambiental, agraria. Si se trata de actos en materia funcionarial la competencia corresponde a los mismos tribunales, sólo será distinto el procedimiento. Será el de la LEFP (Disposición Transitoria Primera y artículo 1º).

2.3.3.2 Actos de los Prestadores de Servicios Públicos Estadales y Municipales

En caso de que los servicios públicos sean prestados por mancomunidades (art. 170 CN) o por empresas municipales o estadales, actos dictados por los primeros son administrativos y los segundos son actos de autoridad. En un caso u otro están sujetos al control de los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo.⁹⁶ Si se prestan directamente, la competencia se le asigna a estos últimos sobre la base de la norma general.

2.3.3.3 Acciones contra la República, Estados, Municipios, Institutos Autónomos o Empresas en las cuales los entes territoriales tengan participación decisiva

Esta competencia se ejerce solo si la acción tiene una cuantía menor o igual a diez mil unidades tributarias (10.000 UT). De resto se entiende en los mismos términos ya estudiados.

⁹⁶ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01900-271004-1462.htm> 28 de Octubre de 2004.

2.3.3.4 Contratos Administrativos en los Cuales Sean parte la República, los Estados o los Municipios

Esto será así sólo si la cuantía no excede las diez mil unidades tributarias (10.000 UT).

2.3.3.5 Actos en Materia Inquilinaria

Según la Ley de Arrendamientos, en la capital serán competentes en primera instancia los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo, para conocer los recursos contra los actos emanados de la Dirección de Inquilinato. En el interior del país, serán los Tribunales de Municipio (art. 10 LAI). Pero, en sentencia del TSJ se ordena leer en la LOCSJ “organismos competentes en materia inquilinaria” en vez de “jueces de distrito”⁹⁷ y luego establece que contra esa decisión no habrá apelación. Pero no da razones para excluir la apelación.

2.3.3.6 Acciones contra los Particulares

El contencioso administrativo es un fuero de la Administración. Pero, leyes como el COT establecen como Tribunal competente para conocer de la ejecución de créditos fiscales a los Tribunales Superiores Contencioso Tributarios (art. 29). También, la LEPCUPS en su artículo 21 lleva la competencia para conocer demandas contra particulares al contencioso administrativo. La LOCSJ establecía que las acciones contra particulares eran competencia de los Tribunales de Derecho Común (art. 183). Pero, el TSJ atribuye la competencia para cualquier acción contra los particulares a los TSCA independientemente del monto o la materia, en atención al principio de unidad de la competencia.⁹⁸

⁹⁷ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01900-271004-1462.htm> 28 de Octubre de 2004.

⁹⁸ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01900-271004-1462.htm> 28 de Octubre de 2004.

3. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Uno de los aspectos que dificulta definir a la Administración Pública es diferenciarla de la función jurisdiccional, Kelsen llega a afirmar que en ambos casos se trata de aplicar la Ley y no hay diferencias materiales entre ambas.⁹⁹ Y ciertamente, sólo un elemento permite distinguirlo y es la fuerza de la cosa juzgada que conlleva la decisión judicial que no acompaña al acto administrativo. En auto de admisión del 10 de Enero de 1980, se admitió en Venezuela la tesis del acto cuasijurisdiccional.¹⁰⁰ Pero desde que se considera a todo efecto como acto administrativo no hay ninguna consecuencia práctica:

Cuando la administración emite actos de sustancia jurisdiccional estos actos no obstante su expresada sustancia son actos administrativos, debiendo ser tratados como tales, sin perjuicio de las notas específicas que les corresponde por su referido carácter jurisdiccional¹⁰¹.

Y son precisamente esos actos los que han dado origen al planteamiento de conflictos de jurisdicción, ya que es necesario salvaguardar el principio de la separación de poderes y son estos actos los que presentan la posibilidad de que se viole el principio y se trasgreda el límite de la jurisdicción ya que ésta:

debe respetar lo que es propio de las otras ramas del poder público, en especial de la administración pública y es una limitación que nace de los artículos 117 y 118 de la Constitución (el artículo 117 consagra el estado de derecho y el 118 la colaboración de los funcionarios dentro del Estado (hoy 136 de la Constitución- Nota del Autor).¹⁰²

⁹⁹ Kelsen, Hans. *Teoría del Derecho y del Estado*. México, Editorial Nacional. 1979. pp. 200 y ss.

¹⁰⁰ Grisanti-Belandria, R. *Inexistencia de los Actos Cuasi Jurisdiccionales*. Valencia, Vadell Hermanos, 1993, p. 32 y ss.

¹⁰¹ Rengel Romberg, Aristides. *Tratado de Derecho procesal Civil*. Tomo I. Caracas, Editorial Arte. 1992, p. 394.

¹⁰² Tapia, Pierre. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Caracas, Editorial Pierre Tapia. 1996. p. 235 y ss.

3.1 *Regulación de la Jurisdicción.*

Cuando se plantee el conflicto entre la Administración y el juez acerca de a quién corresponde resolver la cuestión de jurisdicción deberá acudir al artículo 59 del Código de Procedimiento Civil (art. 19 párrafo 2 LOTSJ).

La falta de jurisdicción del juez respecto de la administración pública se declarará aun de oficio, en cualquier instancia del proceso... En todo caso, el pronunciamiento del juez sobre la jurisdicción se consultará en la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa conforme a lo dispuesto en el artículo 62¹⁰³ (Nota del autor: “Hoy TSJ”).

Cuando la competencia para decidir una controversia entre particulares ha sido conferida a un organismo administrativo si se llega a plantear la cuestión en los Tribunales antes de haber agotado la vía administrativa, el juez debe declarar la falta de jurisdicción, no puede plantearse en cambio en el caso contrario, ya que si la administración usurpa la función jurisdiccional lo procedente es el recurso de nulidad de actos administrativos¹⁰⁴.

Una vez iniciado el proceso ante un juez bien civil o bien contencioso administrativo, puede el particular interesado oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción (art. 346 CPC)¹⁰⁵. En caso de un Tribunal civil, deberá resolver previamente a cualquier otra cuestión (art. 346 *ejusdem*). En caso de un Tribunal Contencioso Administrativo podrá el tribunal unipersonal o el juzgado de sustanciación del colegiado, resolverla de inmediato si bien podrá aplazar su decisión hasta capítulo previo a la sentencia de fondo (art. 21 LOTSJ párrafo 17).

Cuando el Tribunal se pronuncia sobre la jurisdicción afirmándola o negándola. “En todo caso” dice el artículo 59 CPC, debería consultarse la decisión a la Sala Político Administrativa. Sin embargo, la posición del TSJ es otra, pues éste considera que sólo la sentencia por la cual se niega la jurisdicción tiene

¹⁰³ Tapia, Piere. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Caracas, Editorial Pierre Tapia. 1990, p. 142 y ss.

¹⁰⁴ Rengel Romberg, Arístides. Ob. cit. p. 346.

¹⁰⁵ Congreso de la República. *Código de Procedimiento Civil*. Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990.

consulta basándose en que: es un recurso para “proteger la autonomía del Poder Judicial frente a la Administración”. Si se afirma la jurisdicción no se afectan los mecanismos fundamentales del Estado, existen además de la consulta, la regulación lo cual crea una duplicidad inútil de recursos y la “interpretación textual del término falta de jurisdicción”.¹⁰⁶ A esto, contestemos así, tan peligroso y tan vulnerado resulta el Estado de derecho si el juez invade la esfera administrativa como si la Administración invade la jurisdicción. La misma duplicidad de recursos la hallamos en la LOAGDC en su artículo 35, que establece que a falta de apelación el fallo se consultará con el superior.

Quien solicite la declaratoria de la falta de jurisdicción puede ser la propia administración que podrá hacerlo en cualquier estado y grado del proceso siempre y cuando no se haya producido la decisión de la SPA (art. 65 CPC).

Igualmente, el juez de oficio puede pronunciarse sobre la falta de jurisdicción.

Una vez solicitada la regulación o que el juez decida la consulta, el proceso se suspende y se remite el expediente en original a la SPA, la cual deberá decidir dentro de los diez días de Despacho siguientes al recibo con preferencia a cualquier otro asunto, se decide sumariamente, sin citación ni alegatos con base en los recaudos y se comunica la decisión al juez de la causa. Si se afirma la jurisdicción continua el proceso, caso contrario se extingue. Si la regulación es manifiestamente infundada se multará al promoverlo. (art. 66 CPC).

3.2 Conflictos de Competencia

Entre Tribunales podría plantearse conflictos bien entre tribunales contenciosos, bien entre estos y los tribunales de derecho común, especialmente laborales como ya vimos.

Introducido el recurso contencioso administrativo el Tribunal, en el auto de admisión puede declararse incompetente y debería enviar el expediente a aquel que considere competente (art. 353 CPC), si este último a su vez se declare incompetente debería subir al TSJ si son tribunales de competencia contencioso administrativa uno, y civil, mercantil o laboral el otro, pues no tendrán superior común. Conoce en este caso Casación Civil (art. 5 LOTSJ)

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia En Tapia, Pierre. Ob. cit. 1990, p. 142.

si los dos tribunales son contencioso administrativos excepto, contencioso tributario conocen las CCA. Entre un Tribunal Superior en lo Contencioso y una de las Cortes, conocerá la SPA (art. 5 LOTSJ). La SPA consideraba que de declararse incompetente el Tribunal contencioso debería archivar el expediente.¹⁰⁷ Pero la Sala Constitucional ordeno desaplicar el artículo 19 párrafo 9 respecto del archivo, ordenando que en lo adelante en caso de incompetencia se remita el expediente al tribunal competente¹⁰⁸

CONCLUSIONES

1. Las competencias de los Tribunales contencioso administrativos se han caracterizado por la transitoriedad permanente. Primero la LOCSJ, luego la LOTSJ, han hecho dejación de la fijación definitiva de aquellas.
2. En la jurisprudencia a su vez se presentan dos tendencias opuestas contemporáneamente, por un lado se extiende la competencia hasta casos que involucran entes privados como las Universidades Privadas. Pero, se hace dejación de la competencia en casos que involucran funcionarios públicos como el Inspector del Trabajo.
3. Se dificulta el acceso a los Tribunales a los particulares, fuera de la Capital e incluso locales son alejados de los administrados bajo el falso alegato de la especialización como lo demuestran la amplitud de competencias de los Tribunales en Bolívar y Amazonas.
4. Es necesaria una explícita repartición de competencias contencioso-administrativas de rango legal que tenga permanencia en el tiempo, porque sólo de esta forma podrán asegurarse la publicidad, permanencia y claridad que exigen la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.
5. No se justifica la pretensión de unidad del Contencioso Administrativo si su especialización va en detrimento de la imparcialidad, al alejarlo de los justiciables.

¹⁰⁷ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/spa/octubre/01679-061004-2002-0743.htm>. 25 de Enero de 2005

¹⁰⁸ Tribunal Supremo de Justicia. *Decisiones* en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/97-020305-03-2290.htm> 25 de Enero de 2005

El convenio arbitral en el derecho peruano

Carlos Alberto MATHEUS LÓPEZ*

SUMARIO

Introducción

- 1. Concepto.**
- 2. Formalidad**
- 3. Tipos de formalización.**
- 4. Elementos negociales de capacidad.**
- 5. La expresión en el convenio arbitral de la inequívoca voluntad de someterse a arbitraje.**
- 6. La expresión en el convenio arbitral de la controversia.**
- 7. El convenio arbitral patológico.** *7.1. Convenio arbitral inexistente. 7.2. Convenio arbitral nulo. 7.3. Convenio arbitral caducado.*
- 8. Contenido facultativo del convenio arbitral.**
- 9. Efectos del convenio arbitral.**
- 10. La renuncia al convenio arbitral.**
- 11. El convenio arbitral en el arbitraje internacional:** *11.1. Regulación del arbitraje internacional. 11.2. El convenio arbitral internacional.*

Conclusión.

INTRODUCCIÓN

A efectos de observar la importancia de la figura en estudio dentro del campo del Derecho de Arbitraje¹, cabe señalar inicialmente y sin lugar a dudas que el origen del arbitraje se encuentra en el convenio arbitral –justificado en la autonomía de la voluntad– sin cuya presencia no será posible reconocer virtualidad alguna al arbitraje², o lo que es lo mismo, sin convenio arbitral no puede existir arbitraje³.

1. CONCEPTO

Si bien existen –en doctrina– diversas definiciones sobre el convenio arbitral⁴, podemos conceptuarlo como un negocio jurídico bilateral que alejado del contractualismo permite la resolución procesal de la “controversia”⁵. Siendo por ello un negocio jurídico impropio que no origina las consecuencias propias del contrato sino más bien aquellas impropias de la resolución procesal de la “controversia” que constituye su objeto⁶.

¹ Para una mayor comprensión del tema ver Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto, *Tratado de Derecho de Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2003, p. 69 y ss.

² Matheus López, Carlos Alberto, *Tratamiento del Arbitraje en el Sistema Jurídico Peruano*, en *Rivista dell'Arbitrato*, Número 4, Giuffrè editore, Milano, 2002, pág. 794; con igual parecer Gaspar Lera, Silvia, *El Ámbito de Aplicación del Arbitraje*, Aranzadi editorial, Pamplona, 1998, p. 61.

³ Matheus López, Carlos Alberto, *The Arbitration Agreement in Peruvian Law* en *International Arbitration Law Review*, Volumen 7, Número 6, Londres, 2004, p. 196.

⁴ Así para algunos, no es más que un pacto o una cláusula contractual de la que se desprende la opción de las partes por el arbitraje (Ramos Méndez, Francisco, *Enjuiciamiento Civil*, Vol. II, José María Bosch editor, Barcelona, 1997, p. 1122). Otros lo entienden como la estipulación contractual de las partes por medio de la cual convienen acudir a la decisión arbitral si con ocasión de su contrato o relación jurídica, surge un conflicto (Montero Aroca, J.; Ortells Ramos, M.; Gómez Colomer, J. L., *Derecho jurisdiccional*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1995, p. 846). Mientras que para algunos es el acuerdo creador del arbitraje, esto es, el contrato de derecho privado que constituye la base de la institución (Gaspar, ob. cit., p. 54).

⁵ Nuestra Ley General de Arbitraje utiliza el término “controversia” para referirse a la patología jurídica disponible, empleando también –en menor medida– la expresión “cuestión controvertida”.

⁶ Con distinto parecer Reglero Campos, L. Fernando, *El Arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1998)*, Editorial Montecorvo,

En nuestra actual Ley General de Arbitraje⁷ es posible hallar una definición de convenio arbitral⁸, la cual nos evidencia la indudable vocación negocial – no contractualista⁹– de este¹⁰. Así mismo, resulta plausible su propuesta de asumir al convenio arbitral como categoría conceptual autosuficiente técnicamente, para que la “controversia” pueda ser sometida a la resolución procesal del arbitraje¹¹.

Madrid, 1991, p. 71. Define al convenio arbitral como “el contrato por el cual las partes acuerdan someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las cuestiones litigiosas que surjan o puedan surgir de las relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales”; con similar parecer Córdón Moreno, Faustino, *El Arbitraje en el Derecho español: Interno e Internacional*, Aranzadi editorial, Pamplona, 1995, p. 57. Nos señala que “es preciso distinguir el convenio arbitral, que es un contrato, y el arbitraje como institución...”.

⁷ Cabe señalar que una incipiente definición ya existía en el artículo 4 de la derogada Ley General de Arbitraje de 1992 (Decreto Ley 25935), norma la cual sin embargo no aludía a la naturaleza negocial del convenio arbitral.

⁸ En tal forma, el artículo 9 de nuestra LGA señala que “El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hallan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial...”.

Este artículo, al parecer resulta tributario del artículo 7 de la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”, el cual nos señala que “el acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual...”.

⁹ Para una comprensión de las diversas concepciones sobre el convenio arbitral, las cuales inciden en la naturaleza del arbitraje, ver Matheus López, Carlos Alberto, *Compulsión Crítica entre el Proceso Jurisdiccional y Arbitral en el Sistema Jurídico Peruano*, en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, Número 4, Buenos Aires, 2003, p. 39.

¹⁰ En tal sentido, se observa claramente que el artículo 9 LGA no alude al *contrato* sino más bien al “*acuerdo por el que las partes...*” (énfasis nuestro).

¹¹ Habiéndose superado ya –a partir de la Ley General de Arbitraje de 1992– la vieja y problemática dualidad conceptual entre “Cláusula compromisoria” y “Compromiso arbitral” recogida en el Código Civil de 1984, la cual generaba muchas veces la inoperatividad del arbitraje, dada la eficacia mediática que poseía la *cláusula compromisoria* para originar a este último, resultando sólo el *compromiso arbitral* idóneo para iniciar el proceso arbitral.

Cabe además indicar que esta doble realidad conceptual ya existía –de modo similar– en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual diferenciaba el “Pacto de arbitraje” del “Compromiso arbitral”.

2. FORMALIDAD

El convenio arbitral recogido en nuestra vigente Ley General de Arbitraje viene caracterizado por su libertad formal, la cual supone la autonomía en la forma de dejar constancia por escrito de este¹², pretiriendo la exigencia de escritura pública¹³.

Así mismo, la libertad formal que adopta el convenio arbitral en la Ley General de Arbitraje, supone no sólo la autonomía en la forma de suscripción de éste, sino que además permite tipificar las distintas formas de arbitraje aceptadas legalmente¹⁴.

Cabe además precisar que nuestra Ley General de Arbitraje establece como regla general que la forma que ha de revestir el convenio arbitral sea la escrita¹⁵, forma la cual viene requerida *ad solemnitatem*, pues su falta haría el convenio nulo¹⁶.

Obsérvese que la formulación respecto a la formalización del convenio arbitral, prevista en la Ley General de Arbitraje, es sumamente estática –en tanto escrita– pero a su vez extraordinariamente laxa y espiritualista, puesto que resuelve cualquier tipo de cuestión relativa a la forma escrita dentro del contexto de los nuevos medios de comunicación¹⁷. Surgiendo así un nuevo modo de

¹² Libertad que ya venía de algún modo recogida por el Código Civil de 1984 –cuyo artículo 1910 nos señalaba que “*El compromiso arbitral debe celebrarse por escrito, bajo sanción de nulidad...*”– y posteriormente por la Ley General de Arbitraje de 1992, cuyo artículo 5 prescribía –igual que la LGA vigente– que “*El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad...*”.

¹³ Exigencia que si existía durante la vigencia del ya derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, cuyo artículo 552 –referido al compromiso arbitral– señalaba que “*El compromiso ha de formalizarse, bajo pena de nulidad, en escritura pública...*”.

¹⁴ Resulta evidente que las partes podrán libremente determinar –en el convenio arbitral– la tipología del arbitraje que desean utilizar. Decidiendo si aquel será de derecho o de conciencia, y a su vez, si éste será institucional o *ad hoc*.

¹⁵ Como lo prescribe el primer párrafo del artículo 10 LGA al señalarnos que “*El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad...*”.

¹⁶ Con tal parecer Reglero, ob. cit., p. 184; de modo similar, Cordón, ob. cit., p. 69.

¹⁷ Como puede observarse del tenor del segundo párrafo del artículo 10 LGA, al prescribir éste que “...Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del

entender y aplicar la libertad formal del convenio arbitral *ad probationem*¹⁸, mas no *ad solemnitatem*¹⁹.

intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje...”.

¹⁸ Esta gran flexibilidad del requisito formal puede observarse en el Derecho Comparado, en normas tales como la Ley de Arbitraje Alemana del 22 de diciembre de 1997 –que modifica el Libro X del Código Procesal Civil alemán– cuya disposición §1031 nos señala que “1. El convenio arbitral debe ser indicado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, de telex, de telegramas, o de cualquier otro medio de telecomunicación susceptible de acreditar su existencia. 2. La forma prevista en el apartado anterior se considera cumplida si el convenio arbitral está consignado en un documento que ha sido transmitido por una parte a otra o por un tercero a las dos partes, y que, conforme a los usos admitidos en las relaciones comerciales, tiene el valor de acuerdo aplicable al caso si no se le plantea oposición en tiempo útil. 3. La referencia en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria se considera convenio arbitral, siempre que dicho contrato se haya llevado a cabo en la forma prevista en el par. 1 o 2 y que la referencia sea tal que haga de la cláusula una parte del contrato (...) 6. La ausencia de forma se garantiza con la defensa sobre el fondo”. De modo similar, la Ley Griega sobre Arbitraje Comercial Internacional –Nº 2735/1999– del 18 de agosto de 1999, nos señala en su artículo 7 que “...3. El convenio de arbitraje debe realizarse por escrito y puede consignarse en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, de comunicaciones por telex, de telegramas o de cualquier otro medio de telecomunicaciones que confirme su existencia. El convenio tendrá igualmente forma escrita, cuando en el intercambio de una conclusión de la demanda y de una conclusión de réplica, se alegue por una parte la existencia de un convenio y no sea replicado por la otra. 4. Se considerará respetada la forma del convenio arbitral, cuando se consigne un convenio de arbitraje oral en un documento transmitido por una de las partes a la otra o por un tercero a todas las partes y cuando el contenido de este documento, contra el que no se haya elevado ninguna objeción en un plazo razonable, pueda considerarse, según los usos mercantiles, como un elemento del contrato. 5. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria equivale a un convenio de arbitraje, a condición de que dicho contrato sea escrito y que la referencia sea tal que haga de la cláusula una parte del contrato (...) 7. La falta de forma se suplirá si las partes participan sin reserva en el procedimiento arbitral”. Con similar sentido, el artículo 9 de la Nueva Ley de Arbitraje Española –Ley 60/2003, de 23 de diciembre– nos señala que “...3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. 4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior. 5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra...”.

¹⁹ Con similar parecer Reglero, ob. cit., p. 184. Nos señala que “Aunque se ha dicho que lo que es persigue con el requisito de forma del convenio arbitral es asegurarse de que las partes sean

3. TIPOS DE FORMALIZACIÓN

Podemos afirmar que no existe respecto a los tipos de formalización –siempre escrita– del convenio arbitral una concepción modal unívoca en nuestra Ley General de Arbitraje, pudiéndose más bien observar las siguientes modalidades²⁰:

- A. *Convenio arbitral por referencia*²¹: es aquel que viene formalizado como cláusula –general de contratación o no– incorporada a un contrato por adhesión²².
- B. *Convenio arbitral unidocumental*: es aquel formalizado en un único documento, sea como acuerdo independiente o como cláusula incorporada a un contrato principal²³.

concientes de que se han sometido a un arbitraje, en mi opinión, el papel fundamental de la forma escrita no deja de ser sino el medio de prueba de que se ha otorgado el convenio arbitral”; de modo similar Geste-Alonso y Calera, María del Carmen, *La caracterización del convenio arbitral en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje*, La Ley, 2 de mayo de 1990, pág. 1041. Nos señala que “En relación a la manera en que se considera cumplimentada la exigencia de forma escrita, (...) se ha producido una liberalización de la misma (...) La Ley se coloca en la línea de admitir los medios de comunicación que se utilizan en la sociedad actual en el mundo de los negocios. Lo que importa es, sólo, que la constancia de la voluntad contractual de sometimiento a arbitraje se produzca en un tipo de soporte documental, pero no elimina la necesidad de forma”

²⁰ Matheus López, Carlos Alberto, *Introducción al Derecho de Arbitraje Peruano*, en *Universitas*, Número 106, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003, p. 162.

²¹ Usan esta misma terminología autores como Fouchard, Philippe; Gaillard, Emmanuel; Goldman, Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, p. 290 y ss; Clay, Thomas, *L'efficacité de l'arbitrage*, en *L'arbitrage: une question d'actualité*, Petites Affiches N° 197, Paris, 2003, p. 6.

²² Modalidad regulada por el artículo 11 LGA, cuyo tenor nos señala que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo anterior, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en Cláusulas Generales de Contratación o Contratos por Adhesión, serán exigibles entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos o hayan sido conocibles por la contraparte usando la diligencia ordinaria...”.

²³ Recogido en el primer párrafo del artículo 10 LGA al señalar éste que el convenio arbitral “...Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente...”.

- C. *Convenio arbitral pluridocumental*: resulta aquel formalizado a consecuencia de un intercambio de cartas o cualquier otro medio que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, el cual supone romper con la unidad del acto²⁴.

Sobre la base de lo ya expuesto, cabe precisar que en los tres tipos de formalización regulados, el documento –o documentos– en que aparezca suscrito un convenio arbitral posee una función *ad probationem* –mas no *ad solemnitatem*–, lo cual supone que en el caso de la cesión del contrato originario, el cesionario no se hallaría vinculado por la sucesión en el convenio arbitral, cuando falte su voluntad inequívoca de aceptarlo.

De otro lado, si bien la formalización por escrito del convenio arbitral es un requisito ineludible, sin embargo la Ley General de Arbitraje acoge plenamente el principio de libertad formal del convenio arbitral, que implica que su formalización por escrito no se encuentra sometida a una determinada forma *ad solemnitatem* necesaria para la propia existencia del acto²⁵. Y como se ha observado, cabe la posibilidad de formalizar el convenio arbitral sin que se lleve a cabo la materialidad de suscribirlo en un único documento escrito y siempre que se deje constancia, por cualquier otro medio de comunicación o intercambio de las partes, de la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje.

²⁴ Modalidad regulada por el segundo y tercer párrafo del artículo 10 LGA, cuyo tenor nos señala que “...Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Se entiende además que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento...”.

²⁵ Como si venía dada –como ya vimos– durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual, en su artículo 552, exigía la formalización del “compromiso arbitral” –ante notario– por escritura pública.

4. ELEMENTOS NEGOCIALES DE CAPACIDAD

Dado que la Ley General de Arbitraje no realiza ninguna mención sobre la capacidad para formalizar un convenio arbitral, y teniendo en cuenta el carácter negocial de este²⁶, podemos tipificar sus elementos de capacidad en la exigencia de la *capacidad de goce*²⁷ y de *ejercicio*²⁸ del Código Civil²⁹.

Así mismo, la capacidad –de ejercicio– para suscribir un convenio arbitral posee una indiscutible funcionalidad justificante –someter a procedibilidad negocial la creación, regulación, modificación y extinción de relaciones jurídicas disponibles– que permite aludir a la legitimación de quien lo suscribe³⁰. Entendiéndose a esta última como la idoneidad de la persona capaz de suscribir un convenio arbitral en orden a obtener una solución procesal respecto de la relación jurídica y objeto litigioso del que afirma ser titular.

Obsérvese pues que la capacidad de ejercicio del sujeto para suscribir un convenio arbitral le legitima, por tanto, para poder acceder a la resolución procesal de la “controversia”.

Por otra parte, la proyección negocial –del convenio arbitral– no ha rehuído su ubicación en el ámbito de la negociación privada, insertándose normalmente como una cláusula contractual más al interior del contrato. La cual sin embargo no será una cláusula negocial accesorio, dado que posee autonomía³¹

²⁶ El cual como negocio jurídico –bilateral– requiere para su validez, acorde al artículo 140 inciso 1 del Código Civil, ser celebrado por *agente capaz*.

²⁷ Regulada en el artículo 3 del Código Civil, el cual nos señala que “*Toda persona tiene el goce de los derechos civiles*, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley” (énfasis nuestro)

²⁸ Prevista en el artículo 42 del Código Civil, cuyo tenor nos prescribe que “Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 (*incapacidad absoluta*) y 44 (*incapacidad relativa*)” (lo señalado entre paréntesis es nuestro).

²⁹ Con similar criterio Gaspar, ob. cit., p. 89.

³⁰ Pudiéndose concluir de ello que el convenio arbitral es un negocio jurídico en el que el ámbito de capacidad del sujeto para suscribirlo se halla legitimado por la resolución de “*cuestiones controvertidas*” con un alcance sustantivo similar a los negocios jurídicos civiles pero con la particularidad que, el negocio jurídico que tipifica, se encuentra enderezado a la resolución de “*controversias*” que justifica la procedibilidad negocial del mismo.

³¹ Con tal parecer Cordón, ob. cit., pp. 59-60.

conceptual y negocial distinta del contrato en que se contiene³². Siendo esto lo que justifica que el convenio arbitral no sea afectado por las causales de invalidez contractual y que, inclusive, se incorporen en su esfera de operatividad las “controversias” que surjan tras la cesación del contrato³³.

De otro lado, respecto a la posibilidad de que el representante pueda celebrar un convenio arbitral, debe distinguirse entre la representación legal y voluntaria, pues en la primera se requerirá de la autorización judicial correspondiente³⁴, en tanto en la segunda, se necesitará de un poder expreso, o bien de una posterior ratificación³⁵ por parte del representado³⁶.

Finalmente, en relación a los sujetos que pueden suscribir el convenio arbitral, cabe señalar que son la persona natural y la persona jurídica³⁷, no pudiendo tampoco descartarse a los entes que no posean personalidad³⁸.

³² Como bien lo prescribe el artículo 14 LGA, al señalarnos que “La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste...”.

³³ Regla también recogida por el artículo 14 LGA, al indicarnos este que “...En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral...”.

³⁴ Como lo señala el artículo 167 del Código Civil al prescribir que “Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado: (...) 3. Celebrar compromiso arbitral”. De igual forma, el artículo 448 al señalarnos que “Los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos: (...) 3. Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje”. Con idéntico criterio, el artículo 532 al señalarnos que “El tutor necesita también autorización judicial concedida previa audiencia del consejo de familia para: 1. Practicar los actos indicados en el artículo 448”. Y del mismo modo, nos indica el artículo 568 que “Rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo”.

³⁵ De conformidad a lo prescrito por los artículos 155 y 162 del Código Civil.

³⁶ Con tal parecer Córdón, ob. cit., pp. 131-132.

³⁷ Si bien el tenor del artículo 9 LGA no se refiere directamente a “personas naturales o jurídicas”, sino mas bien –de modo general– a “*las partes*”.

³⁸ Con tal parecer Córdón, ob. cit., pp. 63-64. Nos señala que, a su parecer, “no deben existir obstáculos para admitir que estos entes puedan acudir al arbitraje, por lo menos cuando actúen a través de una persona a la que se confirió representación expresa...”.

5. LA EXPRESIÓN EN EL CONVENIO ARBITRAL DE LA INEQUÍVOCA VOLUNTAD DE SOMETERSE A ARBITRAJE

El convenio arbitral debe contener –además de las previsiones vistas– la manifestación expresa e inequívoca de las partes de someter a arbitraje la controversia o controversias que surjan o puedan surgir de sus relaciones jurídicas³⁹.

Se trata de una voluntad inequívoca⁴⁰ de indudable proyección *ad probationem* que excluye de su ámbito los supuestos de subrogación. Siendo evidente que ese carácter personalísimo también afecta a las obligaciones solidarias.

La expresión de la inequívoca voluntad de someterse a arbitraje es una cuestión que atañe a la existencia misma de la voluntad de someterse a arbitraje y a su extensión, lo que supone conectarla con su real y positiva existencia y dimensionarla extensivamente respecto del resto de cláusulas en las que se incardina la suscripción del convenio arbitral, surgiendo así una apreciación más fáctica que jurídica acerca de la inequívoca voluntad de someterse a arbitraje. Pero al propio tiempo la expresión de la inequívoca voluntad posee una indudable relevancia jurídica como expresión de un acto propio consistente en una declaración de voluntad manifestada en términos concluyentes e inequívocos reveladora de la actitud de quien desea –a través de esa voluntad– suscribir un convenio arbitral, surgiendo así la vinculación de la doctrina de los actos propios con la prestación del consentimiento con el fin de que quede expresada en el convenio arbitral la inequívoca voluntad de someterse a arbitraje⁴¹.

³⁹ Con tal parecer Reglero, ob. cit., p. 83; de igual forma Cordón, ob. cit., pp. 61-62.

⁴⁰ Requisito el cual se puede observar de lo prescrito por el artículo 10 de la Ley General de Arbitraje.

(Artículo 10) “Forma del convenio arbitral.- El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia *que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje...*” (énfasis nuestro).

⁴¹ Lorca Navarrete y Matheus López, *Tratado de...*, ob. cit., pp. 85-86.

Se observa que la formulación del acuerdo de las partes supone siempre su necesaria declaración positiva⁴². Por lo que en el caso de mandatario y de quienes actúen con representación, la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje exige un mandato expreso y específico. Si bien puede subsanarse su falta con una posterior ratificación del mandante. Respecto a la subrogación –en casos de cesión de posición contractual– el cesionario no se halla vinculado por el convenio arbitral incluido en las condiciones del contrato, mientras no exista constancia en el subrogado de la inequívoca aceptación del convenio arbitral.

6. LA EXPRESIÓN EN EL CONVENIO ARBITRAL DE LA CONTROVERSIDA

El objeto del convenio arbitral lo constituye una controversia presente o futura que pueda surgir entre las partes en materias de su libre disposición⁴³, la cual viene caracterizada⁴⁴ por su naturaleza abierta⁴⁵, ser determinada o

⁴² Dado que como bien señala Cordón, ob. cit., p. 62. “...no me parece que sea posible una manifestación tácita del consentimiento en un ordenamiento como el nuestro que exige, como requisito de validez, la forma escrita para el convenio arbitral”.

⁴³ Con tal parecer Cordón, ob. cit., p. 66.

⁴⁴ Requisitos que se observan de lo prescrito por los artículos 1 y 9 de la Ley General de Arbitraje.

(Artículo 1) “Disposición general. Pueden someterse a arbitraje las *controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición (...)* pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse...” (énfasis nuestros).

(Artículo 9) “Definición de convenio arbitral. El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las *controversias que hallan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de una proceso judicial...*” (énfasis nuestro).

⁴⁵ Puesto que el término “controversia” nos permite indicar que la vocación objetiva del convenio arbitral no es sólo jurídica, siendo por ello –al poder ser también extra jurídica– posible el recurso a los árbitros para que resuelvan una controversia material o económica, interpreten unas determinadas lagunas o adapten un contrato las nuevas circunstancias; en contra Cordón, ob. cit., p. 67. Nos señala que la “controversia” entre las partes “debe entenderse en sentido técnico jurídico como discrepancia que debe ser resuelta a favor de una de ellas (...) y ha de ser una controversia jurídica –no meramente material o económica– y real, no ficticia”.

determinable⁴⁶, la libre disponibilidad, el carácter contractual o extra contractual⁴⁷ y su ubicación *extra* o *intra* procesal.

El convenio arbitral posee una indudable vocación objetiva –no de universalidad⁴⁸–, dado que sólo se comprenden en el mismo las controversias que determinen la expresa voluntad de las partes. Concurriendo por tanto dos elementos: el elemento volitivo del convenio arbitral que supone que es la expresa voluntad de las partes la que va a determinar las cuestiones litigiosas que se han de comprender en el convenio arbitral; y el elemento objetivo del convenio arbitral que supone que no todas las cuestiones litigiosas se van a poder comprender en el convenio arbitral, sino tan sólo las que, de un lado, determinen la expresa voluntad de las partes y, además, las que sean de la libre disposición de las partes conforme a derecho, descartándose la total y absoluta indeterminación, aunque una cierta laxitud en este punto no debe suponer obstáculo alguno, pues la Ley General de Arbitraje sólo parece exigir que la relación jurídica, expuesta a arbitraje, pueda ser determinada partiendo

⁴⁶ No es preciso que la controversia esté concreta y específicamente determinada, basta que sea determinable. Contemplándose así tanto a las controversias ya surgidas (que están determinadas *per se*) como aquellas pendientes de surgir, que sólo son determinables por la exigencia que se establece de fijar en el convenio arbitral –de modo expreso o mediante la aportación de datos que permitan inducirla– la relación jurídica de la que surgen (Con igual criterio Córdón, ob. cit., p. 67).

Queda evidenciada así la total factibilidad de un convenio arbitral sobre controversias futuras (Con tal parecer Reglero, ob. cit., p. 87) como también la consecuente imposibilidad de un convenio por el que las partes decidan someter todas las controversias que puedan surgir de relaciones jurídicas futuras entre ellas (Con igual parecer Córdón, ob. cit., p. 67). Sin embargo, hay que excepcionar de esta última regla el supuesto en que la totalidad de las controversias se refieran a una relación jurídica singular y aquellas situaciones bastante frecuentes en el tráfico comercial, de relaciones periódicas y continuadas, sometidas muchas veces a las reglas del uso comercial o a una disciplina contractual uniforme (Con tal parecer Reglero, ob. cit., p. 88).

⁴⁷ Como ya vimos es indiferente que las relaciones jurídicas a incluir en el convenio arbitral sean o no contractuales. Lo cual significa que la controversia no ha de poseer, necesariamente, carácter jurídico.

⁴⁸ Puesto que la obligación de que las partes delimiten la relación jurídica de la cual haya surgido o pueda surgir la controversia, tiene como uno de sus objetivos el evitar la total y absoluta indeterminación, pues ello supondría la renuncia a la jurisdicción estatal en todas las controversias jurídicas que pudieran surgir entre particulares, lo que sería tanto como renunciar al derecho constitucional a la tutela judicial (Con tal parecer Reglero, ob. cit., p. 87; de igual modo Córdón, ob. cit., p. 67).

de lo que se exprese en el propio convenio arbitral, aunque no sea necesaria una concreción absoluta, bastando que se pueda inferir razonablemente o complementariamente.

Cabe afirmar que es posible una hermenéutica espiritualista en la vocación objetiva del convenio arbitral, dado que los árbitros no se hallan vinculados por una exégesis literal y restrictiva, que les aparte de la misión que se les confía, resolviendo no sólo las cuestiones consignadas en el convenio arbitral, sino también las que deben considerarse comprendidas en el mismo por una inducción necesaria de sus palabras o que sean consecuencia lógica u obligada de las que se han planteado. La ausencia de formalidades en la Ley General de Arbitraje para el momento de redactar el convenio arbitral es proclive en la práctica a que, en el convenio arbitral si bien se parte de la necesaria fijación en el mismo de una relación jurídica determinada, su concreción en cambio no tiene porque realizarse de modo absoluto en el mismo dada la ausencia de formalismo que preside su redacción, por lo que la concreción puede venir dada posteriormente con ocasión de la proyección procesal del ámbito negocial del convenio arbitral⁴⁹.

7. EL CONVENIO ARBITRAL PATOLÓGICO

Se denominan convenios arbitrales patológicos –clauses pathologiques⁵⁰– a aquellos que por defectuosos, imperfectos o incompletos impiden un normal desarrollo del arbitraje⁵¹. Estos se dividen a su vez en convenios arbitrales

⁴⁹ Lorca Navarrete y Matheus López, *Tratado de...*, ob. cit., pp. 91-92.

⁵⁰ La expresión corresponde originalmente a Frederic Eismann, *La clause d'arbitrage pathologique*, dans *Association Italienne pour L'arbitrage*, Arbitrage Commercial - Essais in memoriam Eugenio Minoli, Turin, UTEC, 1974, p. 129.

Cabe señalar que la doctrina francófona sigue utilizando mayoritariamente el término (Ver, Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de...*, ob. cit., p. 283 y ss; Clay, Thomas, *L'arbitre*, París, Dalloz, 2001, p. 556; Eric Loquin, *De la pathologie des clauses compromissoires*, en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, París, 1993, p. 301; Rivier, Marie-claire, *La reforme de la clause compromissoire*, en *L'arbitrage: une question d'actualité*, Petites Affiches N° 197, París, 2003, p. 31).

⁵¹ Con similar parecer Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de...*, ob. cit., p. 283. Nos señalan que “tenemos la costumbre de llamar patológicos (...) a los convenios arbitrales que presentan un vicio susceptible de obstaculizar el desarrollo armonioso del arbitraje”.

inválidos y convenios arbitrales susceptibles de validación. Entre los primeros se hallan aquellos que no serían tales por cuanto no se encontrarían dirigidos a iniciar un arbitraje. En cambio los segundos serían convenios arbitrales en blanco o vacíos en la medida en que no facilitan la designación de los árbitros o el modelo de arbitraje o indican erróneamente una institución arbitral o aluden equivocadamente y, a la vez, al arbitraje y al proceso judicial (convenios arbitrales contradictorios) o son convenios que tienen por objeto materias respecto de las que no es posible el arbitraje (convenios arbitrales ambiguos). En consecuencia, el convenio arbitral patológico sería el redactado de modo ambiguo, contradictorio, deficiente, omisivamente o de manera imperfecta⁵².

Cabe además señalar que la propuesta de la Ley General de Arbitraje no es listada ni cerrada, permitiendo mas bien el paso a otras hipótesis diferentes de patologías. Pudiendo observarse dentro de aquellos supuestos expresamente regulados a los siguientes:

7.1 *Convenio arbitral inexistente*

Es –en su acepción semántica más inequívoca– el convenio arbitral que no existe, es decir, que no se celebró⁵³. Más en una acepción amplia se supone que el convenio arbitral no existe porque no posee algunos de los elementos que haría que existiera como realidad jurídica negocial, como por ejemplo, la inexistencia de voluntad inequívoca haría que el convenio sea inexistente. También es inexistente el convenio arbitral cuando –en una cesión contractual– no es asumido por el cesionario de modo inequívoco y formalmente por escrito.

⁵² Matheus López, Carlos Alberto, *Introducción Propedéutica al Tratamiento del Convenio Arbitral en el Derecho Peruano* en *Revista de Derecho Procesal*, Numeros 1-3, Madrid, 2004, pp. 411-412.

⁵³ Recogido en el artículo 39, segundo párrafo, de nuestra Ley General de Arbitraje, el cual nos señala que “La oposición total o parcial al arbitraje por *inexistencia*, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales...” (énfasis añadido). Obsérvese además que se desprende claramente del tenor de la norma, que no es lo mismo convenio arbitral inexistente que convenio arbitral ineficaz, ni tampoco es lo mismo convenio arbitral inexistente que convenio arbitral inválido.

E igualmente es inexistente aquel convenio arbitral que debe ubicarse en las cláusulas generales de contratación, mas no posee esa concreta ubicación⁵⁴.

7.2 *Convenio arbitral nulo*

Este convenio arbitral –a diferencia del inexistente– si existe, pero concurren en él ciertas infracciones que en la Ley General de Arbitraje o fuera de ella originan que carezca de eficacia⁵⁵.

La nulidad implica invalidez negocial que puede provenir de la falta de capacidad de quienes han suscrito el convenio arbitral, de la indisponibilidad del objeto sobre el cual recae el convenio⁵⁶, de la no suscripción del convenio en la forma que prevé la Ley General de Arbitraje –por escrito⁵⁷– o cuando su contenido sea tan exiguo o insuficiente que no facilite la realización del arbitraje, de la no composición impar del colegio arbitral⁵⁸, o cuando el convenio coloque en situación de privilegio a una de las partes⁵⁹.

⁵⁴ Lorca Navarrete y Matheus López, *Tratado de...*, ob. cit., págs. 99-100.

⁵⁵ Con similar parecer Reglero, ob. cit., pp. 235-236. Nos señala que “*Las causas que pueden dar lugar a la nulidad del convenio arbitral son, en sustancia, las mismas que hacen nulo cualquier contrato* (falta de capacidad de obrar de alguna de las partes, existencia de algún vicio del consentimiento, convenio celebrado por persona que carece de poder expreso para ello, etc.), *a las que se añaden determinadas especificidades*, tales como que el convenio tenga por objeto una materia que no sea de la libre disposición de las partes (...), que no conste de manera inequívoca la voluntad de las partes de someter la cuestión litigiosa a arbitraje (...), que no se exprese la relación jurídica determinada sobre la que gravita el convenio arbitral (...), que el convenio no se haya otorgado bajo la forma legalmente exigida (...), que una de las partes se halle en situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros...” (énfasis nuestro).

⁵⁶ De conformidad a lo prescrito por el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, el cual no señala que “Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición...”.

⁵⁷ De conformidad a lo prescrito por el artículo 10 de la Ley General de Arbitraje, el cual no señala que “El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad...”.

⁵⁸ De conformidad a lo prescrito por el artículo 24 de la Ley General de Arbitraje, el cual no señala que “Los árbitros son designados en número impar...”.

⁵⁹ De conformidad a lo prescrito por el artículo 14, tercer párrafo, de la Ley General de Arbitraje, el cual no señala que “Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento”.

Por otra parte, junto al convenio arbitral nulo esta el anulable⁶⁰, en el cual concurren también ciertas infracciones que originan una apariencia de validez que sólo se denuncia cuando se solicita su anulación, por lo que el convenio arbitral será válido siempre y cuando no se anule.

Obsérvese que tanto el convenio arbitral nulo como anulable crean una apariencia de validez negocial *ex origine*, lo único que sucede es que la invalidación en el anulable es opuesta por quien la anulabilidad le favorece y, en cambio, en el acto nulo, la invalidación es establecida por la propia Ley General de Arbitraje, por lo que el convenio arbitral nulo es un caso de invalidez negocial y el anulable una hipótesis de amenaza de invalidación negocial. Por ello, el laudo que admita la anulabilidad del convenio arbitral es constitutivo mientras que el que admite la nulidad es declarativo⁶¹.

7.3 *Convenio arbitral caducado*

La caducidad implica un ámbito temporal de aplicación objetiva del convenio arbitral, el cual posee como regla general el plazo de veinte días de vencida la etapa de pruebas⁶², mas ello obviamente no descarta otro cómputo *ad hoc* o institucional.

La caducidad, así entendida, no es técnicamente una caducidad adjetiva de la instancia arbitral sino de los efectos del convenio arbitral –negocial– en el que se ha de expresar la voluntad inequívoca de que el arbitraje se tramite en

⁶⁰ Con similar parecer Cerdón, ob. cit., p. 127. Nos señala que “La ley no distingue entre causas de nulidad y causas de anulabilidad, por lo que entiendo que tanto unas como otras son denunciabiles (...) La nulidad se producirá cuando falte alguno de los requisitos esenciales que determinan el nacimiento del convenio y la anulabilidad cuando se dé un vicio que sólo determinará la anulación cuando sea alegado por la parte interesada (por ejemplo, cuando el consentimiento prestado por alguno de los contratantes esté viciado o sea insuficiente)”.

⁶¹ Lorca Navarrete y Matheus López, *Tratado de...*, ob. cit., p. 102.

⁶² De conformidad a lo prescrito por el Artículo 48 de la Ley General de Arbitraje, el cual no señala que “Salvo que otra cosa se hubiera dispuesto en el convenio, en las reglas del proceso, o que las partes autoricen una extensión, el laudo se debe pronunciar dentro del plazo de veinte (20) días de vencida la etapa de prueba, o de cumplido el trámite a que se refiere el inciso 1) del Artículo 34o, si no hubiera hechos por probar, salvo que los árbitros consideren necesario contar con un plazo adicional, que en ningún caso podrá exceder de quince (15) días” (énfasis nuestro).

un determinado plazo. Tornándose, a la vez, el convenio arbitral caducado en ineficaz dado que el ámbito negocial que lo justificaba ha dejado de tener vigencia temporal⁶³.

8. CONTENIDO FACULTATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL

En el contenido del convenio arbitral, se establece una extensión facultativa⁶⁴ y que afecta a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas de procedimiento⁶⁵. La posibilidad de designar a los árbitros y determinar las reglas de procedimiento en el convenio arbitral se sustenta en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el cual gobierna en la Ley General de Arbitraje, así como en el principio de libertad formal en que se apoya la suscripción del convenio arbitral por las partes interesadas en acudir al arbitraje. En base a la ausencia de formalismo que preside la redacción del convenio arbitral, lo normal será que tanto la designación de los árbitros como la determinación de las reglas de procedimiento no sean aludidas en este y que, incluso, esa determinación quede supeditada al tipo

⁶³ Lorca Navarrete y Matheus López, *Tratado de...*, ob. cit., p. 105.

⁶⁴ Con similar parecer Reglero, ob. cit., p. 95 y ss.

⁶⁵ Como se desprende del tenor –principalmente– de los Artículos 8, 9, 14 y 33 de la Ley General de Arbitraje. En ese sentido, el Artículo 8 de la Ley General de Arbitraje, nos señala que “...Serán válidas las notificaciones por cable, telex, facsímil o medios similares que inequívocamente dejen constancia de la comunicación, *salvo que lo contrario estuviera previsto en el convenio arbitral o en el reglamento de la institución arbitral...*” (las negritas son nuestras). De igual modo, el Artículo 9 de la Ley General de Arbitraje, nos señala que “...El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral. *El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada...*” (énfasis nuestro). Así mismo, el Artículo 14 de la Ley General de Arbitraje, nos señala que “...*Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento*” (énfasis nuestro). E igualmente, el Artículo 14 de la Ley General de Arbitraje, nos señala que “...*Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización*” (énfasis nuestro).

de arbitraje que se utiliza. Esto es, si se está ante un arbitraje *ad hoc*, lo normal será que sean las propias partes quienes, inicialmente en el propio convenio arbitral o después, determinen ambos extremos mediante acuerdos complementarios. En cambio, si el arbitraje es institucional, ambos extremos referidos a la designación de los árbitros y a la fijación de las reglas de procedimiento, no se incluirán normalmente en el convenio arbitral, quedando su fijación a lo que se establezca sobre ellos en los Reglamentos de arbitraje de esas instituciones. Por su parte, en el arbitraje deferido lo normal será que el tercero proceda a la designación de los árbitros y que éstos establezcan las reglas de procedimiento. Por tanto ambos extremos no se van a hallar en el convenio arbitral⁶⁶.

9. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral tiene dos efectos fundamentales: el llamado efecto positivo que consiste en la obligación de las partes de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica, así como la obligación de cumplir la decisión de los árbitros, y el denominado efecto negativo que se traduce en la prohibición a los órganos de la jurisdicción estática de conocer tales cuestiones⁶⁷.

Según nuestra Ley General de Arbitraje el contenido del convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado (efecto positivo) y al mismo tiempo impide a Juzgados y Salas conocer de las controversias sometidas a arbitraje⁶⁸

⁶⁶ Lorca Navarrete y Matheus López, *Tratado de...*, ob. cit., p. 113.

⁶⁷ Con tal parecer La China, Sergio, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Giuffrè editore, Milano, 2004, p. 53 y ss.; de igual forma Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de...*, ob. cit., p. 395 y ss.; del mismo modo Cordón, ob. cit., p. 71. Nos señala que “Distingue la Ley una doble eficacia del convenio arbitral: la eficacia positiva, consistente en la obligación de las partes de someter la solución de las controversias que surjan entre ellas a la decisión de uno o más árbitros, y la eficacia negativa, consecuencia de la anterior, consistente en la sustracción de la controversia en cuestión al conocimiento de los tribunales”.

⁶⁸ Con igual parecer González Montes, José Luis, *La Excepción de Arbitraje*, La Ley, 2 de mayo de 1990, p. 1160. Nos señala que “En términos generales puede decirse que el efecto negativo que se sigue del convenio arbitral supone una exclusión del ejercicio de la potestad jurisdiccional sobre el objeto del mismo y, desde ese punto de vista, he de convenir con un sector doctrinal, que se trata de una excepción que se relaciona con el objeto del proceso”.

siempre que la parte a quien interese invoque la existencia del convenio arbitral mediante excepción (efecto negativo)⁶⁹.

Con la invocación del convenio arbitral como excepción se reafirma la competencia de los árbitros y se acoge el “principio de competencia de la competencia” –Kompetenz Kompetenz– dirigido a evitar que las controversias sometidas a su “competencia” –la del árbitro se entiende– puedan ser sustanciadas a través de la competencia que pueda atribuirse a la jurisdicción estática en base a que el árbitro posee competencia para decidir sobre la inexistencia, nulidad y caducidad del convenio arbitral. El resultado final que se logra es el propio de un efecto puramente cronológico, positivo y no jerárquico en orden a evitar que Juzgados y Salas asuman una competencia que con anterioridad las partes han excluido al suscribir el convenio arbitral, provocando sobre el régimen jurídico de los actos procesales tramitados ante los órganos jurisdiccionales la nulidad de todos ellos⁷⁰.

⁶⁹ Como se observa de lo dispuesto en los Artículos 9 y 16 de la Ley General de Arbitraje. En tal forma, el artículo 9 nos señala que “...*El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral...*” (énfasis nuestro). Por su parte, prescribe el artículo 16 que “*Si se promoviera una acción judicial relativa a una materia que estuviera reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral o cuyo conocimiento ya estuviera sometido por las partes a esa decisión, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso...*” (énfasis nuestro).

Así mismo, debemos concordar estas normas con los artículos 446 inciso 13 y 451 inciso 5 del Código Procesal Civil, los cuales nos señalan, respectivamente, que “El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones: (...) 13. Convenio arbitral...” y que “Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 446”, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes: (...) 5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso si se trata de las excepciones de (...) convenio arbitral”.

⁷⁰ Lorca Navarrete y Matheus López, *Tratado de...*, ob. cit., pp. 114-115.

10. LA RENUNCIA AL CONVENIO ARBITRAL

Podemos observar que la renuncia al convenio arbitral es posible conceptualarla de modo diverso, tanto negocial como procesal, distinguiéndose consecuentemente de ello una renuncia expresa de otra denominada tácita⁷¹.

Cabe primero llevar a cabo un tratamiento exclusivamente negocial de la renuncia, dado que la Ley General de Arbitraje señala que mediante “convenio” las partes pueden dejar sin efecto el convenio arbitral suscrito o, lo que es lo mismo, renunciar al convenio arbitral⁷². Observándose que el legislador no oculta su intención de equiparar convenio arbitral con negocio jurídico, pues lo que indica a fin de cuentas es que las partes podrán renunciar “por negocio” de modo que la equiparación convenio-negocio resulta evidente⁷³.

Así mismo, la renuncia al convenio arbitral es posible conceptualarla como una sumisión tácita a la jurisdicción estatal de indudable proyección procesal⁷⁴, en la medida en que a través de ella se puede acceder al “debido proceso sustantivo” de la función jurisdiccional civil, siendo el resultado final básicamente procesal a través de la conexión arbitraje-proceso, y más concretamente con una institución esencialmente procesal como es la sumisión

⁷¹ Como se puede observar del tenor del artículo 15 de la Ley General de Arbitraje, el cual nos señala que “*Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso. Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso*” (las cursivas son nuestras).

⁷² Si bien señalan algunos autores que en este caso el término “renuncia” es técnicamente incorrecto, puesto que “técnicamente, cuando las partes, mediante convenio, deciden dejar sin efecto lo acordado, no están renunciando a nada, ya que la renuncia es, siempre, un acto jurídico unilateral. En verdad a lo que se está refiriendo aquí es al mutuo disenso (...) mediante el que se extingue, por voluntad de las partes, el contrato anterior” (Gete-Alonso y Calera, ob. cit., p. 1037).

⁷³ Como se observa del artículo 15, primer párrafo, de la Ley General de Arbitraje, al señalarnos que “*Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso...*” (las negritas son nuestras).

⁷⁴ En tal sentido el artículo 15, segundo párrafo, de la Ley General de Arbitraje nos señala que “*...Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso*” (énfasis añadidos).

tácita regulada en el artículo 15, segundo párrafo, de la Ley General de Arbitraje⁷⁵.

No es posible acceder a la conceptualización procesal de la renuncia al convenio arbitral tal y como la regula la Ley General de Arbitraje, si no se parte de la premisa según la cual el convenio arbitral ha de ser conceptualizado como negocio jurídico bilateral. Mas, a diferencia de este último, la renuncia al convenio arbitral se hace depender de la sola voluntad de una de las partes que encuentra a su paso la respuesta bilateral –no sustantiva, sino procesal– del demandado. Por lo tanto, la vertiente procesal de la renuncia implica que uno de los sujetos que suscribieron el convenio arbitral actúa como actor al llevar a cabo una actividad consistente en el mero hecho de acudir a los órganos de la jurisdicción estática interponiendo demanda⁷⁶.

Finalmente, debe entenderse que la renuncia expresa al convenio arbitral –al igual que el desistimiento y la suspensión– es posible de llevarse a cabo en cualquier momento del proceso arbitral, si bien ha de hacerse antes que se notifique el laudo⁷⁷.

11. EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Observemos ahora las características del convenio arbitral en el ámbito del arbitraje internacional, según la regulación contenida en la Ley General de Arbitraje Peruana.

⁷⁵ Resulta loable el tenor del artículo 15, segundo párrafo, de nuestra Ley General de Arbitraje, al señalar como requisito –de tipo negativo– de la renuncia tácita, la no invocación, por el demandado, de la excepción de convenio arbitral, puesto que en otras regulaciones (como la anterior Ley de Arbitraje Española - Ley 36/1988) se solicita como requisito –de tipo positivo– que el demandado realice otra actividad procesal que no sea la de proponer la excepción, con lo cual surge la discusión –inexistente en nuestro ordenamiento– sobre si la acumulación por el demandado a la excepción de convenio arbitral de otros medios de defensa –procesales o de fondo– supone la sumisión a los tribunales (Con similar parecer Córdón, ob. cit., p. 75).

⁷⁶ Lorca Navarrete y Matheus López, *Tratado de...*, ob. cit., p. 123.

⁷⁷ Con tal parecer Reglero, ob. cit., p. 221; así mismo, cabe señalar que tal interpretación –dado que la norma que regula la renuncia no establece plazo– se desprende, principalmente, del tenor de los artículos 15 y 43 de la Ley General de Arbitraje, los cuales no señalan, respectivamente,

11.1 Regulación del arbitraje internacional

Cabe señalar que la Ley General de Arbitraje Peruana utiliza el sistema dualista, al distinguir en su regulación el arbitraje nacional –sección primera– de aquel internacional –sección segunda–, y que su texto resulta además tributario de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Así mismo, si bien el arbitraje internacional, por su carácter supranacional, es, sin duda alguna, apátrida⁷⁸, nuestra Ley General de Arbitraje establece expresamente su régimen legal en la sección segunda, dando entrada además a la regulación internacional que sobre sus contenidos ya existe⁷⁹.

Por su parte, el artículo 91 de nuestra Ley –plenamente tributario del artículo 1. 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI– fija el ámbito de aplicación del arbitraje internacional, o, lo que es lo mismo, cuando debe reputarse como “internacional” un proceso arbitral⁸⁰.

En tal modo, la normativa que sobre arbitraje internacional contiene nuestra Ley, no resulta oponible, sino más bien convergente, con aquella recogida en los tratados internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico peruano

que “Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso...” y que “En cualquier momento antes de la notificación del laudo, de común acuerdo y comunicándolo a los árbitros, las partes pueden desistirse del arbitraje. Pueden también suspender el proceso por el plazo que de común acuerdo establezcan...” (énfasis nuestro).

⁷⁸ Lorca Navarrete y Matheus López, *Tratado de...*, ob. cit., p. 747.

⁷⁹ En tal forma, el artículo 88 de la Ley General de Arbitraje Peruana –siguiendo el estilo del artículo 1. 1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional– establece que “Las disposiciones de la presente Sección se aplicarán al arbitraje internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República”.

⁸⁰ En ese sentido, el artículo 91 de la Ley General de Arbitraje Peruana prescribe que “Un arbitraje es internacional si: 1. Las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en Estados diferentes; o 2. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios: a) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al convenio arbitral; b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha. A los efectos de este Artículo si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual”.

en esta materia, como –principalmente⁸¹– es el caso de la *Convención de Nueva York* de 10 de Junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras –aprobada por Resolución Legislativa N° 24810 del 12 de mayo de 1988, sin ninguna reserva⁸²–, de la *Convención de Panamá* de 30 de Enero de 1975, sobre arbitraje comercial internacional –aprobada por Resolución Legislativa N° 24924 del 7 de noviembre de 1988–, y de la *Convención de Montevideo* de 8 de Mayo de 1979, sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros –aprobada por Decreto Ley N° 22953 del 26 de marzo de 1980–.

Por su parte, el régimen legal peruano sobre reconocimiento y ejecución –forzosa– de laudos arbitrales extranjeros se halla en los artículos 127⁸³, 128⁸⁴

⁸¹ Dado que existen otros tratados en materia de arbitraje internacional de los que el Perú forma parte, tales como: La Convención de Lima de 1878 –aprobada por Resolución Legislativa del 29 de enero de 1879–, El Tratado de Derecho Internacional de Montevideo de 1889 –aprobado por Resolución Legislativa del 25 de octubre de 1889–, El Tratado sobre Ejecución de Actos Extranjeros de 1911 –aprobado por Resolución Legislativa del 22 de octubre de 1915–, y el Código de Derecho Internacional Privado de 1928 –aprobado por Resolución Legislativa N° 6442 del 31 de diciembre de 1928–.

⁸² El Perú no ha realizado ninguna de las reservas al texto del Convenio de Nueva York por lo que en nuestro país pueden ejecutarse los laudos emitidos en cualquier Estado, incluso aquellos que no sean parte del Convenio, dada la no utilización por el Perú de las “reservas de reciprocidad”, poseyendo así el Convenio de Nueva York –en nuestro país– carácter universal (Lorca Navarrete y Matheus López, Tratado de..., ob. cit., pp. 619-620).

⁸³ El cual nos señala que “Un laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito ante la Sala Civil de la Corte Superior competente a la fecha de presentación de la petición del domicilio del demandado, o, si el demandado no domicilia dentro del territorio de la República, la del lugar donde éste tenga sus bienes, y será ejecutado en conformidad con las disposiciones de esta Sección. La parte que pida el reconocimiento de un laudo deberá presentar el original del laudo o copia del mismo, y el original del convenio arbitral o copia del mismo. Si el laudo o el convenio arbitral no estuvieran redactados en castellano, la parte deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. En ambos casos es de aplicación lo dispuesto en el Artículo 96”.

⁸⁴ Cuyo texto prescribe que “Será de aplicación al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados fuera del territorio nacional cualquiera haya sido la fecha de su emisión, pero teniendo presente los plazos prescriptorios previstos en la ley peruana y siempre que se reúnan los requisitos para su aplicación, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional del 30 de Enero de 1975 o la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de Junio de 1958, o cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual el Perú sea parte. El tratado a ser aplicado, salvo que las partes hayan acordado otra cosa, será el más favorable a la parte que pida el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, sin perjuicio de lo indicado en el Artículo 129”.

y 129⁸⁵ de nuestra Ley General de Arbitraje y en la normativa contenida en las Convenciones de Nueva York, Panamá y Montevideo.

Cabe además señalar que en materia de inversiones el Perú ha celebrado el *Convenio de Seúl* de 1985 o Acuerdo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) –aprobado por Resolución Legislativa N° 25312 del 2 de abril de 1991–, la *Convención de Washington de 1965*, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados (CIADI) –aprobada por Resolución Legislativa N° 26210 del 2 de julio de 1993–, la *Convención de Washington de 1992*, sobre incentivos para las inversiones entre los gobiernos del Perú y de los Estados Unidos de América (OPIC) –aprobada por Resolución Legislativa N° 26187 del 17 de mayo de 1993–, y los *Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* (BIT's⁸⁶).

⁸⁵ El cual nos indica que “El presente Artículo será de aplicación a falta de tratado o, aún existiendo éste, si sus normas son más favorables a la parte que pida el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, teniendo presente los plazos prescriptorios previstos en la ley peruana. Sólo se podrá denegar a pedido de parte el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral cualquiera que sea el país en que se haya dictado cuando se pruebe: 1. Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio no es válido en virtud de la ley, a que las partes lo han sometido o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o 2. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o 3. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contiene decisiones que exceden los términos del convenio arbitral. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje puedan separarse de la que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o 4. Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al convenio celebrado entre las partes o, en defecto de tal convenio, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o 5. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo. La Corte Superior también podrá denegar el reconocimiento o la ejecución cuando compruebe que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional”.

⁸⁶ Hasta el día de hoy el Perú ha celebrado Convenios Bilaterales de Promoción y protección Recíproca de Inversiones con: Alemania (aprobado el 31 de Marzo de 1995 - D.S. 08-95-RE), Argentina (aprobado el 14 de diciembre de 1994 - D.S. 28-94-RE), Australia (aprobado el 22 de enero de 1996 - D.S. 003-96-RE), Bolivia (aprobado el 09 de marzo de 1994 - D.S. 03-94-RE), China (aprobado el 11 de junio de 1994 - D.S.22-94-RE), Chile (aprobado el 14 de agosto de

11.2 El convenio arbitral internacional

Podemos afirmar que en el arbitraje internacional, el origen del proceso arbitral se ubica en el convenio arbitral, cuya realidad conceptual recogida en el artículo 98⁸⁷ de la Ley, no resulta distinta de aquella que el artículo segundo del Convenio de Nueva York denomina “cláusula compromisoria” o el artículo primero de la Convención de Panamá llama “acuerdo”.

2000 - D.S. 026-2000-RE), Colombia (aprobado el 20 de junio de 1994 - D.S. 015-94-RE), Cuba (aprobado el 09 de diciembre de 2000 - D.S. 039-2000-RE), Dinamarca (aprobado el 6 de enero de 1995 - D.S. 03-95-RE), Ecuador (aprobado el 5 de agosto de 1999 - D.S. 043-99-RE), España (aprobado el 6 de enero de 1995 - D.S. 01-95-RE), El Salvador (aprobado el 11 de julio de 1996 - D.S. 025-96-RE), Finlandia (aprobado el 12 de mayo de 1995 - D.S. 15-95-RE), Francia (aprobado el 9 de marzo de 1994 - D.S. 04-94-RE), Italia (aprobado el 20 de junio de 1994 - D.S. 17-94-RE), Corea (aprobado el 19 de marzo de 1994 - D.S. 07-94-RE), Malasia (aprobado el 2 de noviembre de 1995 - D.S. 27-95-RE), Noruega (aprobado el 3 de mayo de 1995 - D.S. 14-95-RE), Países Bajos (aprobado el 6 de enero de 1995 - D.S. 02-95-RE), Portugal (aprobado el 10 de enero de 1995 - D.S. 05-95-RE), Paraguay (aprobado el 9 de marzo de 1994 - D.S. 06-94-RE), Reino Unido (aprobado el 9 de marzo de 1994 - D.S. 05-94-RE), República Checa (aprobado el 8 de abril de 1994 - D.S. 09-94-RE), Rumanía (aprobado el 20 de junio de 1994 - D.S. 18-94-RE), Suecia (aprobado el 20 de junio de 1994 - D.S. 16-94-RE), Suiza (aprobado el 2 de julio de 1993 - RES. LEG. 26209), Tailandia (aprobado el 2 de julio de 1993 - RES. LEG. 2609) y Venezuela (aprobado el 6 de febrero de 1996 - D.S. 04-96-RE).

⁸⁷ Cuyo artículo 98 –tributario en lo esencial del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional– nos señala que “El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual. El convenio arbitral podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un único documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, cables, télexes, que dejen constancia documental del acuerdo o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un convenio arbitral sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye convenio arbitral siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

Por otra parte, se observa del tenor del artículo 98⁸⁸ de nuestra Ley General de Arbitraje y de los artículos 1⁸⁹ y II 2⁹⁰ de la Convención de Panamá y del Convenio de Nueva York, respectivamente, que se establece la regla general de la forma escrita del convenio arbitral, siendo adicionalmente posible – además de aquel unidocumental– el convenio arbitral pluridocumental.

En cuanto a los efectos del convenio arbitral –específicamente aquel llamado negativo– resulta particularmente importante el artículo 99⁹¹ de la Ley, el cual permite invocar el convenio arbitral como excepción.

⁸⁸ En ese sentido, el artículo 98 segundo párrafo de la Ley General de Arbitraje Peruana nos señala que “*Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un único documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, cables, télexes, que dejen constancia documental del acuerdo o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un convenio arbitral sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra...*” (énfasis nuestro).

⁸⁹ En tal forma, el artículo 1 de la Convención de Panamá nos señala que “*...El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex*” (énfasis nuestro).

⁹⁰ Por su parte, el artículo II 2. del Convenio de Nueva York alude a “**cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso**, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas” (énfasis nuestro).

⁹¹ Cuyo texto nos señala que “Si se promoviera una demanda judicial relativa a un asunto materia de un convenio arbitral, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso, debiendo el juez remitir a las partes al arbitraje, a menos que se compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo, de acuerdo con la ley pactada por las partes, o en defecto de acuerdo con la ley del lugar de la celebración del contrato, o que la materia sea de competencia exclusiva de los tribunales de la República o viole el orden público internacional. No obstante, si el convenio arbitral cumple con las formalidades y requisitos dispuestos en esta Sección, no podrá denegarse la excepción por dicha causal. Si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros, el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral, a menos que la materia sea de competencia exclusiva de los tribunales de la República o viole el orden público internacional. Si se ha entablado la demanda a que se refiere el párrafo anterior, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el Poder Judicial. Si las partes dentro de un proceso judicial formalizan voluntariamente un convenio arbitral, será de aplicación el Artículo 17o, no pudiendo el juez objetar el convenio, salvo que la materia sea de competencia exclusiva de los tribunales de la República o viole el orden público internacional”.

Así mismo, nuestra Ley permite acudir al arbitraje ad hoc⁹², como también a aquel institucional⁹³.

Finalmente, no debemos olvidar que el convenio arbitral en el arbitraje internacional se justifica en el principio de autonomía de la voluntad, el cual posee a su vez como único límite el respeto al “principio de legalidad”, el cual obliga a someterlo –al convenio– a un determinado ordenamiento jurídico.

En ese sentido, los artículos V.1.a) del Convenio de Nueva York y 5.1.a. de la Convención de Panamá, únicamente conciben la suscripción del convenio arbitral “*en virtud de la Ley que le es –a las partes– aplicable*”.

CONCLUSIÓN

Podemos afirmar de lo expuesto 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. Igualmente, debe quedar claro, 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*. Finalmente, queda claro 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.

⁹² Como se desprende del tenor de –básicamente– los artículos 101, 105, 108, 109 y 111 de la Ley General de Arbitraje Peruana.

⁹³ Según se observa del texto de los artículos 93 inciso 3 y 4, 94 inciso 1, 102, 103 de la Ley General de Arbitraje Peruana.

Valor probatorio del correo electrónico

Eduardo MOLINA QUIROGA*

SUMARIO:

Introducción

1. **El correo electrónico.** *1.1 Qué es el correo electrónico* 1.1.1 Historia del correo electrónico 1.1.2 Cómo funciona el correo electrónico 1.1.3 Estructura de los Mensajes de Correo Electrónico. 1.1.4 La red Internet.
2. **Medios de prueba.** *2.1 Documento e Instrumento* 2.1.1 Escritura 2.1.2 El impacto tecnológico. Soporte de información 2.2 *Documento electrónico* 2.2.1 Características necesarias para la admisibilidad y eficacia probatoria del documento electrónico Inalterabilidad 2.3 *La correspondencia en el Código Civil* 2.4. *Ley Modelo CNUDMI* 2.5. *Certificados digitales* 2.6. *Comparación con otros instrumentos similares* 2.7. *Glosario.*

* **Universidad de Buenos Aires**, Abogado, Doctorado en Derecho, Cursante: Plan de Tesis Aprobado. ,Profesor Regular Derechos Reales, Subdirector Postgrado, Derecho Informático; Profesor Informática y Derecho (CPO Facultad Derecho UBA). Director Abogacía UCES (Hasta 31-12-2004). Docente invitado a Postgrados de Diversas Universidades: UBA, UCA Rosario (Doctorado) y BS.AS; UNLP, UNL, UDD (Chile), Coordinador Actividades Académicas CPACF subdirector Instituto Informática Jurídica CPACF secretario Ejecutivo Centro Formación Judicial Consejo magistratura C.A.B.A. autor de libros y artículos, conferencista sobre cuestiones de derecho informático y derecho civil

INTRODUCCIÓN

Los medios de comunicación han evolucionado desde formas primitivas de expresión oral hasta el uso de sofisticadas tecnologías que permiten una comunicación entre personas cada vez más instantánea y ubicua.

La electrónica, la informática y las telecomunicaciones no son ya nuevas tecnologías, sino que se han ido desarrollando de forma progresiva en el último siglo y medio. Hasta hoy se han conseguido grandes capacidades de cálculo, de proceso y de almacenamiento de datos. Hoy las telecomunicaciones llegan a todas partes y permiten transmisión de grandes cantidades de información, gracias a la extensión de las redes por cable y por ondas¹.

Las posibilidades actuales para tratar y transmitir la información permiten influir en los aspectos sociales que están relacionados con la comunicación. De la misma forma que la Revolución Industrial originó en los últimos doscientos años modificaciones en las estructuras productivas, se prevén cambios sociales derivados de un uso generalizado de las telecomunicaciones. Los cambios apuntan fundamentalmente a modificar las relaciones interpersonales, pasando de relaciones más lentas a otras más rápidas, de escasez a abundancia de información.

Los pueblos primitivos buscaban medios para codificar su conocimiento. Según fue avanzando éste, se desarrolló la escritura que permitía una transmisión de la información.

En primer lugar aparecieron las escrituras pictográficas, que por medio del uso de símbolos representaban objetos. Más tarde se desarrolló la ideografía, donde el símbolo ya no representaba sólo el objeto, sino también ideas y cualidades asociadas al mismo. La aparición del alfabeto facilitó la estructura mental adecuada para permitir una comunicación acumulativa basada en el conocimiento.

¹ Cfr.: "Uso del correo electrónico: Un análisis empírico en la Universidad Complutense de Madrid", trabajo de Irene Albarrán Lozano, Carmen de Pablos Heredero y Antonio Montero Navarro, <http://www.ucm.es/BUCM/cee/doc/9909/9909.htm>

Desde que aparecen las lenguas escritas comienza a existir la necesidad de comunicarse a distancia de forma regular, y también empiezan a desarrollarse entonces variadas formas de comunicación.

La aparición de tecnologías telemáticas, especialmente en la década de los noventa, ha cambiado no solamente la forma en la que accedemos al conocimiento y cómo se produce el mismo, sino además las relaciones que establecemos a la hora de mantenernos comunicados.

En los últimos veinte años, el uso de computadoras personales ha popularizado un número considerable de servicios de información, incluyendo el correo electrónico.

1. EL CORREO ELECTRÓNICO

1.1 ¿Qué es el correo electrónico?

Para ubicarnos en el tema, es necesario referirnos a las comunicaciones por computadoras (CMC) entendidas como el intercambio de mensajes e informaciones así como al acceso a fuentes de datos, independientemente de la distancia física, utilizando computadoras y equipos de telecomunicaciones tales como teléfonos y *modems*².

Se distinguen tres tipos principales de comunicaciones por computadora: el correo electrónico (vulgarmente conocido como e-mail), las conferencias electrónicas y las bases de datos en línea. Podemos agregar las comunicaciones entre computadoras dentro de una misma oficina (sistema conocido también como Redes de Area Local ó LAN).

Se ha sostenido que el correo electrónico es “un equivalente electrónico del correo convencional con papel”, y “una de las aplicaciones más frecuentemente

² “El correo electronico @ su alcance”, publicación de “El Servicio de Enlace con las Organizaciones No Gubernamentales de las Naciones Unidas (SLNG) y Fundación Friedrich Ebert (Nueva York), <http://www.fes.de/organisation/america/handbook/esp/index.html>

utilizadas de las comunicaciones por computadoras. Con el correo electrónico las personas pueden enviar mensajes a un receptor, o a varios receptores simultáneamente, con un tiempo de envío que va de los pocos segundos a algunas horas, hasta más de un día en algunos casos dependiendo del servicio utilizado”³, y a un costo extremadamente bajo, tanto a destinatarios locales, como a los ubicados en distintas ciudades y países.

El correo fue uno de los primeros servicios ofrecidos por la red ARPANET, pero no es un servicio exclusivo de la red INTERNET, y se ofrece prácticamente en todos los tipos de redes existentes⁴.

Al principio, el correo electrónico, solo podía enviar mensajes de texto (conocidos como “archivos ASCII”), pero en la actualidad, es posible enviar todo tipo de datos binarios gracias a estándares como MIME o UUDECODE, tales como imágenes, sonidos, ficheros binarios, programas ejecutables, etc. Para ello es necesario que tanto el usuario que envía el correo como el que lo recibe, cuenten con servidores de correo que cumplan o incluyan estos estándares.

1.1.1 Historia del correo electrónico

El uso del correo comenzó con ARPAnet (red precursora de Internet) en 1969 y 1970 en los Estados Unidos, se extendió de forma gradual con el uso de los mainframes y minicomputadoras basados en redes locales en los setenta y tuvo un rápido crecimiento con el uso de Internet en la década de los ochenta.

³ Algunos hitos relevantes en el desarrollo del correo electrónico: octubre 1969: Leonard Kleinrock, manda el primer mensaje de e-mail a un compañero en Stanford; marzo 1972: Ray Tomlinson, autor del primer software para correo electrónico, elige el símbolo @ para direcciones; febrero 1976: La reina Isabel II es la primera jefa de estado en mandar un mensaje de e-mail; otoño 1976: Jimmy Carter y Walter Mondale utilizan correo electrónico todos los días durante su campaña para coordinar itinerarios. Un mensaje simple cuesta 4 dólares; septiembre 1983: El college de Colby en Waterville, Maine es una de las instituciones primeras de educación superior en asignar cuentas de correo a todos sus estudiantes; enero 1994: El New Yorker publica una entrevista sobre correo electrónico con Bill Gates, quien escribe: “nuestro correo es totalmente seguro” (tomado de “Uso del correo electrónico. Un análisis empírico en la Universidad Complutense de Madrid” ut supra citado).

⁴ No es necesario que los usuarios sean también usuarios de la red Internet, ya que es posible enviar correo electrónico a otras redes como FIDONET, COMPUSERVE, BITNET, UUCP, etc. mediante máquinas especiales denominadas “Gateways”.

El correo electrónico en sus inicios se plantea como un medio de intercambio de información para grupos pequeños y selectos. Actualmente su uso se ha extendido a millones de usuarios por todo el mundo⁵.

Se dice que el primer mensaje de correo electrónico o e-mail habría sido enviado por el citado Kleinrock, a un compañero en Stanford⁶. En 1971 Ray Tomlinson⁷ tuvo la idea de crear un sistema para enviar y recibir mensajes por la red. Tomlinson había escrito un programa para que los desarrolladores de la ARPANET se dejaran mensajes en las computadoras que compartían (15 en toda la red nacional). Jugando con otro protocolo para transferir archivos entre las máquinas diseminadas por la red, notó que juntos podían usarse para acceder a todas las casillas de correo. Allí eligió la arroba (@), que en inglés se lee “at” (en tal lugar), para especificar el destinatario del mensaje: Fulano en tal lugar. Acto seguido, se envió un mensaje a sí mismo y dio inicio a la era del e-mail, aunque él mismo no lo consideró entonces un invento importante⁸.

A mediados de los ochenta el correo electrónico estaba siendo ampliamente usado por diversas comunidades, a menudo con sistemas diferentes, pero la interconexión entre sistemas de correo diferentes estaba demostrando la utilidad de las comunicaciones electrónicas de base amplia entre las gentes.

Actualmente se calcula que por Internet llegan a circular cada día más de 7.000 millones de correos electrónicos⁹.

1.1.2 ¿Cómo funciona el correo electrónico?

En su forma más sencilla, el correo electrónico, es una manera de enviar mensajes o cartas electrónicas de una computadora a otra.

⁵ cfr. Irene Albarrán Lozano, Carmen de Pablos Heredero, Antonio Montero Navarro, ob. cit.; María Luisa Fernández Esteban, “Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales”, Ed. Mac Graw Hill, Madrid, 1998, p. 26

⁶ Cfr Uso del correo electrónico.... op.cit.

⁷ Ingeniero de la firma Bolt Beranek y Newman, contratada por el gobierno de los Estados Unidos para construir la red Arpanet (la precursora de Internet)

⁸ ver “Historia del correo electrónico” en <http://www.maccare.com.ar/lanzamiento.htm>

⁹ ver diario Clarín 15 de Octubre de 2001, página 63, <http://www.clarin.com/diario/hoy/s-06301.htm>

Tanto la persona que envía el correo electrónico como la persona que lo recibe, deben tener una cuenta en una máquina que posea las características necesarias para ser denominada “servidor de correo electrónico”

Un servicio de correo electrónico requiere de un ATM (agente de transferencia de mensajes (servidor de correo), y de usuarios, que son quienes envían y reciben mensajes por este medio.

El correo electrónico es recibido y enviado a través de una “casilla” electrónica o “cuenta de correo electrónico”, ubicada en un “servidor de correo electrónico (que podríamos llamar el “computador central”.

Un servidor o computador central es el equipo a partir del cual se maneja el servicio de comunicación por computadora, o también puede ser una red de computadoras, un sistema de cartelera (*bulletin board system* - BBS) o un correo electrónico o servicio “en línea”.

Se conecta el servidor a una cuenta de correo electrónico en el computador central a través de una línea telefónica, o de un acceso dedicado (punto a punto).

El *router* (enrutador) es un dispositivo electrónico que administra el tráfico entre las redes. las decisiones en cuanto al lugar a donde enviar los datos se hace con base en la información del nivel de red y tablas de direccionamiento

Una dirección de correo electrónico se configura en base a tres elementos centrales. Aparece, en primer lugar, el “nombre de usuario” de una persona u organización (a la izquierda del signo “@”, el cual significa “en”) y en segundo lugar la dirección del computador central en el cual se encuentra ubicada la cuenta de correo electrónico (a la derecha del signo “@”).

La comunicación es posible en base a procesos o procedimientos denominados “protocolos”. La sigla RFC (*Request For Comments* ó Petición de Comentarios) se refiere a un conjunto de documentos que desde el año de 1967 describe el conjunto de protocolos de Internet y proyectos similares. La mayor parte de estos RFC’s no tratan asuntos de Internet, pero todos los estándares de Internet se encuentran como RFC’s.

RFC 821 define el protocolo SMTP, el cual es de características cliente/servidor. Por definición el cliente SMTP es el que inicia la sesión y el servidor

SMTP es el que responde (*receptor SMTP*). Tanto cliente como servidor de una sesión SMTP corresponden a servidores de correo electrónico.

El correo electrónico de Internet se implementó originalmente como una función del protocolo F.T.P.¹⁰ En 1980 Suzanne Sluizer y Jon Postel realizaron trabajos con un protocolo que posteriormente se denominaría SMTP (*Simple Mail Transfer Protocol*), y que aún hoy se sigue utilizando con los avances lógicos que requiere el tipo de transferencia actual.

El SMTP (*Simple Mail Transfer Protocol*) es el proceso de transferencia de archivos más usado y utiliza TCP/IP¹¹ como medio de transporte, abre una conexión con el destino, le informa al otro servidor para quien es el mensaje y lo transfiere. Es el servidor de correo saliente.

El protocolo SMTP fue desarrollado pensando en que los sistemas que intercambiarían mensajes, eran grandes computadoras, de tiempo compartido y multiusuario conectados permanentemente a la red Internet. Sin embargo, con la aparición de las computadoras personales, que tienen una conectividad ocasional, se hizo necesaria una solución para que el correo llegase a estos equipos. Para solventar esta limitación, en 1984 surge el POP (*Post Office Protocol*” ó Protocolo de Oficina de Correos).

El POP es un protocolo que está diseñado para permitir al usuario de manera personalizada leer el correo electrónico almacenado en un servidor.

Este protocolo, en su especificación inicial, solo permitía funciones básicas como recuperar todos los mensajes, mantenerlos en el servidor y borrarlos.

En sucesivas versiones del protocolo (POP2 y POP3) se fueron ampliando las funciones, permitiendo una mejor gestión del correo

¹⁰ (*File Transfer Protocol*) es un protocolo para transferir archivos entre dos máquinas, y lo hace con cualquier tipo de archivos

¹¹ software de dominio público, que al unificar los protocolos de comunicación permite la conexión entre equipos y sistemas operativos diferentes.

El conocido POP3 es un estándar que define el acceso a un buzón de correo en una máquina host que se encuentra en la red, que permite al usuario transferir el correo alojado en el servidor a su propia computadora¹².

Estos dos protocolos (SMTP y POP3) son los encargados de transportar el correo por toda la red Internet, pero sólo son capaces de transportar mensajes en formato texto ASCII. Para superar esta limitación, se utilizaban hasta hace poco tiempo, programas como UUEncode y UUDecode.

En 1992, surge MIME (“Multipurpose Internet Mail Extensions”), que permite el correo electrónico en otras lenguas que no sea el inglés, además de la transmisión de sonido, gráficos, vídeo, etc. En la actualidad el estándar MIME, es el que se utiliza para la transferencia de datos no tradicionales a través de correo electrónico.

Hoy, el e-mail es un estándar de comunicación. Se puede escribir el correo electrónico “en línea”, o “fuera de línea”. El método que utilice dependerá de los servicios ofrecidos, y del software que ofrezca su proveedor de servicio de correo electrónico.

Con la difusión de Internet y las computadoras, la gente tiende a tener acceso a la web desde cualquier lado, y hoy se ofrecen varias posibilidades.

Con las cuentas POP3 el usuario tiene control físico de sus archivos de correo y puede ajar ese correo a través de un cliente del tipo Outlook. También suelen tener asociado un servicio de “webmail”, que permite chequear la casilla de correo desde cualquier computadora. Hay incluso sitios que permiten hacer esto desde el *browser*, ingresando la dirección de e-mail y la contraseña para acceder a ella¹³.

¹²La versión actual definida por el RFC 1725.

Cfr. <http://www.guiahost.com/glosario/glosario.php?minimo=20&pagina=2&letra=p> Las cuentas de e-mail POP3 (Post Office Protocol 3) son cuentas de e-mail verdaderas en donde se crean carpetas que luego se almacenan en el servidor o se bajan a su PC.

¹³ Por ejemplo: ThatWeb (<http://www.thatweb.com>), tiene una agenda de contactos y un mensajero instantáneo); WebMail (<http://www.webmail.com>) hace una copia de respaldo de los mensajes);

ReadMail (<http://www.readmail.com>) lista los mensajes de la casilla en una sola pantalla);

Esto es diferente a las cuentas IMAP (*Interactive Mail Access Protocol*), en donde su correo siempre permanece en el servidor. Un ejemplo de IMAP sería algo como el *HoTMaiL*, donde el usuario se conecta a través de un buscador. La diferencia con las POP3 es que los mensajes se almacenan en las unidades del servidor y no en las del usuario¹⁴.

La forma actual más popular y difundida de envíos de mensajes de correo electrónico se produce a través de la InterNet donde la comunicación entre computadoras raramente se establece en forma directa sino por medio de los llamados ISP (proveedores de servicio de Internet) a través del manejo de las cuentas llamadas POP3. Utilizando un programa de los llamados “ruteadores”¹⁵ se podrían verificar todos los ISP por los que circula la información de una computadora hasta alojarse en otra.

1.1.3 Estructura de los Mensajes de Correo Electrónico.

Los mensajes de correo electrónico siguen una estructura predefinida, la cual busca una efectiva comunicación entre las máquinas involucradas en la transmisión.

Entre otras funciones, dicha estructura permite detectar el término de transmisión, identificar el destinatario y origen del mensaje, detectar errores en la transmisión, etc. En esta estructura se distinguen dos partes fundamentales, las cuales son denominadas “cabecera” y “cuerpo del mensaje”.

La cabecera contiene toda la información importante en la transferencia del mensaje, de tal forma que cuando un usuario recibe un mensaje, puede saber a través de la información contenida en la cabecera, quien lo envía, cómo y cuando fue enviado. Los campos que contiene la cabecera son:

Mail2Web (<http://www.mail2web.com> puede leer mensajes de la Usenet, y encriptar el e-mail en 128 bits),

o MailStart (<http://www.mailstart.com> con acceso a un WebBox, donde puede tener una página Web y 20 MB de espacio para archivos.

¹⁴ cfr.: <http://www.digigrup.net/faq.htm>

¹⁵ vgr. Neotrace que se consigue en <http://www.neotrace.com>

- a. Nombre y dirección del usuario que envía el mensaje (*FROM*).
- b. Nombre y dirección del destinatario (TO).
- c. Nombre y dirección del destinatario de la copia del mensaje(CC).
- d. Fecha (y hora en ocasiones) del mensaje.
- e. Tema o asunto del mensaje (*SUBJECT*).

La estructura de la cabecera de un correo electrónico está definida en RFC 822¹⁶. La cabecera del mensaje es terminada en una línea null (Esta es una línea en blanco precediendo a la secuencia CRLF).

La segunda parte de la estructura del mensaje es la que contiene o transporta la información. Esta aparece después de la línea null que marca el fin de la cabecera y se compone de una serie de líneas que contienen caracteres ASCII,

El tamaño de esta parte del mensaje es variable, ya que depende de la cantidad de información que el usuario desea transmitir.

Lista de correos: contiene un listado de direcciones electrónicas de personas que desean recibir mensajes y enviar respuesta, preguntar o pedir información sobre un tema determinado. Los mensajes se envían a la dirección de la lista de correo y este servidor hace que de cada copia se envíe una copia a los integrantes de la lista.

I.R.C. (*Internet relay chat*), es el conocido “*chat*”, recurso que permite que varias personas mantengan una conversación simultánea a través del teclado de sus computadoras conectadas por Internet. Requiere un servidor IRC y un “canal”

¹⁶ Se trata de un formato estandar en Internet referente a los encabezados de los mensajes de correo electrónico. El nombre viene del “RFC 822”, que contiene esa especificación (STD 11, RFC 822). El formato 822 se conocía como formato 733 (<http://www.guiahost.com/glosario/glosario.php?minimo=10&pagina=2&letra=r>).

1.1.4 La red Internet¹⁷

Lo que denominamos “Internet” es en realidad una gran red integrada por infinidad de redes de computadoras, que en la práctica constituyen una suerte de inmensa biblioteca virtual. Podríamos decir que cada “sitio” o site, es decir cada dirección en esa red, es un libro de esa biblioteca, y que cada página web equivale a una página de esos libros.

La sigla “www” significa “*World Wide Web*”, comúnmente simplificada en el término “la web”, conjunto de redes basada en la arquitectura cliente-servidor.

La primera descripción registrada de interacciones sociales que podrían ser realizadas a través de redes fue una serie de notas escritas por J.C.R. Licklider del MIT en agosto de 1962 discutiendo su concepto de “Red Galáctica”¹⁸.

Leonard Kleinrock, un profesor de informática de la universidad de UCLA convenció a Roberts de la posibilidad teórica de comunicaciones usando paquetes en vez de circuitos, lo que fue un paso importante en el camino hacia la red de computadoras. El otro paso clave fue poner a las computadoras a hablar juntas. Para explorar esto, en 1965 trabajando con Thomas Merrill, Roberts conectó el ordenador TX-2 en Massachusetts al Q-32 en California con una línea telefónica de baja velocidad creando la primera (aunque pequeña) red de computadoras de área amplia jamás construida.

En Octubre de 1972 Kahn organizó una demostración de ARPANET muy grande y exitosa en el *International Computer Communication Conference* (ICCC). Ésta fue la primera demostración pública de esta nueva tecnología de red al público. Fue también en 1972 cuando se introdujo la primera aplicación

¹⁷ ver “La historia de Internet” en <http://www.maccare.com.ar/lanzamiento.htm>

¹⁸ Licklider consideraba un conjunto globalmente interconectado a través del cual cualquiera pudiera acceder rápidamente a datos y programas desde cualquier sitio. En esencia, el concepto era muy parecido a la Internet de hoy. Licklider fue el primer director del programa de investigación de computadoras en DARPA, que comenzó en Octubre de 1962. Mientras estuvo en DARPA convenció a sus sucesores de DARPA, Ivan Sutherland, Bob Taylor y el investigador del MIT Lawrence G. Roberts, de la importancia de este concepto de funcionamiento en red.

de correo electrónico. En Julio, Roberts expandió su utilidad escribiendo el primer programa de utilidades para correo electrónico que permitía listar, leer selectivamente, archivar, reenviar y responder los mensajes.

Desde entonces el correo electrónico despegó como la mayor aplicación de la red durante una década.

En estos primeros días de Internet hubo otras propuestas de aplicaciones, incluyendo la comunicación por paquetes basados en la voz (el precursor de la telefonía Internet), diversos modelos de compartir archivo y disco, y primitivos programas “gusanos” (“worm”) que mostraban el concepto de agentes (y, por supuesto, virus).

El amplio desarrollo de las LAN, las PC y las estaciones de trabajo en la década de los 80 permitió florecer a la naciente Internet. La tecnología *Ethernet*, desarrollada por Bob Metcalfe en el Xerox PARC en 1973, es probablemente en este momento la tecnología de red dominante en la Internet y las PC y las estaciones de trabajo las computadoras dominantes.

En 1985, Internet ya estaba bien establecida como una tecnología que daba soporte a una amplia comunidad de investigadores y desarrolladores, y estaba empezando a ser usada por otras comunidades para comunicaciones diarias por ordenador.

Hoy resulta indudable que el acceso a Internet se ha convertido en un poderoso instrumento para socializar el conocimiento y favorecer la comunicación entre personas y grupos sociales¹⁹.

2. MEDIOS DE PRUEBA

La palabra prueba tiene varias acepciones, una de las cuales se refiere a los medios de prueba, que son los elementos que la ley admite con fuerza probatoria, es decir con aptitud para acreditar la verdad del hecho.

¹⁹ Decreto N° 1279/97, donde se determinó que “...el servicio de Internet se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social.

Una especie del género medios de prueba lo constituye la llamada prueba documental, que consiste en acreditar la verdad del hecho utilizando documentos²⁰.

2.1. Documento e Instrumento

Si queremos definir al documento, podemos decir que es una cosa que, formada en presencia de un hecho, está destinada a fijar de modo permanente, una representación verbal o figurativa, de modo que puede hacerlo conocer a distancia del tiempo.

Dentro del género documento, encontramos los denominados instrumentos, que están expresamente contemplados en el Código Civil, como instrumentos públicos e instrumentos privados (art. 979 y 1012).

El instrumento, especie del género documento está íntimamente vinculado a la forma escrita, conforme reza el artículo 978 del Código Civil: “La expresión por escrito puede tener lugar, o por instrumento público o por instrumentos particulares, salvo los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta”.

Sin embargo, la concepción tradicional de documento lo ha asimilado con la escritura, relacionando el concepto de documento a lo escrito, es decir extralimitando un requisito de la especie a todo el género.

2.1.1 Escritura

Se entiende por escritura a un conjunto de símbolos o caracteres desarrollados en lenguaje accesible al hombre y aplicado sobre soporte papel o similar, capaz de receptar una grafía²¹.

²⁰ art.1190, se refiere a los “instrumentos” que pueden ser “públicos” (arts. 979 a 1011, incluyendo las escrituras públicas) o “particulares, firmados o no firmados”. Los primeros serían los llamados “instrumentos privados” (arts.1012 a 1036)

²¹ Giannantonio, Ettore, “Valor jurídico del documento electrónico”, en *Informática y Derecho-Aportes de doctrina internacional*, vol. 1 Ed. Depalma, Bs.As., 1987, p.100. Comp. Llambías, op. cit: Cf. Beckerman, Jorge *Consideraciones acerca del proyecto de unificación...en relación al documento electrónico*

Sin embargo, existen y cada vez en mayor medida, otros medios que sin ser escritos, documentan y acaso con mayor fidelidad hechos y circunstancias de la vida real y negocial, tales como las fotografías, las películas cinematográficas, los microfilms, los discos o cintas fonográficas, etc.²². Con ello queremos señalar que la escritura no es el único método de documentación.

El documento es un objeto (una cosa) que hace conocer un hecho, que lo representa, por contraposición al testigo, que es una persona que narra un hecho. Siempre está presente la noción de “representación”²³, que debe ser material, destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exteriorice²⁴

2.1.2 El impacto tecnológico. Soporte de información

Todo documento, requiere para su representación de un soporte²⁵. Entendemos por soporte todo substrato material sobre el que se asienta la información. Es el elemento que sirve para almacenar determinada información para su tratamiento posterior, ya sea su recuperación o su reproducción.

La representación de un hecho mediante un objeto, para que tenga valor documental, debe expresarse por un medio permanente, que permita su reproducción que es la forma por excelencia de su representación.

Como vemos, el documento es una cosa, un objeto, con una significación determinada. Una de las partes del objeto documento es el soporte. En tal sentido, el papel es exclusivamente una especie del género soporte, pero en modo alguno puede aceptarse que sea la única.

²² Ver. Colerio, Juan Pedro, “Pautas para una teoría del valor probatorio del documento electrónico”, *Revista Jurídica*, n° 4, diciembre 1993, págs. 9 y sgtes

²³ Ver Gaibrois, Luis, *Un aporte para el valor probatorio del documento electrónico*, (JA 2-6-93)

²⁴ CNFed Cont. Adm., Sala IV, 28/10/87, en Wyszogrod c/Bco. Central, cit por Schiffer, Miguel; Brok, Sergio y Doyharzabal, Alicia, *La desmaterialización de la prueba en materia comercial*, (La Ley 1988-D-699)

²⁵ Nos referimos al elemento material que sostiene la información. En el lenguaje informático *soporte* es sinónimo de *medio*, que se define como “un material sobre el que (o dentro del cual) pueden representarse y transportarse datos”.

Además del papel existen otros elementos que pueden cumplir eficazmente la función de soporte documental, como la madera, la piedra, diversos minerales, el celuloide, etc.

Podemos incluir en este género a los soportes electrónicos, que son elementos que permiten almacenar la información para su tratamiento electrónico. Incluimos en esta categoría a las unidades de memoria auxiliar del computador como los discos rígidos, discos compactos (*CDs*), disquetes, cintas magnéticas, etc. Estos soportes pueden considerarse equivalentes al soporte papel en tanto medio capaz de contener o almacenar información, para su posterior reproducción con fines representativos.

En consecuencia, es atinado plantearse, en forma genérica, que todo soporte de información –y no exclusivamente el papel– puede integrar un documento que sea admitido como medio de prueba en relación a actos jurídicos (y contratos), siempre que reúna los caracteres de inalterabilidad y autenticidad.

2.2 *Documento electrónico*

Nos referiremos genéricamente al documento electrónico como la fijación en un soporte electrónico (u óptico) de información, que queda registrada en la memoria auxiliar del computador, incluyendo en este concepto los medios técnicos necesarios para la recuperación de la información (*hardware* y *software*).

En realidad, documento electrónico en sentido estricto es el que aparece instrumentado sobre la base de impulsos electrónicos y no sobre un papel. Es el conservado en forma digital en la memoria central del ordenador, o en las memorias de masa, y que no puede ser leído o conocido por el hombre sino como consecuencia de un proceso de traducción que hace perceptible y comprensible el código de señales digitales.

Sin embargo, coincidimos en que puede hablarse de documento electrónico en sentido amplio, que es el formado por el ordenador a través de sus propios órganos de salida, y es perceptible por el hombre, sin intervención de máquinas traductoras.

También se distingue en relación al documento electrónico en sentido amplio, entre la documentación (simple operación representativa) y la reproducción o repetición de la declaración del negocio. Se señala que la declaración sucesiva que naturalmente tiende a facilitar la prueba, no la produce el mismo sujeto autor de la primera, sino el ordenador, pero la misma voluntad que dio vida a la declaración precedente (que queda contenida en el ordenador) al mismo tiempo admitió que fuera plasmada en un documento elaborado por éste.

2.2.1 Características necesarias para la admisibilidad y eficacia probatoria del documento electrónico Inalterabilidad

El principal obstáculo para la admisibilidad y eficacia probatoria de los nuevos soportes de información se plantea con relación a si pueden revestir el carácter de permanente que se menciona como esencial en la definición de “documento”. El temor sobre la posibilidad de reinscripción o reutilización de los soportes informáticos –se dice– disminuye su seguridad y confiabilidad.

Dada su calidad de elemento reproductor de una realidad, es razonable pretender que el documento sea auténtico y durable.

Autenticidad:

Un documento es auténtico cuando no ha sufrido alteraciones tales que varíen su contenido, lo que implica decir que la autenticidad está íntimamente vinculada a la inalterabilidad. Un documento será más seguro cuanto más difícil sea alterarlo y cuanto más fácilmente pueda verificarse la alteración que podría haberse producido, o reconstruir el texto originario.

Durabilidad:

La calidad de durable es aplicable a toda reproducción indeleble del original que importe una modificación irreversible del soporte.

Se entiende por “modificación irreversible del soporte” la imposibilidad de reinscripción del mismo.

Es “indeleble” la inscripción o imagen estable en el tiempo, y que no pueda ser alterada por una intervención externa sin dejar huella.

Desde esta perspectiva, debe admitirse que el papel es un razonable soporte físico, en materia documental, porque no es fácil de alterar, pero esto es relativo, ya que todos sabemos que no es inalterable, y más aún, la posibilidad de su falsificación ha derivado incluso en su tipificación como delito penal.

En cuanto a su condición de soporte “durable”, todos sabemos que el papel se deteriora, e incluso su conservación es problemática por la capacidad de absorción de partículas de polvo, sin explayarnos en las graves consecuencias que su obtención plantea para la conservación del ecosistema.

La firma como elemento de seguridad documental

El requisito de la firma de las partes es requerido como condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada (art. 1012 Cód. Civil).

La firma, según la nota del art. 3639 del Código Civil, “es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta finalidad”.

Más precisamente la firma es un signo personal autógrafo, trazado por la mano del autor, que sirve para informar sobre la identidad del autor de la declaración de voluntad, así como del acuerdo de este con el contenido del acto, y que luego sirve para probar la autoría. La impresión dígito pulgar, aunque asimilada a la firma, no la suple legalmente.

Modernas técnicas de seguridad:

La premisa de que la firma de una persona física colocada a continuación de un texto implica su conocimiento del mismo y su conformidad, es decir que representa el consentimiento, estaba fundada en el simple hecho de no existir otras maneras de registro permanente de la voluntad expresada por las personas.

La imprenta, el teléfono, el telégrafo, el gramófono y la radiofonía, ampliaron extraordinariamente las posibilidades de comunicación, pero en el plano jurídico

no tuvieron el mismo efecto por la desconfianza sobre la autenticidad del mensaje.

El instrumento privado puede prescindir de la firma, en la medida que por otros medios se pueda cumplir con las finalidades perseguidas con su utilización, o sea la determinación de la autoría y autenticidad de la declaración.

La autenticidad e inalterabilidad dependen de la seguridad que rodee el proceso de elaboración y emisión del documento. El avance tecnológico en esta materia es constante, y sin duda el problema es de perfecta solución técnica. Las técnicas de seguridad de los datos basadas en la biometría, o las técnicas criptográficas (sistemas de registro y sistemas de cifrado literal), brindan similares seguridades, cuando no superiores.

Creemos que en materia de prueba de los actos jurídicos esta noción de autoría por medio de la firma debe ampliarse, incorporando todo otro medio técnico que asegure la verificación de la autoría atribuida y de la autenticidad de la declaración de voluntad contenida en el documento. La realidad cotidiana ha prescindido de la firma ológrafa en numerosas transacciones negociales en las que empleamos “documentos electrónicos” sin conciencia de ello²⁶.

Frente a la necesidad de imprimir el sello de identidad de una declaración de voluntad contenida en un documento, como ya mencionamos, la firma ológrafa ha sido hasta hace poco el método más aceptado como eficaz a esos fines.

Sin embargo, en otras épocas se han empleado otros medios, tales como los sellos en lacre, o los anillos, etc. Por esta razón cuando se habla de firma

²⁶ Cuando introducimos nuestra tarjeta magnetizada en la ranura de un “cajero automático”, y respondiendo al interrogante que nos aparece en el visor, digitamos nuestra “clave de identificación personal” o “clave de acceso”, para luego continuar “dialogando” con el visor, en virtud de lo cual, extraemos dinero, que nos es debitado de nuestras cuentas; o depositamos dinero, que se nos acredita; o efectuamos transferencias entre distintos tipos de cuenta, y aún entre distintas monedas (de pesos a dólares, y viceversa); u ordenamos que previo débito en una de nuestras cuentas, se pague a un tercero (empresa de servicios públicos, fisco, etc), estamos “escribiendo” en lenguaje natural sobre el teclado, pero ese lenguaje es codificado para su registro sobre soporte magnético, y el comprobante que nos entrega la máquina es el resultado de un proceso distinto al de la escritura tradicional. Este es uno de los ejemplos más cotidianos del denominado “documento electrónico”.

digital, quien no está al tanto de esta tecnología piensa en una firma ológrafa escaneada, es decir que ha sido digitalizada y reproducida en su imagen (como un dibujo fotocopiado).

Sin embargo no es así. El concepto de firma digital se refiere a una cadena de números, letras y símbolos generados por métodos matemáticos, basados en la criptografía.

La criptografía es una técnica que consiste en la codificación de un texto o de una combinación de cifras mediante el auxilio de claves confidenciales y de procesos matemáticos complejos, cuya finalidad es tornarlos incomprensibles para quien desconoce el sistema.

Encriptar significa cambiar caracteres de un texto según una clave secreta de modo que el mismo no pueda comprenderse a menos que se lo pase por un proceso análogo de descryptación. De este modo, se recupera el texto original que sólo pueden leer aquellos para quienes está dirigido, y que en consecuencia permite la implementación de un mecanismo de verificación de que el mensaje proviene de una determinada persona.

2.3 *La correspondencia en el Código Civil*

El Código Civil argentino se ha referido a la correspondencia en varios artículos, aunque solo referiremos ahora los que tienen relación directa con el tema propuesto²⁷

El artículo 1147 del Código Civil autoriza a que entre personas ausentes el consentimiento puede manifestarse por medio de agentes o correspondencia epistolar.

²⁷ También el artículo 1071 bis menciona a la correspondencia: El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, *difundiendo correspondencia*, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación. (artículo agregado por ley 21.173.)

El artículo 1181, al referirse a la forma de los contratos entre ausentes, establece que si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato.

A su vez, el artículo 1214 dispone que los efectos del contrato celebrado entre ausentes, entre cuyas posibilidades cita el realizado mediante correspondencia epistolar, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, se juzgarán respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio.

En materia de sociedades civiles, el artículo 1662, dispone que el contrato de sociedad puede ser hecho, entre otros modos “por correspondencia”, y que la prueba de él está sujeta a lo dispuesto respecto a los actos jurídicos. El artículo 1665 admite que en los casos en que se faculta alegar la existencia de la sociedad, puede ella probarse por los hechos de donde resulte su existencia, aunque se trate de valor excedente a la tasa de la ley, incluyendo expresamente a las cartas firmadas por los socios, y escritas en el interés común de ellos, así como las circulares publicadas en nombre de la sociedad.

2.4 Ley Modelo CNUDMI

Un antecedente internacional muy importante es la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico”²⁸, según texto adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI ó en la sigla inglesa: UNCITRAL)²⁹.

Es importante señalar que la finalidad de esta “ley modelo” es “ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de “comercio electrónico”, entendiendo que los principios plasmados en el régimen de la

²⁸ Puede consultarse el texto **completo en español en** <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>

²⁹ Nueva York, 28 de mayo a 14 de junio de 1996 – 29º período de sesiones

Ley Modelo ayudarán además a los usuarios del comercio electrónico a encontrar las soluciones contractuales requeridas para superar ciertos obstáculos jurídicos que dificulten ese empleo cada vez mayor del comercio electrónico”

Se parte de considerar que “el recurso a los modernos medios de comunicación, tales como el correo electrónico y el intercambio electrónico de datos (EDI), se ha difundido con notable rapidez en la negociación de las operaciones comerciales internacionales y cabe prever que el empleo de esas vías de comunicación sea cada vez mayor, a medida que se vaya difundiendo el acceso a ciertos soportes técnicos como la INTERNET y otras grandes vías de información transmitida en forma electrónica. No obstante, la comunicación de datos de cierta trascendencia jurídica en forma de mensajes sin soporte de papel pudiera verse obstaculizada por ciertos impedimentos legales al empleo de mensajes electrónicos, o por la incertidumbre que pudiera haber sobre la validez o eficacia jurídica de esos mensajes”.

En consecuencia se adopta un término –”mensaje de datos”– lo suficientemente amplio como para abarcar “la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el *telex* o el *telefax*”³⁰.

Si bien se define el conocido como “intercambio electrónico de datos (EDI), no hay definición del correo electrónico. El EDI es la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto.

Se precisan los sujetos intervinientes en un mensaje de datos, que son básicamente el iniciador, el destinatario y el intermediario.

Se entiende por “iniciador” de un mensaje de datos toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él.

³⁰ art. 2 inc. a) Ley Modelo CNDMI

Por “destinatario” de un mensaje de datos se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él.

Por “intermediario”, en relación con un determinado mensaje de datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él.

A su vez, por “sistema de información” se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

Hay que tener en cuenta la fecha del texto de la ley modelo (1996), ya que el término mensaje “electrónico” podría no comprender a los casos en que los datos así volcados inicialmente son transmitidos en algunos casos a través de redes de fibra óptica (donde los datos dejan de tener soporte electrónico para transformarse en luz o “no-luz”)³¹.

Pero, en nuestra opinión, lo más trascendente que propone esta ley modelo es el llamado “criterio de equivalencia funcional”³², entre un “mensaje de datos” y otros documentos, especialmente los escritos. basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Así en los fundamentos del proyecto se aclara que por ejemplo, un documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Y, en opinión con la que ye hemos

³¹ véase una guía actualizada de legislación comparada sobre documentos electrónicos en http://www.lawnuevo.com/f_links.htm

³² Fundamentos de la Ley Modelo CNUDMI, especialmente considerandos 15, 16 y 17.

coincido, se afirma, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos³³. Ahora bien, la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

Sin embargo, como un “mensaje de datos” no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel, en la Ley Modelo se sigue un criterio flexible teniendo en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del “equivalente funcional”, atendiendo a la jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida³⁴.

La Ley Modelo solo trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un “mensaje de datos”, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función.

Así, en el artículo 5° propone que “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté escrita en forma de mensaje de datos”. Más adelante, refuerza esta línea en su artículo

³³ Cfr. Nuestro trabajo “La eficacia probatoria de los medios informáticos en el consentimiento contractual” (*Lexis Nexis* noviembre 2001) y otras presentaciones anteriores en el mismo sentido.

³⁴ Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito (que suele constituir un “requisito mínimo”) no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de “escrito firmado”, “original firmado” o “acto jurídico autenticado”.

9° sobre admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos³⁵ y en el artículo 11° sobre formación y validez de los contratos³⁶.

Son una referencia importante las reglas sobre reconocimiento por las partes de los mensajes de datos³⁷ y atribución de los mensajes de datos (artículo 13°)³⁸.

³⁵ Artículo 9° Ley Modelo CNUDMI: 1) En todo trámite legal, no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión como prueba de un mensaje de datos: a) por la sola razón de que se trate de un mensaje de datos; o b) por razón de no haber sido presentado en su forma original, de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta. 2) Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

³⁶ Artículo 11° Ley Modelo CNUDMI: En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas mediante un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos.

³⁷ Artículo 12° Ley Modelo CNUDMI: 1) En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos.

³⁸ Artículo 13° Ley Modelo CNUDMI, que establece: “1) Un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado por el propio iniciador. 2) En las relaciones entre el iniciador y el destinatario, se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado: a) Por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje; o b) Por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente. 3) En las relaciones entre el iniciador y el destinatario, el destinatario tendrá derecho a considerar que un mensaje de datos proviene del iniciador, y a actuar en consecuencia, cuando: a) Para comprobar que el mensaje provenía del iniciador, el destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento aceptado previamente por el iniciador con ese fin; o b) El mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio. 4) El párrafo 3) no se aplicará: a) A partir del momento en que el destinatario haya sido informado por el iniciador de que el mensaje de datos no provenía del iniciador y haya dispuesto de un plazo razonable para actuar en consecuencia; o b) En los casos previstos en el inciso b) del párrafo 3), desde el momento en que el destinatario sepa, o debiera saber de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que el mensaje de datos no provenía del iniciador. 5) Siempre que un mensaje de datos provenga del iniciador o que se entienda que proviene de él, o siempre que el destinatario tenga derecho a actuar con arreglo a este supuesto, en las relaciones entre el

Ley N° 25.506 de firma digital, firma electrónica y documento digital.

Recientemente se sancionó la Ley 25506 de firma digital, necesaria para validar la autenticidad, integridad y el no repudio del llamado documento electrónico³⁹, pendiente aún de reglamentación.

Se entiende, para esta norma por firma digital al “resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante encontrándose esta bajo su absoluto control” y establece que “la firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma” (art. 2°). Se delega en la autoridad de aplicación la delimitación de los procedimientos tecnológicos aplicables, para evitar el otorgamiento de un monopolio legal a alguna aplicación en particular, o en dicho en otros términos, buscando la llamada “neutralidad tecnológica”⁴⁰

Uno de los aspectos más trascendentes es la equiparación entre “firma manuscrita” y “firma digital”. El artículo 3° reza textualmente: “Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”⁴¹.

iniciador y el destinatario, el destinatario tendrá derecho a considerar que el mensaje de datos recibido corresponde al que quería enviar el iniciador, y podrá actuar en consecuencia. El destinatario no gozará de este derecho si sabía, o hubiera sabido de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que la transmisión había dado lugar a algún error en el mensaje de datos recibido. 6) El destinatario tendrá derecho a considerar que cada mensaje de datos recibido es un mensaje de datos separado y a actuar en consecuencia, salvo en la medida en que duplique otro mensaje de datos, y que el destinatario sepa, o debiera saber de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que el mensaje de datos era un duplicado.

³⁹ ver nuestro trabajo “La eficacia probatoria de los medios informáticos en el consentimiento contractual (Lexis Nexis noviembre 2001) donde efectuamos un primer análisis de esta norma pocos días antes de su promulgación, y citamos los antecedentes nacionales y del Derecho Comparado.

⁴⁰ Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes (art. 2° in fine).

⁴¹ Es interesante comparar estas disposiciones con las de la Ley Modelo CNUDMI: Artículo 7: 1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación

Están excluidos de su ámbito de aplicación las disposiciones por causa de muerte; los actos jurídicos del derecho de familia; los actos personalísimos en general y los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes (art. 4°).

Ampliando los alcances de la norma, y adoptando una solución ecléctica en la materia, se entiende por “firma electrónica” al “conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”. De esta manera, también se receptan otras variantes de comunicación electrónica, y se establece una inversión en la carga probatoria, ya que no goza de la presunción de autoría que tiene la firma digital.

La ley citada también se refiere al documento digital, teniendo por tal “a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo”, agregando que un documento digital también satisface el requerimiento de escritura (art. 6°)⁴².

Establece una presunción *iuris tantum*, de autoría, en el sentido que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma (art. 7°), y también una presunción de integridad, al disponer que “si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en

con un mensaje de datos: a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente; 2) El párrafo anterior será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

⁴² En esta materia, la Ley Modelo CNUDMI estatuye: Artículo 6: 1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que este contiene es accesible para su posterior consulta. 2) El párrafo anterior será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito

contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma” (art. 8°).

Para que una firma digital tenga validez se exige el cumplimiento de varios requisitos:

- a. haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante;
- b. ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente;
- c. que dicho certificado haya sido emitido o reconocido, por un certificador licenciado (art. 9°).

Cuando un documento digital sea enviado en forma automática por un dispositivo programado y lleve la firma digital del remitente se presumirá, salvo prueba en contrario, que el documento firmado proviene del remitente (art. 10°).

Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación (art. 11°).⁴³

⁴³ comp.. artículo 8 Ley Modelo CNUDMI, que establece respecto a los “Originales”: 1) Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos: a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar. 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original. 3) Para los fines del inciso a) del párrafo 1): a) La integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación; y b) El grado de fiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias del caso.

La exigencia legal de conservar documentos, registros o datos, también queda satisfecha con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados digitalmente, según los procedimientos que determine la reglamentación, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y permita determinar fehacientemente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío y/o recepción (art. 12°)⁴⁴.

2.5 *Certificados digitales*

Otro capítulo de esta proyectada normativa es el del “Certificado digital”. Se entiende por tal al documento digital firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular (art. 13°).

Para que un certificado digital sea válido, deberá ser emitido por un certificador licenciado por el Ente Licenciante, y responder a formatos estándares, reconocidos internacionalmente, fijados por la Autoridad de Aplicación y que contengan, como mínimo, los datos que permitan:

- a. identificar indubitablemente a su titular y al certificador licenciado que lo emitió, indicando su período de vigencia y los datos que permitan su identificación única;
- b. ser susceptible de verificación respecto de su estado de revocación;
- c. diferenciar claramente la información verificada de la no verificada, incluidas en el certificado;

⁴⁴ Comparar el artículo 10° de la Ley Modelo CNUDMI: 1) Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho mediante la conservación de los mensajes de datos, siempre que se cumplan las condiciones siguientes: a) Que la información que contengan sea accesible para su ulterior consulta; y b) Que el mensaje de datos sea conservado con el formato en que se haya generado, enviado o recibido o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida; y c) Que se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido. 2) La obligación de conservar ciertos documentos, registros o informaciones conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) no será aplicable a aquellos datos que tengan por única finalidad facilitar el envío o recepción del mensaje. 3) Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para observar el requisito mencionado en el párrafo 1), siempre que se cumplan las condiciones enunciadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 1)

- d. contemplar la información necesaria para la verificación de la firma y
- e. identificar la política de certificación bajo la cual fue emitido.

El período de vigencia del certificado digital comienza en la fecha de inicio y finaliza en su fecha de vencimiento⁴⁵.

Nuestro país carece todavía de una ley de regulación del comercio electrónico, aunque existe un anteproyecto de “ley de protección del correo electrónico”⁴⁶, cuyo artículo 1° propone que “se entiende por correo electrónico toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras”. El artículo segundo del citado anteproyecto equipara el correo electrónico, a la correspondencia epistolar, aclarando que la protección del correo electrónico abarca su creación, transmisión y almacenamiento.

En los fundamentos del mencionado anteproyecto se explica que “cada día es mayor la correspondencia que se trasmite en el país originada y transportada por medios informáticos⁴⁷, es decir que la correspondencia postal tradicional está dando paso a la utilización masiva de un nuevo medio de comunicación,

⁴⁵ Ambas fechas deben ser indicadas en el certificado digital, o con su revocación si fuere revocado, con la aclaración de que la fecha de vencimiento del certificado digital nunca puede ser posterior a la del vencimiento del certificado digital del certificador licenciado que lo emitió. Se faculta a la Autoridad de Aplicación para establecer mayores exigencias respecto de la determinación exacta del momento de emisión, revocación y vencimiento de los certificados digitales

⁴⁶ <http://infoleg.mecon.gov.ar/normas/68794.htm>. La Resolución 333/2001 de la Secretaría de Comunicaciones del 10 de septiembre de 2001, adopta el procedimiento de Documento de Consulta previsto en el Reglamento General de Audiencias Públicas y Documentos de Consulta para las Comunicaciones, con la finalidad de tratar el documento que contendrá el “Anteproyecto de Ley de Protección Jurídica del Correo Electrónico”.

⁴⁷ El Decreto PEN N° 1335/99 declaró de interés nacional el proyecto “una dirección de correo electrónico para cada argentino”, en el marco del programa “argentin@internet todos”, destinado a proveer una cuenta de correo electrónico gratuita a cada habitante de la República Argentina que posea documento nacional de identidad y a cada persona jurídica que posea clave única de identificación tributaria. Resolución N° 4536/1999 de la Secretaría de Comunicaciones, por el cual se designa al correo oficial de la República Argentina como autoridad oficial de certificación de la firma digital de los poseedores de una dirección de correo electrónico asignada de conformidad con lo establecido por el Decreto N° 1335/99. mecanismos y procedimientos para que cada habitante disponga de una casilla de correo electrónico.

cual es el e-mail”, y que “sin importar el soporte técnico en el que en uno y otro caso (correo electrónico y correo postal) se transmite el mensaje, el derecho a la privacidad de la correspondencia, reconocido constitucional y penalmente, debe ser resguardado, por ser este derecho un elemento clave de la vida en democracia”⁴⁸.

Aún cuando podamos reiterar que la denominación de “electrónico” como la condición de validez jurídica a una “red de interconexión entre computadoras” (descartando las conexiones “punto a punto”), ha perdido algo de vigencia, es importante la equiparación que se propone entre correo electrónico y la correspondencia epistolar. Esta equivalencia reconoce antecedentes en el derecho comparado de otros países latinoamericanos⁴⁹.

En el panorama jurisprudencial podemos citar algunos casos en los que se ha analizado expresamente el correo electrónico, aún cuando ninguno de los casos publicados que conocemos se refiera a la eficacia probatoria del mismo.

⁴⁸ Y continúa: Es por tal razón que en el artículo primero del proyecto de ley que sometemos a consideración, definimos al correo electrónico en los mismos términos que es normalmente definida la correspondencia epistolar, con la salvedad, por supuesto, de que a diferencia de ésta, el e-mail requiere una red de interconexión de computadoras para funcionar. A los fines entonces, de la garantía constitucional de inviolabilidad, contemplada en el artículo 18 de la Ley Fundamental, se equiparan ambas modalidades de transmisión de comunicaciones. Sin embargo, tal equiparación reconoce una excepción, dispuesta a través del artículo tercero de este proyecto, en tanto el e-mail tenga como base una relación laboral. Ello es así puesto que consideramos que las nuevas tecnologías deben integrarse a la relación laboral, verificando que su utilización no producirá consecuencias disvaliosas, tanto para el trabajador como para el empleador.

⁴⁹ Venezuela: Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (Art. 5°: “Los Mensajes de Datos estarán sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal”; Ecuador: Art. 22, inc. 9° de su Constitución dice: “9. La inviolabilidad y el secreto de la correspondencia. Solo podrá ser aprehendida, abierta y examinada en los casos previstos en la Ley. Se guardará absoluto secreto de los asuntos ajenos al hecho que motivare su examen. El mismo principio se observará con respecto a las comunicaciones telegráficas, cablegráficas, telefónicas, electrónicas y otras similares. Los documentos obtenidos con violación de esta garantía no harán fe en juicio y los responsables serán sancionados conforme a la Ley”; En similar sentido, ver Constituciones de: Costa Rica: Art. 24; Cuba: Art. 57; Paraguay: Art. 36; Perú: Art. 2; República Dominicana: Art. 8; Uruguay: Art. 28.

En el conocido caso “Lanata”, a pesar de la prohibición de interpretación analógica que impera en el Derecho Penal, se admitió la equivalencia del e-mail con la correspondencia epistolar⁵⁰.

En esta línea de interpretación, pero en un fallo de la Cámara Civil se dijo que si bien la letra del artículo 18 de la Constitución Nacional, al consagrar el principio de inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados, no pudo referirse a las comunicaciones telefónicas, es evidente que analógicamente cabe extender a éstas la inviolabilidad prevista para aquellas⁵¹.

En la jurisprudencia comercial debe mencionarse el pronunciamiento del ex juez nacional en lo Comercial Javier Fernández Moores, en el que si bien se desestimó la medida de prueba anticipada, se efectuaron interesantes aportes al tema que nos ocupa⁵².

En este caso la actora había solicitado una constatación judicial en los equipos de computación de la futura demandada para que se verificara la existencia de mensajes electrónicos que se hubieran intercambiado las partes. Esos “mails” acreditarían parte de las razones por las cuales rescindió el contrato que la unía con la recipiendaria de los mensajes. Al justificar la medida de prueba anticipada se afirmó que “con sólo apretar una tecla del equipo de computación desaparecerían todos los mails que le han sido enviados a la demandada” al equipo de computación por ella utilizado en esas oficinas.

En el análisis de la cuestión, el juzgador mencionó la obligación de todo comerciante de conservación de la correspondencia que tenga relación con su giro (artículo 33 del Código de Comercio), así como la alusión a las “obligaciones contraídas por correspondencia” con relación a los dependientes del comerciante (artículo 149 del Código de Comercio).

También se hizo mérito de que los contratos comerciales pueden justificarse por la correspondencia epistolar y telegráfica (artículo 208 inc. 4° Código de

⁵⁰ CNCrim. y Correc., Sala VI, 04-03-1999, “Lanata, Jorge”, La Ley, 1999-C-458, con nota de Marcelo Alfredo Riquert

⁵¹ CNCom., Sala D, 18-05-1989, “Sananes, José F. C/ Unifarma SA”, La Ley, 1989-D, 329

⁵² JPICom N° 18, 23-10-2001:G D.E. c/ C. S.A. s/Diligencia Preliminar, Rev. Responsabilidad civil y Seguros, La Ley, año III, N° 6, Noviembre-Diciembre 2001.

Comercio)” y que el artículo 214 indica que ésta última se rige por las mismas disposiciones relativas a la epistolar, para la celebración de contratos y demás efectos jurídicos. Al respecto se sostuvo que en ese marco normativo, y a la luz de la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional debe distinguirse entre el efecto probatorio de la correspondencia epistolar entre comerciantes (sea para la celebración del contrato, sea para su ejecución, o sea para su rescisión) de la posibilidad de ordenar, de manera genérica, el allanamiento de su correspondencia en busca de la que presume el contrario será favorable a sus intereses. Por otro lado se argumentó que la exhibición de la correspondencia entre comerciantes, con motivo de una negociación, debe asimilarse a la parcial de los libros de comercio, que es admitida por la legislación mercantil en caso de pleito pendiente, o como medida preliminar, pues reposa en el principio de la comunidad de los asientos, pero que ello no autoriza a efectuar esa exhibición en forma compulsiva.

Se agregó que si bien es cierto que el artículo 387 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que “Las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio, estarán obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se hallan los originales”, y que “El juez ordenará la exhibición de los documentos, sin sustanciación alguna, dentro del plazo que señale”, no es menos cierto que el Art. 388 que le sigue y el 36, inc. 2 c), con el que ambos concuerdan, no autorizan al Juez al secuestro o exhibición compulsiva de esos documentos sino tan sólo a considerar la negativa a presentarlos, como una presunción en contra del renuente, en concordancia también con la mencionada normativa del Código de Comercio.

En otro pronunciamiento judicial, más reciente, pero en el ámbito penal, se afirmó que “queda claro que el tan difundido “e-mail” en nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc. es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema”⁵³.

⁵³ Nos referimos al pronunciamiento del Juez Federal Galeano, de fecha 25-04-2002, en la causa N° 4.959/2002 del registro de la Secretaría N° 19 de dicho Juzgado Federal, donde por falta de requerimiento fiscal se archivó la causa, pero el magistrado se expidió como se relata en el principal

Aun cuando no está referido a un caso de correo electrónico, es muy relevante un reciente fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul, en el que se admitió como prueba en una ejecución hipotecaria, una constancia de pago en soporte electrónico. En este antecedente se dijo que “El pago no sólo puede ser acreditado mediante recibo sino que también debe considerárselo realizado cuando aparece probado por otro medio fehaciente. Se impone una mayor flexibilización probatoria cuando se utilizan medios electrónicos de pago, propios del aporte de la era de la informática⁵⁴, atendiendo además a que el usuario bancario es un consumidor financiero, amparado en el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor 24240. Poseyendo la ejecutada un recibo – expedido por medios electrónicos– que indica el saldo, el mismo es válido y tiene efectos cancelatorios del pago (arts. 499, 505, 724 y concs. Cód. Civ.), incumbiéndole al acreedor que alega un hecho modificativo (que el ejecutado no pagó) la acreditación de ese extremo fáctico (Art. 375 CPC). Habiendo el ejecutado opuesto excepción de pago parcial, trayendo en apoyo de su defensa un recibo –sin firma– expedido por el banco actor por medios electrónicos, con evidentes visos de verosimilitud, incumbe al banco actor demostrar que las leyendas y constancias consignadas en ese instrumento privado no se corresponden con la realidad que reflejan”⁵⁵.

En el premencionado fallo, el preopinante Dr. Galdós, menciona que recientemente esa sala, con voto de la Dra. De Benedictis, decidió que “en forma genérica es de destacar que el instrumento privado necesita ser reconocido y reconocida la firma (Art. 1012 CC.), también queda reconocido el contenido de aquel (Art. 1028 C. Civil). Si bien el documento de (fs. 53, – para el “sub-lite”–) no se halla suscripto por ningún representante de la entidad bancaria, ello se debe a que se trata de recibos que responden a nuevas modalidades de expedición por sistemas mecánicos. Señala Guastavino, en referencia al tema y tomando la conclusión a que se arribara en las Segundas Jornadas Bonaerenses del Derecho Civil, Comercial y Procesal (junio-octubre 1986), que “...de lege lata, los soportes de un sistema computarizado de

⁵⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, causa N° 41837, 09/05/2000, “Banca Nazionale del Lavoro S.A. c/Iglesias, Juan Domingo s/Cobro ejecutivo” (citado en este fallo)

⁵⁵ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul, Sala II, causa 44037: “Banco Galicia y Bs. As.SA c/Lucero José s/ejecución hipotecaria” 30/04/2002 (El Dial 06-06-2002)

información prueban contra su dueño ya sea por su lectura en lenguaje natural, ya por su impresión en papel en tanto sea reconocido o se pruebe la pertenencia a ese sistema...”. Agrega más adelante que “parece que la plasticidad legal de la noción de instrumentos no firmados y la expresa referencia a cualquier documento que emane del adversario de los arts.1190 y 1191 del Código Civil unidos a las coincidentes acogidas de los sistemas informativos...en materia societaria y tributaria, le brinda a los datos elaborados electrónicamente suficiente cobertura normativa...”⁵⁶.

Y también nos resulta interesante citar un precedente del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 5 de Quilmes⁵⁷, en el que se otorgó validez al registro electrónico de la Mesa de Entradas Virtual (MEV)⁵⁸ de dicho tribunal, en una compleja situación suscitada con la desaparición de una cédula dejada por la parte actora, que de acreditarse su presentación, resultaba apta para interrumpir el curso del plazo de caducidad de instancia. A pesar de no encontrarse físicamente dicha cédula, se admitió que el movimiento registrado por el sistema informático, comprobaba que existió actividad del juzgado vinculada con el contralor que se realiza antes de librar cédulas, mandamientos, oficios y/o testimonios⁵⁹.

⁵⁶ “La Prueba Informática” La Ley 1987-A-1149, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I: causa 41445, conc. Sala II, causas 41.387 y 42.872 y la N° 43981, 25/4/02, “Banco Bisel S.A. c/ Ehart Roberto Cristiano Adolfo y otra s/ Cobro Hipotecario”, citadas en el fallo.

⁵⁷ a cargo del Dr. Hugo E. Cordoba Sosa, Secretaría a cargo de la Dra. María el Carmen Campodónico, in re: “Fiorito, Silvio c/Consortio F.I S/ Daños y Perjuicios (relatado en “UN ASPECTO DE LA PRUEBA INFORMATICA.- Valor Probatorio de los Registros Informáticos de la Mesa Virtual de Quilmes. A propósito del Caso Fiorito, de Sergio Alberto Nieves, en puntoprofesional.com del 26-06-2002

⁵⁸ MEV” (Mesa Virtual) es la denominación que se le da a la Base Informática que nuclea la información de gran parte de los Juzgados Civiles y Comerciales de la Provincia de Buenos Aires, permitiendo la consulta remota (vía internet) de las resoluciones de los magistrados. Sistemas similares rigen en la Justicia Nacional en lo Civil y parcialmente en el fuero Comercial y está a punto de inaugurarse en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. También tienen sistemas similares varias provincias

⁵⁹ Cabe aclarar que el registro aludido es interno del juzgado, estando vedado el acceso al público y a cualquier persona ajena al mismo, para cualquier otra forma de acceso que la “Sólo lectura” de los datos alojados en la base informática, siendo tecnológicamente improbable que tales datos resulten adulterados por terceros, sea desde la “Mesa de Consulta Virtual” o desde la base informática destinada a la consulta en la Mesa de Entradas del Tribunal

2.6 Comparación con otros instrumentos similares

En base a estos escasos antecedentes nos parece adecuado examinar brevemente cual ha sido el criterio en el caso de piezas que podríamos asimilar al correo electrónico, como son los telegramas y las cartas documento, antes de formular nuestras conclusiones.

En relación a los telegramas se ha entendido a la prueba telegráfica le son aplicables los mismos principios y normas de los instrumentos privados, respecto de los cuales la ley ha determinado su eficacia probatoria en tanto sea reconocido judicialmente por la parte contra quien se pretendía hacer valer o sea declarado auténtico, mediante su comprobación judicial (artículo 1026 Código Civil), lo que significa que el instrumento privado carece de toda aptitud probatoria mientras no se comprueba su autenticidad.

Ahora bien en los despachos telegráficos no sólo es necesario probar su contenido, sino también su recepción por el destinatario, lo cual puede ser demostrado por su reconocimiento o comprobación judicial⁶⁰.

El reconocimiento judicial sólo sería aplicable a los casos de confesión expresa, es decir hechos admitidos o confesados por la parte, ya sea al contestar la demanda o absolver posiciones. No sucede lo mismo con los supuestos de la llamada confesión tácita, derivada tanto del silencio del demandado al no contestar la demanda o de proporcionar respuestas evasivas, que sólo facultan al juez a estimar o apreciarlo como confesional, pero no exime a la parte de aportar prueba para acreditar el hecho invocado. Igualmente se incluyen los supuestos de rebeldía o absoluta incomparecencia⁶¹.

En cuanto al procedimiento dispuesto para comprobar su autenticidad y por ende su contenido, en los casos que el accionado no lo reconozca expresamente, puede acudir al original mediante el informe respectivo a la oficina expedidora de correos para que informe la fecha de emisión, día y hora de

⁶⁰ SAIJ Sumario N° R0013813 Tribunal Superior de Justicia , Córdoba (Sala Civil y Comercial (Moisset De Espanes, Ferrer, Kaller de Orchansky), 09-02-1996 in re: San Felipe S.R.L. Inmobiliaria e Industrial y Comercial c/ Torres Pascual Salvador s/ cobro de sumas de dinero - Recurso de Revisión Sentencia.

⁶¹ SAIJ Sumario N° R0013813 Tribunal Superior de Justicia Córdoba, ut-supra citado.

recepción y persona que lo recibió, o bien requiriéndose copia autenticada. La contestación de la oficina sobre estos puntos y expresando si el texto acompañado concuerda con su original, configura una verdadera autenticación que otorga idoneidad probatoria al despacho telegráfico. En consecuencia, y en todo supuesto, ya sea telegrama simple o colacionado de los que se haya acompañado copia, resulta indispensable para que dicho instrumento tenga eficacia probatoria demostrar su autenticidad⁶².

En los casos de cartas documento, se ha resuelto que no es al remitente que ha acompañado las constancias de la remisión y recepción de la carta documento a quien incumbe acreditar su autenticidad y recepción, sino a quien lo niega (Conf. Plenario dictado en autos “López, Atilio Carrera, José, del 25-10-1962, La Ley 108-809). Cuando la carta documento presentada está redactada en el formulario de estilo, con el sello de la oficina postal y la firma del empleado de Correos responsable, debe razonablemente entenderse que lleva ínsita la prueba de su autenticidad y, en consecuencia, de su remisión por el expedidor. De sostenerse lo contrario, la prueba respectiva consistiría en la respuesta a un oficio cursado al Ministerio de Comunicaciones (Dirección General de Comunicaciones), para lo cual no existe ningún impedimento en que la produzca la parte que impugna la autenticidad⁶³.

Si aplicamos analógicamente estas pautas al correo electrónico, podríamos sostener que para que tenga eficacia probatoria en un juicio, debería ser reconocido por la contraria⁶⁴, o en su caso, ser autenticado por los medios adecuados.

Debemos tener en cuenta que la Ley 25506, aún cuando no está reglamentada, sólo otorga presunción de autoría en los casos de la llamada “firma digital” (artículo 7°), con los alcances de no modificación que le atribuye el artículo 8 de la norma citada.

⁶² SAIJ Sumario N° R0013813 Tribunal Superior de Justicia Córdoba, ut-supra citado

⁶³ SAIJ Sumario N° C0020415, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H (Cipriano, Mc. Garrell), 31-05-1991 in re: Pereyra Vda.de Barewthin, Lelia María y otra c/ Liñeiras, Ricardo Jaime s/ sumario.

⁶⁴ Al contestar la demanda, como lo exige el artículo 356 Código Procesal Civil y Comercial

La gran mayoría de los mensajes de correo electrónico que actualmente circulan carecen de certificado digital, o el que tienen sólo ha comprobado la dirección pero no la identidad del usuario.

En consecuencia, los correos electrónicos simples y los que tengan certificado digital pero sin verificación de identidad del titular por parte de la autoridad certificante, pueden ser objeto de confesión expresa, conforme al artículo 356 del Código Procesal Civil y Comercial, mediante el reconocimiento de su remisión o recepción. Para ello es necesario que se entienda que la expresión “cartas y telegramas” es aplicable a los mensajes de correo electrónico.

En caso de ser negada su remisión o recepción, podrá intentarse su autenticación en juicio mediante un procedimiento similar al referido para los telegramas y cartas documento. El inconveniente que puede presentarse es que, a diferencia de lo que ocurría cuando el Correo era oficial, los destinatarios de las pruebas de informes para intentar acreditar la existencia de estos correos electrónicos serían los ISP (proveedores de servicio de Internet) que funcionarían como servidores de correo electrónico, es decir empresas privadas.

Esto no excluye que a la prueba de informes se le incorpore la exigencia de exhibición de correspondencia, en el caso de comerciantes (arg. artículos 33 inciso 3º), 208 inciso 4º equiparando la correspondencia epistolar a los correos electrónicos, y concordantes del Código de Comercio).

Se puede indicar en la demanda la existencia de estos mensajes de correo electrónico, calificándola como prueba documental, con los argumentos que hemos vertido precedentemente, detallando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública o persona en cuyo poder se encuentra (artículo 333 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Y emplear la autorización de requerir directamente a entidades privadas, sin necesidad de previa petición judicial, el envío de la presente documentación o de su copia auténtica (artículo 333 cit.).

En definitiva, y procurando efectuar un modesto aporte a este novedoso tema, creemos que en el ámbito del derecho privado el correo electrónico (o e-mail) es perfectamente asimilable a la correspondencia epistolar, y su valor probatorio se regirá por las normas aplicables a los instrumentos privados.

En caso de tratarse de correo electrónico con certificado de firma digital, en el que se la autoridad certificando haya verificado la identidad del titular del certificado, rigen las presunciones establecidas en la Ley 25.506.

2.7 Glosario

A continuación describiremos sucintamente algunos conceptos que integran el glosario de las comunicaciones por medio de computadoras (CMC), y que en varios párrafos se emplearos en sus siglas derivadas del inglés, por ser más conocidas.

“Hipertexto”, término creado por Ted Nelson en los 80, implica un sistema donde la información (textos) no sigue una secuencia única ni tiene una sola forma de acceso, sino que ciertas palabras, al seleccionarlasy, llevan a otras partes del documento, como si estuvieran escritas a continuación. Se trata de un conjunto de datos donde el orden de lectura se establece según sea el interés del usuario.

“Hipermidia”, es un sistema de hipertexto basado en interfase multimedia

“HTML” (*HyperText Markup Language*) es un lenguaje usado para crear documentos de hipertexto/hipermidia que pueden trasladarse entre distintas plataformas (sistemas operativos), y está orientado a la estructura de los documentos y no a su apariencia física, lo que permite que se pueda recuperar con igual presentación en cualquier tipo de monitor y sistema operativo.

Vínculo (ó “link”): es una conexión de hipermidia. Puede llevarnos a otra parte del mismo documento o a otro sitio o página de la red.

“F.T.P.” (*File Transfer Protocol*) es un protocolo para transferir archivos entre dos máquinas, y lo hace con cualquier tipo de archivos

“IP” (*Internet Protocol*) es el encargado de transportar los paquetes de información por la red, es decir que realiza el ruteo de los datos utilizando el sistema de direccionamiento denominado URL.

“URL” (*Uniform/Universal Resource Locator*) es un texto utilizado para identificar y direccionar un objeto o recurso en Internet. Sirve para localizar

archivos en Internet porque informa el tipo de recurso y el camino de búsqueda, es decir dónde se encuentra en la red.

“TCP” (*Transfer Control Protocol*) es un protocolo cuya función es proveer un contexto virtual entre dos host⁶⁵. Los extremos de la conexión son los puertos ó TCP

“TCP/IP” es un software de dominio público, que al unificar los protocolos de comunicación permite la conexión entre equipos y sistemas operativos diferentes.

“Número IP”: Es un número único que identifica cada estación de trabajo dentro de Internet (cuatro campos de tres dígitos cada uno, separados por puntos: los dos primeros suelen indicar la red –según la clase– y los dos segundos el equipo. No identifica páginas (esto lo hace el URL) sino equipos físicos (sitios). Hay un IP público (de Internet) y uno privado (Intranet). Atrás de cada “w.w.w.” hay un IP.

“DNS” (*Domaine Name Server*) La tabla de IP se aloja en un Servidor de Nombres de Dominio (DNS).

Todos los paquetes IP transportan la dirección del host hacia el cual se dirigen (los programas de aplicación de internet corren sobre TCP y este corre sobre IP).

“http”: (*HyperText Transfer Protocol*) es un protocolo de acceso simple implementado sobre TCP/IP orientado al manejo de hipertextos. Comunica al cliente con el servidor.

“ISP” (*Internet Service Providers*) es la persona física o jurídica o que brinda el servicio de conexión con el Proveedor de acceso a Internet

“HSP” (*Hosting Service Providers*) es la persona física o jurídica que brinda el alojamiento físico (hospedaje) a sitios o páginas de otros sujetos, en un lugar en su propio servidor (o servidores) para que distintos usuarios se puedan contactar. Puede incluir el mantenimiento técnico del sitio.

“IAP” (*Internet Access Providers*) es el sujeto que provee el acceso al satélite, y puede ser una persona pública o privada.

⁶⁵ Término derivado del inglés (anfitrión, mesonero) para referirse al equipo en el que se alojan físicamente los datos de un web-site.

El valor probatorio del documento electrónico

Hugo NEMIROVSKY¹

SUMARIO:

Introducción.

- 1. Concepto de Documento.**
- 2. Soportes, Grafías y Declaraciones. 2.1 El Soporte. 2.2 La Grafía. 2.3 La Declaración.**
- 3. ¿Qué es un Documento Electrónico?**
- 4. La Prueba Documental en Venezuela.**
- 5. La Prueba Innominada, Libre o Atípica en Venezuela.**
- 6. El Documento Electrónico en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas**

Conclusiones.

¹ **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, *cum laude*. Profesor de Pre y Postgrado. **Universidad de Illinois**, Urbana-Champaign, Master of Comparative Law. **Universidad de Georgetown**, Investigador visitante. Autor de varias publicaciones y de artículos en revistas especializadas.

INTRODUCCIÓN

El título del presente trabajo no pretende otorgar a los vocablos que lo integra un concepto unívoco. Lo contrario sería desconocer lo complicado que le ha resultado a los estudiosos del tema alcanzar tal finalidad. Simplemente buscamos tratar de 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. En cuanto a la denominación “electrónico” podría discutirse su univocidad en el presente tratamiento, debido a que dependiendo, como veremos mas adelante, del objeto, soporte o continente del hecho representado podría variar su calificación.

Es indudable que con ocasión de la entrada en vigencia del Decreto con fuerza de Ley denominado Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, Gaceta Oficial No. 37.148 de fecha 28 de febrero de 2001, (en lo sucesivo LMDFE) ha cobrado mayor relevancia determinar cuál es el valor y la eficacia probatoria que debe otorgarse a los documentos creados con un soporte diferente al papel, denominados por la LMDFE como “Mensaje de Datos” y “Firmas Electrónicas”.

A tal efecto, es necesario precisar si esta nueva categoría de instrumentos es asimilable desde el punto de vista probatorio a los medios de prueba que nuestra legislación reconoce como “por escrito”, destinados a demostrar la existencia de un hecho y mas específicamente el contenido de una convención (artículo 1355 Código Civil, en lo sucesivo CC); o por el contrario forman parte de un grupo de medios de prueba que no están regulados ni están expresamente prohibidos por la Ley, conocidos también como “Pruebas Libres” (artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, en lo sucesivo CPC).

1. CONCEPTO DE DOCUMENTO

En general puede afirmarse que el documento, como medio de prueba, es un objeto (cosa) creado por la actividad humana normalmente representando un

hecho manifestado voluntariamente y destinado a crear algún efecto jurídico.^{2,3} Aunque en el presente trabajo utilizamos los términos “documento” e “instrumento” como sinónimos debemos hacer notar que la doctrina ha tratado de distinguir ambos vocablos, atribuyendo al “documento” la cualidad de “género” y al “instrumento” la de “especie” de aquél. De manera que el género abarca a toda representación del pensamiento, irrespectivamente de la forma de representación. En cambio la especie instrumento se caracteriza porque su grafía es escrita y el soporte es el papel.

El documento es el vehículo para representar un hecho.⁴ Por lo tanto, el mismo no es un acto sino una cosa. Esta idea aparentemente sencilla siempre ha generado dudas cuando la “cosa” contiene hechos cuya materialización se ha producido en oportunidades diferentes. La cosificación del hecho normalmente es coetánea o precedente al hecho que será representado. En otras palabras el hecho que será representado por la “cosa” se produce en general en ese momento y su resultado tiene efectos hacia el futuro.⁵ Lo expresado se entiende más claramente cuando se lo contrasta con el medio de prueba con el cual se confunde muchas veces con respecto del que es objeto de análisis: el testimonio. En éste el acto (declaración) es el propio hecho representado. No requiere de otro elemento distinto que la declaración de un hecho no presente que se proyecta en el pasado. Lo anterior es irrespectivo de donde haya quedado plasmado; siempre será un testimonio.⁶

La abundante doctrina en esta materia es mayoritariamente pacífica en cuanto a los conceptos esbozados en el párrafo precedente. Sólo basta agregar que el estudio del documento como medio de prueba es enfocado fundamentalmente hacia los tres elementos que lo componen, los cuales, independientemente de su representación, son: el soporte, la grafía y la declaración.

² De Santo, Victor, *El Proceso Civil*, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994, p. 2.

³ Moreno Navarrete, Miguel, *La Prueba Documental*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

⁴ Guasp, Jaime, *La Prueba en el Proceso Civil Español, Principios Fundamentales*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos Revista de la Universidad de Quevedo, 3ra Edición corregida, Tomo I, pp. 64 y 65.

⁵ Moreno Navarrete, Miguel, *ibidem.*, p. 28.

⁶ De Santo, Victor, *ibidem.*, pp. 2 y 3.

El documento electrónico, como veremos, no es ajeno a los principios arriba expuestos.

Por lo tanto, es necesario analizar, como fue anteriormente mencionado, el trípode sobre el cual se asienta cualquier análisis de la prueba documental, a saber: el “Soporte”, la “Grafía” y la “Declaración” de los mismos, para luego hacer una breve referencia sobre el tratamiento de la prueba documental en Venezuela.

2. SOPORTES, GRAFÍAS Y DECLARACIONES

2.1 *El Soporte*

En general, cualquier manifestación del pensamiento representativa de un hecho está contenida en un “soporte”, que es el elemento material en el que se asienta tal manifestación o declaración. Así, por ejemplo, en el contrato de compraventa inscrito en una oficina de registro el soporte será el papel; en una grabación el soporte será la cinta magnética; en el caso del negativo de una fotografía el soporte será la película y en el documento electrónico el disco duro o flexible.⁷

Siguiendo a Enrique Falcón⁸, el soporte papel es el elemento al cual culturalmente vinculamos al documento pues a él está aunada la escritura, creando la idea de que todo documento en esencia es o era el escrito. Aunque es palpable en estos días que, a raíz de los avances tecnológicos, tal idea no es absolutamente cierta, queremos destacar que aun en los documentos con soporte papel la incorporación del hecho debe ser “codificado” mediante la escritura y luego “decodificado” por medio de la lectura. Recordemos que la traducción de un documento en idioma extranjero no es otra cosa que una “decodificación” que en muchos casos debe ser efectuada para su validez por personas facultadas para ello.

⁷ Colerio, Juan Pedro, *Pautas para una Teoría del Valor Probatorio del Documento Electrónico*, Jurismática No. 4, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Diciembre de 2003.

⁸ Falcón, Enrique M.; *Tratado de la Prueba*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, p. 893 y ss.

En el caso del documento con soporte electrónico la “codificación” se hace mediante el “hardware” (CPU, teclados, pantalla, impresora, “mouse” y otros periféricos) y el “software” (conjunto de programas destinado a que la computadora cumpla con cada una de las funciones a que dicho programa está destinado). Estos mismos componentes sirven para “decodificar” el documento.

2.2 *La Grafía*

La manifestación externa del pensamiento representativo del hecho se materializa mediante la “grafía”. Debemos distinguir de la grafía o lenguaje al medio que se utiliza para poder incorporar o trasladar el lenguaje al soporte. (Por ejemplo, el bolígrafo en el caso de la escritura). La grafía o lenguaje está representado por el conjunto de signos inteligibles y aptos para representar el pensamiento. (Por ejemplo, el idioma español)⁹.

Para nuestra cultura documental, la escritura es la grafía utilizada en el soporte papel. En el caso de una pintura o cuadro el “medio” sería el pincel y el “lenguaje o grafía” los rasgos propios del dibujo utilizado por el pintor para manifestar su pensamiento.

En el documento electrónico, el medio sería, como fue antes expuesto, el “hardware” y el “software” y la “grafía” el lenguaje de máquina que al “codificarse” queda registrado en el soporte magnético como expresión del pensamiento, el cual para ser inteligible deberá “decodificarse”.

2.3 *La Declaración*

La declaración no es otra cosa que el contenido del documento, lo que hace explícita la voluntad del autor exteriorizada mediante la “grafía o lenguaje” y plasmada en un “soporte”.

⁹ Colerio, Juan Pedro, ob. cit. p. 12.

Es frecuente, según Colerio¹⁰, clasificar a los documentos mezclando los tres elementos que lo componen. Por lo tanto, dicho autor sugiere que al efectuar cualquier análisis debemos precisar a cuál de los elementos nos estamos refiriendo, de manera que cuando hablemos de documento escrito fundamentalmente apuntemos a la grafía; si es un documento magnético al soporte y de un documento negocial a la declaración.

Una vez expuestos los conceptos fundamentales sobre los cuales se concentra el estudio de la prueba documental debemos responder a la pregunta, ¿Cuál o qué es entonces el documento electrónico?

3. ¿QUÉ ES UN DOCUMENTO ELECTRÓNICO?

Según el criterio de Falcón¹¹, el documento electrónico estaría representado por las variaciones de los campos magnéticos u ópticos registrados en el soporte. En consecuencia, no forman parte del documento electrónico ni el medio de entrada como vehículo de la grafía que representa la manifestación del pensamiento, ni la salida del mismo en cualquiera de sus manifestaciones. Para hacer más gráfico el concepto expuesto podemos decir que en nuestra cultura no es documento el bolígrafo que se utiliza como medio para incorporar la “declaración” en el “soporte”.

El hecho de que no sea inteligible la codificación electrónica o lenguaje de la máquina (grafía) en el soporte (discos magnéticos) elementos estos sobre los que se han fijado los datos electrónicos constitutivos de los programas y que permiten su almacenamiento y recuperación, no desnaturaliza el concepto vertido en el párrafo anterior.

Lo expuesto nos lleva a preguntarnos qué es entonces lo que sale del “soporte” (Por ejemplo, a través de la impresora). El autor Falcón en tal sentido nos indica que el documento electrónico, antes descrito, al que se denomina también “documento base” debe mostrarse a través de una salida de lenguaje

¹⁰ Colerio, Juan Pedro; *ibidem.*, pp. 10 y siguientes.

¹¹ Falcón, Enrique M.; ob. cit. p. 897.

comprensible, pero esta salida no es el documento mismo sino una representación de él.

La representación del documento electrónico también denominado “documento de segundo grado” podría recibir el mismo tratamiento que el informe respecto del documento informado (en la prueba de informes, artículo 433 del CPC), o al documento traducido.

De lo anterior podría inferirse que el documento electrónico entendido como el conjunto de datos magnéticos grabados en un soporte informático susceptible de ser reproducido sería un “objeto de prueba” pues el medio o vehículo sería la representación del mismo mediante su recuperación. Creemos que la autenticidad del documento electrónico como fuente de prueba requeriría, en consecuencia, de una experticia.

El “documento electrónico” (contenido del soporte magnético) siempre sería entonces “objeto de prueba” y el “medio o vehículo” para representarlo (obtenido mediante impresiones) sería el que denomina la doctrina “documento informático”. Esto nos conduce a preguntarnos cuáles serán los elementos diferenciadores entre el documento electrónico de sus copias o reproducciones. Sobre este aspecto la LMDFE parece resolver alguno de los problemas planteados con base al criterio de asimilar “funcionalmente” los mensajes de datos a los medios de prueba por escrito regulados en nuestro ordenamiento sustantivo y adjetivo. (Por ejemplo, tratar a las reproducciones de los “mensajes de datos” como una fotocopia, ver artículo 6 LMDFE). Sin embargo, y sin perjuicio de lo que expondremos mas adelante, no se ha visualizado en la normativa la distinción entre fuente y medio de prueba, es decir, entre el documento “electrónico” y el “informático”.

Creemos que la opinión de Falcón abarca parcialmente el problema pues, en nuestro criterio no aclara un punto que consideramos fundamental: ¿Cuál es el documento electrónico al que nos estamos refiriendo, aquél documento formado “por” el computador o por “medio” del computador? Según Ettore Giannantonio¹² los abarca a ambos. La primera hipótesis incluye una actividad

¹² Giannantonio, Ettore; *El valor jurídico del Documento Electrónico*, en Informática y Derecho No.1; Buenos Aires, Depalma, 1991.

del computador que excede la simple inserción de una manifestación de voluntad consumada, participando, en virtud de una programación adecuada, en la formación y regulación del negocio jurídico. Como ejemplo típico podemos citar la transferencia electrónica de fondos, en la cual se vislumbra que la actividad de la computadora funge, a través del programa, como guía en la determinación sobre el contenido de la manifestación de voluntad exigida para la formación del negocio. En el segundo supuesto el computador es simplemente un medio para documentar “una regulación de intereses ya expresada en otras instancias o en otras formas; en tales casos, en efecto, la actividad del elaborador no se dirige a constituir, sino sólo a comprobar, y, por tanto, a hacer menos controvertida la regulación, la relación o el hecho jurídico ya existente.” A los documentos producidos según los dos supuestos expuestos se los denomina “documentos electrónicos en sentido estricto”. Estos tienen como característica relevante que su contenido se encuentra almacenado en la memoria de un disco duro u otro soporte, requiriendo para su lectura el uso de algún equipo o máquina que permita la traducción del lenguaje de máquina a uno inteligible al ser humano. Vale la pena destacar en este punto la existencia de una gran variedad de “documentos electrónicos en sentido estricto” que se generan mediante el uso de terminales específicamente destinados a un negocio determinado, tales como cajeros automáticos, puntos de venta automatizados.

Concatenando esta última opinión (Giannantonio) con la de Falcón pudiera inferirse que tanto el documento formado “por” el computador como por “medio” del computador son documentos electrónicos y su comprobación requerirá una ulterior actividad a través de su reproducción. Por lo tanto, tales documentos electrónicos deberían ser considerados objeto de prueba.

Además de la anterior categoría, Giannantonio¹³ identifica otra a la que denomina “documentos electrónicos en sentido amplio o documentos informáticos” los cuales son formados por una máquina conectada a un computador (lector óptico). Se reconocen pues su percepción y lectura no requiere de la traducción del lenguaje de la computadora para ser leída por el hombre. La nota distintiva de estos documentos viene dada por la manera en se produce la formación de los mismos. Tomemos el ejemplo del lector óptico (scanner). Su uso presupone

¹³ Giannantonio, Ettore, ob. cit., p. 98.

la existencia de un documento que es introducido a la memoria del computador mediante dicho lector. Es decir "...que la memorización de un documento sobre papel (de papel no electrónico) preexistente puede verificarse bien mediante la transcripción del documento en un lenguaje electrónico, bien por la reproducción de un facsímil de la forma y del contenido del documento original."

Según Giannantonio¹⁴ en el primer supuesto, la incorporación al computador del documento preexistente por mano del hombre o por una máquina (lector óptico) tiene como resultado la formación de "...un nuevo documento aun si su contenido es igual (o cuanto menos debería ser igual) al del documento transcrito; mientras que en el caso "de un órgano de entrada con sensores..." con capacidad de "...relevar las variaciones analógicas de un determinado fenómeno físico o químico..." la reproducción del documento es automática "de la forma y contenido del documento original, o bien de un hecho o de un suceso". En este último caso el equipo utilizado para ingresar o reproducir una imagen es más compleja que "...registrar sobre un soporte magnético los caracteres alfabéticos o numéricos contenidos en el documento...". En este caso es más evidente que la información ingresada al computador tiene como resultado un nuevo documento diferente al que lo originó.

El concepto de documento "informático" antes referido parece diferir del esbozado por Falcón en cuanto a que éste último lo delimita a aquél que se genera por o para la recuperación de lo que denomina documento "base", mientras que Giannantonio, por el contrario, lo encuadra por los mecanismos a través de los cuales se incorpora y luego se reproduce el documento. En todo caso, aunque por caminos diferentes, la conclusión de ambos autores parece ser la misma. En efecto, según Giannantonio, el documento ya existente incorporado al computador es otro documento, es decir que por un proceso inverso tenemos que el documento existente es diferente al incorporado al computador. En consecuencia, si deseamos recuperar al incorporado obtendríamos "otro" documento y por ende éste sería el "medio" de prueba y el incorporado "objeto" de prueba.

¹⁴ Giannantonio Ettore, *ibidem*, p. 99.

Creemos que en esta primera aproximación al problema planteado podría afirmarse que documento electrónico en sentido estricto es aquél que contiene el conjunto de datos magnéticos grabados en un soporte informático susceptible de ser reproducido y funge como objeto de prueba. Su reproducción, independientemente de su denominación es “otro” documento que actúa como vehículo o medio para su traslado al expediente.

4. LA PRUEBA DOCUMENTAL EN VENEZUELA

En Venezuela, lo que denominamos prueba documental (género) se encuentra subsumida fundamentalmente tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo dentro de la categoría de la prueba por escrito (especie). Sin embargo, el CPC de 1987 incluyó otro tipo de pruebas documentales (Por ejemplo, artículos 502 y 504 del CPC) permitiendo la entrada, además de las enumeradas expresamente, de otras pruebas que no tienen una regulación específica. En otras palabras, a pesar de que la prueba documental está básicamente circunscrita a la prueba por escrito que incluya una forma negocial, es posible producir cualquier otro medio de prueba (entre ellas, la documental) no prohibido expresamente por la ley utilizando para su promoción y evacuación las disposiciones establecidas para medios semejantes y en su defecto según lo que señale el juez (artículo 395 CPC). En general, hasta la entrada en vigencia del CPC de 1987 los medios de prueba estaban regulados taxativamente en el CC en la parte relativa a la prueba de las obligaciones y su extinción, razón por la cual se llegó a afirmar que aquellas pruebas por escrito que no incluyeran un negocio jurídico de carácter obligacional no debía reputarse dentro de esta categoría..

En Venezuela pareciera existir consenso en que un documento del cual pueda constatarse su procedencia (autoría), o que por las formalidades cumplidas para su formación pueda además reputarse que la totalidad de su contenido o parte de él debe tenerse por cierto, debe aceptarse como tal. Sin embargo, como se expresa precedentemente no todo hecho representado y trasladado al expediente a través de la cosa u objeto, tendrá la eficacia probatoria que la ley venezolana le reconoce a la misma y que denomina prueba por escrito.¹⁵

¹⁵ Cabrera R., Jesús E., *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*, Editorial Jurídica Alba, Caracas 1989, en general Tomo I.

Es aquí donde cobra relevancia determinar qué o cuáles especies existen en Venezuela y dentro de qué categoría, si fuera el caso, se puede incluir al documento electrónico e informático.

A nuestro entender, la mejor forma de enfocar el análisis de los diversos tipos de “prueba por escrito” (especie), es por los mecanismos de impugnación establecidos a favor de quienes le son opuestos los mismos. Fundamentalmente, los instrumentos públicos y privados son las dos especies reconocidas legalmente como “instrumentos” dentro de los medios de prueba por escrito. La calificación de público o privado dependerá de la actividad judicial o extrajudicial llevada a cabo para fijar los extremos que los elevan a una u otra categoría, es decir lograr su “autenticidad” (certeza legal de quién emana o autoría) y según su forma externa tener por cierto la totalidad o parte de su contenido. Dado lo anterior, podrá impugnarse la prueba por escrito opuesta desconociendo su autoría (documento privado simple) o tachándolo de falso (documentos públicos o documentos privados debidamente reconocidos por funcionarios públicos que tengan capacidad para dar fe pública).

En este punto es preciso apuntar que no analizaremos en detalle qué debe entenderse en Venezuela por documento público y privado respectivamente, por considerar que excede el ámbito del presente trabajo. Sin embargo, es importante mencionar que el Decreto con fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado (Gaceta Oficial Número 37.333 de fecha 27 de noviembre de 2001) además de hacer referencia a lo largo de su exposición de motivos y su articulado, tanto a la firma digital como a los documentos electrónicos, regula y califica los diferentes instrumentos cuyos actos de documentación emanan de los diferentes entes sujetos a dicha Ley.

En conclusión, es nuestra opinión que, cualquier instrumento o documento que no califique como prueba por escrito según los tipos descritos en el CC, CPC u otra Ley podrá subsumirse, con las limitaciones del artículo 395 del CPC, dentro de los medios atípicos aplicando por analogía los mecanismos previstos para los medios de prueba previstos legalmente, tanto para su promoción, evacuación e impugnación.

Ahora bien cabe preguntarnos cómo debería operar la aplicación del artículo 395 del CPC, en respuesta a la aparición de los documentos electrónicos e informáticos.

5. LA PRUEBA INNOMINADA, LIBRE O ATÍPICA EN VENEZUELA

Uno de los mayores inconvenientes que ha suscitado la aplicación de normas sobre la admisión de medios de prueba que no están previstos legalmente o que no están prohibidos, expresamente ha sido la falta de uniformidad de criterios que permitan identificar el género de ciertas pruebas libres, sus diferentes especies, su valor y eficacia probatoria así como los mecanismos de control de las mismas.

Como fue indicado en el punto anterior y de acuerdo con lo previsto en el artículo 395 del CPC, es posible producir en el proceso cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, utilizando para su promoción y evacuación las disposiciones establecidas para medios semejantes, y en su defecto, según lo que señale el juez.

Aunque la regla expuesta parece excluir la admisión de lo que se denomina “mixtura de medios de prueba”, resulta más engorroso esbozar una respuesta con respecto a la valoración que deberían dar los jueces a estos “nuevos” medios. En efecto, si la norma citada del CPC ordena que a estos nuevos medios se les aplique los mecanismos de promoción y evacuación de medios “semejantes”, no es claro, sin embargo, que en caso de hacerlo, los jueces deberán valorar el mérito de estos “nuevos” medios de prueba de igual manera que los “semejantes”(los regulados expresamente).

De no aplicar la citada regla, el juez tendrá la autoridad para valorar el “nuevo” medio por la regla de la “sana crítica” (lógica + reglas de la experiencia) dejando de lado la potencial regla legal expresa que tarifa o tasa a un medio de prueba (Por ejemplo, plena prueba), que es la medida otorgada por la Ley al medio regulado expresamente. La letra del artículo 395 del CPC indica que el tratamiento de estos nuevos medios se circunscribe a su promoción y evacuación pero nada expresa sobre su valoración.

Probablemente con la entrada en vigencia de la LMDFE han disminuido las potenciales controversias que podrían haberse suscitado sobre el tratamiento de los documentos que contienen mensajes de datos en formato electrónico. Sin embargo, como veremos de seguidas, la redacción la LMDFE, no obstante establecer que la eficacia probatoria de los mensajes de datos es la misma de

los “documentos escritos”, remite al artículo 395 CPC a los fines de su “promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba”.

Según nuestra forma de ver, la asimilación, a los solos fines funcionales, de los mensajes de datos a la prueba escrita, deja una carga tremenda en el juez que requiere revisar conceptos a los efectos de establecer el tratamiento procesal de ese tipo de instrumentos. Nos preguntamos entonces si el mensaje de datos es una prueba nominada (ver encabezamiento del 395 CPC) o cae en alguna de las categorías que regulan a las pruebas libres.

La afirmación legal de tratar al “mensaje de datos” con la misma eficacia probatoria de los documentos escritos no dejaría dudas, (aún cuando sea a los sólo efectos funcionales) que los mismos deberían satisfacer los requisitos formales de estos últimos y en consecuencia su tratamiento procesal (v. g. promoción, evacuación y contradicción) debería ser el mismo. La remisión al 395 CPC nos sugiere que respecto a esto último los “mensajes de datos” no son “iguales” sino “semejantes” a la prueba por escrito, aplicándosele por analogía las reglas de promoción y evacuación de éstas. Aunque los medios de prueba semejantes podrían tener la misma eficacia probatoria, esta valoración por parte del juez, con la redacción actual de la ley, no necesariamente sería así.

En efecto, basta plantearse si nuestro ordenamiento jurídico otorga la misma eficacia probatoria a la totalidad de las pruebas por escrito que regula el mismo. Es sabido que el contenido de los documentos escritos tienen un valor probatorio determinado dependiendo de la forma en que fueron otorgados, es decir que sus mecanismos de control así como las pruebas admitidas para descalificar su valor como instrumento o el negocio que lo contiene son diferentes, según sean públicos negociales, administrativos, judiciales o privados auténticos, ¿A qué prueba por escrito se refiere el artículo 6 de la LMDFE y por ende a cuál de sus diferentes eficacias probatorias?

Salvo la existencia de una interpretación disidente a la expuesta (que al día de hoy desconocemos) es necesario revisar los conceptos y unificar criterios. Los temores de un tratamiento judicial heterogéneo de la prueba atípica en general y del documento electrónico en particular ameritan reproducir, para nuestra reflexión, ciertas posiciones doctrinales surgidas en Italia sobre este

problema, las cuales fueron didácticamente reseñadas por Rengel Romberg en su discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales¹⁶.

Citando a Taruffo, Rengel expresa que, “la única garantía de corrección de la valoración inherente a la prueba atípica, ya sea lo relativo a la selección de las fuentes de convencimiento, como a la determinación de su eficacia, consiste en el requisito de una adecuada motivación”.¹⁷ Siguiendo a Taruffo creemos que la motivación que utilice el juez para determinar la intensidad de la eficacia probatoria otorgada a una prueba libre no garantiza que en las mismas circunstancias la motivación que fundamente la eficacia probatoria del medio sea la misma. No existiendo un mecanismo de revisión judicial que permita unificar criterios o una enmienda del derecho positivo, se impone la búsqueda de lineamientos doctrinales y jurisprudenciales que fijen parámetros para fundamentar (motivar) el uso de criterios lógicos correctos o si fuera el caso, de la sana crítica.

Consideramos que una interpretación de “lege lata” sería la de considerar a los “documentos escritos” previstos en el artículo 6 de la LMDFE como sinónimo de documentos auténticos otorgando la eficacia probatoria y el tratamiento procesal de éstos a los “mensajes de datos” que cumplan con los requisitos de seguridad que la propia LMDFE establece para determinar su autenticidad. Aunque en la LMDFE no se encuentra regulado el concepto de fe pública tal como se lo conoce en las leyes respectivas, esto es, por la participación de los funcionarios públicos facultados para ello, se sugiere un tratamiento analógico para las actuaciones de la autoridad certificante que regula la LMDFE, pudiendo aplicar, con los ajustes del caso, los procedimientos de tacha de falsedad del documento público y privado, según las circunstancias. De esta manera se minimizarían las eventuales inconsistencias en el tratamiento judicial de tales documentos electrónicos. Este parece ser el criterio de Cabrera¹⁸.

¹⁶ Rengel Romberg, Arístides, Tendencia en Materia de Pruebas Atípicas y Documentos Informáticos. Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Publicación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales No. 131 (Julio-Diciembre) p. 249 y ss, Caracas, 1995.

¹⁷ Rengel Romberg, Arístides, *ibidem*, p. 254.

¹⁸ Cabrera R., Jesús E.; ob. cit. Tomo I p. 419.

6. EL DOCUMENTO ELECTRONICO EN LA LEY DE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS

A continuación procederemos al análisis de los artículos que consideramos mas importantes para trazar un paralelismo entre la prueba por escrito tal como ha sido tratada hasta la fecha y el texto de la LMDFE.

Según el artículo 4 de la LMDFE “Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos....Su promoción, control, contradicción, y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil”. Como antes fue expuesto dicha remisión que luce a primera vista como esclarecedora no permite deducir si “todos” los “mensajes de datos”, independientemente de su contenido, deben ser tratados en forma semejante a la prueba por escrito o únicamente a los que traten de demostrar la existencia o la extinción de una obligación. Esta interpretación se infiere debido a que la hipótesis que regula el CPC para lo que la Ley denomina “pruebas libres” contiene dos supuestos, a saber: nuevos medios de prueba semejantes a los regulados y otros que por no serlo, el juez debe señalar qué régimen se les aplica. Lo anterior nos permite deducir que pueden existir “mensajes de datos” que según la LMDFE se les considera prueba por escrito, semejantes a los regulados en el Código Civil y otros que no lo son. Obviamente que de ser correcta esta interpretación no ayudaría para el tratamiento homogéneo de esta nueva categoría de documentos.

Por otra parte, continúa el artículo 4, “la información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la Ley a las copias o reproducciones fotostáticas.” Aquí es donde probablemente puedan originarse mayores confusiones. En efecto, según expusimos anteriormente la reproducción del documento electrónico generaba “otro” documento y no una copia del mismo por lo que el medio de prueba sería el documento impreso y el documento electrónico sería la fuente de prueba. En este caso, creemos que los mecanismos de impugnación recaen sobre el medio como tal y no sobre su fuente.

Ahora bien y sin perjuicio de la multiplicidad de normas dispersas en todo el ordenamiento jurídico que se refieren con diversos vocablos a una prueba por

escrito, debe precisarse si tal como fue redactada la LMDFE resulta suficiente para incluir a ellos como documentos cuyos soportes, grafías y declaraciones están representadas en una forma diferente a aquellas que concibió originalmente el legislador. Aunque se encuentran presentes en el documento electrónico e informático los elementos que en forma organizada han sido expuestos por cierta doctrina¹⁹ para calificarlos dentro del género documento, no es del todo claro si el valor probatorio del hecho incorporado es similar al atribuido por la ley

CONCLUSIONES

El concepto del documento electrónico e informático no difiere de aquél al que aludimos en el inicio de esta exposición al referirnos al “género” documento, básicamente como la manifestación del pensamiento que representa un hecho en un objeto. Si disociamos la idea tradicional de documento donde únicamente se visualizaba al papel escrito y nos concentramos en las diferentes formas en que esa manifestación del pensamiento puede plasmarse en una cosa, veremos que todo nuestro esfuerzo estará destinado a entender que siempre hemos estado en presencia de un documento, lo que ha cambiado son el soporte, la grafía y declaración que integran al mismo.

Parece irreversible que esta forma de representación sustituirá a las que estábamos acostumbrados. Basta observar la cantidad de documentos que producimos y recibimos elaborados electrónicamente. Pero este hecho nos lleva a preguntarnos si no obstante la existencia de instrumentos legales que regulen tal realidad, disponemos de la infraestructura material y humana que nos permita aplicarla y administrarla en forma eficiente. Creemos que actualmente se requiere de una mayor preparación a fin de poder entender con mayor profundidad a qué estamos enfrentados. De nada sirve utilizar términos y conceptos novedosos y hacer remisiones a leyes que aparentan regular institutos semejantes desconociendo sus peculiaridades.

Visto lo precedentemente expuesto nos animamos a afirmar que tanto los documentos electrónicos en sentido estricto como en sentido amplio

¹⁹ Cabrera R., Jesús E., ob. cit. Tomo I p. 316.

(documentos informáticos) reúnen los requisitos para ser considerados por nuestro ordenamiento jurídico, no sólo dentro del género documentos sino también prueba por escrito. Sin embargo, esta conclusión no soluciona los obstáculos de la realidad cotidiana que deben afrontar tanto las partes involucradas en la formación de un documento electrónico como los abogados y jueces que deben analizar su tratamiento. Aunque conocido, debemos recordar que la mayoría de las regulaciones que rodean a la prueba documental realzan la importancia que el legislador le ha atribuido a la misma en virtud del impacto social involucrado en todos los actos que en unos supuestos deben y en otros es conveniente su documentación. Esto se evidencia por el minucioso detalle con que es normada toda la actividad de documentación de los actos jurídicos, llegando a exigirse, en ciertos casos, como un requisito de existencia del acto (*ad solenmitatem*) lo cual deja entrever que no solamente en esta hipótesis sino también en cualquier otra, independientemente de su eficacia probatoria, se protege y tutela la fe pública, es decir la veracidad y autenticidad de los actos documentados.

Un elemento crucial de toda esta materia documental, sin el cual no tendría ninguna relevancia estudiar al documento electrónico e informático, es, por lo tanto, determinar su autenticidad, en otras palabras, la certeza legal de quien emana el acto en este tipo de documentos. Para ello debemos dedicar nuestra atención al estudio de la firma digital que al igual que la autógrafa de los documentos escritos, es la que, una vez obtenida su autenticidad, eleva la eficacia probatoria de la declaración incorporada mediante el acto de documentación al soporte. Esta última materia será objeto de un estudio posterior.

Espero que los anteriores planteamientos motiven a profesores, jueces y estudiantes a profundizar sobre el tema expuesto y permitan crear las bases para un tratamiento homogéneo de estas nuevas figuras de manera de generar mayor seguridad jurídica a nuestra sociedad.

Las disposiciones generales sobre conflicto de leyes en el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica (2004)

Gonzalo PARRA-ARANGUREN*

SUMARIO:

- 1. Antecedentes.**
- 2. Esquema del Código.**
- 3. Las Disposiciones Generales de Derecho Internacional Privado.**
3.1 Aplicación del Derecho Extranjero. 3.2 Reenvío. 3.2.1 Artículo 16. 3.2.2 Artículo 34. 3.2.3 Artículo 78. 3.2.4 Artículo 110. 3.2.5 Segundo Examen en la Comisión de Justicia del Senado. 3.3 Sistema pluri-legislativo. 3.4 Fraude à la loi. 3.5 Cláusula de Excepción. 3.6 Reglas de Aplicación Especial. 3.7 Excepción de Orden Público.
- 4. Comentarios Finales.**

1. ANTECEDENTES

1. El Ministerio de Justicia de Bélgica encomendó en 1996 a los Profesores *Johan Erauw (Universiteit Gent)* y *Mac Fallon (Université Catholique de Louvain)* realizar una investigación orientada a la codificación general del Derecho internacional privado, que regulara los supuestos de hecho

* Corte Internacional de Justicia, La Haya, Reino de los Países Bajos, Magistrado.

internacionales en materias civil y mercantil mediante la determinación de las autoridades competentes, la selección del derecho aplicable y las condiciones necesarias para la eficacia de las sentencias y documentos auténticos extranjeros¹. Los Profesores François Rigaud (Université Catholique de Louvain) y Georges Van Hecke (Katholieke Universiteit Leuven) fueron consultados durante la investigación.

2. Los Profesores *Monique Lienard-Ligny* (Université de Liège), *Johan Meeusen* (Universitaire Instelling Antwerpen), *Hans van Houtte* (Katholieke Universiteit Leuven) y *Nadine Watte* (Université Libre de Bruxelles) también participaron activamente en la codificación del derecho internacional privado requerida por el Ministerio de Justicia². Asimismo se consultaron Jueces y representantes de la Federación Real de Notarios Públicos.

3. En *veintinueve de abril de 1999* el Gobierno solicitó la opinión del Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*); y una vez examinado el Ante-Proyecto, con la

¹ En la Comisión de Justicia del Senado el Profesor *Johan Erauw* recordó que el Ministerio de Justicia encomendó en 1997 la preparación de un informe sobre la situación jurídica en Bélgica de la mujer nacional de Marruecos; y que por ese motivo se habían realizado sesenta y siete entrevistas con juristas especializados en la problemática, todos los cuales, con excepción de uno, consideraron urgente establecer reglas fundamentales y efectuar algunas clarificaciones. Asimismo informó que el Anteproyecto de Código de Derecho Internacional Privado fue concebido en el Ministerio de Justicia, después de consultas frecuentes con la representante de la administración (*Ms. Demoustier*), que permitieron aprovechar la amplia experiencia acumulada en el Despacho, y con atención a las cuestiones propuestas por los Notarios sobre el procedimiento a seguir en los casos de documentos o decisiones extranjeras. En la misma oportunidad el Profesor *Marc Fallon* indicó que las raíces más antiguas del Anteproyecto se remontaban a una investigación emprendida en 1995 en el mundo académico sobre la política que debía observar Bélgica con relación a las Convenciones de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, por cuanto ninguna había sido ratificada después de 1980; y se concluyó en la conveniencia de preparar un “texto mártir” contentivo de sus elementos favorables y eliminación de los aspectos problemáticos, que fue la base del Ante-proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (*Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7, pp. 11-12, 13-14*).

² Los Profesores *Erna Guldik* (*Vrije Universiteit Brussel*), *Alfons Heyvaert* (*Universitaire Instelling Antwerpen*) y *Michel Verwilghen* (*Université Catholique de Louvain*) fueron igualmente mencionados como participantes en la preparación del Ante-Proyecto, lo mismo que *Leo Vande Velde* (Jefe del Servicio de Concordancia de Textos en la Corte de Casación).

participación del Profesor *P. Gothot (assesseur honoraire)*, el dictamen fue rendido el *doce de febrero de 2001*³.

4. *Jeannine Leduc, Philippe Mahoux, Philippe Monfils, Myriam Vanlerberghe, Marie Nagy y Frans Lozie* presentaron el *primero de Julio de 2002* el Proyecto de Código de Derecho internacional privado a la Cámara del Senado⁴; y acompañaron como Anexo Uno la Opinión del Consejo de Estado⁵.

5. Debido a la disolución del Congreso, fue sometido de nuevo al Senado el *siete de julio de 2003* por *Jeannine Leduc, Philippe Mahoux, Myriam Vanlerberghe y Nathalie de T'Serclaes*⁶.

6. El Proyecto de Código fue objeto de cuidadoso examen en la Comisión de Justicia del Senado⁷, con la asistencia técnica de tres expertos, los Profesores

³ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2001-2002, Zitting 2001-2002, No. 2-1225/1*, pp. 242-294. El Ante-proyecto fue examinado los días *veintidós, veintitrés, veintinueve, treinta de enero; ocho y doce de febrero de 2001* en la Segunda Sala de la Sección Legislativa, compuesta por *Y. Kreyn* (Presidente del Consejo de Estado); *Querainmont y Vandernoot* (Miembros del Consejo de Estado); *J. Compernelle* (Consultor Jurídico de la Sección Legislativa) y *B. Vigneron* (Secretario).

⁴ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2001-2002, Zitting 2001-2002, No. 2-1225/1*, pp. 1-147; 148-242.

⁵ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2001-2002, Zitting 2001-2002, No. 2-1225/1*, pp. 242-429.

⁶ El Informe Introductorio explica que el Proyecto reproduce el documento presentado el *primero de julio de 2002* (*Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1*, p.1. Sin embargo, tuvo en cuenta la ley sancionada el *trece de febrero de 2003* con la finalidad de promover matrimonios entre personas del mismo sexo; la “cohabitación legal” había sido ya aprobada el *veintitrés de noviembre de 1998*.

⁷ La Comisión de Justicia estaba compuesta de los siguientes miembros: *A. Principales: Staf Nimmegeers, Ludwig Vandenhove, Jan Van Duppen* (Socialistische Partij Anders – Sociaal progressief internationaal, regionalistisch integraal democratisch toekomstgericht, *SPA-SPIRIT*); *Pierre Chevalier, Hugo Coveliers, Luc Willems* (Vlaamse Liberalen en Democraten, *VLD*); *Jean-François Istasse, Marie-José Laloy, Philippe Mahoux* (Parti socialista, *PS*); *Christine Defraigne, Nathalie de T'Serclaes, Alain Zenner* (Mouvement Réformateur, *MR*); *Stefaan De Clerck, Hugo Vandenberghe* (Christen-Democratisch en Vlaamen, *CD&V*); *Jurgen Ceder, Anke Van dermeersch* (Vlaams Blok, *VLAAMS BLOK*); *Clotilde Nyssens* (Centre démocrate Humaniste, *CDH*). *B. Suplentes: Jacinta De Roeck, Christel Geerts, Fatma Pehlivan, Myriam Vanlerberghe* (Socialistische Partij Anders – Sociaal progressief internationaal, regionalistisch

Johan Erauw, Marc Fallon y Hans Van Houtte; y en ciertas materias específicas participaron los Profesores *Johan Meeusen, Nadine Watte y Patrick Wautelet (Université de Liège)*. Su consideración tuvo lugar los días *veintidós de octubre; cinco, doce, diecinueve, veinticinco, veintiséis de noviembre y tres de diciembre de 2003; veintiocho de enero; diez, diecisiete, dieciocho de febrero; nueve, diez, dieciséis de marzo; y veinte de abril de 2004*. En esta última fecha el Proyecto de Código fue aprobado con algunas enmiendas, indicadas en el Informe del mismo día preparado por *Clotilde Nyssen y Luc Willems*⁸.

7. La Comisión de Justicia de la Cámara de Representantes examinó el documento los días *cinco de mayo; primero, quince y veinticuatro de junio de 2004*⁹. En su carácter de expertos técnicos, los Profesores *Johan Erauw y Marc Fallon* expusieron en forma resumida el estudio hecho en el Senado,

integraal democratisch toekomstgericht, *SPA-SPIRIT*); **Jacques Germeaux, Jeannine Leduc, Stefaan Noreilde, Patrik Vankrunkelsven** (Vlaamse Liberalen en Democraten, *VLD*); *Sfia Bouarfafa, Jean Cornil, Philippe Moureaux, Christiane Vienne* (Parti socialiste, *PS*); *Bernard Collas, Alain Destexhe, Antoine Duquesne, François Roelants du Vivier* (Mouvement Réformateur, *MR*); *Sabine de Bethune, Mia De Schamphelaere, Erika Thijs* (Christen-Democratisch en Vlaamen, *CD&V*); *Yves Buysse, Joris Van Hauthem, Karim Van Overmeire* (Vlaams Blok, *VLAAMS BLOK*); *Christian Brodcorne, René Thissen* (Centre démocrate Humaniste, *CDH*).

⁸ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7, pp. 1-303*; *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session de 2003-2004 - Zitting 2003-2004, 20 avril 2004 - 20 april 2004. Proposition de loi portant le Code de droit international privé - Wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, Texte adopté para la Commission de la Justice – Tekst aangenomen door de Commissie voor de Justitie, No. 3 - 27/8 3 - 27/8, pp. 1-58.*

⁹ *Doc 51 1078/005, Chambre des représentants de Belgique, 23 juin 2004. Projet de Loi portant le Code de droit international privé. Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mmes. Valérie Déom et Liesbeth van der Auwera, pp. 3-51.* La Comisión de Justicia de la Cámara de Representantes estaba compuesta por los siguientes Miembros: *A. Principals: Alfons Borgignon, Karel De Gucht, Martine Taelman* (Vlaamse Liberalen en Democraten, *VLD*); *Valérie Déom, Eric Massin, André Perpète* (Parti socialiste, *PS*); *Alain Courtois, Olivier Mainagain, Jean-Pierre Malmendler* (Mouvement Réformateur, *MR*), *Hilde Claes, Walter Mulys, Guy Swennen* (Socialistische Partij Anders – Sociaal progressief internationaal, regionalistisch integraal democratisch toekomstgericht, *SPA-SPIRIT*), *Jo Vanderzeun, Tony Van Parys* (Christen-Democratisch en Vlaamen, *CD&V*), *Bart Laeremans, Gerda Van Steenberge* (Vlaams Blok, *VLAAMS BLOK*) y *Melchor Wathelet* (Centre démocrate Humaniste, *CdH*); *B. Suplentes: Guido De Padt, Stef Goris, Guy Hove, Claude Marinower* (Vlaamse Liberalen en Democraten, *VLD*); *Alisson De Clercq, Claude Eerdeken, Thierry Giet, Karine*

con mención particular del nuevo párrafo del artículo 34 que, con la finalidad de proteger a los incapaces extranjeros, admite el reenvío al derecho belga en asuntos relativos a la capacidad de las personas físicas¹⁰. *Laurette Onkelink*, representante del Ministerio de Justicia, hizo énfasis en la importancia del Ante-Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, concluido después de más de diez años de trabajo, y en su cuidadoso examen en la Cámara del Senado, pero también advirtió que, con la aprobación de los expertos, el Gobierno había presentado algunas modificaciones, principalmente de carácter técnico¹¹. Aun cuando ninguna de ellas afectaba las Disposiciones Generales sobre Conflicto de Leyes debe observarse que la Enmienda Ocho perseguía extender la protección establecida en el primer párrafo del Artículo 124 (126 en la versión final) a los casos en los cuales el constituyente no hubiere seleccionado el derecho aplicable al *trust*¹². Las diversas modificaciones fueron aprobadas (108 votos en favor, 15 abstenciones) y el *veinticuatro de junio de 2004* el Proyecto, con sus reformas, fue devuelto a la otra Cámara¹³.

Lalieux (Parti socialista, PS); *Anne Barzin*, *Jean-Luc Crucke*, *Pierre-Yves Jeholet*, *Marie-Christine Marghem* (Mouvement Réformateur, MR), *Anne-Marie Baeke*, *Annelies Storms*, *Anissa Tamsamani*, *Greet van Grool* (Socialistische Partij Anders – Sociaal progressief internationaal, regionalistisch integraal democratisch toekomstgericht, *SP.A-SPIRIT*), *Liesbeth Van der Auwera*, *Servais Verherstraeten* (Christen-Democratisch en Vlaamen, *CD&V*), *Nancy Caslo*, *Alexandra Colen*, *Bert Schoofs* (Vlaams Blok, *VLAAMS BLOK*), *Joëlle Milquet*, *Jean-Jacques Viseur* (Centre démocrate Humaniste, *CdH*); *C. Miembros sin voto en la deliberación: Marie Nagy* (Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales, *ECOLO*) y *Geert Bourgeois* (Nieuw Vlaamse Alliantie, *N-VA*).

¹⁰ Doc 51 1078/005, *Chambre des représentants de Belgique*, 23 juin 2004. *Projet de Loi portant le Code de droit international privé. Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mmes. Valérie Déom et Liesbeth van der Auwera*, pp. 3-21.

¹¹ Doc 51 1078/005, *Chambre des représentants de Belgique*, 23 juin 2004. *Projet de Loi portant le Code de droit international privé. Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mmes. Valérie Déom et Liesbeth van der Auwera*, p. 30. La versión francesa de los artículos 1, 5, 8, 13, 23 y 31 de las Disposiciones Generales fue objeto de ciertos cambios.

¹² Doc 51 1078/005, *Chambre des représentants de Belgique*, 23 juin 2004. *Projet de Loi portant le Code de droit international privé. Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mmes. Valérie Déom et Liesbeth van der Auwera*, p. 48. El nuevo tercer párrafo dispuso: “La aplicación del derecho competente para regular el *trust* no puede privar al heredero reservatario de la cuota que le corresponde de acuerdo con el artículo 78”; precepto éste que declara aplicable el derecho de la última residencia habitual del de *cujus* para la sucesión de bienes muebles y la *lex situs* respecto de los inmuebles, con la advertencia de que en este último caso se acepta el reenvío al derecho de la última residencia habitual del causante.

¹³ Doc 51 1078/007, *Chambre de Représentats de Belgique*. 24 Juin 2004, *Projet de Loi portant le Code de Droit international privé. Texte amendé par la Chambre de Représentants et renvoyé*

8. La Comisión de Justicia del Senado inició la consideración del documento el *treinta de junio de 2004*. La Ministra de Justicia advirtió que las modificaciones realizadas habían sido de menor importancia y que, por tanto, no era necesario un examen de especial profundidad; pero destacó la enmienda relativa a la fecha de entrada en vigencia del Código y el nuevo párrafo agregado en materia de *trust*. Las reformas del Proyecto fueron aprobadas por unanimidad, después de algunas observaciones con relación al acuerdo de las partes en asuntos de adopción, a los problemas inter-temporales en casos de repudio y a la retroactividad de matrimonios entre personas del mismo sexo¹⁴.

9. El día siguiente, *primero de Julio de 2004*, el Código de Derecho internacional privado recibió la sanción del Senado (50 votos a favor, 9 abstenciones)¹⁵; se publicó en el *Moniteur Belge* el jueves *veintisiete de julio de 2004*¹⁶ y, de acuerdo con su artículo 140, entró en vigencia *el primero de octubre de 2004*, excepto las disposiciones sobre adopción¹⁷.

2. ESQUEMA DEL CÓDIGO

10. El Código de Derecho internacional privado de Bélgica, dividido en Trece Capítulos, consta de 140 artículos, cada uno de ellos precedido de una denominación que especifica su objeto, como lo han hecho codificaciones recientes. De acuerdo con el Profesor *Johan Erauw* se trata de un instrumento corto, que no pretende resolver todas las cuestiones de detalle, aun cuando tiene en cuenta la necesidad de alguna casuística con el propósito de efectuar las clarificaciones indispensables a los juristas (abogados, asociaciones de juristas, jueces y funcionarios del ministerio público)¹⁸. No obstante la modesta

au Sénat, pp. 3-68. *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/10*, pp. 3-68.

¹⁴ *Rapport fait au nom de la Commission de Justice par Mme Clotilde Nyssens et M. Luc Willems (Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/11)*, pp. 1-5.

¹⁵ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/12*.

¹⁶ *Belgisch Staatsblad – Moniteur Belge*, N. 269, *veintisiete Julio de 2004*, pp. 57344-57372.

¹⁷ Una Circular del *veintitrés de septiembre de 2004*, explicativa del Código, fue publicada en el *Moniteur Belge* del veintiocho del mismo mes.

¹⁸ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7*, pp. 13-14.

apreciación de uno de los profesores participantes en su elaboración, sin duda alguna constituye un trabajo de gran mérito en vista de las soluciones propuestas y de los esfuerzos realizados para uniformar las opiniones del mundo académico con las exigencias de la realidad jurídica belga.

11. El Capítulo Primero, titulado *Disposiciones Generales*, está compuesto de las siguientes Secciones: I. Disposición preliminar (Artículo 1); II. Materias objeto de regulación (Artículo 2); III. Determinación de la Nacionalidad, Domicilio y Residencia (Artículos 3-4); IV. Jurisdicción (Artículos 5-14); V. Conflicto de Leyes (Artículos 15-21); y VI. Eficacia de Sentencias y Documentos auténticos extranjeros (Artículos 22-31).

12. El Capítulo Segundo, distinguido *Personas Naturales*, se divide en las Secciones siguientes: I. Status, Capacidad, Autoridad Parental y Protección de los incapaces (Artículos 32-35); II. Nombre y Apellido (Artículos 36-39); y III. Ausencia (Artículos 40-41).

13. *Relaciones Matrimoniales* es el título del Capítulo Tercero, compuesto de cinco Secciones: I. Jurisdicción internacional (Artículos 42-44); II. Derecho aplicable a la Promesa de Matrimonio (Artículo 45); III. Derecho aplicable al Matrimonio (Artículos 46-48); IV. Derecho aplicable al Régimen de los Bienes en el Matrimonio (Artículos 49-54); y V. Derecho aplicable a la Disolución del Matrimonio y a la Separación de Cuerpos (Artículos 55-57). Las *Relaciones de Vida en Común* se encuentran reguladas en el Capítulo Cuarto (Artículos 58-60). El Capítulo Quinto trata de la *Filiación*, dividido en dos Secciones: I. Filiación Biológica (Artículos 61-65); y II. Filiación adoptiva (Artículos 66-72). *Obligaciones Alimentarias* es la denominación del Capítulo Sexto (Artículos 73-76).

14. Las *Sucesiones* se encuentran reguladas en el Capítulo Séptimo (Artículos 78-84). El Capítulo Octavo trata de los *Bienes* en tres Secciones: I. Jurisdicción internacional (Artículos 85-86); II. Derecho aplicable (Artículos 87-94); y III. Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras (Artículo 95).

15. El Capítulo Noveno, titulado *Obligaciones* se compone de dos Secciones: I. Jurisdicción internacional (Artículos 96-97); y II. Derecho aplicable (Artículos 98-108).

16. Las *Personas Jurídicas* son el objeto del Capítulo Décimo (Artículos 108-115; el Capítulo Decimoprimer se titula, *Regulación Colectiva de la Insolvencia* (Artículos 116-121) y el *Trust* es regulado en el Capítulo Decimosegundo (Artículos 122-125).

17. El Capítulo Décimo Tercero, denominado *Disposiciones Finales*, se compone de las Secciones siguientes: I. Disposiciones inter-temporales (Artículos 126-127); II. Disposiciones modificatorias (Artículos 128-138); III. Disposición derogatoria (Artículo 139); y IV. Entrada en vigencia (Artículo 140).

3. LAS DISPOSICIONES GENERALES SOBRE CONFLICTO DE LEYES

18. Las Disposiciones Generales sobre Conflicto de Leyes son siete artículos (15 a 21) que integran la Sección Quinta del Capítulo Primero. Según explica el Informe Introductorio del Proyecto no pretenden determinar el derecho aplicable sino regular el funcionamiento de las normas de conflicto y, por tanto, deben ser observadas con relación a todos los preceptos del Código de Derecho internacional privado. El Consejo de Estado belga sugirió enmendar la denominación de la Sección Quinta para especificar esta característica, pero la sugerencia no tuvo éxito¹⁹.

19. El Profesor *Marc Fallon* informó en la Comisión de Justicia del Senado que la mayoría de las Disposiciones Generales sobre Conflicto de Leyes se limitan a reproducir reglas desarrolladas por los tribunales belgas con fundamento en la doctrina. Sin embargo, advirtió dos novedades, la regulación del reenvío en el Artículo 16 y el Artículo 19 que, en casos excepcionales, permite al Juez apartarse del derecho designado por la norma de conflicto para satisfacer exigencias impuestas por el principio de proximidad.

¹⁹ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2001-2002, Zitting 2001-2002, No. 2-12-25/1, Observation VI. Les Conflits de Lois*, p. 263.

3.1 Aplicación del Derecho Extranjero

20. El artículo quince, titulado *Aplicación del Derecho Extranjero*, impone al Juez la obligación de investigar *ex officio* el contenido de la ley extranjera aplicable, pero sin perjudicar el derecho de defensa de las partes pues debe permitirseles exponer las consideraciones que juzguen pertinentes al respecto. El Informe Introductorio del Proyecto recordó la vigencia en esta materia de la *Convención de Londres del siete de junio de 1968 sobre Información del Derecho Extranjero*.

21. Las posibles dificultades prácticas explican la facultad conferida a las partes por el artículo quince para colaborar con el juez en la determinación del contenido del derecho aplicable, por ejemplo, presentando una certificación expedida por una autoridad extranjera, como un funcionario diplomático, aun cuando sujeta a la libre apreciación del Magistrado²⁰.

22. El artículo quince también impone la obligación de interpretar el derecho extranjero en la misma forma como se hace en su país de origen. Por ejemplo, el texto del artículo 1641 del Código Civil es el mismo en Bélgica y en Francia pero es interpretado de manera diferente; en consecuencia, los tribunales belgas deben seguir la interpretación francesa cuando aplican el derecho de Francia, aun cuando no es la misma que la belga. Asimismo los conflictos inter-temporales en el derecho extranjero deben resolverse conforme a sus normas de derecho transitorio, porque la finalidad perseguida es lograr la misma solución en ambos países, garantizando así la armonía internacional de soluciones²¹.

23. El último párrafo del artículo quince prescribe la aplicación del derecho belga si, en un tiempo razonable, resulta manifiestamente imposible establecer el contenido de la ley extranjera aplicable. El Informe Introductorio del

²⁰ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1*, pp. 39-40.

²¹ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1*, p. 40. El mismo argumento debería, en principio, traer como consecuencia el respeto de las normas de conflicto extranjeras para resolver los casos conectados con varias legislaciones, pero el artículo décimo sexto del Código de Derecho internacional privado belga, en principio, se aparta de esta solución.

Proyecto ejemplifica esta solución con decisiones de los tribunales belgas cuando es preciso decretar medidas provisionales urgentes; pero advierte que debe ser interpretada en forma restrictiva y destaca la obligación del juez de expresar las razones de la excepcional aplicación del derecho belga prevista en el artículo décimo quinto²².

24. A este respecto el Profesor *Johan Erauw* hizo referencia en la Comisión de Justicia del Senado a una decisión de la Corte de Casación belga con relación al derecho de custodia parental entre esposos nacionales de Irán; y el Presidente de la Comisión (*Hugo Vandenberghe*) mencionó las dificultades especiales en ciertas situaciones para determinar el contenido del derecho extranjero vigente, como sería el caso de Sudán en la época presente, porque algunas de sus áreas territoriales se encuentran bajo ocupación de las fuerzas rebeldes. No obstante, fue reconocida la posibilidad de abusos cuando los tribunales belgas apliquen su propio derecho sin emprender una investigación suficiente del derecho extranjero declarado competente; pero se advirtió que para prevenirla fue incluida la palabra “manifiestamente” en el último párrafo del artículo quince. Además, el Profesor *Hans van Houtte* observó que el derecho belga es normalmente aplicable de acuerdo con el Proyecto cuando las personas físicas tienen su residencia habitual en Bélgica; y el Profesor *Johan Erauw* recordó que las partes se encuentran facultadas para determinar la ley aplicable en determinadas materias, como las obligaciones contractuales y que el derecho belga si aplica cuando no se alega el carácter internacional del contrato²³.

3.2 Renvío

3.2.1 Artículo Dieciséis

25. Bajo el título Reenvío, el artículo *dieciséis* prescribe que, a los fines del Código y excepción hecha de disposiciones especiales, derecho de un Estado significa sus normas jurídicas con exclusión de las normas de conflicto.

²² *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/I, p. 40.*

²³ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, N° 3-27/7, pp. 38-39.*

26. En su presentación introductoria del Proyecto en la Comisión de Justicia del Senado, el Profesor *Marc Fallon* destacó que el artículo dieciséis constituye una novedad porque excluye el reenvío en principio; con la explicación adicional de que se entiende por reenvío la técnica consistente en resolver el problema de acuerdo con las normas de conflicto del derecho extranjero declarado aplicable por la *lex fori*. Por ejemplo, en la época presente la sucesión de un belga con último domicilio en España debe regularse conforme al derecho español, pero la norma de conflicto de España atribuye competencia a la ley de la nacionalidad del *de cuius*, y si se obedece este mandato el problema es resuelto de conformidad con el derecho de Bélgica.

27. El Informe Introdutorio del Proyecto explica que la exclusión en principio del reenvío hecha en el artículo dieciséis rompe con la tradición de los tribunales de instancia de Bélgica, según se desprende de diversas sentencias hasta 1994, mencionadas en nota a pié de página. Asimismo recuerda que el reenvío es sistemáticamente excluido en las convenciones internacionales sobre conflicto de leyes; que fue aceptado tanto en la ley alemana del *veinticinco de julio de 1986* (artículo 4) como en el artículo 13 de ley italiana del *treinta y uno de mayo de 1995* (artículo trece)); que el artículo catorce de la Ley suiza del *dieciocho de diciembre de 1987* sólo lo admite en ciertos casos; y que ésta última fue la solución adoptada en el Proyecto²⁴.

28. En su Dictamen, el Consejo de Estado advirtió que la exclusión en principio del reenvío constituía una desviación de la jurisprudencia belga; y que también se apartaba de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre la *Consideración del Derecho Internacional Privado Extranjero* del *veintitrés de agosto de 1999*, conforme a la cual el reenvío “no debería excluirse en su totalidad, independientemente de si es de primero o de segundo grado”. Asimismo llamó la atención a la circunstancia de que según el propio Proyecto, el derecho aplicable a las situaciones internacionales no siempre es determinado a través de normas de conflicto, como se comprueba en los casos de intervención de las reglas de aplicación inmediata.

²⁴ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1, p. 41.*

29. El Informe Introductorio del Proyecto explica que la técnica del reenvío no garantiza la armonía internacional de soluciones cuando también es admitida en el sistema jurídico declarado competente por la norma de conflicto; y que la doctrina moderna no es partidaria de su aceptación en términos generales, aun cuando reconoce sus ventajas porque suele conducir a la aplicación de la *lex fori*, mejor conocida por el juez. Sin embargo, afirma que los escritores contemporáneos sólo aconsejan su admisión en forma selectiva, tomando en consideración las finalidades perseguidas por las normas de conflicto, como se desprende de la Resolución adoptada en 1999 por el *Institute de Droit International*²⁵.

30. En virtud de las consideraciones anteriores el Proyecto excluyó en principio el reenvío, pero lo aceptó en casos excepcionales. Además de las disposiciones especiales que así lo previenen, el artículo veinte contempla la posible aplicación de reglas de aplicación inmediata extranjeras para decidir asuntos conectados con varias legislaciones; el artículo 78, segundo párrafo, y el segundo párrafo del artículo 110 admiten el reenvío en casos de sucesión de bienes inmuebles y de personas jurídicas, respectivamente, pero sólo si la norma de conflicto extranjera adopta determinado factor de conexión; y de acuerdo con el artículo diecinueve las normas de conflicto extranjeras son tomadas en cuenta con el propósito de reconocer situaciones jurídicas válidamente constituidas en el extranjero²⁶.

31. En su exposición ante la Comisión Jurídica del Senado el Profesor *Marc Fallon* reconoció que no deben desestimarse las ventajas prácticas resultantes del reenvío. En efecto, en la época presente, los problemas familiares de personas anglo-americanas se regulan en Bélgica por la ley de su nacionalidad, pero como las respectivas normas de conflicto devuelven la solución del asunto al derecho del domicilio o de la residencia, es posible resolverlos conforme al derecho belga en lugar de hacerlo según las normas sustantivas del derecho anglo-americano. Sin embargo, advirtió la desconfianza de los escritores modernos para admitir el reenvío por los importantes problemas que implica;

²⁵ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1, p.42.*

²⁶ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1, p. 42.*

y que el Proyecto de Código compartía esta posición, aun cuando era contraria a la sentencia que acepta el reenvío, después de un siglo, pronunciada el *diecisiete de octubre de 2002* por la Corte de Casación de Bélgica.

32. El Profesor *Marc Fallon* agregó que el artículo dieciséis pretendía restringir la amplia libertad conferida a los jueces por la aceptación del reenvío; con la advertencia adicional de que se trata de una técnica no muy bien conocida por los Magistrados y que no está claro todavía si debe aplicarse *ex officio*, incertidumbre jurídica que será aprovechada por los litigantes más habilidosos.

33. Por su parte, el Profesor *Hans Van Houtte* advirtió que, aun cuando autorizado por la Corte de Casación, todavía no se sabe con certeza si el reenvío debe aceptarse en todas las materias jurídicas, motivo por el cual es necesario esperar la consolidación de la jurisprudencia, con la inevitable inseguridad jurídica en el tiempo intermedio. Además recordó que el reenvío circular es mucho más complicado que la simple devolución (reenvío simple) con la advertencia adicional que el artículo dieciséis presenta la ventaja de indicar con claridad los casos en los cuales el reenvío es aceptado. En su opinión el reenvío *est quelque peu dépassée* porque permite la aplicación de la *lex fori*, resultado aconsejable en tiempos anteriores cuando era difícil determinar el contenido del derecho extranjero; pero sostuvo ser preferible excluirlo en principio porque la aplicación del derecho sustantivo extranjero garantiza la armonía internacional de las soluciones y su conocimiento es mucho más fácil en la época contemporánea.

34. La Ministra de Justicia tenía algunas dudas con relación al artículo dieciséis porque no se limita a codificar el derecho existente en Bélgica, antes al contrario pretende legislar sobre la materia; y la indicada ventaja de clarificar la situación jurídica actual es un argumento que, en su criterio, no justifica *per se* la exclusión en principio del *reenvío*. En todo caso sería aconsejable conocer las soluciones vigentes en otros países europeos, sin olvidar que su aceptación permite aplicar con preferencia el derecho belga; y obtener la opinión de la Federación Real de Notarios sobre la admisión del *reenvío* en determinadas materias concretas, como el régimen de los bienes en el matrimonio. Por tanto, sugirió la conveniencia de examinar la posibilidad de admitir el *reenvío* en otras situaciones.

35. El Profesor *Marc Fallon* respondió la pregunta indicando que la mayoría de los Miembros de la Unión Europea lo aceptan, con algunas diferencias, cuando permite la aplicación de la *lex fori*, mejor conocida por los jueces. Se ha conservado el reenvío; o se lo ha consagrado, por ejemplo en la ley italiana de 1995, pero el reenvío se rechaza en términos categóricos en la esfera internacional, en particular en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado²⁷ y en la Unión Europea. Según explicó ésta fue la posición adoptada en el artículo dieciséis que, al mismo tiempo, satisface la coherencia en las soluciones porque resultaría extraño aceptar el reenvío por mandato del legislador belga pero rechazarlo para decidir el mismo problema como consecuencia de su exclusión en un tratado sobre la materia vigente en Bélgica.

36. El Profesor *Marc Fallon* advirtió además que el reenvío es una técnica ciega que prescribe obedecer la designación de la ley aplicable hecha por la norma de conflicto extranjera. En su opinión no debería ser utilizado como un artificio para aplicar derecho belga, por ejemplo para no permitir la celebración de un matrimonio poligámico en Bélgica, ya que el mismo resultado se obtiene en forma más satisfactoria, sin necesidad del reenvío, a través de la excepción de orden público.

37. De acuerdo con el Profesor *Marc Fallon* el artículo dieciséis no cambia la situación jurídica existente en Bélgica con relación a los sistemas jurídicos

²⁷ Aun cuando las Convenciones de La Haya generalmente no admiten la técnica del reenvío, existen algunas excepciones recientes, por ejemplo la *Convención del primero de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte* prescribe en su artículo cuarto: “Si el derecho aplicable de conformidad con el artículo 3 es el de un Estado no-contratante y las normas de conflicto de dicho Estado remiten, para la totalidad o parte de la sucesión, al derecho de otro Estado no-contratante, que aplicaría su propio derecho, el derecho aplicable será el de este último Estado”; y la *Convención sobre Jurisdicción, Derecho aplicable, Reconocimiento, Ejecución y Co-operación respecto a la Autoridad Parental y las medidas para la protección de menores*, concluida el diecinueve de octubre de 1996, dispone en su artículo veintiuno: “1. En este Capítulo el término derecho significa el derecho vigente en un Estado, con excepción de sus normas de conflicto. 2. No obstante, si el derecho aplicable de conformidad con el artículo 16 es el de un Estado no-contratante y si las normas de conflicto de este Estado designan el derecho de otro Estado no-contratante que aplicaría su propio derecho, se aplica el derecho de este último Estado. Si ese otro Estado no-contratante no aplicare su propio derecho, el derecho aplicable es el designado en el artículo 16”.

tradicionales, ya que las normas de conflicto de éstos declaran aplicable el derecho de la nacionalidad para regir las personas naturales, sin contemplar la devolución al derecho de su residencia habitual; y el Profesor *Hans Van Houtte* observó que si se hubiera aceptado el reenvío en el artículo dieciséis se eliminaría la posible flexibilidad de los jueces para rechazarlo en el caso concreto porque estarían en la obligación de admitirlo.

38. La Ministra de Justicia se preguntó la conveniencia de invertir la solución del artículo dieciséis para indicar las materias en las cuales no se acepta el reenvío; y con relación al argumento justificando su exclusión con apoyo en las convenciones internacionales recordó que éstas tienen una limitada esfera de vigencia.

39. El Profesor *Johan Erauw* estuvo conforme con la propuesta de la Ministra de Justicia de examinar el asunto materia por materia, teniendo en cuenta la decisión, social o política, hecha por el legislador en la correspondiente norma de conflicto. A título de ejemplo mencionó que los efectos personales del matrimonio se regulan por la ley del domicilio, motivo por el cual el reenvío no es necesario ya que el derecho belga se aplicará a los esposos con residencia habitual en Bélgica; y la misma conclusión es válida en otras materias de índole familiar. Por el contrario, una pareja belga que viva en Rabat está sometida a la ley de Marruecos pero la admisión del reenvío a la ley de la nacionalidad permitiría la aplicación del derecho belga.

40. El Profesor *Johan Erauw* observó que el reenvío no siempre es una “devolución”, pues existen otras posibilidades, como reenvío de segundo grado o reenvío circular (*ricochet*); y que debe aplicarse el derecho extranjero declarado competente por la *lex fori*, sin utilizar el reenvío como un artificio para descartar sus consecuencias, porque de ser necesario, este resultado se obtiene mejor a través de la excepción de orden público.

41. Por otra parte se advirtió que el respeto total del derecho extranjero implica tomar en cuenta no sólo sus normas de conflicto sino también sus disposiciones sobre reconocimiento de sentencias extranjeras; por ejemplo, el reenvío no funciona en el caso del divorcio de un irlandés domiciliado en Bruselas porque Irlanda no declara aplicable el derecho del domicilio para regular el divorcio, aun cuando sentencias de divorcio pronunciadas en el domicilio extranjero de los cónyuges pueden ser reconocidas en Irlanda.

42. En respuesta a la pregunta de *Nathalie de T'Serclaes* sobre el porcentaje de problemas de reenvío con relación a todos los casos de derecho internacional privado pendientes en los tribunales belgas, el Profesor *Marc Fallon* indicó que recientemente se habían observado dos tipos de disfuncionamientos.

43. El primero se presenta en controversias familiares entre nacionales de los países anglo-sajones, resueltas conforme al derecho belga por considerarse que las respectivas normas de conflicto devuelven la solución a la ley del domicilio, pero en realidad los jueces anglo-sajones aplican su propio derecho para resolver esta clase de problemas. Por tanto, se acepta un reenvío “oculto” que no funciona de manera satisfactoria porque las normas atributivas de jurisdicción tienen una naturaleza diferente de las reglas de conflicto, ya que generalmente admiten criterios alternativos y no pretenden determinar la ley aplicable; por ejemplo un juez de Nevada que deba pronunciarse sobre una adopción aplicará su propio derecho, después de haber seleccionado uno entre los varios factores que confieren jurisdicción a los tribunales.

44. El segundo disfuncionamiento ocurre cuando la norma de conflicto extranjera no es aceptable porque contradice principios fundamentales del derecho belga, por ejemplo, si atribuye competencia a la ley del marido en materia matrimonial, que constituye una discriminación contraria al principio de la igualdad de los sexos.

45. No obstante, *Clotilde Willens* reiteró que los jueces utilizan frecuentemente el reenvío como un mecanismo para evitar dilaciones y aplicar el derecho belga, mejor conocido por ellos; pero el Profesor *Johan Erauw* destacó que la aceptación del reenvío no garantiza la uniformidad de soluciones y que el artículo dieciséis consagra una solución práctica. Por su parte *Hugo Vandenberghe* se preguntó si el reenvío era una técnica previsible y fácil de entender como deben ser las normas jurídicas.

46. El Profesor *Hans Van Houtte* observó a este respecto que el reenvío se utiliza con frecuencia en controversias familiares, en muchos casos entre partes sin mayores recursos económicos, quienes deben realizar importantes esfuerzos intelectuales y de otra índole para encontrar la solución en las normas de conflicto del derecho extranjero aplicable. En efecto, su aceptación presupone conocer el contenido de los ordenamientos jurídicos extranjeros y

en la época actual el derecho sustantivo se encuentra más desarrollado que el derecho internacional privado, por ejemplo en Burundi sólo existía una sentencia de 1954 sobre derecho internacional privado²⁸. En consecuencia, puede ser difícil determinar las normas de conflicto del derecho declarado competente y por este motivo es aconsejable, como una cuestión práctica, la solución aceptada en el artículo dieciséis²⁹.

3.2.2 Artículo Treinticuatro

47. La Comisión de Justicia del Senado consideró de nuevo el reenvío durante el examen del artículo treinta y cuatro del Proyecto.

48. La Ministra de Justicia observó que de acuerdo con el artículo treinticuatro el derecho de la nacionalidad regulaba el *status* y capacidad de las personas físicas; que la exclusión del reenvío en el artículo dieciséis se había explicado porque la residencia habitual determina el derecho aplicable en las controversias familiares, y que, por tanto, el derecho belga era aplicable cuando la residencia habitual se encontraba en Bélgica. Con vista de estas premisas se preguntó las consecuencias de la exclusión del reenvío en materias relativas al *status* y capacidad reguladas por el derecho de la nacionalidad.

49. El Profesor *Marc Fallon* reconoció que, tan pronto entrara en vigencia la exclusión del reenvío prevista en el artículo dieciséis, el derecho extranjero sería aplicado con mayor frecuencia en asuntos de *status* y capacidad de las personas naturales, porque en la época actual los jueces lo utilizan para decidir conforme al derecho belga las controversias entre súbditos anglo-sajones con residencia en Bélgica. Sin embargo advirtió que las normas de conflicto son neutras desde un punto de vista sustantivo y, por tanto, no es posible concluir que la admisión o la exclusión del reenvío mejora o empeora la situación

²⁸ A este respecto debe advertirse que las normas de Derecho internacional privado de Burundi se encuentran en el *Code des personnes et famille*, sancionado por Decreto³⁴ Ley No. 1/1 del quince de enero de 1980 (*Aussereuropäische IPR-Gesetze, herausgegeben von Jan Kropholler, Hilmer Krüger, Wolfgang Riering, Jürgen Samtleben, Kart Siehr*; DNotI – Max-Planck-Institut, Hamburg – Würzburg, 1999, pp. 168-173).

²⁹ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7*, pp. 36-38, 40-45.

jurídica de las personas físicas. Sin embargo, *Hugo Vandenberghe* indicó la posibilidad de que una regla técnicamente neutra pueda producir consecuencias “perversas” en la práctica, porque los jueces belgas deberán aplicar más frecuentemente derecho extranjero con sus inherentes dificultades; y destacó que el Proyecto de Código no es neutro porque admite algunas excepciones a la exclusión del reenvío, con vista del carácter multicultural de la sociedad belga.

50. En respuesta a una pregunta de *Nathalie de T'Serclaes*, el Profesor *Marc Fallon* observó que, de acuerdo con el Proyecto, los tribunales belgas tienen jurisdicción en asuntos de tutela si la residencia habitual del menor se encuentra en Bélgica y que aplicarían el derecho belga porque así lo prescribe la norma de conflicto, no como resultado del reenvío hecho por el derecho de la nacionalidad según ocurre en la época actual. En su criterio, el reenvío es en cierta manera desconcertante porque el juez belga debe seguir la política perseguida por el legislador extranjero, y el artículo dieciséis expresa una mayor coherencia porque determina la ley aplicable a través del medio social, derecho belga si el menor vive en Bélgica, derecho francés si en Francia, y así sucesivamente. *Alain Zenner* se pronunció en favor de este método de prescribir la aplicación directa del derecho belga.

51. De acuerdo con *Philippe Mahoux* las normas de conflicto no deberían ser tomadas en cuenta cuando el derecho extranjero es aplicable a la controversia.

52. A este respecto, el Profesor *Johan Erauw* advirtió que el Proyecto solo ordena la aplicación del derecho de la nacionalidad en las materias relativas al nombre y apellido, celebración del matrimonio y establecimiento de la paternidad, maternidad o filiación adoptiva. En su criterio el derecho de la nacionalidad constituye una solución balanceada y correcta para regir el nombre y apellido de las personas naturales por cuanto el derecho del domicilio sólo se consagra en algunos países del *common law*, y en Dinamarca, Noruega y Suecia, motivo por el cual el reenvío no es aconsejable. Tampoco lo es en asuntos relativos a la celebración del matrimonio por constituir una solución complicada. De igual modo el reenvío no puede funcionar para determinar la posibilidad de un menor de ser adoptado debido a la generalizada aceptación del derecho de la nacionalidad,

en la Convención de La Haya con referencia al Estado de origen³⁰, con el señalamiento adicional de que la ley de la residencia habitual del menor sólo es declarada competente en los países escandinavos, en Gran Bretaña y en los Estados Unidos de la América del Norte. En su criterio sería sorprendente aplicar derecho belga para regir la adopción de un menor con residencia habitual en Bélgica como resultado del reenvío hecho por la ley de su nacionalidad. Por otra parte, advirtió que era, por lo menos discutible, la conveniencia de aplicar el derecho del domicilio en otros casos, por ejemplo a una controversia entre belgas con residencia habitual en Shangai relativa a bienes situados en Bélgica, o a su divorcio en Bélgica, aun cuando de acuerdo con el Proyecto el derecho del domicilio común regula las consecuencias del matrimonio y del divorcio; sin olvidar que los cónyuges pueden someter al derecho belga las capitulaciones concluidas con ocasión del matrimonio y que pueden convenir en la aplicación del derecho belga para regular su divorcio en Bélgica. En consecuencia, el Profesor *Johan Erauw* concluyó que el reenvío no era necesario en las hipótesis antes mencionadas; y que la solución sólo es problemática en controversias sucesorales sobre inmuebles o respecto de personas jurídicas, pero ambas hipótesis se encuentran exceptuadas en el Proyecto de la exclusión dispuesta en el artículo dieciséis.

53. La Ministra de Justicia admitió que el reenvío puede funcionar como una “ruleta rusa” porque la solución se abandona a la norma de conflicto extranjera, pero insistió que la competencia atribuida a la ley de la nacionalidad en el artículo treinticuatro traería como resultado una frecuente aplicación del derecho extranjero. Por tanto consideró recomendable indicar en forma expresa las materias concretas relativas al *status* y capacidad de las personas naturales (tutela, autoridad parental, etc.) en las cuales no se acepta el reenvío; y agregar una disposición residual para otros aspectos del *status* y capacidad de las personas naturales que permitiera el reenvío de la ley de la nacionalidad al derecho belga.

³⁰ La Convención relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción internacional adoptada en La Haya el veintinueve de mayo de 1993 no identifica “Estado de origen” con “Estado de la nacionalidad”, según se desprende de su Artículo segundo, primer párrafo, que define “Estado de origen” como el Estado Contratante donde el menor tiene su residencia habitual.

54. *Philippe Mahoux* sostuvo que el Proyecto debería incrementar la seguridad jurídica existente y someter al derecho belga, para otorgarles mayor protección, a los menores con residencia habitual en Bélgica.

55. El Profesor *Johan Erauw* consideró interesante la sugerencia de la Ministra de Justicia de permitir el reenvío en asuntos de *status* y capacidad no regulados por una norma de conflicto; y estuvo de acuerdo con la inclusión de un nuevo párrafo en este sentido en el artículo treinticuatro, aun cuando advirtió que su aplicación sería muy rara en la práctica³¹.

3.2.3 Artículo Setenta y Ocho

56. No obstante la exclusión dispuesta en el artículo dieciséis, el reenvío fue admitido excepcionalmente.

57. En efecto el artículo setenta y ocho, segundo párrafo, atribuye competencia a la *lex situs* para regular las sucesiones sobre inmuebles, pero en párrafo aparte acepta el reenvío. Sin embargo, el Informe Introductorio del Proyecto explica que se trata de un reenvío de naturaleza sustancial, admitido sólo si la norma de conflicto extranjera declara aplicable la ley de la última residencia habitual del *de cuius*, en forma directa o indirecta, i.e., a través de la referencia al derecho de otro Estado que, a su vez, declara aplicable la ley de la última residencia habitual del difunto. Por tanto no es un reenvío ciego; sólo se admite para restablecer la unidad del derecho aplicable a la sucesión³².

58. Comentarios similares fueron hechos por el Profesor *Marc Fallon* en la Comisión de Justicia del Senado, con el señalamiento adicional de que la Federación Real de Notarios apoyaba la solución y que también podía ser útil para neutralizar la estrategia de quienes, con la finalidad de “preparar mejor” su sucesión, por ejemplo, adquirirían bienes inmuebles en Gran Bretaña para impedir o modificar el funcionamiento de las reglas sobre legítima a los bienes

³¹ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7*, pp. 77-82.

³² *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1*, p. 107.

situados en Bélgica. Aun cuando reconoció que la aceptación del reenvío no solucionaba todos los problemas, en su criterio, quedaba siempre abierta la posibilidad de utilizar la excepción de *fraude à la loi* en situaciones excepcionales para frustrar el éxito de semejantes manipulaciones³³.

3.2.4 Artículo Ciento Diez

59. El Informe Introductorio del Proyecto destacó que el Capítulo Décimo regula toda clase de personas jurídicas, inclusive las sociedades civiles y las asociaciones, para someterlas al derecho de su establecimiento principal, no al de su sede efectiva (*siège réel*), con el propósito de simplificar su regulación y porque el establecimiento principal también determina la residencia habitual de las personas jurídicas (artículo cuarto, segundo párrafo, parágrafo segundo). De esta manera, además, se reproduce el derecho vigente en Bélgica.

60. Asimismo explica que el derecho del lugar de incorporación es una conexión artificial, por ejemplo cuando la sociedad se constituye en un paraíso fiscal; pero agrega que un problema distinto del derecho aplicable es el relativo al de la nacionalidad de las personas jurídicas, determinada por el derecho del Estado de su incorporación.

61. El segundo párrafo del artículo ciento diez, desde una perspectiva realística, acepta el reenvío al derecho del Estado de incorporación hecho por la norma de conflicto del establecimiento principal. En efecto, sería difícil de entender que Bélgica someta al derecho inglés una sociedad con establecimiento principal en Londres, pero constituida en los Países Bajos, porque ambas legislaciones coinciden en atribuir competencia al derecho del lugar de incorporación, por ejemplo, para decidir su eventual inexistencia por violación de las normas holandesas. En este caso, como en el artículo setenta y ocho, no se trata de un reenvío ciego sino de uno de naturaleza sustancial, que presupone la consagración en la norma de conflicto extranjera de un determinado factor de conexión³⁴.

³³ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1*, pp. 155-157.

³⁴ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1*, pp. 129-131.

62. En respuesta una pregunta de *Alain Zenner*, el Profesor *Marc Fallon* explicó en la Comisión de Justicia del Senado que una sociedad incorporada fuera de la Unión Europea, por ejemplo, en Bermudas puede estar sometida al derecho belga respecto a sus actividades en Bélgica, i.e. a fin de proteger a los acreedores o impedir la competencia desleal. Sin embargo, en esta hipótesis no interviene la técnica del reenvío; lo hace cuando se trata de una sociedad con establecimiento principal en Bermudas pero incorporada en Delaware, Estados Unidos de América, ya que se acepta el reenvío de Bermudas a Delaware³⁵.

3.2.5 Segunda deliberación en la Comisión de Justicia del Senado

63. La regulación del reenvío fue considerada de nuevo durante el segundo examen del Proyecto en la Comisión de Justicia del Senado.

64. En respuesta a la pregunta de *Clotilde Nyssens*, la Ministra de Justicia reconoció que el Gobierno se encontraba preocupado por la exclusión del reenvío, pero hizo saber su voto favorable al artículo dieciséis, de admitirse una nueva excepción que permitiera el reenvío al derecho belga, como regla residual, en materia de estado y capacidad de las personas naturales. Por tanto, sugirió se incorporara al primer párrafo del artículo 34 el siguiente párrafo: “Sin embargo, la capacidad se rige por el derecho belga si la ley extranjera conduce a su aplicación”; y advirtió que esta propuesta respondía a la legislación adoptada recientemente para proteger los menores de la mejor forma posible³⁶.

65. En esa misma oportunidad fue propuesto fusionar los dos párrafos del artículo 78, pero sin modificar su contenido. Sin embargo, el Profesor *Marc Fallon* sostuvo la conveniencia de mantenerlos separados; y el Profesor *Johan Erauw* advirtió que los dos párrafos hacían énfasis en el carácter excepcional de la admisión del reenvío³⁷.

³⁵ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1*, pp. 195, 204-206.

³⁶ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1*, pp. 264, 284.

³⁷ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1*, pp. 344-345.

3.3 *Sistema pluri-legislativo*

66. Bajo el rubro, *Sistema pluri-legislativo*, el artículo diecisiete

resuelve los problemas que se presentan cuando la norma de conflicto belga declara aplicable el derecho de un Estado compuesto de varios ordenamientos jurídicos, bien se trate de un Estado Federal como los Estados Unidos de la América, bien de un derecho de tipo confesional que atribuye consecuencias civiles al Corán o al derecho canónico.

67. Su primer párrafo dispone que cada uno de los varios ordenamientos jurídicos se considera como el derecho de un Estado a los fines de la determinación de la ley aplicable; y el Informe Introductorio informa que el Proyecto tan sólo reproduce la solución aceptada en las Convenciones de La Haya sobre Derecho internacional privado.

68. En consecuencia si la norma de conflicto belga permite determinar directamente uno de los ordenamientos jurídicos del derecho extranjero serán aplicadas sus normas sustantivas; por ejemplo cuando se consagra un factor de conexión de naturaleza territorial, como la residencia habitual, y el derecho extranjero responde también a una estructura territorial, como sucede en los Estados Unidos de América, los jueces de Bélgica aplicarán directamente el ordenamiento jurídico del Estado donde la persona tiene su residencia habitual.

69. El segundo párrafo del artículo diecisiete contempla el caso en el cual la norma de conflicto belga declara aplicable la ley de la nacionalidad o el derecho de un Estado de tipo confesional. En estas hipótesis el problema será resuelto de acuerdo con las normas extranjeras, utilizando así una forma de la técnica del reenvío; pero si no existen se acudirá al principio de proximidad para aplicar las reglas del ordenamiento jurídico que presente los vínculos más estrechos con la situación³⁸.

70. El Profesor *Marc Fallon* indicó en la Comisión de Justicia del Senado que el artículo diecisiete no era indispensable; que el problema no era resuelto

³⁸ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1, pp. 42-43.*

en otras legislaciones nacionales; y que la solución reproducía disposiciones tipo de las convenciones internacionales, con las mejoras introducidas por el derecho alemán³⁹.

3.4 *Fraude à la loi*

71. Bajo rubro, *Fraude a la ley*, el artículo dieciocho prescribe que, en materias no disponibles, no serán tomados en cuenta los actos o hechos que realicen las partes con la única finalidad de evadir la aplicación de la ley declarada aplicable por la norma de conflicto.

72. El Informe Introductorio del Proyecto se limita a observar, en un párrafo muy corto, que el artículo dieciocho expresa el imperativo de efectividad de las normas jurídicas; y en nota a pié de página se agrega que los tribunales belgas aplican muy rara vez la excepción de fraude a la ley en derecho internacional privado, pero que una regla similar fue sancionada en el Código Civil español (artículo 12)⁴⁰.

73. Durante su primer examen en la Comisión de Justicia del Senado *Hugo Vandenberghe* hizo énfasis en la importancia del artículo dieciocho, aun cuando indicó que sería conveniente determinar su esfera de aplicación.

74. A este respecto el Profesor *Johan Erauw* advirtió que las personas naturales y jurídicas tratan con mucha frecuencia de evadir el derecho belga, por ejemplo mediante la creación de un contacto con otro país para atribuir carácter internacional a la situación; o afirman que una donación tuvo lugar en los Países Bajos cuando en realidad se efectuó en Bélgica. *Hugo Vandenberghe* se preguntó sobre el establecimiento ficticio del domicilio en un país para evadir la aplicación del derecho sucesoral belga. Esta cuestión fue respondida por el Profesor *Johan Erauw* con una simple referencia al texto del artículo dieciocho que en términos claros sanciona el principio *fraus omnia corrumpit*, aun cuando reconoció que los jueces tienen cierto margen

³⁹ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7, p. 46.*

⁴⁰ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1, p.43.*

de apreciación. En su criterio, si una persona liquida sus bienes y transfiere efectivamente, no en forma ficticia, su residencia habitual a un Estado donde no existen limitaciones testamentarias y asume de igual modo todas las consecuencias de este cambio, la reserva hereditaria de los herederos eventuales no sería protegida en Bélgica porque los tribunales belgas no tendrían jurisdicción para conocer del problema. Sin embargo, sostuvo la conveniencia de mantener el artículo dieciocho como una base jurídica para enfrentar tales situaciones pero facultando a los jueces para su examen caso por caso. A este respecto el Profesor *Hans Van Houtte* recordó que los Magistrados belgas tienen suficiente experiencia para efectuar las necesarias distinciones en la zona gris, intermedia entre la planificación y el fraude fiscal⁴¹.

75. La dificultad de distinguir entre las acciones permitidas y los artificios ilegales fue nuevamente planteada durante el segundo examen del precepto en la Comisión de Justicia del Senado, cuando también se recordó la “aplicación muy limitada” del principio *fraus omnia corrumpit* consagrado en el artículo dieciocho. El Profesor *Marc Fallon* reiteró asimismo su aplicación excepcional por los jueces belgas, con el señalamiento de que la sentencia más importante sobre la materia había sido pronunciada el *veintiocho de junio de 1979* por la Corte de Casación en una controversia surgida con motivo de la terminación unilateral de una concesión por el concedente; el contrato había sido localizado ficticiamente en la República Federal de Alemania, aun cuando el concesionario realizó todas sus actividades en Bélgica y por este motivo la Corte de Casación aplicó el principio *fraude à la loi* para neutralizar la localización ficticia indicada por las partes.

76. *Philippe Mahoux* observó la necesidad de establecer una diferencia entre algo ficticio, no existente, y una situación efectivamente existente pero creada con artificios; el Profesor *Hans Van Houtte* destacó que en la sentencia de la Corte de Casación se indicó claramente el carácter ficticio, no real, de la localización del contrato en Alemania, o sea, una hipótesis distinta de los casos en los cuales el lugar es verdadero como sucede en los matrimonios concluidos en *Gretna Green*; y *Hugo Vandenberghe* advirtió el carácter limitativo del artículo dieciocho por cuanto requiere que las acciones hayan

⁴¹ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7, pp. 46-48.*

sido realizadas con el único propósito de evadir la aplicación del derecho declarado competente por la norma de conflicto y, por tanto, no se está en presencia de fraude sólo mediante la creación de circunstancias que constituyan un obstáculo para su aplicación⁴².

77. De acuerdo con *Alain Zenner* una persona no comete *fraude à la loi* mediante el establecimiento de su residencia en el extranjero con el propósito de escapar a las restricciones para disponer por testamento, ya que el artículo dieciocho sólo se aplica en materias no sujetas a la libre de la disposición de las personas. Además el derecho de establecimiento es un derecho fundamental en la Unión Europea y la validez de su ejercicio no puede supeditarse a la finalidad perseguida por la persona; pero con la advertencia que un cambio de establecimiento efectivo es diferente de una situación artificial, ficticia. Asimismo hizo referencia al *effect perverse de ce genre de théorie*, por ejemplo en el caso de personas que viven como pareja en el extranjero y deciden instalarse en Bélgica, contrayendo matrimonio inmediatamente o varios años después, por cuanto la doctrina del *fraude à la loi* constituiría una espada de Damocles para declarar su invalidez, si se demuestra que el traslado se realizó con el propósito de celebrar un matrimonio no permitido por la ley de su residencia anterior.

78. Por su parte el Profesor *Johan Erauw* destacó que el artículo dieciocho no pretende la aplicación del derecho belga a todos los casos de sucesión; que la sucesión de bienes muebles se regula por la ley del último domicilio del *de cuius*, motivo por el cual resulta posible la aplicación de derecho extranjero; que debe distinguirse el orden público interno y el orden público internacional en materia de restricciones testamentarias y que los jueces belgas no desean regular al mundo entero desde Bélgica. Sin embargo, estuvo de acuerdo en la imposibilidad de aceptar manipulaciones ni factores de conexión ficticios, con señalamiento de la dificultad de su modificación artificial en materia de sucesiones. Por ejemplo, si una persona decide establecerse en Minnesota para disponer libremente de sus bienes, sin respetar ninguna regla sobre legítima, es necesario que se traslade efectivamente allí y que sufra las eventuales inconveniencias del cambio de su residencia habitual.

⁴² *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7, pp. 265-266.*

79. El Profesor *Hans Van Houtte* observó asimismo, desde un punto de vista práctico, que la aplicación de las normas belgas sobre legítima a un inmueble ubicado en Arabia Saudita requeriría la cooperación de sus jueces, quienes, sin duda alguna, reaccionarían frente a semejante pretensión⁴³.

80. El *fraude à la loi* fue mencionado incidentalmente en la Comisión de Justicia del Senado cuando se consideró por segunda vez el primer párrafo del artículo 78, que atribuye competencia al derecho de la residencia habitual del *de cujus* para regir la sucesión de bienes muebles. La posibilidad de cambiar la residencia habitual con el propósito de impedir la aplicación de las reglas sobre legítima fue comentada de nuevo pero como un riesgo poco importante, pues no basta el simple traslado de la persona a otro sitio, es necesario que cambie efectivamente el lugar donde se encuentra el centro de la familia y de sus intereses económicos⁴⁴.

3.5 Cláusula de excepción

81. Bajo el título, *Cláusula de excepción*, el artículo diecinueve autoriza al Juez, en forma excepcional, a dejar de aplicar el derecho declarado competente por la norma de conflicto cuando, examinadas todas las circunstancias del caso, sólo tiene vínculos muy débiles con la situación y si ésta presenta conexiones más intensas con otro ordenamiento jurídico. En semejante hipótesis se dispone dar preferencia al principio de proximidad.

82. El Informe Introductorio del Proyecto indica que la solución sigue el ejemplo de recientes codificaciones, por ejemplo el artículo quince de la Ley suiza de Derecho internacional privado; y que traduce el objetivo general inherente a las normas de conflicto contemporáneas de aplicar el ordenamiento jurídico más estrechamente vinculado con la situación jurídica. Por tanto, se trata de una excepción que faculta al juez a corregir los inflexibles resultados de la estricta aplicación de las normas de conflicto, y que le permite solucionar en forma equitativa las dificultades surgidas como consecuencia de la falta de

⁴³ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7, pp. 271-272.*

⁴⁴ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7, p. 343.*

coordinación de los ordenamientos jurídicos, en particular, la problemática de las situaciones legítimamente constituidas en el extranjero; porque el Legislador debe sancionar normas de carácter general y, según observa *Portalis*, no puede *tout régler et tout prévoir*.

83. El dictamen del Consejo de Estado observó la gran importancia del artículo diecinueve porque puede afectar el funcionamiento de todas las normas de conflicto ya que autoriza al juez a efectuar rectificaciones, sin límite alguno respecto a la materia o al factor de conexión, permitiéndole aplicar derecho extranjero en lugar de derecho belga o viceversa. En consecuencia, las normas de conflicto sólo representan una solución tentativa que debe ser controlada por el juez, y si bien es cierto que la última palabra corresponde a la Corte de Casación, ésta no suele emprender una investigación de los hechos, necesaria para determinar si el factor de conexión utilizado por el juez tiene vínculos más intensos con la situación que el seleccionado por la norma de conflicto. Además el Consejo de Estado recordó que la necesidad de reconocer situaciones jurídicas legalmente constituidas en el extranjero es un problema muy antiguo, con transcripción de la solución prevista en el segundo párrafo del artículo veinticinco del Proyecto de Ley Uniforme de Derecho Internacional Privado para los Países del Benelux⁴⁵.

84. Debido a las observaciones anteriores el artículo diecinueve del Proyecto fue reformulado para destacar, en su primer párrafo, que se trata de una

⁴⁵ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2001-2002, Zitting 2001-2002, No. 2-1225/1*, p. 373. El Proyecto de Ley Uniforme de Derecho internacional privado para los Países del Benelux, fecha *quince de marzo de 1950*, dispuso en su artículo 25: “1. Los derechos adquiridos de conformidad con la presente ley se mantendrán reconocidos, aun cuando se modifiquen con ulterioridad los factores de conexión que determinaron el derecho aplicable. 2. Cuando una relación jurídica ha nacido o se ha extinguido fuera de los Países Bajos, de Bélgica o de Luxemburgo conforme a la ley declarada competente de acuerdo con el derecho internacional privado de los Estados a los cuales concernía esencialmente esa relación jurídica en el momento de su creación o de su extinción, el nacimiento o la extinción serán igualmente reconocidos en los Países Bajos, en Bélgica, en Luxemburgo, aún en derogación del derecho aplicable de conformidad con las disposiciones de la presente ley” (*Revue Critique de Droit International Privé*, Tomo IX, 1951, p. 714). El Proyecto de Ley Uniforme fue objeto de revisión, aprobada por el Consejo Interparlamentario Consultivo de Benelux el *veintinueve de noviembre de 1968*, suscrito en junio de 1969 por los tres Ministros de Justicia, todavía sin ratificación, que reprodujo como artículo veintiuno el anterior artículo veinticinco (*Journal du Droit International*, Año 96, 1969, p.360).

solución excepcional con indicación, en la forma más clara posible, de los casos en los cuales debe funcionar. Por tanto, se exigió tomar en cuenta la necesidad de prever el derecho aplicable, para satisfacer elementales exigencias de seguridad jurídica, y respetar situaciones regularmente creadas de acuerdo con el derecho internacional privado de los países conectados con ellas al tiempo de su constitución.

85. Por otra parte, el segundo párrafo especificó que el artículo diecinueve no sería aplicable cuando las partes hubieren seleccionado el derecho aplicable, habida cuenta de la seguridad jurídica que se aspira obtener cuando se les concede esta facultad; y tampoco si la norma de conflicto incluye varios factores de conexión, porque en esta hipótesis se selecciona el ordenamiento jurídico más apropiado para realizar las finalidades perseguidas por el legislador, que no necesariamente es el derecho más estrechamente vinculado con la situación⁴⁶.

86. El Profesor *Johan Erauw* repitió en la Comisión de Justicia del Senado que el artículo diecinueve constituye una innovación en el derecho belga, en seguimiento de una regla similar consagrada en la ley suiza de Derecho internacional privado; y que pretende solucionar eventuales consecuencias poco satisfactorias de la estricta aplicación de las normas de conflicto, con el señalamiento complementario de que si se utiliza con prudencia puede conducir a resultados satisfactorios, porque el legislador no puede prever una razonable solución para todos los casos concretos.

87. *Clotilde Nyssens* preguntó si el artículo diecinueve no podía considerarse muy audaz, por cuanto las facultades concedidas al juez para decidir con base en la equidad imposibilitaban prever las soluciones, con su inevitable impacto sobre la seguridad jurídica. Sin embargo, el Profesor *Hans Van Houtte* respondió que la posición predominante en los tiempos actuales consiste en crear un marco previsible de solución pero contemplando también algunas vías de escape (*safety clauses*); y que la Cláusula de excepción debería funcionar satisfactoriamente si existe una adecuada formación de los jueces. Consideraciones similares fueron hechas por el Profesor *Marc Fallon* quien

⁴⁶ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1, pp. 44-45.*

destacó la importancia del artículo diecinueve para resolver conflictos entre los sistemas jurídicos, con el comentario adicional de que su utilización no queda al arbitrio de los jueces por cuanto el legislador establece directrices para su funcionamiento, y que no es aplicable en los casos de selección del derecho aplicable por las partes, cuando se encuentran autorizadas para hacerlo, o si las normas de conflicto aceptan soluciones alternativas⁴⁷.

88. Durante el segundo examen del artículo diecinueve en la Comisión de Justicia del Senado *Clotilde Nyssens* presentó algunas enmiendas para clarificar la facultad conferida al juez, con insistencia en la necesidad de respetar los derechos válidamente constituidos en el exterior. Sin embargo, las retiró en virtud de la propuesta de *Hugo Vandenberghe* de reorganizar la disposición para hacerla más fácil de leer⁴⁸.

3.6 Reglas de Aplicación Especial

89. Con el título, *Reglas de Aplicación Especial*, el artículo veinte prescribe, en su primer párrafo, que las normas de conflicto no impiden la aplicación de las reglas imperativas belgas (*règles d'ordre public*) sancionadas para regular situaciones internacionales, según se desprenda de su propio texto o en virtud de su manifiesta intención.

90. El segundo párrafo del artículo veinte autoriza al juez belga para permitir eficacia a similares normas de carácter imperativo de otros Estados que tengan vínculos estrechos con la situación. Sin embargo, se trata de una facultad que debe ser ejercitada tomando en cuenta no sólo la naturaleza y objeto de dichas reglas sino también las consecuencias resultantes de su aplicación o no aplicación.

91. El Informe Introductorio del Proyecto indica que el artículo veinte reproduce la solución consagrada en la *Convención de Roma sobre el derecho*

⁴⁷ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7, p.48-49.*

⁴⁸ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7, pp. 266-267.*

aplicable a las Obligaciones Contractuales, concluida el *diecinueve de junio de 1980*. Asimismo explica que las reglas de aplicación especial realizan la misma función de las normas de conflicto porque solucionan casos conectados con varios ordenamientos jurídicos; y que no fue cambiada su denominación por *lois de police*, según lo recomendara el Consejo de Estado con apoyo en la tradición belga y en la fórmula empleada en el artículo séptimo de la Convención de Roma, porque el término Reglas de Aplicación Especial refleja mejor el desarrollo contemporáneo de la materia, además de ser utilizado en las leyes suiza e italiana de Derecho internacional privado⁴⁹.

92. Asimismo explicó que las reglas imperativas para regular situaciones internacionales determinan directamente la esfera de aplicación de las disposiciones sustantivas, sin utilizar el procedimiento de las normas de conflicto. De igual modo advirtió que suelen utilizarse con frecuencia en el derecho de los contratos, por ejemplo, el artículo segundo de la Ley belga del doce de junio de 1991 sobre crédito al consumidor; en las normas reguladoras del nombre y apellido de las personas físicas; en el artículo 146-1 del Código Civil de Francia que requiere la presencia del contrayente de nacionalidad francesa para la celebración del matrimonio, derogatorio de la *lex loci actus*; o en las disposiciones del derecho de sociedades tendientes a proteger al inversionista, como es el caso del artículo 114 del Proyecto.

93. Sin embargo, también fue advertido que las Reglas de Aplicación Especial no pretenden, como suelen hacerlo las normas de conflicto, regular la situación jurídica en su totalidad; antes al contrario se limitan a impedir el funcionamiento de las normas de conflicto en ciertos puntos específicos, por ejemplo el artículo segundo de la mencionada ley belga sobre crédito a los consumidores sólo regula las materias incluidas en su esfera de vigencia y, por tanto, todos los demás problemas de naturaleza contractual son regidos por el derecho declarado aplicable por la respectiva norma de conflicto.

94. La aplicación preferente de las reglas imperativas dictadas para resolver situaciones internacionales puede ser ordenado en forma expresa por el propio

⁴⁹ A este respecto el Consejo de Estado recordó la sentencia dictada en el *affaire Boll* el *veintiocho de noviembre de 1958* por la Corte Internacional de Justicia (*Sénat de Belgique – Belgiche Senaat, Session 2001-2002, Zitting 2001-2002, No. 2-1225/1, p. 266*).

legislador, pero este señalamiento no se produce con frecuencia y, por tanto, corresponde al juez efectuar la determinación en el caso concreto. Según advirtió en su Dictamen el Consejo de Estado resulta posible el riesgo de abuso, porque se faculta al juez a interpretar cada una de las disposiciones sustantivas belgas para decidir si excluyen o no el funcionamiento de la norma de conflicto. Sin embargo, fue observado que el artículo veinte restringe los poderes del juez porque sólo puede adoptar la decisión cuando es manifiesta la intención del legislador, aun cuando no la haya declarado en forma expresa.

95. En la Comisión de Justicia del Senado, el Profesor *Johan Erauw* reiteró que el artículo veinte solo repite una norma similar de la Convención de Roma sobre el Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales, con el señalamiento de que el segundo párrafo concede cierta flexibilidad al juez en su aplicación.

96. Sin embargo *Hugo Vandenberghe* solicitó una explicación acerca del significado exacto de las frases, “reglas imperativas” y “propósito manifiesto”; y expresó sus dudas acerca de si el legislador siempre está consciente del propósito manifiesto de todas las normas que sanciona.

97. A este respecto el Profesor *Hans Van Houtte* indicó la necesidad de distinguir entre normas imperativas internas y reglas imperativas internacionales, éstas últimas conectadas con la noción de orden público. El Profesor *Marc Fallon* agregó que el artículo veinte se limitaba a especificar el primer párrafo del artículo tercero del Código civil que ordena la aplicación de las *lois de police et de sécurité*; y que los tribunales belgas ya utilizaban la expresión “propósito manifiesto” para identificar reglas aplicables a los contratos de trabajo de carácter internacional.

98. No obstante el Profesor *Johan Erauw* reconoció que la frase “propósito manifiesto” puede crear algunas confusiones, pero insistió que el Legislador no puede prever todas las reglas aplicables a las situaciones internacionales; y que en algunos casos se trata de una naturaleza tan evidente que pudo considerarse innecesaria su indicación, por ejemplo, respecto de disposiciones sobre salubridad pública, aplicables a todos los alimentos vendidos en Bélgica inclusive los provenientes del extranjero.

99. La Ministra de Justicia comprendió la imposibilidad de preparar una lista completa de todas las disposiciones imperativas aplicables a las situaciones

internaciones, pero como alternativa sugirió una lista a título de ejemplo; idea ésta apoyada por *Hugo Vandenberghe*. Sin embargo, el Profesor *Marc Fallon* advirtió que el artículo veinte funciona principalmente con relación a los contratos, ya sometidos a una norma similar de la Convención de Roma sobre el derecho aplicable a las Obligaciones Contractuales; y en respuesta al pedimento contenido en el Dictamen del Consejo de Estado de mencionar ejemplos en otras materias, indicó que el precepto podría aplicarse a obligaciones extracontractuales ya que los jueces de instancia belgas, por ejemplo, atribuyen tal carácter a las reglas que protegen al hogar familiar de eventuales deudas, aun cuando la Corte de Casación mantiene un criterio distinto; la prohibición impuesta a las personas de nacionalidad francesa de contraer matrimonio por medio de apoderado, considerada de la misma naturaleza por la doctrina en Francia con independencia del lugar de celebración; y también son reglas imperativas aplicables a situaciones internacionales normas de derecho público, como las concernientes al control de cambios o las sancionadas en protección de los trabajadores⁵⁰.

100. Durante la segunda consideración del artículo veinte en la Comisión de Justicia del Senado, el Gobierno presentó una enmienda con la finalidad de fusionar en una categoría las reglas de aplicación especial y las normas de orden público, éstas últimas ya contempladas en el derecho belga. Sin embargo, *Hugo Vandenberghe* advirtió su diferencia por cuanto regulaban situaciones jurídicas distintas, con el señalamiento de que en derecho privado hay pocas normas de orden público. *Alain Zenner* explicó que las normas imperativas se oponen a las dispositivas por cuanto no pueden ser modificadas por los particulares y su violación produce nulidad relativa; mientras que las normas de orden público se vinculan con los fundamentos de la vida en sociedad, motivo por el cual su violación es sancionada con nulidad absoluta. Sin embargo, advirtió que se trata de categorías dinámicas, no estáticas, por ejemplo las disposiciones sobre quiebra eran consideradas normas de orden público pero en la actualidad la Corte de Casación las califica como reglas imperativas. En vista de los comentarios anteriores, *Philippe Mahoud* hizo énfasis en la necesidad de la previa determinación de lo que es contrario al orden público para la correcta aplicación del artículo veinte.

⁵⁰ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7, pp. 49-52.*

101. Por su parte el Profesor *Marc Fallon* insistió que el artículo veinte prescribía la aplicación de las normas sustantivas belgas a situaciones internacionales, sin tomar en cuenta la determinación hecha por la norma de conflicto; y que, por tanto, no puede intervenir en casos de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, como sería un repudio para disolver el vínculo matrimonial. En su criterio, el posible funcionamiento del artículo veinte es muy limitado porque el Proyecto indica las reglas de aplicación especial en cada una de sus diversas secciones; por ejemplo la norma de conflicto belga atribuye competencia a la ley de la nacionalidad para regular los efectos del matrimonio, pero si se trata de la protección del hogar familiar de personas nacionales de Marruecos que viven en Bélgica, la controversia debe resolverse conforme al derecho belga porque se trata de una materia referente a la protección social. Sin embargo, el Profesor *Marc Fallon* recordó que la mayoría de los ejemplos de su aplicación se relacionan con contratos y con la protección del consumidor, materias ya reguladas en la Convención de Roma sobre el derecho aplicable a las Obligaciones Contractuales.

102. Durante el segundo examen del artículo veinte en la Comisión de Justicia del Senado *Clotilde Nyseens* presentó una enmienda para suprimir la frase “o en razón de su manifiesto objetivo” porque, en su opinión, extiende demasiado las facultades del juez. Sin embargo, la Ministra de Justicia observó que, de aceptarse la sugerencia, el precepto sólo se aplicaría cuando el legislador hubiere hecho una expresa declaración y que el juez no podría interpretar la norma para determinar su carácter imperativo en la esfera internacional, como sería necesario en el caso de una situación referente a una persona de nacionalidad belga o que vive en Bélgica, o a un hogar familiar ubicado en Bélgica. En este sentido, *Hugo Vandenberghe* agregó que muy pocas disposiciones de derecho privado indican su carácter imperativo o de orden público, porque esta naturaleza se deduce de la lógica interna del sistema; el Profesor *Hans Van Houtte* mencionó que las normas sobre preaviso para terminar el contrato de trabajo son imperativas en Bélgica, pero sólo se aplican en cierta medida cuando las partes han seleccionado un derecho extranjero para regular su relación laboral; *Hugo Vandenberghe* se refirió a las disposiciones belgas estableciendo la responsabilidad del patrono, no del trabajador que ha cometido la falta, aplicadas por algunos jueces a todos los contratos de trabajo ejecutados en Bélgica, aun cuando en este caso el Profesor *Johan Erauw* advirtió que la controversia debería resolverse de

acuerdo con el derecho determinado por la norma de conflicto sobre hechos ilícitos. En virtud de las consideraciones anteriores *Clotilde Nyssens* retiró su enmienda⁵¹.

3.7 *La Excepción de Orden Público*

103. Bajo el título *Excepción de Orden Público* el artículo veintiuno prescribe que el derecho extranjero declarado competente debe ser descartado cuando sus disposiciones producen una consecuencia manifiestamente incompatible con el orden público. En su segundo párrafo agrega que la determinación de la incompatibilidad se efectúa tomando en cuenta, en particular, la intensidad de los vínculos de la situación con el derecho belga y la gravedad de la consecuencia resultante de la aplicación del derecho extranjero. En semejante hipótesis el párrafo tercero ordena resolver el asunto, si fuere posible, con alguna otra norma pertinente de la misma legislación extranjera y, en última instancia, de acuerdo con el derecho de Bélgica.

104. El Informe Introductorio del Proyecto indica que el artículo veintiuno es conforme con la práctica belga y extranjera; asimismo explica que no condena el contenido del derecho extranjero pues sólo se limita a declarar inaceptables las consecuencias de su aplicación; y agrega que, por esta razón, el orden público en Derecho internacional privado es más restringido que en derecho interno.

105. El segundo párrafo del artículo veintiuno indica los criterios principales para la intervención de la excepción de orden público porque no es suficiente efectuar una simple comparación entre el contenido del derecho extranjero y el belga, aun cuando la importancia de las diferencias existentes es un índice a ser tomado en cuenta. Por ejemplo, las autoridades de Bélgica deben negarse a celebrar un matrimonio poligámico pero pueden aceptar el otorgamiento de una indemnización por concepto de daños y perjuicios a cada una de las esposas de un matrimonio poligámico.

⁵¹ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7, pp. 272-275.*

106. El Informe Introductorio del Proyecto clarifica que la aplicación de derecho extranjero contrario a normas imperativas de derecho internacional público debe rechazarse con apoyo en la regla violada, no en virtud del artículo veintiuno. Tal sería en el caso de las reglas fundamentales de los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos del *dieciséis de diciembre de 1966*; y de las disposiciones incluidas en tratados que prohíben el tráfico de personas y cualquier clase de discriminación racial o étnica, o que consagran derechos fundamentales de los niños; situación análoga se produciría con relación a similares preceptos de las convenciones europeas⁵².

107. El Profesor *Marc Fallon* informó en la Comisión de Justicia del Senado que el artículo veintiuno era conforme con disposiciones del mismo tipo sancionadas en convenios internacionales, aun cuando advirtió que sus párrafos segundo y tercero especifican los criterios para determinar tanto la procedencia de la intervención de la excepción de orden público como sus consecuencias; y repitió que no se trata de criticar al derecho extranjero como tal sino de descartar su aplicación con vista de todas las circunstancias del caso concreto. Por ejemplo, no es posible declarar con lugar una demanda que persiga obtener la vida en común en Bélgica con dos esposas de un matrimonio poligámico, pero una solución diferente puede ser aceptable con relación a las consecuencias patrimoniales del mismo matrimonio.

108. *Hugo Vandenberghe* recordó las dificultades causadas en ciertas áreas jurídicas por los matrimonios poligámicos, por ejemplo la seguridad social, pero reiteró que no podría permitirse ninguna aplicación de normas extranjeras contrarias a la Convención Europea sobre Derechos Humanos; el Profesor *Hans Van Houtte* añadió que en los casos de admisión del reenvío, debe ser descartada cualquier norma de conflicto extranjera que declare aplicable el derecho del marido, por contrariar el principio fundamental de la igualdad de los sexos; el Profesor *Marc Fallon* hizo referencia a los matrimonios de niños convenidos por sus progenitores, para destacar que si bien es cierto Bélgica no cooperaría a su celebración, la actitud de sus autoridades podía ser distinta respecto de las obligaciones alimentarias, concluyendo en la

⁵² *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1, pp. 49-50.*

conveniencia de evitar una formulación rígida de la excepción de orden público y de conceder un cierto margen de apreciación.

109. La Ministra de Justicia preguntó sobre la posibilidad de preparar una lista enunciativa de los efectos mitigados de la excepción de orden público, por ejemplo, indicar algunas consecuencias que pueden ser reconocidas si se trata de un matrimonio poligámico, como obligaciones alimentarias, pago de la pensión del marido a las varias esposas. A pesar de la importancia del problema el Profesor *Hans Van Houtte* no consideró apropiado resolverlo en el Código de Derecho internacional privado, porque requeriría tomar decisiones fundamentales de carácter político; y el Profesor *Johan Erauw* insistió en la dificultad del asunto, en particular si se trata de demandas contra terceras personas propuestas por las cónyuges de un matrimonio poligámico.

110. No obstante se mencionó que la solución podría ser útil para resolver los casos frecuentes, no para las situaciones esporádicas. Los Profesores *Hans Van Houtte* y *Marc Fallon* agregaron que en los tiempos actuales un creciente número de extranjeros adquieren la nacionalidad belga y que, por tanto, el problema no se presenta con tanta frecuencia, encontrándose en vías de desaparición. Asimismo fue destacada la importancia de aplicar con prudencia la excepción de orden público y de examinar en cada materia específica la posibilidad de incluir cláusulas positivas con la respectiva enumeración⁵³.

111. Durante el segundo examen del artículo veintiuno en la Comisión de Justicia del Senado, *Philippe Mahoux* preguntó si el artículo veintiuno protegería la legítima de un niño belga que vive en Bélgica, hijo de progenitores nacionales de Túnez, por cuanto el derecho de Túnez aplicable por mandato de la norma de conflicto belga no establece restricciones a la libertad de disponer por testamento. A este respecto, el Profesor *Marc Fallon* advirtió que un problema similar se presenta en el caso de fallecimiento de una persona con última residencia habitual en Gran Bretaña porque el derecho británico no conoce restricciones testamentarias; pero, en su criterio, los jueces belgas no deberían descartar el derecho de Gran Bretaña con fundamento en el artículo veintiuno por considerar que la ausencia de límites a la libertad del

⁵³ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7, pp. 52-56.*

testador es contraria al orden público. No obstante, el Profesor *Hans Van Houtte* mencionó que en última instancia podría ser invocada la excepción de orden público, sin olvidar que el Fisco belga estaría del lado de los herederos forzosos si se descubre que los bienes se mantuvieron ficticiamente en el extranjero⁵⁴.

4. COMENTARIOS FINALES

112. El Consejo de Estado observó en su Dictamen que las Disposiciones Generales sobre Conflicto de Leyes del Ante-Proyecto no habían incluido ninguna norma o directriz sobre el problema de la calificación, que permitiera al intérprete decidir la manera de clasificar la controversia dentro de alguna de las varias categorías jurídicas utilizadas en las normas de conflicto. En este sentido hizo énfasis en la importancia de la calificación como tarea previa inevitable, porque si se presenta una demanda con fundamento en un ordenamiento jurídico extranjero, el juez, en primer lugar, tiene que identificar la cuestión jurídica a fin de subsumirla en una de las varias categorías utilizadas en sus normas de conflicto para determinar el derecho aplicable⁵⁵.

113. El silencio se mantuvo en el Código. El Informe Introductorio del Proyecto explicó que la solución del problema de la calificación no puede suministrarse en una regla porque se trata de un asunto referente a la interpretación de la norma de conflicto. En efecto, si se trata de una demanda fundamentada en una institución jurídica extranjera desconocida para la *lex fori* sus normas de conflicto deben ser interpretadas de manera flexible, tarea que se facilita por el método seguido en el Proyecto de consagrar categorías amplias y abiertas, que no se corresponden necesariamente con las utilizadas en el derecho sustantivo belga; y también gracias a la lista de carácter enunciativo de los asuntos jurídicos regulados que se incluye en las normas de conflicto⁵⁶.

⁵⁴ *Sénat de Belgique – Belgiche Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7, pp.267-271.*

⁵⁵ *Sénat de Belgique – Belgiche Senaat, Session 2001-2002, Zitting 2001-2002, No. 2-1225/1, p. 264.*

⁵⁶ *Sénat de Belgique – Belgiche Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1, pp. 14.*

114. La observación del Consejo de Estado fue recordada por *Hugo Vandenberghe* en la Comisión Jurídica del Senado. El Profesor *Marc Fallon* comentó que la calificación constituye tal vez uno de los problemas más difíciles del Derecho internacional privado y que el Proyecto había adoptado una posición prudente al respecto. Asimismo hizo referencia a la evolución doctrinaria reciente que considera la calificación no como un problema en sí mismo sino como un aspecto necesario para determinar el ámbito de aplicación de la norma de conflicto; y que las eventuales dificultades pueden resolverse con fundamento en la enumeración ejemplificativa de los diversos puntos jurídicos regulados por las diversas normas de conflicto del Proyecto. En consecuencia, si se propone una demanda con fundamento en una institución desconocida, por ejemplo, pidiendo la confirmación de la validez de un matrimonio poligámico la respuesta se encuentra en la respectiva norma de conflicto que utiliza categorías jurídicas amplias y abiertas, fácilmente interpretables con gran flexibilidad por el juez⁵⁷.

115. El Informe Introductorio del Proyecto hizo referencia al importante movimiento de codificación a finales del siglo pasado en Europa y en otras regiones del mundo, con mención indirecta a Latin-América en una nota a pié de página⁵⁸. Ahora bien las Disposiciones Generales sobre Conflicto de Leyes fueron ya reunidas en el Proyecto venezolano de Ley de Derecho internacional privado que se publicó en 1963⁵⁹; y, por extraña coincidencia, su Exposición de Motivos explica que “en materia de calificaciones y, en general, en el tema relativo a la aplicación del Derecho extranjero” el Proyecto se limitó “a formular simples normas generales de orientación, que alertan al intérprete sobre el sentido general de los problemas, pero se ha eludido deliberadamente el inútil

⁵⁷ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/7*, pp. 45-46.

⁵⁸ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1*, p.4.

⁵⁹ *Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado*. Caracas, 1963; reproducido en: *Alexander N. Makarov. Quellen des Internationalen Privatrechts. Nationale Kodifikationen*, Tercera Edición, publicada por el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, bajo la dirección de Jan Kropholler, Paul Heinrich Neuhaus y Jan Peter Waehler, Tubinga, 1978, pp. 309-313.

empeño de resolver mediante reglas legislativas la cuestión probablemente más difícil y problemática del Derecho Internacional Privado”⁶⁰.

116. La misma razón es válida para la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado sancionada el *seis de agosto de 1998* que también guardó silencio sobre el particular⁶¹. Sin embargo, en esta oportunidad fueron incluidas algunas otras disposiciones generales sobre conflicto de leyes. El artículo séptimo prescribió que “los diversos derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”; y el artículo noveno dispuso que “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”⁶². El Código belga de Derecho internacional privado adopta una posición diferente, pues según indica en el Informe Introductorio del Proyecto, no se consideró apropiado incluir disposiciones generales con el propósito de garantizar la coordinación de los sistemas jurídicos cuando deban ser aplicados en forma distributiva a una situación concreta⁶³.

117. Los artículos quince, diecisiete y veinte del Código de Derecho internacional privado agregaron precisiones el derecho vigente en Bélgica sobre la interpretación de la ley extranjera declarada aplicable, su aplicación en caso de sistemas plurilegislativos y el funcionamiento de la excepción de

⁶⁰ Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. Caracas, 1963, p. 6.

⁶¹ Gonzalo Parra-Aranguren. *La loi Vénézuélienne de 1998 sur le droit international privé*, *Revue Critique de Droit International Privé*, Tomo 88, 1999, pp. 1-18.

⁶² *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, número 36511, *seis de agosto de 1998*; reproducida en versión francesa en; *Revue Critique de Droit International Privé* Tomo 88, 1999, pp. 392-401 y en la *Revue de Droit international et de Droit comparé*, 76e Année, 1999, pp. 193-203).

⁶³ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2001-2002, Zitting 2001-2002, No. 2-1225/1*, p. 14.

orden público. El artículo diecinueve pretendió corregir eventuales resultados insatisfactorios de la estricta aplicación de las normas de conflicto y con la finalidad de reconocer situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero; y el artículo veinte dispuso la aplicación de las *lois d'application immédiate* con preferencia a las normas de conflicto, extendiendo a otras materias la solución adoptada en la Convención de Roma sobre el derecho aplicable a las Obligaciones Contractuales.

118. El artículo dieciséis excluye el reenvío en términos generales, a pesar de haber sido admitido después de un siglo en reciente sentencia de la Corte de Casación. Según se explicó en la Comisión de Justicia del Senado el reenvío fue excluido en principio para restringir la libertad de los jueces y evitar las dificultades prácticas en la determinación del contenido de las normas de conflicto extranjero; además de considerarlo una técnica pasada de moda, no conocida muy bien por los jueces belgas, que produce diversas clases de disfuncionamientos. Sin embargo se admitió expresamente en materia de capacidad de las personas naturales, de sucesión de bienes inmuebles y de personas jurídicas. Las excepciones fueron justificadas porque no constituían casos de reenvío “ciego” pero si el reenvío así “domesticado” resulta aceptable no resultan inteligible las razones por las cuales no fue admitido en otros casos, con el propósito de obtener la aplicación del derecho belga, como se pretende en el segundo párrafo del artículo 34; para obtener determinados resultados, según se explicó respecto del artículo 78, segundo párrafo; o con la finalidad de garantizar la armonía internacional de soluciones, que se persigue en el segundo párrafo del artículo 110.

119. Con relación al artículo dieciocho el Informe Introductorio del Proyecto guarda silencio respecto a las codificaciones contemporáneas, mencionadas frecuentemente para justificar las soluciones adoptadas, i.e. las leyes de la República Federal de Alemania (*veinticinco de julio de 1986*), Suiza (*dieciocho de diciembre de 1987*) e Italia (*treinta y uno de marzo de 1986*). De acuerdo con las enseñanzas del derecho comparado las leyes recientes suelen abstenerse de incluir un precepto separado para consagrar la doctrina del *fraude à la loi* como una excepción general al funcionamiento de las normas de conflicto, debido a la inseguridad jurídica que produce su intervención *a posteriori*; y prefieren incluir preceptos concretos cuando se considera aconsejable sancionar las manipulaciones de los interesados. Por

otra parte no puede olvidarse que los partidarios de una cláusula general *a posteriori* de orden público justifican su intervención para descartar consecuencias de hechos o actos realizados efectivamente por las personas con el propósito de evadir la solución prevista por la norma de conflicto; pero durante el examen del asunto en la Comisión de Justicia del Senado los ejemplos propuestos para justificar el artículo décimo octavo fueron casos de hechos o actos ficticios, situaciones en las cuales no tiene intervención alguna la excepción de *fraude à la loi* en derecho internacional privado. En esa misma oportunidad se mencionó, en diversas ocasiones, el carácter excepcional de la solución; y, según parece, debe responderse en forma negativa la pregunta acerca de si es posible investigar la intención fraudulenta de las personas naturales de los Estados Miembros cuando ejercen su derecho fundamental de establecerse libremente en el seno de la Unión Europea. En consecuencia, el artículo dieciocho sólo encuentra explicación en el deseo de responder a consideraciones de carácter moral y de facilitar a las autoridades competentes el despliegue de consideraciones subjetivas para decidir sobre la rectitud de la conducta humana; pero esta satisfacción personal de los funcionarios no justifica la inevitable inseguridad jurídica que conlleva aceptar *a posteriori*, en términos generales, la excepción de fraude a la ley en Derecho internacional privado⁶⁴.

120. Sin pretender un examen exhaustivo de las implicaciones del Código de Derecho internacional privado belga, puede ser aconsejable referirse al comentario hecho en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el impacto de la futura legislación europea de carácter obligatorio, con fundamento en el Tratado de Amsterdam del *dos de octubre de 1997*, que otorgó al Consejo de Ministros facultades para adoptar disposiciones sobre Derecho internacional privado; aun cuando todavía es difícil efectuar una clara determinación de los asuntos atribuidos al Consejo de Ministros y los correspondientes a los Estados Miembros⁶⁵. El Informe Introdutorio del Proyecto admite que la esfera de

⁶⁴ Gonzalo Parra-Aranguren. *Fraude à la Loi in Recent Codification of Private International Law in the American Hemisphere, International Cooperation through Private International Law - Essays in Memory of Peter E. Nygh*, Edited by T. Eichhorn and Kurt Siehr, eds., T.M.C. Asser Press, The Hague, The Netherlands, 2004, pp. 294-298.

⁶⁵ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2001-2002, Zitting 2001-2002, No. 2-1225/1*, p. 246.

las respectivas competencias no es muy clara (*est loin d'être assuré*), pero advierte que la intervención Comunidad Europea se ha limitado principalmente a sancionar normas para resolver conflictos de jurisdicción, en su mayor parte en las relaciones entre los Estados Miembros⁶⁶. Sin embargo, debe tenerse presente que en fecha muy cercana a la conclusión de estos comentarios divulgativos, el *treinta de junio de 2005*, la Vigésima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con la activa participación de la Comunidad Europea, decidió aprobar algunas enmiendas a su Estatuto para permitir la admisión de la Comunidad Europea y de otras Organizaciones Regionales de Integración Económica a quienes los Estados Miembros hayan transferido competencia en asuntos de Derecho internacional privado⁶⁷. Es prematuro anunciar futuros acontecimientos jurídicos pero, sin duda alguna, existe la posibilidad de sus importantes consecuencias sobre la capacidad negociadora de los Estados Miembros de la Comunidad Europea en la esfera internacional.

⁶⁶ *Sénat de Belgique – Belgische Senaat, Session 2003-2004, Zitting 2003-2004, No. 3-27/1, pp. 9-10.*

⁶⁷ *Hague Conference on Private International Law. Final Act. The Hague, 30th June 2005, Letter C.* La decisión fue adoptada después de un examen cuidadoso del asunto según se desprende de los siguientes documentos preliminares: *Note on the Admission of the European Community to The Hague Conference on Private International Law drawn up by the Secretary General (Preliminary Document No. 13 of February 2004 for the attention of the Special Commission of April 2004 on General Affairs and Policy of the Conference)*; *Note on the Admission of the European Community to the Hague Conference on Private International Law. Update to Preliminary Document No. 13 of February 2004 (Preliminary Document No. 20 of February 2005 for the attention of the Special Commission of April 2004 on General Affairs and Policy of the Conference)*; *Draft Recommendation to the Twentieth Session of the Hague Conference on Private International Law on the admission of the European Community to The Hague Conference on Private International Law, drawn up by the Permanent Bureau (Preliminary Document No. 21 A of February 2005 for the attention of the Special Commission of April March/April 2005 on General Affairs and Policy of the Conference)*; *Draft Recommendation to the Twentieth Session of The Hague Conference on Private International law on the Admission of the European Community to The Hague Conference on Private International Law. Explanatory Notes, drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document 21 B, February 2005.*

Notas sobre la Colisión entre las Leyes Preconstitucionales y la Constitución

Carlos PÉREZ FERNANDEZ*

SUMARIO:

Introducción

1. **Tratamiento de la colisión entre leyes preconstitucionales y la Constitución en otros sistemas jurídicos.** *1.1 Sistema alemán. 1.2 Sistema italiano. 1.3 Sistema español. 1.4. Sistema uruguayo.*
2. **Tratamiento de la colisión entre leyes preconstitucionales y la Constitución en Venezuela.** *2.1 Criterios sostenidos al respecto en algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia. 2.2 Criterio asumido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia respecto de la solución que debe adoptarse frente a la colisión entre leyes preconstitucionales y la Constitución en el sistema venezolano.*
 - 2.2.1 La Competencia exclusiva de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para declarar la invalidez sobrevenida *erga omnes* y hacia el futuro de las leyes preconstitucionales.
 - 2.2.2 La Potestad de los Tribunales de Instancia de desaplicar normas que estiman derogadas en virtud de una inconstitucionalidad sobrevenida

***Universidad Central de Venezuela**, Abogado (1999). *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, Especialización en Derecho Administrativo*, tesista. **Universidad Católica Andrés Bello**, *Especialización en Derecho Procesal*, cursante. **Tribunal Supremo de Justicia**, *Sala Electoral*, *Abogado Auxiliar*.

A modo de conclusión: Consideraciones finales sobre el criterio adoptado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

INTRODUCCIÓN

Estas notas versan sobre el tratamiento de la colisión entre leyes preconstitucionales y la Constitución en cuanto a dos aspectos fundamentales: su naturaleza y los órganos judiciales competentes para dilucidar este tipo de conflictos normativos. Este es un tema que involucra no sólo a la teoría de la protección constitucional y al Derecho Procesal Constitucional¹, sino también la teoría general de la sucesión de leyes en el tiempo, y que guarda mucha relación con principios como la seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento jurídico.

Para abordar este tema hemos dividido el trabajo en dos partes. La primera parte está dedicada a la solución que se ha dado a la colisión entre leyes preconstitucionales y la Constitución en otros sistemas jurídicos, específicamente en Alemania, Italia, España y Uruguay. Como veremos, la solución adoptada en cada sistema guarda relación, como es lógico, con el sistema de control de constitucionalidad que existe en cada país.

La segunda parte contiene el tratamiento que se le ha dado a esta problemática en Venezuela, en primer lugar en algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia, hasta llegar a la exposición del criterio que sostiene actualmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Estas anotaciones finalizan con algunos comentarios acerca de la postura de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia frente a esta problemática.

¹ Sobre el Derecho Procesal Constitucional como rama del Derecho Procesal, y su distinción con el Derecho Constitucional Procesal véase: Almagro Nosete, José: *Constitución y Proceso*. Barcelona, Librería Bosch, 1984, pp. 153-160.

1. TRATAMIENTO DE LA COLISIÓN ENTRE LEYES PRECONSTITUCIONALES Y LA CONSTITUCIÓN EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS.

Esta primera parte del trabajo la dedicaremos a exponer brevemente el tratamiento que se le ha dado en algunos sistemas jurídicos al problema de la colisión entre leyes preconstitucionales y la Constitución, específicamente en lo relativo a la naturaleza de estos conflictos normativos y a los órganos judiciales competentes para resolverlos.

1.1 Sistema alemán

La solución que se construyó para la problemática planteada en Alemania parte del artículo 123 de la Ley Fundamental de Bonn, que estableció lo siguiente: “El Derecho en vigor antes de la reunión del Parlamento Federal continúa rigiendo siempre que no esté en contradicción con la presente Ley Fundamental”.

El Tribunal Federal Constitucional alemán consideró que dicha norma suscita una mera derogación por lo que a su juicio resulta pertinente remitir la determinación de esas contradicciones a los tribunales ordinarios, negándose a aceptar la cuestión como un problema de control de constitucionalidad de las Leyes. A pesar de ello, partiendo de la idea de que en cuanto a sus efectos la derogación y la inconstitucionalidad coinciden en la negación final de validez de la norma, también ha admitido el Tribunal Constitucional que resulta posible acudir por vía de un recurso directo de inconstitucionalidad contra leyes anteriores a la Constitución, cuya resolución entra dentro del ámbito de competencia de dicho órgano².

1.2 Sistema italiano

En el sistema italiano, el Tribunal Constitucional ha considerado que también están sometidas a control de constitucionalidad las leyes anteriores a la

² Cfr. García De Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Civitas, 1994, p. 85; y, ALMAGRO NOSETE, José: *Constitución...*, op. cit., p. 161.

Constitución. En su primera sentencia, el Tribunal Constitucional dictaminó lo siguiente:

La tesis de que la nueva institución de la “ilegitimidad constitucional” se refiere sólo a las leyes posteriores a la Constitución y no a las anteriores, no puede ser acogida, tanto porque la letra del artículo 134 de la Constitución y del artículo 1 de la ley const. N° 1 de 9-II-1948 hablan de cuestiones de legitimidad constitucional de las leyes, sin hacer distinciones, como porque, lógicamente, la relación entre leyes ordinarias y constitucionales y el grado que respectivamente les corresponde en la jerarquía de las fuentes, no cambian según sean las leyes ordinarias anteriores o posteriores a la Constitución... Los dos institutos de la derogación y de la ilegitimidad constitucional no son idénticos entre sí; se mueven en planos distintos, con competencias diversas y diversos efectos. El campo de la derogación es, además, más restringido que el de la ilegitimidad constitucional, y los requisitos exigidos para que se dé la derogación por incompatibilidad según los principios generales son bastantes más limitados que los que pueden ocasionar la declaración de ilegitimidad constitucional de una ley (Sentencia número 1 del 5 de junio de 1956)³.

Dicha solución fue precisada por el tribunal en la sentencia número 40 del 28 de junio de 1958, en los siguientes términos:

las cuestiones relativas a la compatibilidad de una disposición legislativa con la norma constitucional son cuestiones de legitimidad constitucional, de exclusiva competencia del Tribunal Constitucional, aunque se refieran a disposiciones anteriores a la entrada en vigor de la norma constitucional con la cual sean incompatibles⁴.

Como puede verse, el Tribunal Constitucional italiano, ante la disyuntiva de si la incompatibilidad de una ley preconstitucional con la Constitución implicaba un problema de inconstitucionalidad que le correspondía resolver, o un problema de derogación sobre el cual podrían decidir los jueces ordinarios, se pronunció

³ Cfr. Rubio Llorente, Francisco: *La Corte Constitucional Italiana*. Caracas, UCV, 1966, p. 21; y, Almagro Nosete, José: *Constitución...*, op. cit., p. 161.

⁴ Cfr. Biscaretti Di Ruffia, Paolo: *Derecho Constitucional*. Madrid, Editorial Tecnos, 1973, p. 268.

a favor de que no comportaba un problema de abrogación sino de ilegitimidad constitucional sobrevenida, por lo que asumió de manera exclusiva y excluyente la competencia para resolver la cuestión.

No obstante, la doctrina también advierte que en muchos casos los jueces ordinarios, comenzando por la Corte de Casación, han estimado por sí mismos la eficacia derogatoria de ciertos preceptos constitucionales, produciendo así una jurisprudencia no del todo concordante con la de la Corte Constitucional⁵.

En cuanto al sistema italiano, García de Enterría plantea una salvedad: esa inconstitucionalidad sobrevenida ha de referirse precisamente a la contradicción con los principios materiales de la Constitución, no a las reglas formales de elaboración de las Leyes que ésta establece. El referido autor indica que el Tribunal Constitucional y la doctrina italiana han precisado que no puede reprocharse inconstitucionalidad a las Leyes (o Decretos-leyes y Leyes delegadas) anteriores a la Constitución, por la sola razón de que la aprobación que en su momento les dio valor normativo sea contraria a las reglas constitucionales actuales de aprobación de las Leyes. Igualmente advierte que el principio *tempus regit actum* distribuye racionalmente en el tiempo esos dos efectos: la aprobación de la Ley se hizo conforme al orden constitucional vigente en su momento; la aplicación de la Ley debe respetar los principios constitucionales del ordenamiento que rigen en el momento en que dicha aplicación tiene lugar⁶.

El criterio de que la inconstitucionalidad sobrevenida ha de referirse precisamente a la contradicción con los principios materiales de la Constitución y no a las reglas formales de elaboración de las Leyes que ésta establezca, ha sido asumido también por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela. En efecto, en sentencia número 1971 de fecha 16 de octubre de 2001, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto con rango y fuerza de Ley sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, señaló lo siguiente:

⁵Cfr. Rubio Llorente, Francisco: *La Corte...*, ob. cit., p. 21.

⁶ Cfr. García De Enterría, Eduardo: *La Constitución como...*, ob. cit., pp. 86 y 87.

(...) las reglas formales que rigen el proceso de formación de las leyes, son las establecidas en las disposiciones constitucionales vigentes al momento de su creación.

Partiendo de la anterior premisa, debe esta Sala señalar de manera expresa que cualquier pronunciamiento respecto de la eventual inconstitucionalidad sobrevenida de una ley preconstitucional ha de recaer sobre aspectos sustanciales de los textos legislativos y no sobre las formalidades de su proceso de formación, toda vez que, pretender la inconstitucionalidad de una norma porque cumplió con formalidades legítimas en su momento, pero modificadas en virtud del cambio constitucional, llevaría al absurdo de sostener que todas las leyes (ordinarias u orgánicas) dictadas en vigencia de la Constitución de 1961, debido a que existen profundos cambios en el proceso de formación de las leyes en la nueva estructura unicameral del Poder Legislativo Nacional, serían inconstitucionales.

1.3 Sistema español

El Tribunal Constitucional español fijó los criterios básicos para dar respuesta a la problemática planteada en tres sentencias fundamentales. En primer lugar, en la sentencia número 4 del 2 de febrero de 1981, en la cual dejó sentado lo siguiente:

(...) no puede negarse que el Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, según el artículo 1 de su Ley Orgánica, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquella de las Leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la Disposición Derogatoria.

(...)

Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad (...).

Posteriormente, en sentencia de fecha 31 de marzo de 1981, ratificó uno de los criterios que sirvió de base para arribar a su conclusión en la decisión anterior, en los siguientes términos:

La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste (...) en que la Constitución es una ley superior –criterio jerárquico– y posterior –criterio temporal–. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar, de una parte, a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y, de otra, a la pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación⁷.

La otra sentencia que resultó de mucha trascendencia, de la que fue ponente Luis Díez-Picazo, es la de fecha 8 de abril de 1981, que tuvo su origen en un recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley de 4 de marzo de 1977 regulador del derecho de huelga. En esta decisión se estableció que no existe a juicio del Tribunal Constitucional español una autentica contradicción entre el problema vigencia-derogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad, y que la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación y no a la inversa. Sobre esa base se arribó a la determinación de que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución, conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad⁸.

Como ha quedado evidenciado, dicho órgano jurisdiccional ha afirmado su competencia para resolver este tipo de controversias, reconociendo igualmente la posibilidad de que los tribunales de instancia resuelvan libremente si una norma preconstitucional fue o no derogada por la propia Constitución, o de que, en caso de dudas, dichos tribunales las planteen al mismo Tribunal

⁷ Cfr. Garrido Falla, Fernando y otros: *Comentarios a la Constitución*. Madrid, CIVITAS, 2001, pp. 2081-2082.

⁸ Cfr. Cárdenas Quirós, Carlos: *Modificación y Derogación de las Normas Legales*. Perú, ARA Editores, 1999, pp. 95-96; y, García De Enterría, Eduardo: ob. cit., pp. 90-91.

Constitucional por medio de una cuestión de inconstitucionalidad⁹. La diferencia entre ambas situaciones se hallaría en que, mientras la sentencia del Tribunal Constitucional resuelve definitivamente el problema, por lo que todos los poderes del Estado deben acatamiento a esa decisión; las resoluciones de los órganos jurisdiccionales surten solamente sus efectos en el caso concreto¹⁰.

Por todo ello, en España se habla de que existe una competencia compartida en cuanto al derecho anterior a la Constitución, pues el Tribunal afirmó desde el primer momento que el control de constitucionalidad de las leyes preconstitucionales compete también a todos los tribunales del país, aunque como es obvio éstos no puedan invalidar las leyes que tengan por inconstitucionales, sino sólo inaplicarlas¹¹.

1.4 Sistema uruguayo

El problema de la incompatibilidad entre la Constitución las leyes preconstitucionales, en el sistema uruguayo, se plantea a partir de algunas disposiciones constitucionales. De la conjugación de los artículos 257 y 260 de la Constitución resulta que a la Suprema Corte de Justicia “...corresponde el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia” de declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de los derechos legislativos formales departamentales. Por su parte, el artículo 329 dispone: “Decláranse en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a las leyes que expida el Poder Legislativo”.

Al respecto el Tribunal de lo Contencioso Administrativo—desde su instalación en 1952— y la doctrina de ese país —en forma prácticamente unánime—

⁹ La cuestión de inconstitucionalidad consiste, a grandes rasgos, en el proceso mediante el cual los jueces ordinarios pueden, y deben, acudir ante el Tribunal Constitucional cuando tengan una duda respecto de la constitucionalidad de la ley que aplicarán para la resolución del caso pendiente ante ellos (Cfr. Corzo Sosa, Edgar: *La Cuestión de Inconstitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 30).

¹⁰ Cfr. García De Entería, Eduardo: *La Constitución como...*, ob. cit., p. 91.

¹¹ Rubio Llorente, Francisco y Javier Jiménez Campo: *Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional*. Madrid, McGraw-Hill, 1998, p. 10.

sostuvieron que cualquier Juez puede declarar que una ley ha quedado derogada por oposición con la Constitución posterior. Asimismo, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la doctrina interpretan que el artículo 258 de la Constitución sólo hace competente “originaria y exclusivamente” a la Suprema Corte de Justicia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes –privilegio de las leyes en virtud del artículo 257–, pero no para pronunciarse sobre su derogación.

Durante décadas, la Suprema Corte de Justicia sostuvo que solamente ella puede pronunciarse sobre la compatibilidad o incompatibilidad de una ley con la norma de máximo valor y fuerza jurídica dentro del ordenamiento nacional y ello aunque la ley sea anterior a la última Constitución. Este criterio jurisprudencial fue modificado en sentencia del año 1993, cuando la Suprema Corte de Justicia –aunque con dos votos salvados– se plegó a la posición de la doctrina y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹².

2. TRATAMIENTO DE LA COLISIÓN ENTRE LEYES PRECONSTITUCIONALES Y LA CONSTITUCIÓN EN VENEZUELA

2.1 Criterios sostenidos al respecto en algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia

En la Corte Suprema de Justicia ya se había planteado en algunos casos el problema referente a la colisión entre las leyes preconstitucionales y la Constitución, y en esta parte haremos referencia a dos decisiones emanadas de diferentes Salas en cuanto a este punto.

La primera de las sentencias emanó de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en fecha 31 de julio de 1997, caso: Electrospace contra el Banco Orinoco¹³. En este caso, tomando en cuenta que no se trataba del órgano jurisdiccional que de conformidad con el marco constitucional anterior

¹² Cfr. Esteva Gallicchio, Eduardo: La Jurisdicción Constitucional en Uruguay. En: La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica. Madrid, Editorial DYKYNSON, 1997, p. 908.

¹³ Consultada en: Revista de Derecho Mercantil Año IX, N° 22-23, 1997. Caracas, Livrosca, 1999, pp. 289-347.

podía ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, el problema se planteó en función de si lo procedente frente a la incompatibilidad de las leyes preconstitucionales con la Constitución era la aplicación del control difuso o la derogación. En la citada decisión, la Sala de Casación Civil, acogiendo la tesis de Linares Benzo, sostuvo lo siguiente:

la declaratoria de derogatoria virtual de una norma legal por efecto de su inconstitucionalidad sobrevenida, emitida con fundamento en lo dispuesto en la Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la Constitución de la República «(...) Mientras no sea modificado o derogado por órganos competentes del Poder Público, o no quede derogado expresa o implícitamente por la Constitución, se mantiene en vigencia el ordenamiento jurídico existente (...)» se diferencia nitidamente del mecanismo de tutela jurisdiccional del ordenamiento constitucional consagrado en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil (...) control difuso de la constitucionalidad de las leyes (...).

(...)

el control difuso de la constitucionalidad de las leyes ex artículo 20 del vigente Código de Procedimiento Civil, no es aplicable con relación a ilegítimas normas preconstitucionales, pues respecto a éstas ya han operado el efecto derogatorio expreso o virtual de la susomencionada Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la Constitución. Vale decir, las normas legales preconstitucionales infractoras del principio de la jerarquía normativa, por efecto de la derogatoria contemplada en la indicada Disposición Transitoria de la Constitución, han perdido la condición de «ley vigente», que es uno de los presupuestos fundamentales textualmente previstos en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil para el ejercicio del «control difuso de la constitucionalidad de las leyes»”.

Esta decisión, en la cual la Sala de Casación Civil declaró la derogatoria por inconstitucionalidad sobrevenida del primer aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio, también contó con un voto salvado del Magistrado Aníbal Rueda, que cuestionó entre otros argumentos, el que acabamos de citar, y lo hizo sobre la base de los siguientes razonamientos:

Declara la mayoría sentenciadora, la «inconstitucionalidad sobrevenida» del artículo 1.099 del Código de Comercio, al contravenir la disposición contenida en el artículo 68 de la Constitución, que consagra el derecho de defensa.

Sin embargo, considera quien disiente del criterio sustentado por la mayoría, que tal declaratoria de inconstitucionalidad de la norma sólo puede ser declarada por la Corte en Pleno, por lo que incurre en una evidente incompetencia la Sala de Casación Civil, al hacer tal afirmación.

Opino que, de considerarse que la norma vigente (artículo 1.099 del Código de Comercio), ya que sólo podría dejar de ser ley viva si otra norma posterior la deroga o si la Corte en Pleno declara su inconstitucionalidad, atenta contra la Carta Fundamental, ha debido desaplicarse al caso concreto de conformidad a la previsión contemplada en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, supra transcrito, y no declararse «virtualmente derogada, con eficacia jurídica limitada al caso particular *sub judice*» de conformidad a la previsión contenida en la Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la Constitución de la República.

Como vemos, según el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil en esa oportunidad, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes está referido a normas contrarias al texto fundamental y por lo tanto, violatorias del principio de jerarquía normativa, siempre y cuando tengan vigencia post-constitucional. El argumento se justifica en la decisión partiendo de que la condición de ley vigente es un presupuesto para el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las leyes.

El criterio sostenido por la Sala de Casación Civil, de conformidad con el cual el control difuso sólo sería procedente respecto de las leyes postconstitucionales y no de las preconstitucionales, es bastante discutible, por cuanto “al derivarse su derogación de su incompatibilidad con la Constitución nos situamos ante un examen de constitucionalidad similar al que se ejerce sobre leyes posteriores a la modificación constitucional correspondiente”¹⁴.

Recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia número 312 del 20 de febrero de 2002, resolvió un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1099 del Código de Comercio, el cual

¹⁴ Casal, Jesús María: *El Control Difuso de Constitucionalidad y sus perspectivas en el Derecho Venezolano*. En: Estudios de Derecho “Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello” (Estudios de Derecho Público Tomo II). Caracas, UCAB, 2004, pp. 318-319.

fue declarado sin lugar. En este fallo también se hizo la advertencia de que la Sala de Casación Civil, en la sentencia del 31 de enero de 1997, habría “podido desaplicar la norma contenida en el artículo 1099 del Código de Comercio al estimarlo inconstitucional, puesto que así lo permitía el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil”. De esta frase y de algunas otras contenidas en la sentencia, resulta claro que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no comparte el criterio de la Sala de Casación Civil de la anterior Corte Suprema de Justicia.

La otra sentencia que queremos traer a colación es la emanada en fecha 06 de noviembre de 1997 de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en la cual declaró la inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes. En esa oportunidad, la Corte se planteó la interrogante acerca de si la inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes, dada su promulgación antes de la Constitución vigente para la época, acarreaba su derogatoria o su nulidad, y en cuanto a esto concluyó lo siguiente:

A juicio de este Alto Tribunal, la solución al problema debe revestirse de contenido pragmático, sin olvidar estrictos principios con sentido jurídico. En efecto, opina la Corte, que inconstitucionalidad y derogación son dos conceptos distintos, tal cual se ha dicho, pero no se excluyen mutuamente. Al contrario, la decisión de si una norma preconstitucional se encuentra derogada, o no, por la Constitución exige, precisamente, un juicio previo sobre la constitucionalidad de dicha norma. Es eso lo que se persigue al abordar el fondo del problema. En efecto, la Constitución tiene el doble carácter de ley superior y posterior (criterio jerárquico y temporal), como se dijo, lo cual puede dar lugar, si ese es el caso, a su “inconstitucionalidad sobrevenida” e invalidez por un lado, y, por otro, a su derogación o pérdida de vigencia.

La diferencia con la decisión que había dictado previamente la Sala de Casación Civil es bastante importante. En efecto, mientras la Corte en Pleno consideró en el contexto del ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, que la decisión de si una norma preconstitucional se encuentra derogada o no por la Constitución, exige, precisamente, un juicio previo sobre la constitucionalidad de dicha norma; para la Sala de Casación Civil, en el marco del control difuso de la constitucionalidad, la vigencia de la norma es un presupuesto del examen de la constitucionalidad. Esta parte del razonamiento de la Corte en Pleno coincide, como veremos, con uno de los

argumentos básicos de la postura que sostiene actualmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en relación con esta problemática.

2.2 Criterio asumido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia respecto de la solución que debe adoptarse frente a la colisión entre leyes preconstitucionales y la Constitución en el sistema venezolano

La primera sentencia en la cual la Sala Constitucional se pronunció sobre este tema, es la número 1225 del 19 de octubre de 2000. Allí, luego de revisar las soluciones que se han dado para este tipo de controversias en Alemania, Italia y España, y de mencionar algunas críticas que ha formulado García de Enterría para la que se ha aplicado en esta última nación, pasó la Sala Constitucional a exponer su visión. Para ello expuso previamente los principios que están en juego dentro de este tipo de conflictos.

En primer lugar afirmó, que la declaración de una Ley como inconstitucional, ya sea que haya adquirido efectividad dentro de un ordenamiento constitucional cuyo instrumento máximo le haya precedido, así como la certeza de que una norma contenida en una Ley fue derogada por la irrupción de un nuevo instrumento constitucional, en virtud de la contrariedad con éste, es un asunto de extrema relevancia y que guarda relación con el importante balance que debe existir entre la libertad de los integrantes de una sociedad (con su carga de derechos y sus correspondientes principios y valores constitucionales) y el ejercicio de la coacción por órgano de los poderes públicos. Precisó, que está involucrado en este problema el principio de seguridad jurídica, en cuanto garantía de estabilidad y publicidad de las normas que forman el ordenamiento jurídico.

Sostuvo que tal advertencia adquiere especial relieve en cuanto que la cláusula derogatoria es, según la clasificación de las normas que hace H. L. A. Hart, una norma de *reconocimiento*, es decir, del tipo de preceptos al que le cumple establecer los criterios últimos de validez que permiten certificar la pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico y que indican cuándo las normas forman parte o no del ordenamiento jurídico, por lo que “Los problemas

derivados de la inseguridad que genera un sistema con deficiencias respecto a las reglas de reconocimiento provocan incertidumbre y afectan al núcleo de una de las características esenciales del Derecho, esto es, la seguridad jurídica¹⁵”.

Seguidamente la Sala invocó como criterios orientadores de su decisión el principio de seguridad jurídica y el de protección constitucional y arribó las dos conclusiones fundamentales que presentaremos a continuación:

2.2.1 La Competencia exclusiva de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para declarar la invalidez sobrevenida *erga omnes* y hacía el futuro de las leyes preconstitucionales.

La Sala Constitucional considera –como una consecuencia natural del principio de seguridad jurídica, así como del de protección constitucional– que le corresponde declarar la derogatoria con efectos *erga omnes* y hacía el futuro de una norma de rango legal vía la cláusula derogatoria única constitucional, en virtud del monopolio que en materia de protección constitucional le asigna la Constitución.

Seguidamente indicó que suscribe la tesis de que, trátase de una norma posterior o anterior a la Constitución, el juicio de correspondencia entre una u otra con respecto a la Carta Magna, implica un análisis respecto al contenido de la norma, por lo que su constitucionalidad o no devendría en causa de la derogación, y no ésta de aquélla. Este argumento es similar al que sostuvo la Corte Suprema de Justicia en Pleno en la sentencia de fecha 06 de noviembre de 1997, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes, de acuerdo con el cual la decisión de si una norma preconstitucional se encuentra derogada o no por la Constitución, exige, precisamente, un juicio previo sobre la constitucionalidad de dicha norma.

¹⁵ La cita contenida en la sentencia corresponde al siguiente libro: A. Llamas y otros: *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, 1999, p. 182.

Igualmente, también advirtió la Sala que esta competencia puede ejercerla de oficio en los casos que le toque resolver, o a través de un recurso directo de inconstitucionalidad.

El criterio contenido en esta decisión, fue ratificado en la sentencia número 1.421 del 22 de noviembre de 2000, en la cual expresó que cuando la norma objeto de impugnación se encuentra contenida en una ley dictada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, la misma debe ser objeto de control en cuanto a su conformidad con el nuevo Texto Fundamental, a fin de determinar si existe contradicción entre la precitada norma y la Constitución vigente, situación que supone una declaratoria de inconstitucionalidad sobrevenida por parte del Máximo Tribunal. Concretamente la Sala hizo, entre otros, los siguientes señalamientos:

Se plantea entonces en el caso de autos, un problema acerca de la vigencia de la ley impugnada, y de su conformidad o no con el nuevo Texto Constitucional, toda vez que, la Constitución de 1999 prevé una derogatoria expresa de la Constitución de 1961, pero no indica de manera expresa que una u otra ley hubiere sido derogada, sino que, de forma general establece que no estarán vigentes aquellas normas del ordenamiento jurídico que colidan con la Constitución; de allí que, en aras de la seguridad jurídica, resulta necesario que esta Sala emita un pronunciamiento sobre la “vigencia” de una ley anterior y contraria a la Constitución de 1999, en virtud de la potestad del control concentrado que la misma le atribuye.

(...) producto de la potestad para ejercer el control concentrado de la constitucionalidad del resto del ordenamiento jurídico, esta Sala Constitucional estará siempre facultada para declarar, si fuere el caso, la inconstitucionalidad y consecuente exclusión del mundo jurídico de una norma anterior a la Constitución de 1999. De este modo, estima la Sala, que los tribunales de instancia pueden, con fundamento en el artículo 334 de la Constitución de 1999, inaplicar en los casos concretos una norma preconstitucional que a su juicio contradiga la Constitución, sin pronunciarse sobre su vigencia; y corresponderá siempre a esta Sala Constitucional, efectuar el control concentrado de constitucionalidad de aquellas las (sic) leyes impugnadas que hubieren sido dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, a los fines de decidir acerca de su inconstitucionalidad, y de ser el caso, su exclusión del ordenamiento jurídico.

2.2.2 La Potestad de los Tribunales de Instancia de desaplicar normas que estiman derogadas en virtud de una inconstitucionalidad sobrevenida.

La otra conclusión fundamental de la sentencia número 1.225 del 19 de octubre de 2000, es que en nuestro sistema, debido a lo dispuesto en el artículo 334 de nuestra Constitución, frente a una evidente inconstitucionalidad, ya sea de una norma surgida bajo la Constitución vigente, ya sea que le precediera en el tiempo, pueden los jueces desaplicarla respecto al caso concreto, sin tener que emitir pronunciamiento alguno sobre su derogación, pero sí sobre su incongruencia material con alguna norma constitucional, advirtiéndole que allí reside la diferencia que surge entre la mera desaplicación de normas legales que tocaría realizar a los tribunales de instancia (así como a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia), y la declaración de invalidez sobrevenida *erga omnes* y hacia el futuro, que le compete efectuar a la Sala Constitucional.

Pero en su pronunciamiento, la Sala, invocando la seguridad jurídica y la coherencia que debe caracterizar al ordenamiento jurídico en su conjunto, y tomando en cuenta la incidencia que tienen en el ordenamiento jurídico este tipo de pronunciamientos, impone una carga adicional al resto de los órganos jurisdiccionales del país: el Tribunal o Sala desaplicante deberán remitir a la Sala Constitucional copia de la decisión, a la cual anexarán copia de los autos, con el fin de someterla a la revisión correspondiente.

El criterio relativo a que los tribunales distintos a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia pueden aplicar el control difuso de las normas preconstitucionales fue ratificado en su decisión número 1421 del 22 de noviembre de 2000. En esta sentencia se indicó claramente que los tribunales de instancia pueden, “con fundamento en el artículo 334 de la Constitución de 1999, inaplicar en los casos concretos una norma preconstitucional que a su juicio contradiga la Constitución, sin pronunciarse sobre su vigencia”.

A MODO DE CONCLUSIÓN: CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL CRITERIO ADOPTADO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Ya hemos visto cual es la postura asumida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y recapitulando podría decirse que gira en torno a cuatro argumentos fundamentales: a) Su competencia para ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes; b) La competencia de todos los tribunales de la República de velar por la integridad de la Constitución y aplicar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes; c) La relación que guarda esta temática con los principios de seguridad jurídica y coherencia del ordenamiento jurídico; y, d) Que trate de una norma posterior o anterior a la Constitución, el juicio de correspondencia entre una u otra con respecto a la Carta Magna, implica un análisis respecto al contenido de la norma, por lo que su constitucionalidad o no devendría en causa de la derogación, y no ésta de aquélla.

En cuanto a su competencia para ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, sólo cabría indicar que la misma resulta indiscutible si nos atenemos a lo dispuesto en los artículos 334 último aparte y 336 numerales 1 al 4 de la Constitución, así como a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que hacen referencia a las competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Por ello, este argumento no requeriría mayores comentarios.

En lo atinente al argumento relativo a la competencia de todos los tribunales de la República de velar por la integridad de la Constitución y aplicar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, creemos que basta con remitirnos a lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución.

El otro razonamiento de la Sala Constitucional, consistente en la relación que guarda esta temática con los principios de seguridad jurídica y coherencia del ordenamiento jurídico, nos parece totalmente pertinente. La Sala alude a la necesidad de respetar estos principios, por cuanto en esta situación se traducen en una garantía de estabilidad y publicidad de las normas que forman el ordenamiento jurídico. Igualmente advierte que este problema también guarda relación con el importante balance que debe existir entre la libertad de los

integrantes de una sociedad (con su carga de derechos y sus correspondientes principios y valores constitucionales) y el ejercicio de la coacción por órgano de los poderes públicos.

Existen según la doctrina dos acepciones básicas de la seguridad jurídica. En la primera, que responde a la seguridad jurídica *stricto sensu*, se manifiesta como una exigencia *objetiva* de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. En la segunda, que representa su faceta *subjetiva*, se presenta como *certeza del Derecho*, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información, realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento los destinatarios del Derecho pueden organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad¹⁶.

Dentro de esta concepción de la seguridad jurídica, la certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho y se traduce, básicamente, en la posibilidad de conocimiento previo por los ciudadanos, de las consecuencias jurídicas de sus actos.

Aquí es donde nos parece que tiene relevancia el argumento de la Sala Constitucional de que los tribunales de instancia pueden, “con fundamento en el artículo 334 de la Constitución de 1999, inaplicar en los casos concretos una norma preconstitucional que a su juicio contradiga la Constitución, sin pronunciarse sobre su vigencia”. Al impedirle que se pronuncien acerca de la vigencia de una norma, se está tratando, a nuestro juicio, de evitar la existencia de pronunciamientos contradictorios por parte de los tribunales de instancia en cuanto a la pertenencia de una norma a un determinado sistema jurídico, lo cual atentaría contra esa posibilidad de conocimiento previo por los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos, de la que hemos hablado.

¹⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique: *La Seguridad Jurídica*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994, pp. 29 y 30.

Pudiera pensarse que este último razonamiento carece de importancia, por cuanto los tribunales pueden igualmente dejar de aplicar la norma y sostener diversos criterios en cuanto a su aplicación, mediante el mecanismo del control difuso de la constitucionalidad. Pero ello no es cierto, por cuanto en primer lugar el control difuso puede no recaer sobre la ley considerada en abstracto, sino sobre su aplicación a una situación determinada. Por otra parte, por su propia naturaleza, el control difuso tiene un efecto limitado al caso específico y no cuestiona la pertenencia de la norma al sistema jurídico. Y una tercera diferencia se deriva de la existencia de mecanismos procesales de unificación de criterios acerca del alcance de la Constitución, que se aplican para las sentencias emanadas de los órganos jurisdiccionales distintos a la Sala Constitucional que desapliquen normas, como el recurso de revisión previsto en la Constitución, y los que están contenidos en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, específicamente, el avocamiento y el deber de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia cuando hagan uso del control difuso de la constitucionalidad, de informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y el alcance de la decisión adoptada para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión, absteniéndose de revisar el mérito y alcance de la sentencia dictada por la otra Sala, la cual seguirá conservando fuerza de cosa juzgada.

Todas estas son consecuencias prácticas que no aplican para los pronunciamientos sobre la vigencia o derogación de una norma preconstitucional por su incompatibilidad con la Constitución, y de allí la importancia de que la Sala Constitucional considere que tiene el monopolio para la realización de este tipo de pronunciamientos.

Así como existen mecanismos de formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico y de publicidad de dichas normas, también deben existir mecanismos que brinden certeza acerca de la expulsión de una norma de un determinado sistema jurídico, y a ello contribuye la asunción de la Sala Constitucional de la competencia para determinar la cesación de vigencia de una norma contenida en una ley preconstitucional por su incompatibilidad con la Constitución.

Incluso consideramos que al igual que se publican en Gaceta Oficial las decisiones que declaran la nulidad total o parcial de los actos con rango de

ley, atendiendo a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, lo mismo debería ocurrir con las decisiones que determinan la cesación de vigencia de una norma contenida en una ley preconstitucional por su incompatibilidad con la Constitución, tal como ordenó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que se hiciera con la sentencia número 1421 del 22 de noviembre de 2000, en la que declaró derogada la norma contenida en el aparte único del artículo 85 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Ello se debe a que ya sea por vía de la declaración de inconstitucionalidad o de la derogación, la consecuencia, en ambos casos, es que una o varias normas dejan de formar parte de un ordenamiento jurídico, y así como se le da publicidad a los actos contentivos de reglas que pasan a integrar un sistema determinado y a las decisiones que las expulsan del mismo por inconstitucionales, todo ello para brindar certeza a los ciudadanos sobre las consecuencias de sus actos, la misma razón justifica que se haga en estos casos de pronunciamientos relativos a la derogación de normas por incompatibilidad con la Constitución.

El otro argumento es que aun cuando se trate de una norma posterior o anterior a la Constitución, el juicio de correspondencia entre una u otra con respecto a la Carta Magna, implica un análisis respecto al contenido de la norma, por lo que su constitucionalidad o no devendría en causa de la derogación, y no ésta de aquélla. Este es un planteamiento que coincide con uno de los enunciados de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español en fecha 8 de abril de 1981, anteriormente citada, en la cual se sostenía que la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación y no a la inversa; e igualmente coincide con uno de los fundamentos de la sentencia de fecha 06 de noviembre de 1997 de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en la cual se declaró la inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes, por cuanto en esta se esgrimió la tesis de que la decisión de si una norma preconstitucional se encuentra derogada o no por la Constitución, exige, precisamente, un juicio previo sobre la constitucionalidad de dicha norma.

También este argumento de la Sala Constitucional nos parece válido. La Disposición Derogatoria Única de nuestra Constitución señala lo siguiente: “Queda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno. El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga a esta Constitución”.

Es decir, que de conformidad con dicha cláusula lo que se deroga expresamente es la Constitución de 1961, y en relación con el resto del ordenamiento jurídico sólo se produce la derogación de una norma cuando no resulta compatible con la Constitución, lo cual acarrea que nos encontremos ante lo que la doctrina denomina derogación por incompatibilidad.

Esa decisión siempre requiere y asume una interpretación del alcance de las normas y principios constitucionales. El derecho preconstitucional es confrontado con la constitución nueva o reformada a fin de verificar si guarda o no congruencia con ella. No se puede llegar a decir que se ha producido una derogación, ni que ha sobrevenido una inconstitucionalidad, si no se lleva a cabo la interpretación de la constitución, y del derecho infraconstitucional opuesto que se supone derogado o inconstitucional¹⁷. Lo más conveniente es que esa interpretación del alcance de la Constitución en cuanto al desplazamiento de la vigencia de las leyes anteriores a la Constitución, dada su complejidad y sus implicaciones técnicas, sea asumida por el órgano especializado para ello¹⁸, en nuestro caso, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

¹⁷ Cfr. Bidart Campos, Germán J.: *La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*. Buenos Aires, EDIAR, 1987, p. 111.

¹⁸ Cfr. García De Enterría, Eduardo: *ob. cit.*, pp. 92-93.

Reflexiones sobre el proceso venezolano de solicitud del beneficio de Atraso

Gladys J. Rodríguez R. DE BELLO*

*Al Dr. Gonzalo Parra Aranguren.
Dedicamos, gran maestro desde el estrado y
no sólo en las aulas de clases.*

SUMARIO:

Preliminar.

1. **Beneficio de Atraso Reflexiones y Análisis.**
2. **Naturaleza de la Solicitud de atraso.**
3. **Las partes en el beneficio de atraso.**
4. **Libros de contabilidad. Asientos computarizados no formales. Problemática en el proceso de atraso.**
5. **Comentario jurisprudencial.**
6. **Lapsos en el proceso de atraso. Vacíos.**

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada, Especialista en Derecho Mercantil. *Doctorado en Ciencias, mención Derecho*, en fase de discusión de tesis. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Profesora de Derecho Mercantil, *Centro de Estudios de Postgrado*, *Comité Académico del la Especialización en Derecho Mercantil*, Miembro. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesora de Derecho Mercantil (1986-1990). **Asociación Venezolana de Derecho de Seguro (AVEDESE-AIDA)**, Directiva. Autora de artículos y trabajos varios difundidos en publicaciones especializadas y arbitradas.

7. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del síndico en el proceso de atraso.

8. Naturaleza del Síndico.

Conclusiones.

PRELIMINAR

Los tópicos a analizar sobre este particular proceso¹ son muchos.

Escogimos algunos, como su naturaleza, los sujetos del proceso, quiénes se pueden considerar como partes de este, si es así como podemos calificarlo. Nos topamos con la práctica usual de libros computarizados y su efecto en el ámbito de este beneficio. Analizamos, además, jurisprudencia específica de este procedimiento y los vacíos que se presentan en él, para, finalmente, revisar la naturaleza y función del síndico a fin de diferenciarlo del síndico en la quiebra.

Consideramos este proceso de gran importancia pero poca ha sido su difusión. Hoy día, “lamentablemente”, ha tenido gran auge en las lides tribunalicias.

Decimos “lamentablemente” ya que es propio de economías en delicado estado o en crisis. Refleja muchas veces un problema mayor, como, entre otros, la inestabilidad o crisis de la economía nacional.

Este beneficio lo consideramos “el quijote de los procesos concursales”, por aquello de querer ayudar al comerciante, honesto, que enfrenta una crisis patrimonial superable, originada por causas imprevistas no imputable a su voluntad.

Crisis superable porque existen activos suficientes para obtener liquidez y firmes expectativas que demuestran la posibilidad cierta de superarla. Claro está, previa demostración del interesado, solicitante del beneficio, y verificación del Tribunal respectivo.

¹ En el Código de Comercio Venezolano de 1904 se introdujo el proceso de solicitud de beneficio de atraso.

Coincidimos con destacado doctrinario,² en que dicho proceso afecta a un cúmulo de relaciones jurídicas, de naturaleza muy variada que abarca tanto el sector de derecho privado como el público; ya que este proceso concursal acarrea consecuencias que trascienden la esfera individual del comerciante, titular del patrimonio, hacia las relaciones con las cuales tiene trato comercial.

Casi podríamos decir, utilizando un símil poco jurídico, que como consecuencia existirá una reacción o un efecto dominó sobre todos aquellos entes o sujetos que se hayan relacionado con este comerciante en crisis patrimonial, ya que al iniciar el proceso, con la solicitud de beneficio de atraso, se producirán determinadas consecuencias. Como decía el profesor Carlos Morales, “Los comerciantes forman como una cadena de acreedores y deudores; de tal modo que la falta de cumplimiento de uno de ellos a sus obligaciones produce malestar de los negocios de otro”.³

Por ello, las más recientes tendencias legislativas han procurado unificar el régimen jurídico aplicable a toda clase de deudor, sin hacer distingo entre comerciante o no comerciante, criterio que, a nuestro parecer, resulta ser más cónsono con la dinámica y realidad jurídica de esta institución.

Nuestras reflexiones sobre este especial proceso mercantil buscan esclarecer algunos tópicos del mismo, en virtud de la poca doctrina nacional existente. Están orientadas, como dijimos, a ideas puntuales, tales como la naturaleza del proceso las funciones del juez mercantil concursal, las funciones del síndico, entre otras.

En cuanto este último punto, el síndico y sus funciones en el proceso de atraso, debe entenderse que la sindicatura, como institución de buena fe y auxiliar del Tribunal, desempeña determinadas y distintas atribuciones a las de la sindicatura en el proceso de quiebra; sin embargo, nuestra práctica

² Morles Hernández Alfredo. Perfiles del Derecho Mercantil. Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 30 de Abril de 1998. p. 17.

³ El Doctor Carlos Morales fue uno de los pioneros en nuestra doctrina, en escribir hace cien años sobre este tema. Morales Carlos. Atraso y liquidación Amigaba. Tipografía Guttemberg. Caracas. 1905. p. 9. También posteriormente hay un artículo del Dr. Atilio Calixto Zuleta González en la Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia del año 1946. p. 4176 ss.

forense nos ha demostrado que tienden a confundirse y a unificarse las funciones de ambas, sin respetar la naturaleza distinta de ambos procesos.

De allí nuestro interés de reiterar lo expresado en el foro y en las aulas de clases, y colaborar, con estas reflexiones, que a continuación presentamos.

1. BENEFICIO DE ATRASO. REFLEXIONES Y ANÁLISIS

La economía nacional ha presentado desde hace más de dos décadas fluctuaciones importantes que han repercutido en la estabilidad financiera de las empresas.

Por ello, los comerciantes se han visto obligados a acudir a un proceso que les permita obtener una suspensión temporal de pago de deudas y de ejecuciones individuales, a fin de lograr tiempo para superar la crisis y continuar con su giro mercantil.

Para enfrentar y superar esta “crisis patrimonial” –referido este término a la incapacidad o a la impotencia patrimonial para satisfacer las obligaciones con sus acreedores–, existe la legislación concursal, que busca solucionar esta problemática instituyendo procesos que garanticen, como dice la doctrina, “el derecho de persecución” que tienen los acreedores sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros, muebles o inmuebles del deudor, salvo los inembargables.⁴

Este derecho de persecución de los acreedores sobre el patrimonio de su deudor está regido por el principio universal, según el cual el patrimonio del deudor es prenda común de sus acreedores. En consecuencia, este derecho de los acreedores, entendido este último concepto como grupo o masa en conjunto, y no individualmente, se concreta cuando existe impotencia patrimonial para el pago de sus obligaciones y, entonces, los acreedores se ven obligados a iniciar las acciones respectivas sobre la totalidad del patrimonio del deudor. Dichas acciones podrán ser enervadas si el comerciante –o uno

⁴ Sanguino Sánchez, Jesús María. Cesación de Pagos en los Procesos Concursales. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, Colombia, 1982. p. 19.

de sus acreedores, en el caso de quiebra– solicita alguno de los procesos concursales regulados en nuestro ordenamiento, atraso o quiebra.

Como bien se ha dicho, el comercio funciona a la perfección mientras haya un cumplimiento exacto de las obligaciones asumidas, el problema surge cuando una pluralidad de acreedores o un acreedor inicialmente, se encuentran en conflicto con un deudor que o no puede o no quiere pagar sus deudas.

Pueden existir causas excusables, por hechos imprevistos, que coloquen en situación delicada la solvencia del patrimonio del comerciante. Si esta situación se extiende a todos sus acreedores, este conflicto tendrá ya una connotación diferente en virtud de que, además de los acreedores, interesará al Estado conocer la real situación del mismo; ya que el comercio, como dice Giménez Anzola⁵, vive del crédito –crédito entendido como fe o creencia en el comerciante respecto al cumplimiento de sus obligaciones–.

La falta de cumplimiento de las obligaciones mercantiles producirá un desequilibrio económico grave que, a juicio de muchos, es más importante que el incumplimiento o la incapacidad del pago oportuno de las acreencias, debido a la interdependencia y las diferentes relaciones que existen entre las empresas comerciales. Por ello, el Estado regula a través de normas estas crisis temporales o definitivas del patrimonio de los comerciantes, con el objetivo de subsanarlas en lo posible, o, por lo menos, de proteger los intereses afectados a fin de que el daño no sea mayor.

Por estas razones, el derecho concursal va a tener como fin primordial no sólo el interés privado, sino también el público, en virtud del deber del Estado de velar por esos patrimonios afectados por insolvencia o por falta de liquidez (patrimonios enfermos), y con el objeto de que se resuelvan sus conflictos en una liquidación de las deudas con el menor perjuicio posible a los acreedores.

El derecho concursal está regido por principios fundamentales que se deben tener presentes desde el punto de vista sustantivo y procesal.

⁵ Giménez Anzola, Hernán. El juicio de atraso. Derecho concursal mercantil. Librería Antigua y Moderna, Caracas, 1963. p.11.

En primer lugar, el proceso concursal está caracterizado, casi siempre, por normas de orden público, pero a pesar de que priva ese orden público, vamos a encontrarnos también con que el interés privado juega un papel importante en el mismo, ya que no se va a limitar a proteger el patrimonio de los acreedores, como muchos sostienen, sino a todas las partes e intereses involucrados. Por ello, como su elemento característico, se dice que el derecho concursal protege la igualdad de los acreedores.

También el derecho concursal está regido por la universalidad del mismo. A diferencia de la individualidad del proceso de ejecución ordinaria, esta universalidad se entiende desde un aspecto activo como pasivo, ya que involucra todas las relaciones patrimoniales o de contenido patrimonial, y a todos sus acreedores. Inclusive, se sostiene que se extiende hasta contra la cosa juzgada, y que constituye un fuero “ eminentemente derogatorio ” de los demás o un “ fuero preeminente ”, como dice Loreto, ya que le quita la competencia a cualquier otro juez que por Ley fuera el competente natural, ya sea por el territorio, la materia, etc., porque todos los procesos son atraídos a la esfera concursal.

Es por eso que el juez mercantil concursal o en funciones propias de uno de los procesos concursales, tiene unas facultades mucho más amplias que las del juez ordinario mercantil o civil. La razón es el orden público, al que nos referimos anteriormente, y la búsqueda de una mayor eficacia: del proceso de justicia sobre el reparto del patrimonio afectado al concurso.

En Venezuela entendemos, que el juez mercantil concursal, gracias a estas amplias facultades, arriba referidas, puede eventualmente, dentro del proceso de atraso, cumpliendo los parámetros legales, declarar “ de oficio ” la quiebra. Parte de la doctrina ha dicho que esta posición del legislador no produjo un retardo en la legislación del momento, sino más bien estaba dejando sentado, o reiterando, que el proceso concursal conjuga el interés privado con el público. Es claro que, como se trata de un patrimonio particular, el Estado carece de interés directo e individual o cualidad para iniciar o impulsar el proceso. Resulta delicado que el Estado, a través del órgano jurisdiccional, intervenga, cuando podría darse negociación o convenio entre los propios particulares a fin de resolver la situación.

En la práctica, se ha discutido la posibilidad o no, de que un juez mercantil concursal de oficio declare la quiebra. Debemos señalar que pareciera que la Ley sólo plantea “casos extremos” como los establecidos en los artículos 907, 911, 928, 929 del Código de Comercio⁶.

También la normativa concursal de quiebra permite al juez, de oficio, dictar medidas de prevención en casos especiales como cuando se da el abandono de la actividad, el cierre al público, la fuga, el ocultamiento u otras señales externas que indican crisis patrimonial, y actitud no honesta del comerciante. Pero ni aún en estos se cumplen los supuestos de actuación de oficio de iniciar el proceso, como veremos.

El juez, sostenemos, no inicia el proceso; sólo declara la procedencia o no de la solicitud de la parte interesada, quien manifiesta o confiesa su estado de cesación de pagos. Esta declaratoria también puede ser solicitada, en el caso de la quiebra, por los acreedores del comerciante, y, en último caso, puede surgir dentro de otro proceso, como en la solicitud de atraso, y subsiguiente declaratoria de quiebra, tal como está claramente previsto en la Ley. Los acreedores que acuden al proceso de solicitud de atraso a acreditar su deuda también pueden solicitar si así lo consideran, que el comerciante sea declarado en quiebra. En la práctica tribunalicia así lo hemos visto, e incluso se reservan el ejercicio de la respectiva acción penal.

Luego, no nace de oficio, aún cuando puede generarse dentro del proceso de atraso una declaratoria de quiebra, en virtud de que no se cumplan los supuestos previstos, para el otorgamiento del beneficio de atraso. Entonces, el juez mercantil se encontrará ante la disyuntiva de determinar qué tipo de crisis patrimonial está atravesando el comerciante ya que, en la solicitud hay una expresa declaración confesión, admisión, de cesación de pagos o de insolvencia o falta de liquidez, así como de crisis temporal, supuestamente, del patrimonio⁷.

⁶ Las dos primeras normas se refieren a la declaratoria de quiebra en procesos que fueron inicialmente de atraso, y los otros dos a la declaratoria de quiebra de oficio: 928, declaratoria por el juez mercantil de la quiebra solicitada por el comerciante, los acreedores *o de oficio*; y 929, referido al comerciante fallecido en estado de cesación de pagos. Veremos la razón de estas dos últimas normas en nuestro análisis posterior.

⁷ Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 8 de abril de 1999 con ponencia del Magistrado Alirio Abreu Burelli, en el juicio de Industrial NOVAC.A. contra

Lo que si es claro para nosotros es que ante esta solicitud, que conlleva la declaratoria de insolvencia, confesión expresa, con todos los efectos trascendentales que implica, no debe el juez limitarse sólo a no conceder el beneficio de atraso, si fuere el caso, sino que deberá determinar si la crisis y su elementos llevan a concluir que estamos ante un estado de quiebra.

Además la ley prevé otras formas.

Una vez otorgado el beneficio de atraso, en el desarrollo del proceso, durante la etapa de liquidación, podrá el juez mercantil decretar la quiebra si se dan los supuestos previstos en el ordenamiento jurídico (artículos 907, 928, 938, 933, ordinal 4º, CdC.)

Con relación a los supuestos consagrados en el artículo 928 (cdc) Pierre Tapia⁸ refiere que:

Este tipo de quiebra ⁹ no es admitido en absoluto en nuestro sistema jurídico positivo, pues cuando el deudor se fugare u ocultare (...) autoriza al Juez para que, incluso de oficio, ordene la posición de sellos, la formación del inventario u otras medidas de precaución que estime conducente.

De lo transcrito se desprende que el doctrinario considera que la quiebra de oficio no es procedente en nuestro derecho concursal, pero que sí procede de oficio la declaratoria medidas de salvaguarda o precaución. Criterio reforzado por el artículo 928 *eiusdem*, que establece la prohibición de declarar la quiebra de oficio. Coincidimos con calificada doctrina nacional ¹⁰según la cual esta

Banco Unión S.A.C.A. En la misma se establece la facultad del juez de decretar la quiebra cuando considere improcedente el atraso que se le haya solicitado, esa facultad la puede ejercer incluso después de emitida la decisión que acuerda el atraso.

⁸ Pierre Tapia Oscar., Ob. Cit., p. 148.

⁹ El autor se refiere a la de oficio.

¹⁰ Pisani Ricci, María Auxiliadora. La Quiebra en el Derecho Venezolano, Caracas, 1990. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Pág. 79; Señala que fue el Código de 1919 el que consagró la prohibición de declarar la quiebra de oficio, “pero se olvidó de armonizar dicha prohibición con las normas existentes (928 sobre competencia y 929 sobre quiebra póstuma), lo cual creó la contradicción que propicia diversas interpretaciones, afirmativas o adversas a la existencia de tal figura.”.

norma por fallas de técnica legislativa no fue concatenada armónicamente con otras a fin de evitar la colisión normativa.¹¹

Podemos interpretar del espíritu del legislador y del texto legal, que se puede dar excepcionalmente una declaratoria diferente a lo solicitado —sin que por ello se incurra en ultrapetita—, cuando el comerciante solicita el beneficio de atraso y el Tribunal, por las razones de Ley antes señaladas, declara la quiebra.

No es el tribunal quien inicia la actividad jurisdiccional o el proceso; pero sí cambia la calificación de este, por llamarlo así; sucede algo parecido, quizás, al cambio de calificación por el juez en el proceso penal, artículo 330, ordinal 2º, del Código Orgánico Procesal Penal¹².

Para una reforma mercantil posterior de la materia, deberá aclararse esta prerrogativa del juez a fin de evitar esta colisión de normas e interpretaciones.

En conclusión, en el proceso de atraso se nos presentan ciertos tópicos dignos de reflexionar sobre ellos; tales como: la naturaleza de la solicitud del beneficio, las partes del proceso, lo relativo a los libros de contabilidad como requisito de la solicitud, y ciertos criterios jurisprudenciales en cuanto de la suspensión de acciones individuales y cómputo de los lapsos del proceso, así como la naturaleza y funciones del síndico.

2. NATURALEZA DE LA SOLICITUD DE BENEFICIO DE ATRASO

La solicitud de beneficio de atraso, como vimos, busca que el comerciante que se encuentra ante esta anomalía patrimonial, llámese insolvencia o crisis temporal —que causa insatisfacción de los intereses generales de los acreedores— opte por este proceso concursal, cuyo objetivo es lograr tiempo para reparar

¹¹ Burgos Villasmil José R. (La Quiebra en el Derecho Venezolano. Editorial Jurídica ALVA S.R.L. Caracas, Venezuela 1985 pp. 93-94) considera que esta contradicción se debe a una inadvertencia del codificador venezolano, cuando copió la disposición equivalente del Código español. Insiste el autor en que la quiebra de oficio está prohibida en nuestro derecho; sólo es aplicable a los casos expresamente señalados.

¹² COPP en lo sucesivo. Su última reforma fue publicada en Gaceta Oficial No. 5558 Extraordinaria del 14-11-2001

el desequilibrio y el estado de insatisfacción del derecho de los acreedores en el tiempo pautado por la Ley; siempre que el “comerciante honesto” demuestre su interés en la resolución del problema, y que las causas de dicha insolvencia o crisis temporal no le sean imputables, respetando siempre el principio *par condittio creditorum*.

Este proceso se extiende a todos los bienes del comerciante y a todos los acreedores del mismo. Atiende, entonces, a una pluralidad frente al sujeto comerciante, que se encuentra en crisis.

La solicitud de beneficio de atraso ha sido calificada como un proceso de jurisdicción voluntaria y unilateral ya que no hay propiamente partes sino un solicitante o peticionario, que acude ante el juez mercantil competente a fin de exponerle su estado de afectación patrimonial a consecuencia de causas no imputables. En estricto derecho, los procesos de jurisdicción voluntaria se desarrollan, regularmente, con una sola parte, como el caso de ciertas rectificaciones de partidas de nacimiento, en los cuales basta con la demostración de los documentos que acreditan el error material, si fuere el caso, para que el juez, casi de pleno derecho, proceda a rectificar la partida

La casación venezolana ha sostenido en varias sentencias que la solicitud de atraso es una “solicitud de gracia”¹³.

¹³ En jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Civil de fecha 21 de junio de 1995 en el juicio Inversiones El Chino S.R.L., expediente N° 89-604, sentencia N° 219, ese máximo Tribunal determinó en relación al recurso de casación interpuesto, que la solicitud de atraso no es un juicio propiamente dicho, sino más bien es una *solicitud de gracia* que excepcionalmente consagra el Código de Comercio al comerciante no doloso para que “libre de coacción pueda ser frente a las obligaciones y demás pasivos contraídos con sus acreedores. Lo antes expuesto, queda reafirmado cuando se observa que la solicitud de atraso es una potestad única del comerciante afectado. Más no pueden pedirla sus acreedores, quienes se espera que a través del atraso y la liquidación amigable puedan satisfacer sus créditos...” Más adelante, la mencionada sentencia sostiene que las decisiones recurribles en Casación son aquellas cuyos aspectos de cuantía cumplan los requisitos de este recurso, además de que sean decisiones que se produzcan o sean dictadas en juicio, y constituyen juicios según la Sala: “las controversias judiciales suscitadas con conflictos intersubjetivos de intereses que el órgano jurisdiccional debe resolver por sentencia, previa sustanciación de la causa a través de las formas procesales previstas en la Ley.”

La Sala consideró que, además de estas razones, no era recurrible el auto que negaba la admisión de la solicitud de atraso por incumplimiento de las formalidades del artículo 898 del Código de

Creemos que la solicitud del beneficio de atraso es una solicitud de gracia, como expresa el máximo tribunal en las referidas sentencias. Como bien lo indica su nombre, se está pidiendo ante el organismo jurisdiccional competente una concesión, una ayuda por la crisis, temporal no imputable, que enfrenta. Se pide un beneficio.

La no admisión de este beneficio en el auto que versa sobre la revisión de los recaudos (art. 900 C d C), según el máximo tribunal ha expresado, no es recurrible en casación, por no tratarse de un juicio y porque no es estimable su cuantía.¹⁴

Por eso, creemos que en ese caso, sólo podría el comerciante acudir a la vía excepcional de amparo¹⁵ por violación de preceptos constitucionales. (Artículos 26, derecho de acceso a la justicia, y 49, ordinal 3º, derecho al debido proceso)

En fin, la solicitud de beneficio de atraso trata de una gracia muy especial que debe cumplir con ciertos requisitos previos, durante su tramitación, así como luego de obtenida, ya que la situación del comerciante cambia y su actividad estará supervisada, a fin de verificar la solución de la crisis y la justificación

Comercio, no era susceptible de ser recurrible en Casación por cuanto no constituye un verdadero juicio, por lo tanto no cae en los supuestos del artículo 312 del Código de .Proceso .Civil, además de que no fue estimada su cuantía por el recurrente, según lo dispone el artículo 38 y 39 del Código de Proceso Civil, a consecuencia de no tratarse justamente de un juicio.

Esta decisión es ratificada también en sentencia de la misma Sala de Casación Civil de fecha 12 de agosto de 1998, con ponencia del Magistrado Héctor Grisanti Luciani, en el juicio de Pesticidas Nacionales Comanil C.A., sentencia Nº 671.

Antiguamente la posición de algunos estudiosos del área era distinta, así en el artículo de Atilio Calixto Zuleta González refiere que este es un derecho—, que en el proceso de atraso el solicitante se coloca frente a los acreedores surgiendo un verdadero juicio de naturaleza contenciosa. Conf. Breve estudio sobre la institución del atraso. Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia. Dic. 1946. Años XI y XII Nros. 109 al 114. p. 4183 y ss.

¹⁴ Diferimos en esta última apreciación de la corte ya que puede estimarse la cuantía en el déficit de capital de la empresa involucrada en la crisis patrimonial relacionado con el monto adeudado a los terceros.

¹⁵ Artículo 27 de la Constitución: “ Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.”

de otorgar el beneficio; además, para que su concesión resulte útil y en provecho, no sólo del comerciante, sino de sus acreedores y, por ende, de la actividad económica que interesa al Estado.

3. LAS PARTES EN EL BENEFICIO DE ATRASO

Por lo general, el ordenamiento rechaza la figura de proceso sin parte, sin contendor, por aquello de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

En el caso del proceso de atraso no es una acción que solicita un tercero contra el comerciante, sino que es un “beneficio” que el propio comerciante está solicitando, y cuyo efecto va a recaer, en primer lugar, sobre sí mismo y su patrimonio comercial¹⁶. También este proceso va a repercutir, como ya hemos analizado, en la esfera patrimonial y en las relaciones jurídicas comerciales del entorno de dicho solicitante, por lo tanto se va a llevar un proceso unilateral, sin contraparte¹⁷, sólo al inicio, posterior a esta solicitud van a ser atraídos todos aquellos interesados acreedores relacionados con el solicitante.¹⁸

Más aún, si analizamos la norma del artículo 902 (C d C), concluimos que señala que en la reunión o junta a celebrarse en el proceso de atraso, se

¹⁶ La Corte Suprema de Justicia, en fecha 21-6-95, dijo que este beneficio sólo lo puede solicitar el comerciante y agrega: “Mas no pueden pedirlo sus acreedores, quienes se espera (sic) a través del atraso y la liquidación puedan satisfacer sus créditos, que de lo contrario, de no haber acuerdo, la situación derivaría en quiebra.” (Dr. Carlos Trejo Padilla, expediente 89-604, CSJ, Casación, Ramírez & Garay, tomo CXXXIV, No. 625-95. pp. 510 a 512.

¹⁷ Especialistas, como el profesor Aristides Rengel-Romberg, se ha pronunciado al respecto con relación a algunos procedimientos en el régimen de protección de la Ley orgánica para la protección al niño y adolescente que poseen esta misma características de unipersonal, que aludimos aquí para el de atraso, por lo menos inicialmente (Vid. Jorge Bali, Las iniciativas probatorias del juez en la Ley orgánica para la protección del niño y del adolescente, trabajo especial para optar al título de Especialista en Derecho Procesal, inédita, Entrevista al profesor Rengel Romberg, en fecha 22-4-2003, p. 79 y ss.

¹⁸ Pero no creemos que como contraparte como en un verdadero juicio contencioso como decía Zuleta González. Ob. Cit. p. 4183, ya que la acción del proceso la inicia el comerciante y recae en primer lugar sobre él y su patrimonio, aún cuando repercuta los efectos sobre los terceros acreedores del comerciante; quienes podrán traer sus acreencias y hasta emitir su opinión u oposición al proceso, pero no realizan actos que se consideren puedan “trabar lalitis” como un proceso típico.

escuchará, en primer lugar, la exposición del síndico, luego a la Comisión de Acreedores, que manifestará su opinión. Expresa el texto normativo que también se escuchará la opinión del comerciante y de los acreedores que acudan a dicha reunión, y ello se infiere del último aparte de la norma en referencia, cuando dice que al levantarse el acta firmarán con el tribunal todos los concurrentes, haciendo énfasis en que se dejará constancia del nombre, créditos, montos y “la opinión de cada cual sobre los puntos indicados”.

Pareciera, entonces –y así lo creemos–, que la Ley, en primer lugar otorga el derecho de opinar a los acreedores en dicha reunión, y, en segundo lugar, que por esto pueden oponerse al proceso, intervención con la cual se configuran como contraparte. Se constituyen, entonces, los acreedores en parte, aunque no en estricto sentido tradicional o formal, pero de hecho lo son al reconocerles la Ley la posibilidad de opinar y actuar; más aún cuando, en caso contrario, se estaría violando el derecho legítimo y constitucional de expresarse en el proceso y defenderse de las opiniones que pudieran emitir con relación a sus acreencias –legitimidad y monto–, la sindicatura, la Comisión de Acreedores y hasta el solicitante, además de opinar sobre el otorgamiento o no del beneficio, las cuales van repercutir sobre los intereses de los acreedores.

En este proceso concursal, que involucra múltiples bienes y un conjunto de acreedores, se legitima a estos como actores o como partes en el mismo.

En el atraso, el término partes no se configura, a nuestro entender, desde su inicio, ya que la solicitud de este beneficio partirá del propio comerciante honesto y responsable que se encuentra ante esta crisis patrimonial, que sabe que no va a poder seguir cumpliendo sus actuales, futuras o inmediatas obligaciones. Por ello, inicia el proceso a través de una solicitud que es prácticamente una acción mero declarativa, por la cual solicita que se le declare en estado de crisis y de incapacidad para responder temporalmente por sus obligaciones. Por lo tanto, la solicitud que inicia el proceso, en principio y en primer lugar, surtirá efectos sobre su propio patrimonio. Claro está que entendemos y así reconocemos, que esos efectos se extenderán sobre toda la masa de acreedores que mantienen relaciones comerciales con el comerciante.

Este proceso se caracteriza, entonces, porque comprende a todos los acreedores, dándole este carácter de concursabilidad, aún cuando algunos

doctrinarios (Carnelutti)¹⁹ sostienen que no es característica de estos procesos, ya que la concurrencia de partes no es lo que los califica. Creemos que hay un concepto de concursabilidad que no es la mera concursabilidad procesal, sino que trasciende del concepto proceso y se va a la institución que es objeto de estos procesos especiales concursales. La concursabilidad, así entendida, estaría referida, en este proceso, a que comprende no sólo todos los acreedores, sino que, además, supone la ejecución de todo el patrimonio y el concurso de voluntades para que se lleve a cabo este proceso, con el fin de hacer honor a las acreencias contraídas.

Es decir, que, en el proceso de solicitud de beneficio de atraso, los sujetos procesales que en él intervienen están representados, en primer lugar, por el comerciante, que solicita el beneficio de atraso, como sujeto activo de esta acción, sin que deba entenderse como tal a cualquier comerciante, sino aquél que sea “comerciante honesto”: que pueda justificar suficientemente el estado de crisis patrimonial, es decir, que esté investido de la condición particular de comerciante, pero que, además, justifique la crisis patrimonial.

Sabemos que comerciante es aquella persona –jurídica o individual –que, teniendo capacidad para contratar, hace del comercio su profesión habitual, como lo establece el artículo 10 de nuestro Código Comercio, además de las personas jurídicas colectivas, sociedades mercantiles de cualquier tipo que sea. El comerciante individual debe tener capacidad para contratar y obligarse y la habitualidad del ejercicio de la actividad mercantil como bien expresa Giménez Anzola en su trabajo²⁰. Coincidimos con el citado autor, en que las sociedades de hecho no pueden estar consagradas para que se les otorgue este beneficio, ya que se supone que este beneficio es inherente al comerciante honesto, diligente y ordenado; y consideramos que este tipo de sociedad no goza de estos calificativos²¹.

¹⁹ Instituciones del Proceso Civil. Tomo I. Traducción española de la quinta edición. Buenos Aires. 1959.

²⁰ Giménez Anzola, Hernán. Ob. Cit. p. 87.

²¹ Giménez Anzola, Hernán. Ob. Cit. p. 95. El referido autor señala que la petición de atraso de una sociedad irregular no puede ser otorgada porque: “tiene solamente una vida precaria expuesta a terminar en cualquier momento o a perder la suscripción de capital, según lo previsto en los arts. 219 y 220 del CCO. A mayor abundamiento las anotaciones en el libro de Asambleas, para que sean plenamente regulares, deben tener, en sus casos, el o los comprobantes y recaudos que

En la doctrina procesal civil, se ha dicho que pueden ser *partes en el proceso* tanto las personas naturales como las personas jurídicas. Las personas naturales por el simple hecho de su existencia tienen derecho a ser partes en el proceso, por regla general, salvo los casos de incapacidad. Las personas jurídicas deberán estar debidamente constituidas como entidades públicas o privadas²².

Estas personas, jurídicas o naturales, deben tener lo que se llama la capacidad procesal o la facultad para comparecer en juicio, por sí mismas o por medio de apoderado o de representante legal. Ahora bien, para ser parte, dice la doctrina especializada, debe ser persona legítima, tener interés y, según algún sector, la titularidad del derecho subjetivo.

Este concepto de “parte en el proceso” ha sido discutido ampliamente por la doctrina, tanto nacional como extranjera. Algunos autores (como Barrios de Angelis) consideran²³ :

Partes del proceso son los sujetos implicados expresamente (mediante asunción o pretensión) en los intereses específicos del objeto, a quienes se atribuye la acción, la gestión y el poder de excepción (o derecho de contradicción). Dicho de otro modo, partes son el actor, el demandado, el procesado penal y el tercerista.

Más adelante, dice: “Parte es quien pretende y frente a quien se pretende, o más ampliamente, quien reclama frente a quien se reclama, la satisfacción de una pretensión”.

E ilustra:

En todo proceso, intervienen dos partes; una, que pretende en nombre propio o en cuyo nombre se pretende la actuación de una norma legal, denominada actora, y otra, frente a la cual esa conducta es exigida, llamada demandada”.

los respalden, regularicen, prueben o complementen. Por tal razón, una asamblea contentiva de acuerdos o resoluciones sujetos a inscripción y publicación, debe estar acompañada de la documentación que evidencie el cumplimiento de dichos requisitos. La falta de comprobantes hace irregular el contenido de los libros (Arts.34 y 44 del CCO.)”

²² Cuenca, Humberto. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Ediciones de la Biblioteca. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976. p. 320.

²³ Citado por Adolfo E.C. Borthwick. Nociones fundamentales del proceso. Editorial Mave, Argentina, 2001, p. 132-133.

Borthwick expresa que entonces parte es tan sólo “ el actor y el demandado”, o sea, quienes plantean la controversia ante un organismo jurisdiccional.²⁴

Niceto Alcalá Zamora coincide con esta noción ya que considera que las partes son aquellas que reclaman una respuesta a la pretensión interpuesta y de quienes se reclama.

Chiovenda²⁵ trata de emitir un concepto único, el cual tuvo que reformar luego de varias observaciones de la doctrina:

El concepto de sujetos de la relación jurídica procesal o del proceso es rigurosamente formal, tanto desde el punto de vista de jueces y magistrados, como de las partes e intervinientes; son las personas que conocen el proceso (los primeros) y que han concurrido a él (los segundos).

Ugo Rocco²⁶ también emite un concepto fusionando en el mismo la idea de representación y titularidad. Sostiene que el concepto de parte debe ser procesal en calidad de actor o de demandado y vincula este concepto con el derecho sustancial discutido en el juicio.

Devis Echandía²⁷ clasifica la noción de parte a partir de la actividad que se realiza (jueces y partes; demandado, demandante, imputado, Ministerio Público, etc.), como desde la posición procesal (partes principales y secundarias, permanentes, transitorias o incidentales, demandado, demandante, originales o intervinientes voluntarios, necesarios).

Todo lo anterior nos lleva a concluir que no hay un único concepto de partes en el proceso, ya que ha sufrido modificaciones en virtud de las diferentes posiciones y discusiones doctrinarias.

También sabemos que entre los presupuestos del proceso se ha indicado que los sujetos que intervienen en el litigio son indispensables para su existencia, y por ello “es imposible concebir el proceso sin dichos sujetos”²⁸

²⁴ Borthwick., Ob. Cit. p. 133

²⁵ Citado por Borthwick, Ob. Cit. p. 137

²⁶ Id.

²⁷ Borthwick, Ob. Cit., pp. 138 y 139.

²⁸ Cuenca, Humberto. Op. cit. p. 317

Dentro de este grupo de sujetos del proceso, el autor citado señala, a las partes, el Juez, los representantes del Ministerio Público y a los auxiliares de justicia y agrega a cualquier otro interesado en el resultado definitivo del proceso.

“Partes” ha sido interpretada por algunos doctrinarios venezolanos como titulares del derecho invocado; los litigantes, mas no sus apoderados o representantes²⁹. Por eso, la Ley ha hecho distinciones en algunos casos cuando se refiere a ciertos actos que no podrán ser celebrados sino directamente por la parte y no por su apoderado, como, por ejemplo, en el juicio de divorcio y las audiencias de conciliación.

El Código Procesal Civil vigente, a diferencia del de 1916, hace el distingo al final de su artículo 14 y señala a “las partes o sus apoderados”..

¿Qué debemos entender por partes en el proceso de atraso, más aún si no estamos discutiendo sobre titularidad de pretensión?

Tampoco podemos tomar la noción de parte según la función que realiza desde la posición procesal que ocupa, ya que sabemos que no se cumplen efectivamente en el proceso de solicitud de atraso.

Es muy difícil determinar a las partes en los procesos concursales, y específicamente en el proceso de atraso, no podemos guiarnos por la posición misma que adoptan como peticionarios del atraso, como sujetos que van a recibir o soportar los efectos del proceso mismo.

Entonces, en este proceso concursal no hay, como dijimos *supra*, partes propiamente dichas o en sentido estricto. Este proceso surge como una necesidad de buscar una actuación del órgano jurisdiccional en beneficio del

²⁹ Borjas, Arminio. Comentarios al Código de Proceso Civil Venezolano. Tomo I. Librería Piñango. Caracas Venezuela 1984. p. 55. En nuestro Código de Proceso Civil anterior, de 1916, en el artículo 16 se establecía claramente qué debía entenderse cuando una norma se refería a las partes y así establecía: “cuando la Ley hable de partes, se entenderá que se refiere así a los litigantes como a sus representantes en el juicio; a menos que, por la naturaleza del acto a que se contraiga la Ley, o por otra circunstancia derivada de esta, deba entenderse que se refiere sólo a los litigantes mismos o a algunos de ellos.”

comerciante y si quiere, también en beneficio de un conjunto de sujetos no determinados, al inicio, en su totalidad. Es decir, los acreedores, que actúen en el devenir del proceso.

Se ha dicho que el solicitante toma la posición de sujeto activo especial, por así llamarlo, contra sus acreedores para defender su patrimonio de ejecuciones masivas que lo perjudiquen.

Por tanto, hay una gran confusión y por eso muchos autores han optado por no hablar de partes, sino de que son procesos en que se debate el conjunto del patrimonio para protegerlo de acciones individuales por la crisis económica, y consideran más prudente utilizar el término de deudor solicitante y acreedores.

En Venezuela, no se puede decir que existe un proceso sin partes, en los procesos jurisdiccionales. En el atraso, el punto relevante es que se inicia por una solicitud o gracia, no contenciosa, inicialmente, contra un tercero. El efecto de ella recae sobre el solicitante, su patrimonio, sus relaciones comerciales y acreedores.

Los acreedores son reconocidos como parte en el proceso de atraso según un sector de la doctrina mercantil nacional, aunque no por los tratadistas procesales. En la doctrina extranjera se habla de partes en los procesos de quiebra, solicitado por el comerciante, así como en los concordatos³⁰, proceso que presenta características parecidas a las del atraso.

Autores como Satta³¹ consideran que los acreedores en la quiebra son los destinatarios del proceso, donde existe conflictos de intereses no sólo entre ellos, sino con el deudor.

Podemos, entonces, decir que, inicialmente, no se presentan, en este proceso de beneficio de atraso, “partes” en un sentido formal ya que se desdibuja en una sola, la que inicia el proceso, no contra terceros, sino para que sus efectos

³⁰ Ver Giménez Anzola, Hernán, op., ,cit., p. 73. También Brunetti. Tratado de Quiebra. México. 1945. Segunda edición. Depalma. Pág. 169. De Semo: Diritto Fallimentare. Tercera edición. Papua. 1961.

³¹ Instituciones de Derecho de Quiebra. Buenos Aires. 1951. p. 510.

inmediatos se den sobre él mismo y posteriormente repercutirán sobre los terceros relacionados con el comerciante.

Característica típica de los procesos de jurisdicción voluntaria es que “el peticionario o pretensor no pide nada contra nadie”, palabras de Couture³². Agrega el autor que si le falta al pretensor un adversario, no hay litis o controversia, no es contraparte de nadie, por lo tanto, no tiene contraparte en sentido técnico. Le falta el elemento, primer elemento, de forma de la jurisdicción.

Ahora bien, este hecho de considerar al atraso como un proceso que se lleva en jurisdicción voluntaria, no está exenta de controversia durante su desarrollo, como, por ejemplo, sería la oposición de algún acreedor a un reconocimiento de deuda, o de una cuantía o, más aún, a la concesión del beneficio.

Por ello se dice Couture³³ que “todo acto no contencioso lleva la contienda en potencia”, bien sea de parte interesada o hasta del Ministerio Público. Situación que se aplica perfectamente al proceso en análisis, atraso, ya que se inicia como un acto de jurisdicción voluntaria, pero en su desarrollo participan otros intervinientes (síndicos, comisión de acreedores, peritos), y los terceros interesados, acreedores, sobre quienes repercuten los efectos de este proceso.

Sin embargo, el proceso de atraso se diferencia del simple acto de jurisdicción voluntaria, en que la actuación del juez no es “inaudita altera pars”, ya que los acreedores, como hemos visto, sí emiten opinión, traen al proceso el monto de sus acreencias e intervienen en él, ya iniciado, aportándole al juez elementos para el análisis de la tesis del solicitante y para la antítesis de los acreedores. A la verdad expuesta por el comerciante sí se contraponen los argumentos de los terceros, acreedores, sindicatura y comisión de acreedores.

Debemos entender, entonces, que en el proceso de atraso no se concibe un concepto formal, tradicional y estricto de partes, por las particularidades expresadas. Sin embargo, sí se pueden configurar, no desde el inicio, sino después que se conozcan la opinión y créditos de los acreedores.

³² Couture Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Reimpresión inalterada. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1981. p. 48.

³³ Couture, Eduardo. Ob. Cit. p. 49.

Serán partes, en el sentido expresado, en el proceso de solicitud de beneficio de atraso tanto el solicitante, comerciante honesto, como los acreedores.

4. LIBROS DE CONTABILIDAD. ASIENTOS COMPUTARIZADOS NO FORMALES. PROBLEMÁTICA EN EL PROCESO DE ATRASO

Dentro de los requisitos que debe cumplir la solicitud de beneficio se encuentra, entre otros (art. 899 C.d.C), la presentación, por el peticionario, de sus libros de comercio “regularmente llevados”, su balance comercial, su inventario etc. La norma es imperativa al determinar que la solicitud no será admitida si con ella no se presentan dichos recaudos. Claro está, en caso de introducir la solicitud en un tribunal distribuidor, el solicitante podrá indicar que los recaudos serán consignados ante el tribunal que corresponda.

Salvo esta excepción, el comentado artículo es directo y preciso al señalar que deberán anexarse los libros de comercio regularmente llevados, es decir, como se entiende en la doctrina mercantil, que hayan cumplido los requisitos de Ley en cuanto a su forma, apertura y modo de utilización.³⁴ Se requiere la presentación de estos libros en virtud de que registran toda la actividad económica del comerciante, reflejan su estado económico, para que el tribunal, junto al síndico y la Comisión de Acreedores, los pueda verificar y conocer la verdad con relación a los trastornos que presenta el desarrollo de la actividad de la empresa.

Como analiza Morales, estos libros suministrarán datos necesarios para el análisis del caso. Por ello debe aparecer “con toda claridad la marcha y el estado del negocio”.

De lo contrario, pareciera “culpa o negligencia de su parte que no permitiría admitir su petición, ni que gozara del beneficio consiguiente a su declaración de atraso”.³⁵

³⁴ Giménez Anzola. Ob. Cit. p. 130. El autor insiste en que esta disposición (art. 899 C d C) es imperativa y el tribunal no puede darle curso a la solicitud (p. 134).

³⁵ Morales, Carlos. Ob. Cit. p. 21.

Se dice que los jueces, en este proceso, deben tener suficientes datos para conocer a profundidad la actividad mercantil desarrollada por el comerciante, así como las razones por las cuales, teniendo numerario, no puede cumplir con sus obligaciones.

Esta norma de carácter imperativo e inflexible pareciera no prestarse a interpretaciones diferentes a las señaladas, ya que, como dice la doctrina autorizada, las operaciones mercantiles, su vertiginosidad y su tecnificación “no exime al empresario de la obligación de efectuar el registro de todos y cada uno de sus acontecimientos diarios”³⁶. Más aún, no van a disculpar el hecho de que no se lleven según los preceptos de Ley establecidos.

El sistema venezolano relativo a la contabilidad mercantil establece la obligación de llevar un número determinado de libros (diario, mayor e inventario). También prevé que podrá llevar libros auxiliares, acorde al tipo de comerciante de que se trate, individual o social, variaran ciertos libros, que deberán llevar según sea el caso. A tal extremo llega la obligación, que la Ley sanciona a aquellos comerciantes que no llevan los libros de contabilidad o los hayan ocultados, falsificados o mutilados³⁷ con la posibilidad de ser declarados en quiebra culpable o fraudulenta (supuestos de los artículos 917, ordinal 6º, y 918 del cdc).

En estos casos, el juez³⁸ mercantil remite oficio del apertura de investigación con copia del expediente, no al juez penal, como dice la norma del artículo 924 del CdC., sino al Ministerio Público, en virtud del cambio de modelo del proceso penal ocurrido con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, en 1999. Es el fiscal del Ministerio Público el que tiene ahora la facultad de investigar y de ejercer la acción penal, por lo que si considera que hay suficientes elementos de convicción ejercerá la acción respectiva (acusación) ante el juez de control. (arts. 108, ss, y 327, ss, del Código Orgánico Procesal Penal).

³⁶ Morles Hernández Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. Tercera edición. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 1989. p. 321.

³⁷ Agregamos nosotros o que hayan sido llevados en forma irregular no acorde a la legalidad.

³⁸ Consideramos que existe una pre-calificación por parte del juez mercantil, para que a su juicio amerite la apertura de una investigación penal.

Por lo tanto, la obligación impuesta al comerciante de llevar libros implica el cumplimiento de ciertos requisitos tanto externos, tales como que estén sellados ante el Registro, foliados, empastados, etc., como intrínsecos, referidos al uso adecuado del libro, el idioma, cómo se asientan las actividades día a día, no alteración del asiento, no dejar en blanco el asiento, no tener tachaduras, enmendaduras, no arrancar hojas, etc. Es evidente que estos libros de contabilidad deberán llevarse con estricta rigurosidad en todos los casos, pero mayor aún cuando el solicitante de un beneficio insta a un organismo jurisdiccional a fin de obtener una gracia de éste, y es cuando deberá demostrar su buena fe y honestidad.

Ahora bien, ¿qué sucede con esta normativa tan desarticulada con la realidad mercantil moderna, en donde los comerciantes registran sus actividades a través de sistemas computarizados, de bases de datos, en los cuales, en un simple programa de computadora o en un *disquette*, se encuentra asentada la vida y el desarrollo económico del comerciante? ¿Puede el derecho mercantil dar la espalda a esta realidad?, o ¿podremos nosotros, con base en la justificación de la práctica y del uso común en el mercado, tratar de adaptar complacientemente la norma a fin de que estos registros digitalizados, o documentos electrónicos, puedan ser aceptados como prueba suficiente de la contabilidad y del movimiento económico comercial de la empresa?

Ya desde la época de Roberto Goldschmidt, se planteó el autor la problemática de que las grandes empresas no llevaban la contabilidad en libros debidamente encuadernados foliados y sellados, como lo preveía la Ley, más bien, acotaba, se utilizaban sistemas de contabilidad reñidos con el sistema legal. Por ello, en su momento, el autor sugirió la necesidad de adaptar las normas sobre contabilidad a estos nuevos métodos, sin que por esto se destruyeran los principios legales, ni la seguridad que debe provenir del asiento diario de la actividad mercantil del comerciante.³⁹

Giménez Anzola señalaba que podían, quizás, estos métodos modernos aceptarse como auxiliares, pero nunca eliminar los libros sellados y foliados que constituían garantía contra el fraude.⁴⁰

³⁹ Referido por Giménez Anzola, Ob. Cit., p. 137

⁴⁰ Id.

Todos conocemos que actualmente la práctica comercial usa los sistemas informáticos con mayor frecuencia en virtud de la modernidad, rapidez y accesibilidad a los mismos; sin embargo, sólo en ciertas y determinadas instituciones, las leyes especiales han regulado estos usos, como es el caso de las instituciones financieras a las cuales se les permite formar los libros obligatorios y auxiliares, encuadernando las hojas sueltas donde se encuentren los asientos producidos por medios mecánicos o de computación. La encuadernación, a juicio de los autores, debe hacerse trimestralmente y los libros deben ser firmados y sellados por la autoridad competente (se refieren a la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, artículo 128; artículo 29 de la Ley de Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo; y artículo 24 de la Ley de Caja de Valores)⁴¹.

La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras establece que, previa regulación y revisión por parte de la Superintendencia de Bancos, se podrán sustituir los libros por sistemas electrónicos contables, a fin de que estos puedan cumplir con los requisitos no sólo exigidos por la Superintendencia, sino por el Código de Comercio.⁴²

Aún cuando nuestra jurisprudencia recientemente no se ha pronunciado directamente sobre los asientos contables computarizados, ya en nuestros tribunales se han presentado casos sobre la aceptación, en los procesos laborales, de listas de nómina de los empleados.

También tenemos sentencia de la Corte Superior Segunda Civil y Mercantil del 9 de abril de 1965, en el caso de la Sociedad Mercantil Financiadora Venezolana C.A (Fiveca) contra Francisco J. Hernández, que decidió: “Aunque no hay prohibición legal de que se efectúen asientos mecánicos de la contabilidad, no se apreciarán los que tengan blancos o lagunas”⁴³.

En esta decisión, el Superior acepta los asientos mecánicos contables, siempre que no presenten blancos o lagunas. Mucho menos, creemos nosotros, podrán

⁴¹ Ver Goldschmidt Roberto. Curso de Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. Fundación Roberto Goldschmidt. Caracas. Venezuela 2001, p. 195.

⁴² La jurisprudencia laboral en reiteradas oportunidades ha aceptado, en beneficio del proceso, la lista de nómina de empleados, balances, así como los libros, que estos sean computarizados.

⁴³ Ramírez y Garay. Jurisprudencia de los Tribunales Venezolanos. Editorial Ramírez y Garay SA., tomo XII, 1965, No 44-65, pp. 169-172

ser valoradas aquellas que estén plenos de tachaduras, enmendaduras, borrones, etc. El sentenciador trató aquí de adaptarse a las nuevas técnicas del momento y así lo decidió. Por lo tanto, podrá aplicarse este criterio, analógicamente, a los asientos contables computarizados cumpliendo ciertas formalidades exigidas por Ley a los libros empastados, adaptados a los asientos computarizados, tales como sellados, foliatura de la Oficina de Registro Mercantil correspondiente, etc.

Finalmente, creemos que, como sana medida a fin de no violentar los principios de derecho mercantil ni la normativa especial, quedará a la prudente facultad y análisis del Juez concursal determinar si estos asientos contables llevados en forma electrónica, pero sellados y registrados ante la Oficina de Registro Mercantil, pueden suplir la formalidad de los libros empastados y sellados debidamente foliados. Quizá sería prudente un dictamen de la Superintendencia de Bancos a este respecto.

La práctica nos ha enseñado, en diferentes procesos concursales, que en primera instancia estos asientos han sido aceptados para la verificación y tramitación de solicitud de beneficio de atraso, a fin de dar curso al proceso de revisión.⁴⁴

5. COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Para nuestro punto de reflexión actual, siguiendo estas consideraciones particulares sobre el proceso de atraso, es relevante analizar brevemente la sentencia de fecha 19 de febrero de 1997 de la Sala de Casación Civil⁴⁵. En dicha decisión, la Magistrada consideró cuáles eran los requisitos para que se

⁴⁴ La jurisprudencia de nuestro país ha consagrado el carácter imperativo de la disposición del artículo 899, como bien lo podemos consultar en el Código de Comercio de Venezuela. Concordado y Anotado de Oscar Lazo. Ediciones Legis C.A. Caracas 1963. Pág. 899, donde cita la sentencia del 7 de noviembre de 1932 de la Sala de Casación Civil de la Corte Federal de Casación; De igual forma, se puede consultar la jurisprudencia relativa a las irregularidades en los libros de inventario, que no constituyen gravedad suficiente para rechazar la solicitud de atraso, irregularidades intrascendentes según jurisprudencia y doctrina, que recoge sentencia del 7 de marzo de 1960 de la misma publicación; y la sentencia que se refiere a que los libros de asamblea, acciones y junta administradora no son necesarios para resolver la solicitud de atraso. Sentencia de fecha 7 de marzo de 1960. Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal.

declarara admitida la solicitud de atraso, cuáles eran las medidas de vigilancia necesarias y cuál su oportunidad, con especial referencia a la suspensión de ejecuciones individuales.

En cuanto a los requisitos de la solicitud, coincidimos en que su admisibilidad es provisional, ya que no significa que vaya a ser concedido el beneficio, sino que se han cumplido con unos requisitos materiales⁴⁶ mínimos, exigidos expresamente en la Ley. En cuanto los efectos del auto de admisión de la solicitud, la ponente manifiesta que se podrán dictar ciertas medidas necesarias de vigilancia, tales como prohibición de salida al deudor o los administradores, embargos parciales o generales de bienes, ocupaciones judiciales, prohibiciones de enajenar y gravar *y todas aquellas que el Juez considere según su prudente arbitrio*.

Con relación a las medidas de ocupación judicial, las mismas han sido previstas en esta fase del proceso tanto por la Ley como por la doctrina (Giménez Anzola)⁴⁷. La doctrina sostiene que es discrecional del Juez dictar las medidas que cada caso en particular amerite, y la jurisprudencia así lo ha ratificado en diversas ocasiones⁴⁸. En sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia ya se arrojaba que el tribunal podía dictar dichas medidas de vigilancia o de control del patrimonio, interpretando el alcance del artículo 900 del Código de Comercio en orden a la ocupación judicial de los bienes del solicitante y aplicando el artículo 546 del Código de Proceso Civil, hoy artículo 758 *eiusdem*⁴⁹.

⁴⁵ Ponencia de la Magistrado Conjuez Magali Perretti de Parada, en el juicio de Gran Ferie del Mueble Bata C.A (expediente No. 94549, sentencia No. 21).

⁴⁶ Reaundos que se deben anexas a la solicitud de atraso.

⁴⁷ Giménez Anzola Hernán. Op., cit. p. 185, 191: Dichas medidas de vigilancia dependen, en primer lugar, del arbitrio del Juez, pues la Ley no especifica cuáles puede o no dictar este. De acuerdo con su prudente apreciación y con las circunstancias del caso concreto, adoptará o no o revocará después de adoptadas una o varias de dichas medidas.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo. Magistrado Ponente José Román Duque Sánchez, sentencia de fecha 4 de febrero de 1976. Ver también la interpretación del artículo 900 del Código de Comercio. La ocupación judicial de los bienes del solicitante del atraso puede decretarse con fundamento en esta norma. Sentencia del 18-9-1975, Ramírez y Garay, Tomo 48, p. 76.

⁴⁹ Ver sentencia del 18 de septiembre de 1975. Juzgado Superior Quinto, Comercial PORTO ALEGRE C.A. solicitante de atraso, en relación a la aplicación del artículo 469 del Código de Procedimiento Civil relativo a la oposición de los terceros a las medidas preventivas en materia mercantil de atraso y a la interpretación del artículo 900 del *eiusdem* referido a la ocupación judicial de los bienes del solicitante de atraso fundamentándose en dicha normas.

Es relevante, para nosotros, analizar lo que la ponente en su decisión manifiesta con relación a las ejecuciones individuales en este proceso:

Es muy clara la intención del legislador, cuando señala que toda ejecución contra el deudor se suspenderá, durante el tiempo fijado para la liquidación amigable; por lo tanto, para que esto suceda deben existir varios supuestos; que la solicitud de atraso haya sido tramitada, admitida y posteriormente haya sido declarada procedente por sentencia dictada por el Tribunal que conoce de la solicitud.

La Magistrada consideró que, en el caso en particular, para que procediera la suspensión de ejecuciones individuales de los acreedores, el tribunal debió haberse pronunciado sobre la procedencia de la solicitud de atraso, cumpliendo con lo que establecen los artículos 900 y siguientes del Código de Comercio.

Ahora bien, creemos que en el caso de la solicitud del beneficio de atraso, una vez que sea dictado el auto de admisión de los recaudos, procede como efecto propio de la naturaleza del proceso, la suspensión de todas las ejecuciones individuales contra el patrimonio del deudor. Así, se asegura la integridad del patrimonio del comerciante en crisis, y se preserva no sólo la *par conditio creditorum*, sino también la unidad de la masa patrimonial que va a responder de las acreencias contraídas, amén de que el juez podrá dictar las medidas conducentes a evitar que se ejecute individualmente el patrimonio, perdiendo su integridad y contenido. Así, por ejemplo, se puede oficiar a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, para que oficie y avise a los tribunales respectivos.

Sobre este mismo particular, encontramos en la doctrina al tratadista Giménez Anzola⁵⁰, quien señala que, independientemente de lo que establece expresamente el artículo 905 (C.d C), con relación a la paralización de las acciones ejecutivas y del cobro de deudas contra deudor, durante el tiempo fijado para la liquidación amigable –entendiéndose este tiempo después de otorgado el beneficio en sentencia–, según artículo 903 *eiusdem*, nada se opone a que se interprete ampliamente y se aplique extensivamente, dicha prohibición del tribunal a los acreedores de ejecutar el patrimonio del deudor, desde el momento de la tramitación de la solicitud. Dictará el juzgado, entonces,

⁵⁰ Giménez Anzola. Ob. Cit. p. 186.

en ese auto (art. 900 CdC) las medidas de ocupación respectivas, más aún cuando la Ley, en el referido artículo, y la jurisprudencia le reconocen la facultad de dictar “todas aquellas medidas” necesarias al proceso, a su naturaleza y a la conservación y preservación de la integridad del patrimonio.

Si interpretamos, según el espíritu, propósito y razón del legislador, la normativa⁵¹ que da al juez mercantil la amplia potestad de dictar aquellas medidas preventivas o providencias facultativas para conservar la unidad patrimonial –sin apartarse de la legalidad ni del objetivo del proceso–, puede el comerciante, basado en esto, oponerse a la ejecución de medidas individuales contra su patrimonio alegando la tramitación de esta solicitud de atraso ante el juez respectivo. Todo ello con el fin de mantener la integridad del estado patrimonial, acorde con lo declarado en la solicitud. Quedaría sujeto a la discrecionalidad del juez ejecutante darle curso a la oposición mientras el juez concursal provee sobre el auto de admisión verificando el cumplimiento de los requisitos materiales

De igual forma, el comerciante tampoco podrá, por ende, sacar de su patrimonio bienes que perjudicarán el estado real del mismo, creando un choque o disconformidad con su balance. Es oportuno mencionar el criterio de Gonzalo Parra Aranguren quien en el año 60, como juez mercantil, emitió sentencia en el juicio de la Compañía Anónima Seguros LA Nacional. En este fallo evitó la iniciación de acciones ejecutivas contra el solicitante. Así motivó:

(...) que la preocupación fundamental de nuestra legislación mercantil en los casos en los cuales se ventilan juicios de carácter universal que afectan la totalidad del patrimonio de un comerciante, la constituye principalmente la conservación de la totalidad de sus bienes, de modo tal que estos sean aplicados al pago de los acreedores en la forma y condiciones que la misma Ley estatuye que esta necesidad se hace también patente durante el período requerido, para ventilar el proceso de atraso y que sería contrariar el espíritu de nuestro legislador mercantil permitir que algunos acreedores se precipiten sobre el patrimonio del solicitante de atraso, mientras se ventila la petición, mediante el logro de medidas preventivas sobre sus bienes, los cuales indefectiblemente quedarían sin efecto con la sentencia que resuelve el proceso de atraso, bien en los términos del artículo 905 o en los del 937 del CCo; aparte de

⁵¹ Artículo 900 C d C.

que se produciría una desarticulación de los bienes del deudor que en nada beneficiaría a sus acreedores⁵².

Otros criterios jurisprudenciales opuestos al establecido en la sentencia Perreti de Parada, asientan: “ Interpretación de los artículos 905 y 908 del Código de Comercio. Durante el tiempo fijado para la liquidación amigable no podrá intentarse ni continuarse ninguna acción de cobro, igual en la prórroga. Sentencia del 1-7-74.⁵³

Más recientemente, tenemos sentencia de la Sala Constitucional con ponencia del magistrado José M. Delgado Ocando, No 2719, del 31 de octubre de 2.002, juicio Cardiofoam de Venezuela C.A., expediente 01-1959, que señala: “ El beneficio de atraso suspende toda ejecución contra el deudor.”⁵⁴

Creemos, al igual que Giménez Anzola, que los argumentos antes citados, tanto de doctrina como de jurisprudencia venezolanas, son cónsonos con el espíritu propósito y razón del legislador y con la naturaleza propia del proceso de atraso, manteniendo como preceptos la justicia, la equidad e igualdad entre las partes, a fin de que todos acudan al concurso con una universalidad de bienes igual a la declarada en la solicitud; así se preserva la finalidad de este proceso: la liquidación ordenada de la totalidad o parte del patrimonio del deudor, con el objetivo de pagar sus deudas o, por lo menos, las dos terceras partes de ellas.

6. LAPSOS DEL PROCESO DE ATRASO. VACÍOS

En cuanto al desarrollo del proceso de atraso, podemos señalar que en todo aquello no previsto, en la parte procedimental especial mercantil, por el Código de Comercio, por imperio de la Ley, se podrá acudir a la normativa procesal civil, como bien lo establece el artículo 1.119 *eiusdem*. Si observamos esquemáticamente el desarrollo del proceso de atraso, podemos verificar que debemos concatenar armoniosamente ambas normativas.

⁵² Giménez Anzola Hernán, Ob. Cit. p. 187.

⁵³ Ramírez y Garay, Jurisprudencia Venezolana, Caracas, No. 44, julio 1974, p. 9

⁵⁴ Pierre Tapia, Oscar. Ob. Cit, Jurisprudencia Mercantil, 2002, tomo 10, pp. 300-303

Cuando el solicitante introduce su pliego de petición de beneficio de atraso, deberá cumplir necesariamente –así incluso lo ha dicho la jurisprudencia – con lo establecido en los artículos 340 del Código de Procedimiento Civil⁵⁵ y 899 del Código de Comercio, referentes a los requisitos materiales del libelo,⁵⁶ y explicar las causas que determinaron la cesación de pago, la crisis temporal y su expectativa de superabilidad. Una vez introducida esta solicitud existe un lapso de tres días, en principio –salvo que no se hayan acompañado los libros para su verificación –para que se dicte el auto de admisión de la solicitud, todo ello según lo establece el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil.

En caso de negativa de la admisión, por ser una interlocutoria, el comerciante podrá apelar dentro de un lapso de tres días, según lo establecido en el artículo 1.114 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, que establece que del auto del tribunal que niegue la admisión de la demanda se oirá apelación en ambos efectos.⁵⁷

Esta apelación en ambos efectos se deberá realizar a los tres días siguientes a la negativa de admisión, ya que no hace distingo el artículo 1.114 (C d C) si son días continuos o hábiles; consideramos que son continuos por expreso mandato del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil.

Como ya vimos, la jurisprudencia ha manifestado que de esta decisión, en segunda instancia, no hay casación por razones de estimación de cuantía.

En cuanto el desarrollo del proceso de atraso, creemos, con relación a la reunión prevista en la Ley (artículos 900 y 902 del C d C), que se puede celebrar en forma oral, si alguno de los intervinientes así lo solicita y el juez lo considere pertinente, con una estimación prudente del tiempo. De igual forma, creemos que nada impide que las partes intervinientes y presentes consignen por escrito sus opiniones, dejando constancia de ello en el acta que se levante, en beneficio del tiempo (art. 25 del CPC).

⁵⁵ CPC en lo sucesivo

⁵⁶ Aún cuando no consideramos que sea un libelo de demanda contra un tercero sino un libelo de petición o solicitud “solicitud de gracia” como ya habíamos dicho.

⁵⁷ El artículo 1114 no distingue si son días hábiles o continuos, por lo que, por expreso mandato del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, concluimos que este lapso se cuenta por días continuos.

El artículo 903 del Código de Comercio fija el *tercer día hábil* después de la reunión para *oír* informes del solicitante, síndico, Comisión de Acreedores y cualquier otro, si así ellos lo desean; por lo tanto, estos informes son facultativos de las partes, si consideran que se debe aclarar alguna situación surgida en la reunión, y estos sean orales, aun cuando eventualmente pueda el tribunal oír un resumen de estos, y la parte consignarlos por escrito. Creemos que la norma ⁵⁸ no lo impide.

Giménez Anzola considera que en dichos informes se deberán presentar “conclusiones” por expresa disposición del artículo 405 (CPC). Coincidimos con el autor en la aplicación supletoria de la normativa procesal especial, que como ya vimos, le permite el Código de Comercio; pero dicho artículo fue modificado por la reforma del CPC en 1986, por los artículos 511 y siguientes del Título III, Capítulo I, De la vista de la sentencia en primera instancia.

En ese Capítulo se establece, no la presentación de conclusiones, sino las “observaciones escritas” a los mismos “dentro de los ocho días siguientes” (art. 513 CPC). Además, prevé, en caso de ser necesario, la facultad del juez de dictar auto para mejor proveer (art. 514 CPC).

El juez podrá aplicar, en nuestro entender, estas normas, sin que por ello violente la naturaleza del proceso, siempre que el caso lo amerite o las partes así lo soliciten.

También es claro, respetando los principios del proceso de atraso, que una vez realizada la audiencia y el acto de informes, no se podrá hacer oposición a la concesión del beneficio de atraso⁵⁹, salvo una situación extrema, o hasta por imposición de una decisión de amparo, si fuere el caso

Presentados los informes y las observaciones a los mismos, la sentencia se dictará dentro del lapso legal establecido (artículo 1112 CdC y 515 CPC), 60 días siguientes a la presentación de informes o cumplido el auto para mejor

⁵⁸ El artículo 902 del Código de Comercio dice: “En la reunión, el síndico, primero, y luego la comisión de acreedores manifestarán su opinión...”. Continúa: “Se levantará acta que firmarán con el tribunal todos los concurrentes, haciéndose constar el nombre de estos, los créditos que representan y sus montos y la opinión de cada cual sobre los puntos indicados.”

⁵⁹ Sobre este mismo aspecto, opina Giménez Anzola, Ob. Cit. p. 235e

proveer, ya que la norma (art. 903 C d C) no señala otro. El lapso para apelar de esta decisión será el fijado en el artículo 1114 (C d C), cinco días (continuos en principio, por orden del artículo 197 CPC)

Finalmente, consideramos que esta decisión del juez, que concede o no el beneficio de atraso, debe cumplir no sólo con las especificaciones requeridas en el artículo 903, numerales 1 al 4(C d C), 1113 (C d C), sino también con las requeridas en los artículos 243 y siguientes (CPC).

7. CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA Y FUNCIONES DEL SÍNDICO EN EL PROCESO DE ATRASO

Continuando con nuestro análisis vamos a realizar unas puntuales reflexiones sobre las funciones del síndico en este proceso tan particular como es el atraso.

Una vez recibida la solicitud de beneficio de atraso, constituido el expediente y revisado sumariamente, sólo a fin de verificar la existencia del cumplimiento de requisitos exigidos por la ley (arts. 898 y 899 C.d.C), el tribunal deberá, dentro del término legal, emitir un auto que admita o niegue la solicitud; en caso de falta de algún recaudo, puede proveer para sea consignado en un lapso perentorio.

Si el tribunal admite la solicitud, según lo establecido en los referidos artículos⁶⁰, el despacho debe cumplir con lo señalado en el artículo 900, es decir, entre otras, dictará las medidas de vigilancia pertinentes, nombrar un síndico y los miembros de la “comisión de tres de los principales acreedores” residentes en la jurisdicción del tribunal.

Esta “comisión”, según nuestro entender, tendrá funciones similares a las de la sindicatura, como verificación de: recaudos, nómina de acreedores y estado patrimonial, ya que en “la reunión” deberá emitir su opinión sobre estos tópicos y la procedencia o no de otorgar el beneficio; función muy distinta a la de “la comisión de vigilancia” que establece el artículo 903, ordinal 4o, cuyo objetivo

⁶⁰ Recordemos que nos estamos refiriendo sólo a la admisión de la solicitud y sus respectivos recaudos, nunca al otorgamiento del beneficio en este estado del proceso,

es vigilar la administración y liquidación del patrimonio del deudor, quien está obligado a participar todas sus actuaciones a esta comisión de vigilancia, así como al tribunal, a fin de tramitar la aprobación de aquellas operaciones que lo requieran, o haya sido establecido así en la sentencia de otorgamiento del beneficio.

En cuanto al síndico –o los síndicos si así lo requiere el proceso–, el tribunal para su designación tomará en cuenta, por analogía y a falta de normativa expresa, lo previsto en el artículo 970 del C.d.C, referido a los requisitos del síndico en el proceso de quiebra.⁶¹

La figura del síndico en el atraso, al igual que el proceso de beneficio de atraso no ha sido estudiada por muchos doctrinarios, Salvo el excelente trabajo de Giménez Anzola y algunos otros de vieja data, no es mucho lo que se ha escrito.

Encontramos más estudios detallados del proceso de quiebra y del síndico en este, cuya naturaleza y funciones son distintas, ya que en la quiebra, ha dicho la doctrina, representa al fallido y a la masa de acreedores. Amén de que “administra” el patrimonio del fallido durante el proceso y fases de la quiebra.

Coinciden ambas figuras en cuanto que son nombradas por el tribunal que conoce de la causa, previo cumplimiento de los requisitos de Ley, por lo menos en lo que se refiere al síndico provisional en la quiebra y al síndico en el atraso, con la diferencia de que este último es uno solo y definitivo. Tanto en la quiebra como en el atraso, salvo las limitantes de Ley, el juez goza de plena libertad para su nombramiento.

En la doctrina especializada, la jurisprudencia y la práctica se dice que los síndicos de dichos procesos tienen derecho a percibir sus honorarios con

⁶¹ Sobre estos requisitos creemos muy acertada la opinión de Giménez Anzola, en su trabajo, al cual remitimos en sus páginas 198-199, con la salvedad de que las citadas por él del Código Civil y de la Constitución, están derogadas. Las vigentes ahora mantienen un parecido espíritu, propósito a las citadas por el referido autor.

También consideramos pertinente que, en caso de ser el solicitante de este proceso concursal una entidad financiera, bancaria o una empresa de seguros, serán idóneos para el cargo de síndico o para opinar sobre este los respectivos superintendentes en cada área.

prioridad, por ser por deudas de la masa, como auxiliares de justicia,⁶² monto que debe ser acorde y razonable a la función y responsabilidades adquiridas. Autores como Giménez sostienen que el artículo 990 del C d C se aplica por analogía al síndico en el atraso y en la fijación de estos no cabe retasa.

En cuanto a la remoción del síndico en la quiebra está expresamente previsto en la Ley (artículos 967, 986, 987).

La recusación del síndico no pareciera resolverse en la doctrina con un único criterio. Según algunos, el síndico en el atraso como el síndico provisional de la quiebra, son considerados como auxiliares de justicia, por lo tanto podría pensarse que les resultan aplicables los artículos 82 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, por las causas especificadas allí referidas a la recusación.

En cuanto al síndico definitivo de la quiebra es considerado, por antigua jurisprudencia, como parte vinculado a los intereses del litigio y, por lo tanto, es irrecusable⁶³. Otro sector de la doctrina y jurisprudencia considera que es un funcionario que coadyuva al tribunal, pero que cumple la función de representar a los acreedores de un patrimonio desasido; por lo tanto, concluyen también que es irrecusable.

Ha dicho la doctrina que el síndico en el atraso puede ser removido de oficio o por solicitud del deudor o de los acreedores, en los supuestos del artículo 987 del C d C, por aplicación analógica. Existiendo estas específicas causales del proceso concursal no pareciera necesario acudir a discusiones sobre si procede o no la recusación. Se procedería por la normativa mercantil especial.⁶⁴

8. NATURALEZA DEL SÍNDICO

En cuanto a la naturaleza del síndico en el proceso de tramitación de solicitud de beneficio de atraso, debe ser considerado un funcionario de buena fe,

⁶² Artículo 1870, numeral 1º, del Código Civil, privilegio por los gastos de justicia

⁶³ Giménez Anzola H. Considera irrecusable al síndico en el atraso y para ello se sustenta también en sentencia de Aníbal Aldasoro Delepiani, 26-6-1961. Quiebra de Prosperi C.A, publicada en su obra antes citada, pp. 209-212.

⁶⁴ Criterio que también encontramos en Giménez Anzola H., Ob. Cit. p. 211

auxiliar de la justicia, con presunción de veracidad, cuya opinión será tomada en cuenta, mas no será vinculante a los efectos de decidir la procedencia o improcedencia de la solicitud.

La doctrina lo compara, en cuanto el fin de esclarecer todo lo relativo a la actuación del comerciante y al estado real de su patrimonio, con la naturaleza del fiscal del Ministerio Público, quien está regido por la buena fe, la equidad y la imparcialidad al hacer sus investigaciones.

En excelente jurisprudencia, el profesor Parra Aranguren⁶⁵ ha dicho que el síndico en el proceso de atraso representa un “funcionario auxiliar de la administración de justicia”, cuya función se encuentra delimitada al análisis de la situación económica del solicitante de atraso –lo cual implica sus libros, papeles, documentos, solicitud, balances, etc.–, a fin de rendir una opinión sustentada sobre dichos tópicos.

El síndico a pesar de ser un auxiliar de justicia, no es un juez, no administra justicia, es un facilitador de esta, coadyuva con el tribunal.

En consecuencia, el síndico constituye

un interviniente de buena fe en el proceso de atraso a quien no corresponde, en sentido estricto, carga alguna de sus afirmaciones. Las informaciones que suministra, precisamente en virtud de este carácter, tienen una ‘presunción de veracidad’, derivada en forma básica del orden lógico de sus razonamientos. El síndico afirma determinados hechos como ciertos y de ellos deriva determinadas conclusiones. En ese orden lógico puede el síndico –como cualquier persona humana– cometer errores y es evidente que corresponde a los diversos intervinientes en el proceso y en última instancia el juez controlar el orden lógico del razonamiento⁶⁶.

Es, pues, el síndico en el atraso, un auxiliar del juez, no un funcionario o un administrador de la masa, no ejecuta ni dispone de actos de administración sobre esta última.

⁶⁵ La cual se mantiene vigente, además de ser muy didáctica, por haber interpretado exactamente el espíritu de la Ley, respetando la naturaleza del proceso de atraso.

⁶⁶ Sentencia de Gonzalo Parra Aranguren del 30-4-1963. Juicio de beneficio de atraso de J.F.Ríos Teppa; y sentencia del 8-8-1960. Juicio de atraso de C.A. Prados del Este.

El síndico tampoco tiene entre sus funciones imponer justicia o administrar justicia, aunque debe velar por ella, y respetarla.

En cuanto a sus funciones, la Ley no las desarrolla en un articulado, lo cual le corresponde a la doctrina, respetando el objetivo y naturaleza del proceso de atraso.

En el cumplimiento de sus atribuciones, se considera que el síndico debe realizar un análisis profundo y detallado de la solicitud, de sus anexos, balances, nómina de acreencias, nómina de empleados, verificación de la existencia de créditos, libros, documentos, certificados; además, podrá, y creemos que es casi un deber moral, reconocer que necesita ayuda de expertos, y solicitar entonces al tribunal que autorice la contratación de auxiliares, como evaluadores, contadores, financistas, etc. Estos, incluso, pueden ser designados por iniciativa del juez, pero a través de un proceso que procure ser lo más transparente posible: solicitud de presupuestos de honorarios más currículum de cada experto, y tratar que se presenten, por lo menos, tres, a fin de escoger previo análisis sumario pero confiable, oyendo a la comisión de acreedores y al síndico, aquel experto que presente mejores credenciales en experiencia, responsabilidad y costos de honorarios.

El síndico va a trabajar basado en las apreciaciones analíticas que se desprenden del escrito de solicitud y sus anexos, los cuales, puede ir verificando y comparando con algunos dichos que pudiesen constar en el expediente, como afirmaciones de acreedores que hayan acudido al tribunal y consignando sus acreencias. Todo esto le servirá de base para las conclusiones y opiniones del síndico –que pueden variar una vez realizada la reunión de acreedores – y la comisión⁶⁷ prevista en la Ley (art. 902), donde pueden llegar a conocerse hechos nuevos o hechos desvirtuables que no eran del conocimiento de la sindicatura, de la comisión o del Tribunal. Como el objetivo de esta reunión, precisamente, consiste en escuchar la opinión no sólo del síndico y de la comisión de acreedores, sino también del solicitante y del resto de los acreedores, podría eventualmente variar la opinión de la sindicatura y la comisión de acreedores.

⁶⁷ Esta comisión puede variar una vez que se realice la “reunión”.

En este análisis el síndico compara lo establecido en el escrito de solicitud de beneficio de atraso, con los hechos resultantes de ese estudio. Busca así evitar que el solicitante declare falsamente supuestos, o se burle la buena fe de los acreedores y el tribunal.

En sentencias, reiteradas desde la época del magistrado Gonzalo Parra Aranguren, se ha sostenido que la opinión del síndico, ayudante de la justicia, merece plena fe. Esta interpretación llega a considerar que, en caso de discrepancia entre la palabra del síndico y la del acreedor, el tribunal debe considerar con preferencia la del primero, por constituir parte de buena fe, colaborador de la administración de justicia, que no actúa movido por ningún interés personal o particular en el proceso, ya que no tiene conflicto de intereses en el mismo.

Recordemos que en el proceso de atraso el solicitante continúa bajo la administración de su patrimonio, ya que no ha perdido, como en el proceso de quiebra, la capacidad de disposición y administración de su patrimonio, aunque no la titularidad. Como ya dijimos, no ocurre el desasimiento de los bienes, como en la quiebra, por lo tanto estará el deudor sometido a la vigilancia y fiscalización del tribunal, al inicio, y posteriormente, además, a la de la comisión de vigilancia, si se otorga el beneficio

El síndico, entonces, no administra el patrimonio del solicitante del beneficio. Su función principal es, a decir entre otros de Gimenez Anzola, la de “informar”. Sólo “accidentalmente”, por expresa disposición del tribunal, puede ejecutar actos de administración.⁶⁸

En caso contrario estaríamos violentando los principios fundamentales y naturaleza de la institución del atraso.

Por lo tanto, el síndico en el atraso no dispone de los bienes. Podrá realizar algunas otras actividades conexas encargadas expresamente por el tribunal, pero estas asignaciones deberán guardar relación directa con su misión fundamental, que, como bien se dice, es “Informar sobre todo lo relativo a la

⁶⁸ Giménez Anzola, Ob. Cit. p. 203.

solicitud de atraso, a la procedencia de la misma y al estado del patrimonio del solicitante”.⁶⁹

Como vemos, y ya hemos dicho, la función del síndico en el proceso de atraso es distinta a la prevista para el síndico en el proceso de quiebra.⁷⁰

En el desarrollo del proceso de solicitud de atraso, el síndico, a fin de dar cumplimiento a sus objetivos, puede realizar esta revisión o verificación con ayuda de unos “auxiliares”; que pueden ser contadores, peritos, avaluadores etc., según el caso así lo requiera.⁷¹

Con esta colaboración, el síndico podrá realizar mejor su análisis, si creemos que debe solicitar al Tribunal esta designación de los auxiliares, a fin de que a través de un proceso prístino, se designe entre un grupo al más calificado; además de determinar los honorarios de estos profesionales, los cuales serán gastos del proceso.

⁶⁹ Giménez Anzola, Ob. Cit. p. 202

⁷⁰ Id.

⁷¹ Aún cuando las normas sobre los requisitos para ser síndico en la quiebra son aplicables al síndico del atraso, que claro está con los cambios de ley, como mayoría de edad, no discriminación por sexo para cumplir esa función etc., como analiza Pierre Tapia Oscar, La Quiebra según el Código de Comercio Venezolano. Caracas 1983. pp. 284 y ss.

Dentro de esas diferencias hacemos la salvedad que el síndico en el proceso de atraso es uno sólo, el nombrado en el auto de admisión de la solicitud y los recaudos por mandato legal (art. 900 c.d.c), no existe la figura de un síndico provisional y uno definitivo, como en la quiebra; sabemos que algunos jueces una vez que otorgan el beneficio de atraso considera pertinente, aunque excepcional, en virtud de las circunstancias del caso asignar o ratificar de nuevo al síndico en sus funciones, como en el caso de Viasa, El juez de primera instancia (Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas) en sentencia de fecha 26-5-97, en su dispositivo consideró: “Séptimo: como medida de protección del patrimonio que este Juzgado considera necesaria para garantizar la integridad del patrimonio del deudor y la vigilancia que de conformidad con la Ley debe realizar el Tribunal. Se mantienen los síndicos designados en este procedimiento de atraso, quienes coadyuvarán con este juzgador, la comisión de consulta y vigilancia y con los administradores de la solicitante, emitiendo consejos y recomendaciones, en los asuntos que se requiera y en la vigilancia de lo dispuesto por este Tribunal en materia de liquidación.” (Expediente 19691); pero esto no es lo común, ni lo previsto en la ley, son situaciones excepcionales en virtud de circunstancias muy especiales, las cuales debe justificar y motivar suficientemente el Juez en su decisión.

Las funciones del síndico no se limitan únicamente a la revisión de la solicitud y sus anexos, sino a la verificación de los datos allí contenidos, labor que puede realizar con el auxilio de expertos calificados a fin de dar cumplimiento cabal de las labores inherentes a su designación.

Estos “expertos calificados” deben ser especialistas en el área específica que se les requiera (avaluadores, contadores, analistas financieros, etc.). Constituye, en nuestro parecer, casi un deber moral del síndico requerir un auxilio a fin de lograr una excelente comprensión y análisis del caso, de la solicitud y de lo expuesto en ella y en los recaudos.

Aún cuando tiende a confundirse la función de la sindicatura en el proceso de atraso, como si fuera igual al síndico de la quiebra, quien sí administra los bienes por efecto de pleno derecho de la sentencia de quiebra, el “síndico del atraso” no representa ni al solicitante, ni a los acreedores, ni dispone de los bienes del solicitante. Es un auxiliar de buena fe del tribunal.

Podemos concluir entonces que por el objetivo y naturaleza del proceso de solicitud de beneficio de atraso, aún siendo uno de los procesos concursales, el síndico cumple funciones muy específicas y propias, diferentes o diametralmente opuestas a las del síndico en el proceso de quiebra, como ya hemos analizado.

CONCLUSIONES

Hemos podido apreciar en el desarrollo del presente que esta solicitud es un beneficio o gracia que hoy día, en este nuevo milenio, sigue siendo aplicado hoy día como hace cien años cuando se incluyó en nuestro Código de Comercio.

Este es propio de las economías en crisis, tanto del comerciante como de un país; este, creemos es el caso nuestro.

La concepción estricta inicial, del derecho mercantil, tanto nacional como extranjero, el cual buscaba castigar la cesación de pago, como una falta grave del comerciante, con sanciones que podían incluir hasta apertura de juicios penales, como medida de protección de los intereses de los acreedores. Esta

concepción represiva fue evolucionando y las modernas legislaciones comerciales tienden a modificar su concepción original buscando la protección del patrimonio y *salvar, más no liquidar ni eliminar, a la empresa en crisis patrimonial, protegiendo la actividad comercial, las fuentes de trabajo y la economía de la nación.*

Prueba de ello es el proyecto de reforma de la legislación comercial española⁷² que sostiene que el concurso no debe ser presentado como un procedimiento de castigo, infamia, desaparición y despojo del empresario que defraude la confianza del crédito. Hoy día se pretende sanear y conservar la empresa en crisis.

También otras legislaciones han asumido esta posición de intención de conservar la empresa como creadora de desarrollo económico, generadora de empleos y progreso social.

Nuevas legislaciones, como la ley 19.551 de Argentina, prevén un conjunto de soluciones preventivas ante las crisis económicas empresariales. Permiten, a través de mecanismos como la reconversión, reestructuración o el salvataje (sic), tutelar la empresa y a sus acreedores, permitiendo la explotación de la empresa como una finalidad del régimen concursal y recuperando así a la empresa de la crisis; uniendo esfuerzos hacia un fin común: el empresario, los acreedores, los intereses de la sociedad, el Estado y la legislación.

En esta misma corriente, podemos decir, que se encuentra el espíritu, propósito y razón del legislador venezolano, cuando agregó a las normas mercantiles, el proceso de solicitud de beneficio de atraso en 1904. Este busca siempre que se cumplan los extremos de Ley (art. 898 cdc) y no se incurra en alguno de los supuestos sancionados (art. 907 cdc)., persigue, conceder una ayuda al comerciante honesto, en crisis patrimonial no imputable y con expectativas de superación.

⁷² Arrollo, Ignacio. Ponencia en las III Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989. pp. 1.011 a 1.013. También se puede consultar Roberto García Martínez, Derecho Concursal, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 36 y 37. Se refiere al derecho concursal y a la conservación de la empresa.

Por ello, nos consideramos defensores de este procedimiento en nuestra legislación mercantil, ya que, a través de mecanismos bien diseñados jurídicamente, podemos alcanzar un fin más beneficioso que destruir, como es “ayudar”, “superar”, y lograr que, a través de unas normas que regulen en forma vigilada y organizada, pueda un comerciante honesto y responsable superar su dificultad económica y no perjudicar ni a sus acreedores, ni su actividad, ni sus empleados y, finalmente, la economía nacional.

En nuestras presentes reflexiones, hemos querido examinar ciertos aspectos que nos parecen interesantes de analizar y mejorar en futuras reformas legales, a fin de optimizar el proceso y sus resultados, así como también aclarar y enfatizar otros, como la función del síndico, figura trascendental en el desarrollo de la tramitación de la solicitud de esta gracia. Todo ello fruto de la reflexión del estudio y de la experiencia.

Siendo estas sólo un acercamiento inicial a este interesante procedimiento concursal, queda abierta la posibilidad a futuras consideraciones que lleven a nuevas sugerencias en pro del mismo.

Agradeciendo a Dios, a los editores, a mi familia y a la vida, poder contribuir con este sencillo aporte.

Tres fases del proceso penal

Juvenal SALCEDO CÁRDENAS*

Sumario

1. **Fase Preparatoria: Definición.** *1.1 Inicio del proceso. Modos de proceder. 1.2 Modos de proceder en los delitos de acción pública. 1.3 Modos de proceder en los delitos de acción privada. 1.3.1 Denuncia y procedimiento ex officio. La querella. 1.3.2 Querella. 1.3.3 Desestimación. Concepto. 1.3.4 Desistimiento. Concepto. 1.3.5 Causales de desistimiento tácito. 1.4 Acusación. Concepto. 1.5 Qué se hace en la fase preparatoria?*
2. **Fase Intermedia.** *2.1 ¿Cuándo se presenta la acusación del Fiscal? 2.2 Privación judicial preventiva de libertad. 2.3 Cautelares sustitutivas. 2.4 Flagrancia. 2.5 Fase Intermedia. Concepto. 2.6 Audiencia Oral Preliminar (art. 327). 2.7 Desarrollo de la Audiencia (ART. 329). 2.8 Fin de la intervención de las partes. 2.9 Decisión (art. 330). 2.10 Auto de Apertura a Juicio. 2.11 Importancia de la etapa intermedia. 2.12 Calificación Jurídica.*
3. **Fase del juzgamiento. Concepto.** *3.1 Sustanciación del juicio. 3.2 Preparación del debate. 3.3 Dirección y disciplina en el debate. El moderado (art. 341 del COPP). 3.4 Desarrollo del debate.*

* **Universidad Central de Venezuela**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Profesor Asociado. **Tribunal Supremo de Justicia**, Magistrado (E).

3.5 Facultades del acusado. 3.6 Declaración de varios acusados (art. 348). 3.7 Recepción de pruebas. 3.8 Expertos. 3.9 Testigos. 3.10 Normas comunes para expertos, intérpretes y testigos. 3.11 Otros medios de prueba (art. 358 del COPP). 3.12 Nuevas pruebas. 3.13 Discusión final y cierre del debate. 3.15 Algunas situaciones durante la audiencia del juicio oral. 3.16 ¿Y qué son las generales de ley? 3.17 Cuestiones incidentales (art. 335, n. 1 y 346 del COPP). 3.18 Deliberación y sentencia.

1. FASE PREPARATORIA: DEFINICIÓN

Es la fase del procedimiento ordinario que tiene por objeto, por finalidad, preparar (organizar, disponer) el juicio oral y público, mediante: 1. Investigación de la verdad, y 2. Recolección de todos los elementos de convicción que permitan: a) Fundar la acusación del Fiscal y b) Fundar la defensa del imputado, dice el artículo 280 del COPP.

Fundar la acusación: Esta se fundará en los *Elementos de Convicción* que se recolecten (recolección) durante la investigación para demostrar el hecho punible y su atribución al imputado (“...hecho punible que se atribuye al imputado” “...hechos y circunstancias útiles para fundar la inculpación del imputado” (art. 281 del COPP).

Fundar la defensa: Igualmente “...investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar... la defensa del imputado” (art. 280 del COPP). El Fiscal del Ministerio Público “...hará constar... hechos y circunstancias útiles... que sirvan para exculparle... está obligado a facilitar al imputado los datos que lo favorezcan” (art. 281 del COPP).

El capítulo III (arts. 303 y ss.) del COPP, dentro de la fase preparatoria, se denomina: Desarrollo de la investigación.

1.1 Inicio del proceso. Modos de proceder

Vamos a ver cómo se inicia el proceso (art. 283 y ss. del COPP), que es el comienzo de la investigación. Esto tiene que ver con los modos de proceder a

la investigación; es decir, cómo (modos) se inicia la investigación y por ende, el proceso (art. 300 y ss. del COPP).

Tenemos que diferenciar entre un proceso por delito de acción pública y un proceso por un delito de acción privada. Por esta razón debemos tener muy claro qué es un delito de acción pública y qué es un delito de acción privada.

1.2 Modos de proceder en los delitos de acción pública

La investigación de los delitos de acción pública tiene dos modos de proceder: 1) ex officio (de oficio, art. 283 del COPP), y 2) por denuncia (art. 285 y ss. del COPP). El COPP dice que son tres, e incluye como tercero a la querella (arts. 292 y ss. del COPP).

Hay delitos de acción pública cuyo proceso no se inicia sino después que el Fiscal General de la República intenta una querella ante el TSJ en el caso de los altos funcionarios de Estado. No es para abrir el proceso penal, es para el antejuicio de mérito al Presidente de la República y a otros altos funcionarios del Estado (arts. 377 y ss.): “...previa querella del Fiscal General de la República”. Entonces, entendemos que no es un modo de proceder para abrir el proceso penal.

La Defensoría del Pueblo “...podrá presentar querella contra funcionarios o empleados públicos, o agentes de las fuerzas policiales, que hayan violado derechos humanos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas” (art. 121 del COPP). ¿En la práctica será querella o denuncia? Pienso que debería ser denuncia porque si presenta querella (art. 292 del COPP), después tiene que constituirse en acusador particular propio (art. 297, n. 2 del COPP). Habrá dos acusadores funcionarios del Estado: El Fiscal del Ministerio Público y el Defensor del Pueblo. Seguramente el juez no aceptará una denuncia sino una querella porque así lo dice el COPP.

1.3 Modos de proceder en los delitos de acción privada

El modo de proceder en la investigación de los delitos de acción privada es la acusación privada de la víctima, también llamada acusación de la parte

agraviada, instancia de la parte agraviada, instancia de la víctima (art. 26, 400 del COPP).

1.3.1 Denuncia y procedimiento ex officio. La querella

Procedimiento *ex officio*. El procedimiento *ex officio* es también llamado procedimiento de oficio, y consiste en que la investigación penal de un delito se hace no porque cualquier persona, agraviada o no, se presentó ante la autoridad competente para informarle del delito, que es una denuncia, ni porque se haya presentado una querella o una acusación, sino que esa autoridad se enteró, de la comisión de ese delito, por el oficio que ella desempeña, por el cargo, por el ministerio que se le tiene conferido y procedió. ¿Y quiénes son esas autoridades que tienen ese ministerio? El Fiscal del Ministerio Público y la Policía de Investigación Penal. El oficio, el ministerio, de éstos es tener todos los elementos, la organización para prevenir los delitos (CICPC, tiene funciones de prevención del delito). Y si no se ha logrado la prevención y se comete un delito, hay que investigarlo para que se castigue a los transgresores. Ese es su oficio (Officium: cargo, empleo, ministerio). No necesitan que alguien les denuncie la comisión de un delito, si ellos, ex-officio se enteran, actúan.

Denuncia. La denuncia es el modo de proceder que consiste en que cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible de acción pública lo hace saber a los organismos competentes del Estado (Fiscal del Ministerio Público o Policía de Investigaciones Penales: art. 283 y 284). Hay la excepción referida a los delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias que, a pesar de ser delitos de acción privada, son denunciables (art. 25 COPP). Los delitos de acción privada no se denuncian, se acusan (acusación).

¿Quién denuncia?

Cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible (art. 285).

Formalidades

Presentarse ante el Fiscal del Ministerio Público o a la Policía de Investigación Penal (art. 286).

1. Identificación del denunciante 2. Indicar su domicilio o residencia. 3. Narración circunstanciada del hecho. 4. Cuando le constare quién es el transgresor y las personas que tengan noticia del delito debe aportarlo. 5. Firmará si sabe y si no estampará huellas digitales; también firmará el funcionario que la recibe. 6. Puede denunciarse mediante apoderado (art. 286). No hay juramento.

Clases de denuncia: 1. Por escrito, es decir, que se lleva escrita. 2. Verbal: se va a denunciar y se transcribe, en un acta, por el funcionario, lo que el denunciante informa y luego firma el denunciante y el funcionario. Tanto la escrita como la verbal pueden hacerse mediante apoderado para denunciar (art. 286).

Denuncia falsa o de mala fe. El estudiante debe revisar los conceptos de calumnia, simulación de hecho punible, difamación e injuria y saber diferenciar un tipo del otro, porque en uno de ellos pudiera ubicarse el denunciante de mala fe.

El denunciante no es parte en el proceso, pero si existe falsedad o mala fe al denunciar, pasará a ser parte imputada, pero del delito de calumnia, simulación de hecho punible, difamación o injuria. Hay que revisar cada caso para ver dónde se subsume su conducta. Cuando se denuncia, el denunciante no es parte en ese proceso que se iniciará por su denuncia (art. 291).

Imputación pública, luego denuncia: bien. Imputación pública: el señalado va al Fiscal y se investiga y “no conduce a ningún resultado” (art. 290), el denunciante paga “costas de la investigación”. O lo hizo de mala fe o era falso. Si hubo denuncia formal sobre un hecho falso o de mala fe, responderá penalmente (calumnia, simulación de hecho punible, difamación o injuria).

¿Quién recibe la denuncia? El Fiscal del Ministerio Público o Policía de Investigaciones Penales (art. 285).

Obligación de denunciar. ¿La denuncia será un derecho o será un deber? Valga decir: ¿un ciudadano tiene el derecho a que se le oiga una denuncia, o un ciudadano está obligado a denunciar a un delincuente? El ciudadano puede argumentar así: Yo pago mis impuestos para que se tengan los órganos de seguridad del Estado (Tribunales, Fiscales del Ministerio Público y Policía),

luego a mí me roban un carro, tengo el derecho a que ellos investiguen y me lo recuperen. Otros se preguntan: ¿Ud. se entera de la comisión de un delito, está obligado a ir y denunciar? Algunos dirán: yo no me meto en esto. Si el delincuente sabe que yo lo denuncié tomará represalias contra mí. Y con ese argumento tienen razón y no denuncian. Pero hay oportunidades que si es obligatorio denunciar. ¿Y cuáles son esas oportunidades: (art. 287). 1. Hay oportunidades que el hecho de no denunciar es punible es decir, si no se denuncia se le puede castigar al que no denuncia. Entonces el ciudadano tiene la obligación de denunciar. Hay autores que dan como ejemplo el artículo 440 del Código Penal que se refiere al que habiendo encontrado a un niño abandonado o perdido o cualquier persona incapaz de proveer a su propia conservación haya omitido dar aviso inmediato a la autoridad. Para nosotros esto no es denuncia, por que se denuncia es un hecho punible de acción pública. Habla es de dar aviso a la autoridad. Otro ejemplo: el que reciba monedas o billetes falsos debe avisar a la autoridad para que investigue, si no lo hace puede ser imputado de hecho punible. En materia de contrabando el que denuncia un contrabando, le corresponde una parte de lo que se incaute. 2. Funcionarios públicos, que en el desempeño de sus funciones se impusieron de algún hecho punible de acción pública está obligado a denunciar. 3. Profesionales de la salud cuando han sido llamados para auxiliar en envenenamiento, abortos o suposición de parto (art. 287)

Excepciones a la anterior obligación

No están obligados a denunciar:

1. Cónyuge, ascendientes, descendientes consanguíneos, afines o por adopción, hasta el segundo grado inclusive, del pariente participe de los hechos. 2. Tutor, respecto a su pupilo y viceversa. Ignoramos la razón por la cual se excluyó al maestro con respecto a su discípulo y viceversa que consagraba el Código de Enjuiciamiento Criminal. Era y es tan noble la razón.

Excepciones por motivos profesionales

No están obligados a denunciar:

1. Abogados con respecto a instrucciones e explicaciones que reciban de sus clientes. 2. Ministros de cualquier culto, respecto de las noticias que les hayan

revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio realizadas bajo secreto.
3. Profesionales de la salud a quienes una disposición especial de la ley releve de dicha obligación (art. 288).

1.3.2 Querella

La querella es la manera como la víctima, en los delitos de acción pública, logra que se le tenga como parte desde el momento de la apertura del proceso (art. 330, n. 2.). No es la querella para que se abra el proceso; el proceso ya se abrió. El tiempo para intentar la querella (presentar o proponer querella, dice el art. 292) puede ser en el mismo día en que se abra el proceso. Se abre el proceso y se intenta la querella. El proceso no puede nacer con la presentación de la querella, pensamos, porque el artículo 296, 3er. aparte dice que “las partes se podrán oponer a la admisión del querellante, mediante las excepciones correspondientes”, entonces ya hay partes, entonces el proceso ya comenzó. El artículo 296, último aparte, habla de: “...suspenda el proceso”. Habla de suspender el proceso; es decir, que ya está abierto.

La querella es la forma de entrar la víctima a un proceso penal. La víctima se tendrá como parte querellante (art. 296) y así lo dirá el auto de admisión.

La intenta la víctima ante el juez de control (arts. 292 y ss.). Si la víctima denunció no es parte. Se tendrá como parte querellante (art. 296), y así lo dirá el auto de admisión, cuando intente la querella. La víctima tiene una serie de derechos sin ser parte querellante, entra al proceso sin ser parte querellante “aunque no se haya constituido en querellante...” (art. 120). Entre esos derechos: adherir a la acusación del Fiscal del Ministerio Público o intentar acusación particular propia.

Otra situación es el antejuicio de mérito contra el Presidente de la República o altos funcionarios del Estado ante TSJ (arts. 377 y ss.) que se inicia mediante querella. El antejuicio de mérito contra altos funcionarios del Estado no es un proceso penal, es un privilegio, o requisito de procedibilidad, es antes del proceso. El modo de proceder para el antejuicio es mediante querella.

La querella de la Defensoría del Pueblo, contra funcionarios o empleados públicos, o agentes de las fuerza policiales, que hayan violado derechos

humanos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, ante el juez de control (arts. 121, 122) no es modo de proceder. Ya el proceso estará abierto, seguramente ex officio.

Pero pensemos que la víctima no interpone una querella, en los delitos de acción pública, porque para ello necesita de un apoderado especial, y generalmente la víctima no tiene capacidad económica para estos gastos. Puede que denuncie y en el momento procesal oportuno adhiere a la acusación del Fiscal. Si no tuvo capacidad económica para incoar la querella al principio, tampoco la tendrá para, con un apoderado especial (art. 122), intentar acusación particular propia.

En los delitos contra los derechos humanos si se puede querellar porque no se necesita poder especial (art. 122, ap.). Igual una persona jurídica (art. 292, 119 n. 3) que si tenga interés en constituirse en parte querellante. En los otros delitos de acción pública, en los cuales la víctima se haya constituido en parte querellante, el Copp no dice que necesita de un apoderado especial, pero buscará un abogado si tiene medios económicos; si no, pensamos que simplemente denuncia y después entra al proceso sin ser querellante (art. 120, n. 4).

¿Quién lo asistirá en la acusación particular propia? El Fiscal no lo hará a pesar de estar obligado a “la protección de la víctima... en el proceso penal (art. 118). Y el artículo 108 número 14: “velar por los intereses de la víctima en el proceso”. Le dirá que adhiera a la suya. ¿Buscará la víctima un abogado para darle poder especial? Generalmente no tiene poder económico.

Cuando la víctima intenta la querella, para que se le tenga como parte, en un delito de acción pública, ya el proceso está abierto por el Fiscal del Ministerio Público por una denuncia o ex officio. Si esa querella de la víctima es desestimada, puede apelar hasta lograr que se le incorpore a ese proceso en su condición de parte querellante. Las partes podrán oponerse a la admisión como querellante, mediante las excepciones correspondientes, dice el artículo 296, 2do aparte. El COPP habla de partes: el querellado, que el Copp llama imputado, el Fiscal del Ministerio Público, que es parte de buena fe, tienen que ser notificados por el Juez de Control, de allí que al notificárseles, se pueden oponer a que entre el querellante. Dice el COPP (art. 296) que “la resolución que rechaza la querella es apelable por la víctima sin que por ello

se suspenda el proceso”. Entendemos que: se interpone la querella ante el Juez de Control. Este la rechaza y el querellante apela y no se suspende el proceso ¿cuál proceso, si éste se inicia con la orden del Ministerio Público (art. 283)? Y la querella fue inadmitida y por lo tanto no llegó al Fiscal del Ministerio Público. Entonces es que ya había proceso abierto, como hemos interpretado.

Tiene interés en que no entre como querellante, el imputado, porque es lógico que si entra, es otro frente al que va tener que atender él; es decir, otra persona que va a estar pendiente del proceso, además del Fiscal del Ministerio Público. Pero el Fiscal del Ministerio Público, que es la otra parte, ¿qué interés puede tener en que no entre? Hay otra situación, la del artículo 108, número 15: Atribuciones del Ministerio Público: “Requerir del tribunal competente la separación del querellante del proceso (separación; es decir que ya entró), cuando éste con su intervención obstruya reiteradamente la actuación fiscal”. Pero aún sin constituirse en querellante, la víctima puede adherir a la acusación del Fiscal o incoar acusación particular propia (art. 120, n. 4) Si intentó querella y desistió (expresa o tácitamente: art. 297. Desistir, desistida, dice el artículo 327, ap.) no puede constituirse en acusador particular propio (art. 327 ap.) sólo adherir a la del fiscal. Pero el artículo 120, de los derechos de la víctima, dice que “...aunque no se haya constituido como querellante...” 4. Puede “...formular una acusación particular propia contra el imputado en los delitos de acción pública,...”. Pero se constituyó como querellante y descuidó. Pareciera que no tiene interés y así se le declaró. Una acusación particular propia puede correr el mismo destino. Ya demostró una vez que era negligente. Pero no le cierran las puertas, puede adherir a la acusación del fiscal.

En delitos de acción pública, la víctima puede:

Presentar querella (arts. 292 y ss.) para que se le tenga como parte querellante, o formular acusación particular propia en el momento procesal en que el Fiscal del Ministerio Público presente su acusación, o adherir a la que éste presente (120, n. 4) 403, 117, ord. 4º).

Hay doctrina que opina que la querella si es un modo de proceder y el capítulo II dice inicio del proceso; y tiene tres secciones: la tercera es la querella. Nosotros discrepamos de esa doctrina.

¿Cómo se intenta la querella?

Hay una investigación previa que pide la víctima haga el Fiscal del Ministerio Público. ¿Con qué elementos y recursos la víctima podría investigar? A veces no los tiene. Por eso el COPP le dice que “...podrá solicitar al Fiscal las diligencias que estime necesarias para la investigación de los hechos” (art. 295). Esto también se hace en los delitos de acción privada: arts. 402: “La víctima... podrá solicitar al juez de control ordene ...una investigación preliminar...” Si el juez lo considera, la ordena al fiscal (art. 403). Ya con esta investigación preliminar se intenta la querella.

Enunciaremos los requisitos de la querella, seguidos de los de la acusación del Fiscal y la acusación de parte, en los delitos de acción privada porque tienen mucho en común y lo hacemos para facilitar al estudiante los cuadros comparativos de estudio.

Querella. Requisitos:

1. Identificación del querellante y parentesco con el querellado (¿si son varias las víctimas? Igual que en los delitos de acción privada art. 401, 4º Ap.).
2. Identificación y residencia del querellado.
3. Delito que se le imputa y tiempo de perpetración.
4. Relación especificada del hecho (art. 294).

Acusación Fiscal (Delitos de acción pública Art. 326). Requisitos:

1. Identificación del imputado, identificación del defensor (domicilio o residencia).
2. Relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible.
3. Fundamentos de la imputación (elementos de convicción).
4. Ofrecimiento de pruebas que se presentarán en el juicio.
5. Solicitud de enjuiciamiento del imputado. No entiendo por qué de este número 5 cuando la solicitud de enjuiciamiento es el libelo acusatorio.

Acusación privada (art. 401). Ante el Juez del juicio.

1. Identificación del acusador y relaciones de parentesco con el acusado. Firma del acusador o apoderado especial.
2. Identificación del acusado.
3. Delito imputado, lugar, día, hora de perpetración (aproximado).
4. Circunstancias esenciales del hecho.
5. Elementos de convicción de la participación del imputado.
6. Justificación de la condición de víctima (esto debe ser, creo, que explique porqué ella es víctima).

¿Porqué ante el juez del juicio y no ante el juez de control como en el juicio por los delitos de acción pública? ¿Por qué en los delitos de acción pública la fase preparatoria se realiza ante el juez de control y en los delitos de acción privada se va directamente al juez de juicio? Porque no hay fase preparatoria propiamente tal como en el proceso por los delitos de acción pública. La investigación para intentar la acusación la hace el acusador. Puede pedir una investigación previa al juez de control (arts. 402-404). Luego hay una audiencia de conciliación (art. 409) y si no prospera la conciliación (art. 412) se pasa a la celebración del juicio oral y público (art. 413 y ss.).

Legitimados para intentar la acción penal.

¿Quién puede constituirse en acusador? Debemos diferenciar entre delitos de acción pública y delitos de acción privada.

1. En delitos de acción pública, la acción penal, que es pública por naturaleza, y según el artículo 11 del COPP, la titularidad corresponde al Estado a través del Ministerio Público, quien está obligado a ejercerla, salvo las excepciones legales. La víctima puede adherir a la acusación del Fiscal del Ministerio Público o intentar acusación particular también.
2. Por violación de derechos humanos por parte de funcionarios, empleados públicos, fuerzas policiales, que lo hayan hecho en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, es la Defensoría del Pueblo y cualquier persona natural o asociación de defensa de los derechos humanos (121), podrá presentar querrela (art. 292 y ss.). Mediante querrela.

3. El Fiscal General de la República mediante querella ante el Tribunal Supremo de Justicia, contra el Presidente de la República y altos funcionarios del Estado es el legitimado para solicitar el antejuicio de mérito.

Pero pensemos que se cometió un delito de acción pública y nadie denunció, ni se abrió de oficio la investigación y la víctima intenta la querella ante el juez de control. El juez la da por recibida. La admite o no la admite y notifica de su decisión al Fiscal del Ministerio Público y al imputado (art. 296). La resolución que rechaza la querella es apelable por la víctima, sin que por ello se suspenda el proceso (entonces ya está abierto el proceso). Si la rechaza le notifica al Fiscal del Ministerio Público. ¿Por qué? Creo que como éste tiene la obligación de velar por los derechos de la víctima...

Si la admite también informa al Fiscal y al imputado (éstos son las partes). El imputado apelará. Creo que el Fiscal no tiene interés en apelar.

El juez de control admite la querella y ordena que se tenga por parte al querellante y notifica al Fiscal del Ministerio Público y al imputado. El imputado opondrá las excepciones que considere (por ejemplo, que la tal víctima no es víctima). No es que apela, sino que opone excepciones.

El Juez admitió la querella y notificó de ello al Fiscal del Ministerio Público. Este al recibirla, “ordenará, sin pérdida de tiempo, el inicio de la investigación...” (art. 300). Pero el Fiscal, una vez abierta la investigación y estudiando el caso, se percató que el hecho motivo de la querella: 1. No reviste carácter penal, 2. La acción está evidentemente prescrita, 3. Existe un obstáculo legal para el desarrollo del proceso, 4. El delito es de acción privada (art. 301), tiene los quince días siguientes para solicitar mediante escrito motivado al juez de control la desestimación de la querella.

Si el juez está de acuerdo con el fiscal y desestima le remite nuevamente las actuaciones para que archive.

No está de acuerdo con el Fiscal “...ordena que prosiga la investigación que había ordenado el Fiscal, “...sin pérdida de tiempo” (art. 302, 1er aparte).

La víctima había sido admitida como parte querellante. Al darse cualquiera de las condiciones anteriormente dichas, y solicitada por el Fiscal la

desestimación, y así acordada por el Juez, apela. La decisión de la Corte de Apelaciones no tiene casación.

Desestimación de la denuncia. Desestimación de la querella. Desistimiento.

Presentamos un cuadro comparativo de desestimación y desistimiento.

Desestimación	Desistimiento
a. Denuncia (arts. 300 y ss.)	a. No hay
b. Querella: Petición del Fiscal del MP (art. 296 y 301).	b. Si hay (art. 297)
c. Acusación privada (art 405-408)	c. Si hay: 1) expreso y tácito. 2) abandono (art. 416).
No hay desistimiento de la denuncia.	El tal retiro de la denuncia no existe.

3. En los delitos de acción privada, el modo de proceder es mediante la acusación de la parte agraviada, que la incoa ante el juez del juicio, y éste puede admitirla o desestimarla. La recibe y la puede declarar inadmisibile (art. 405, 406). El Copp la llama indistintamente **inadmisibilidad** o **desestimación** de delitos de acción privada, pero en puridad de Derecho, pensamos, que es desestimación. Aquí no interviene el Ministerio Público.

Acusación en los delitos de acción pública no es un modo de proceder. Se admite total o parcialmente, pero puede no admitir la acusación en la fase intermedia del proceso y sobresee, por ejemplo, como ya dijimos.

1.3.3 Desestimación. Concepto.

La desestimación de la denuncia, como de la querella, consiste en que el Juez la rechaza, no la recibe, previa solicitud MOTIVADA del Ministerio Público (art. 301). Pero si se le dio entrada y después el Fiscal se percata que es un delito de acción privada, igualmente hace la solicitud motivada diciendo que no procede por denuncia ni querella.

En los delitos de acción privada el juez del juicio desestima la acusación. Los artículos 405, 406, 408 hablan de inadmisibilidad por desestimación, pero en el artículo 408 habla de inadmisibilidad y de desestimación.

¿Quién solicita la desestimación? El Fiscal del Ministerio Público en los delitos de acción pública.

En los delitos de acción privada el juez de juicio la declara (art. 405).

¿Cómo la solicita el Fiscal? Mediante escrito motivado dentro de los quince (15) días siguientes a la recepción de la denuncia o querella (art. 301).

¿Causales por las cuales solicita la desestimación de la denuncia o de la querella?

1. El hecho no reviste carácter penal. En clase ponemos un ejemplo para tratar de ayudar a la comprensión: si vemos que hay en un sitio del suceso una persona muerta, o la mataron o se suicidó o se está filmando una película. Si está muerta es porque alguien la mató (homicidio, reviste carácter penal) si se empieza la investigación y se concluye que se suicidó (no reviste carácter penal. El suicidio no es delito). Si se estaba filmando una película podemos seguir de curiosos o seguir de largo. Pero hay casos en los cuales se inicia la investigación y no se logra precisar si es un fraude o un incumplimiento de contrato. Puede precisarse esto último y entonces el hecho no reviste carácter penal.
2. Sí es delito pero la acción está evidentemente prescrita.
3. Existe un obstáculo legal para el desarrollo del proceso (art. 301).

¿Cuáles son esos obstáculos? (v. Art. 28 y ss.)

- a. Extinción de la acción penal. Si denunciado el hecho punible el Fiscal del Ministerio Público se percata que la acción está extinguida, ello es un obstáculo al desarrollo del proceso (art. 28 n. 5)

¿Y cuándo se extingue la acción penal? 1. En cualquiera de los supuestos del artículo 48 ns. 1-8 V. Arts. 38 y 48).

- b. Se denuncia un delito de acción privada. El Fiscal se percata que hay un obstáculo legal, cual es que los delitos de acción privada no se denuncian;

tiene que constituirse la víctima en acusador (art 400). Hay la excepción de los delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias (art. 25 del Copp).

En caso de duda razonable sobre la naturaleza del hecho denunciado, el Fiscal del Ministerio Público procederá conforme a lo establecido en el encabezado del art. 301 (art. 300, ult. ap.). Encabezado es un neologismo, se dice encabezamiento. Se procede entonces así: El Ministerio Público, dentro de los quince días siguientes a la recepción de la denuncia o querella, solicita al juez de control, mediante escrito motivado, su desestimación, cuando el hecho no revista carácter penal o cuya acción está evidentemente prescrita, o exista un obstáculo legal para el desarrollo del proceso. Si iniciada la investigación se determina que los hechos objetos del proceso constituyen un delito de acción privada (art. 301).

Delitos de acción privada. Acusación. Inadmisibilidad (art. 405).

1. El hecho no reviste carácter penal.
2. La acción está evidentemente prescrita.
3. Los hechos punibles son de acción pública, y por lo tanto su procedimiento es la denuncia, o constituirse en querellante, o una actuación ex -oficio, pero no acusación de la parte agraviada.
4. Falte un requisito de procedibilidad. Pienso que uno de los requisitos de procedibilidad es el que consagra el artículo 401, 3er ap: “Todo acusador concurrirá personalmente ante el Juez para ratificar su acusación”.

En los delitos de acción pública, en los cuales se denuncia o se constituye la víctima en querellante, el Fiscal del Ministerio Público puede solicitar la desestimación de la denuncia o de la querella, como dijimos.

Juez de control decide:

- a. “...ordena la desestimación... con lugar la desestimación... devolverá las actuaciones al Fiscal del Ministerio Público, quien las archivará”

(art. 302). Fiscal archiva cuando esté firme la decisión porque tiene apelación. Este archivo es distinto al archivo acto conclusivo.

Cuando el Fiscal del Ministerio Público concluye que debe archivar la investigación lo ordena y consulta con el Fiscal Superior, cuando se trate de delitos contra el patrimonio del Estado o intereses colectivos y difusos (art. 315, parágrafo único). Si el Fiscal Superior no está de acuerdo envía el caso a otro Fiscal a fin de que prosiga la investigación o dicte el acto conclusivo a que haya lugar. En otra clase de delitos se tiene que notificar a la víctima. El querellante (víctima) puede pedir al juez de control que examine los fundamentos de la medida (art. 316). El no quiere que se archive, él es querellante, admitido como parte (art. 296, 1er. ap) y quiere presentar acusación particular propia (art. 120, n 4.).

Resumiendo: hay dos clases de archivo de las actuaciones del fiscal: al quedar firme la desestimación de la denuncia o querella y la otra como acto conclusivo (art. 315).

- b. El juez rechaza la desestimación, no está de acuerdo con el Fiscal y ordena que continúe la investigación.” “...Rechaza la desestimación (la petición de desestimación, debería decir) y ordena proseguir la investigación (art. 302). Esta decisión no tiene apelación. No hay quien apele. Al fiscal no le oyeron su solicitud, imputado todavía no hay. El denunciante y el querellante quieren que se investigue.

1.3.4 Desistimiento. Concepto

Es un acto jurídico mediante el cual el querellante o el acusador privado (no el Fiscal del Ministerio Público) abandona la querella o renuncia a ella o abandona la acusación particular propia. Abandonar es renunciar, es dejar.

El desistimiento de la querella puede ser expreso y tácito. Expreso, como su nombre lo indica, es cuando el querellante o el acusador privado, motu proprio, expresamente, desiste. Hay una voluntad de renunciar, de dejar, de abandonar. El desistimiento tácito es cuando se desprende de su conducta que quiere renunciar, dejar, abandonar. Tácitamente esta desistiendo.

En la acusación privada hay: desistimiento expreso y tácito, pero también hay abandono de la acusación (art 416). “El que ha desistido, expresa o tácitamente

de una acusación privada o la ha abandonado, no podrá intentarla de nuevo” (art. 418).

1.3.5 Causales de desistimiento tácito:

A) Del querellante:

1. Citado a prestar declaración testimonial, no concurra sin justa causa (siempre he pensado que el testimonial es del testigo, no del que confiesa o del querellante).
2. No formule acusación particular propia o no se adhiera a la del fiscal.
3. No asista a la audiencia preliminar sin justa causa.
4. No ofrezca prueba para fundar su acusación particular propia.
5. No concurra al juicio o se ausente del lugar donde se esté efectuando, sin autorización del tribunal.

Declarado de oficio o petición de parte (art. 297).

B) Del acusador privado (desistimiento)

1. No promueva prueba para fundar su acusación.
2. No comparezca a la audiencia de conciliación o a la del juicio oral y público (art. 416 , 2º ap.).

C) Acusador privado (abandono de la acusación)

1. Deja de instar la acusación por más de veinte (20) días hábiles, a partir de la última actuación por escrito (art. 416).

Hay un auto que declara el desistimiento. Hay un auto que declara el abandono de la acción, que dicta el juez, ex officio o a petición del acusado. En el auto el juez, motivadamente, califica si la acusación fue maliciosa o temeraria (art. 416).

Notitia Criminis ¿Y qué es la *Notitia Criminis*? Hay quienes pretenden hacer creer que la notitia criminis es otro modo de proceder, y hasta se oye y se ve en los medios de comunicación social decir que una averiguación tal se inició por notitia criminis, o que debería abrirse la investigación por notitia

criminis. Y lo más grave es que algunos abogados también lo dicen y a veces hasta dicen mal: noticia crimen, notitia crimen. Esas expresiones no existen. Es NOTITIA CRIMINIS. ¿Y qué es esta tan manoseada notitia criminis? Pues la noticia del delito, pues el conocimiento de que se cometió un delito. ¿Y cómo llega al conocimiento del Fiscal del Ministerio Público, o de la Policía de Investigaciones Penales la noticia del delito? Ex officio o por denuncia. El artículo 284 dice que “si la noticia es recibida por las autoridades de policía, éstas la comunicarán al Ministerio Público...” Podríamos decir que la notitia criminis es el género y la denuncia y el procedimiento ex officio son la especie. Por denuncia se tiene conocimiento del delito, ex officio también y por acusación de la parte agraviada, en los delitos de acción privada, Por eso, los tres, son noticia del delito, por eso son notitia criminis.

Algunos abogados llevan un escrito al Fiscal del Ministerio Público y se le pide que actúe vía notitia criminis. Un Fiscal que conoce el procedimiento penal, inmediatamente le pide que ratifique lo que está diciendo por escrito y entonces se convierte en denuncia. Pero él argumenta que no quiere que se le tenga por denunciante. ¿Qué hace el Fiscal con ese escrito, ignorarlo? No podría, ya tuvo conocimiento del delito; si es de acción pública lo procesa y llama al que llevó el escrito a declarar como testigo, aunque no la denomina declaración testifical sino entrevista. ¿Cómo se enteró él de ese hecho? No puede negar su testimonio. Si ese escrito llegara en forma anónima a la Fiscalía no puede desentenderse de lo informado, a pesar de la forma como le llegó la noticia del delito (*notitia criminis*) y hará una investigación previa porque puede ser un documento hecho de mala fe o falso. Pero puede no serlo. Imaginémonos que se está informando de un delito grave.

1.4 Acusación. Concepto

La acusación es la instancia escrita, libelo de acusación, que presenta el Fiscal del Ministerio Público ante el Juez de Control, cuando estima que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado (art. 326, encabezamiento). No he entendido qué quiere decirse con esto de enjuiciamiento público, porque no hay un enjuiciamiento privado.

A esta acusación puede adherir la víctima o puede formular acusación particular propia. La acusación de la víctima, en los delitos de acción pública, se incoa

ya comenzado el proceso y en el momento procesal en el cual el Fiscal del Ministerio Público tiene tres opciones en los actos conclusivos, a saber: 1. Archivar las actuaciones. 2. Pedir el sobreseimiento. 3. Acusar.

En este momento procesal, si el Fiscal acusa, la víctima puede adherir a esa acusación o intenta acusación particular propia. Si el fiscal no acusara, sino que archiva las actuaciones, o solicita el sobreseimiento, la víctima hará uso de los recursos procesales y la víctima podrá lograr constituirse en acusador siempre y cuando la decisión sea la de continuar que no archivar ni sobreseer (v. sobreseimiento y archivo).

Admisión de la acusación en delitos de acción pública (art. 330, 2). Se admite, total o parcialmente, pero se admite, o puede, por ejemplo, sobreseer en vez de admitir la acusación porque haya una causal de sobreseimiento. La inadmisibilidad de la acusación no existe, sostenemos. El juez de control, en la fase intermedia no puede declarar la inadmisibilidad, porque sería entrar al fondo, y él mismo advierte que es una audiencia preliminar (art. 329, ult. ap: “En ningún caso se permitirá que en la audiencia preliminar se planteen cuestiones que son propias del juicio oral y público”, que no se den argumentaciones de fondo. Al admitirla, tampoco se pronuncia: “La admite, cuanto ha lugar en derecho”.

Inadmisibilidad en delitos de acción privada (arts. 405 y ss. confunde la inadmisibilidad con la desestimación).

La acusación la intenta la víctima, en los delitos de acción privada, se llama acusación de parte agraviada, o instancia de parte agraviada, instancia de la víctima (art. 26), acusación privada de la víctima (art. 400 401) (Arts. 123, 403), y es un modo de proceder.

Hay acusación penal, por parte de la víctima, en los delitos de acción privada. Aquí este es el modo de proceder.

1.5 Qué se hace en la fase preparatoria?

Después de ver la forma cómo se inicia el proceso nos encontramos ya ante la fase preparatoria.

La fase preparatoria está dividida en el COPP en cuatro capítulos a saber:

Capítulo I: Objeto (arts. 280-282). Alcance (art. 281.) y control Judicial (art. 282).

Capítulo II: Inicio del proceso (arts. 283). Investigación de oficio (art. 283), denuncia (art. 285-291) y querrela (que según nuestro criterio no es forma de iniciar el proceso. Art. 292-299). Desestimación de la denuncia y de la querrela (arts. 301 y ss. del Copp).

Capítulo III: Desarrollo de la investigación: formalidades (arts. 303-314), carácter de las actuaciones (art. 304). Proposición de diligencias. Prueba anticipada. Facultades del Ministerio Público. Duración y prórroga (arts. 305-314).

Capítulo IV Actos conclusivos: Acusación, sobreseimiento, archivo fiscal (ASA) (arts. 315-326).

Conocida por las autoridades competentes la comisión del delito se inicia la investigación. ¿Y en qué consiste la investigación? “...diligencias tendientes a investigar y hacer constar su comisión (comisión del hecho punible) , con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los autores y demás partícipes, y el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración” (art. 283). ¿Y cómo se inicia la investigación? Mediante un auto de proceder. Auto es una orden que involucra un mandato; y auto de proceder es una orden a comenzar, a iniciar, a proceder a la investigación .La orden la da sin pérdida de tiempo el Fiscal del Ministerio Público (artículo 300). Y dispondrá que se practiquen todas las diligencias necesarias para hacer constar las circunstancias a que se refiere el artículo 283 del COPP.

¿Y cómo se hace constar? Mediante la prueba. Dice el artículo 198 del COPP: “Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba,...”. Es el auxilio de la Criminalística en la investigación criminal: todos los avances científicos y técnicos al servicio de la investigación criminal. El trípode en cual se apoya el proceso penal es: la Constitución Nacional, la Ley (sustantiva y adjetiva) y la Criminalística. Si una de los pies del trípode falla no hay proceso penal.

El artículo 283 del COPP es el mismo del viejo Código de Enjuiciamiento Criminal, de donde lo copió el COPP, pero en vez de responsabilidad penal, como dice ahora, decía culpabilidad. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia había dicho que culpabilidad es “atribución del hecho a quien lo causa y no al concepto psicológico de dolo o culpa a que se refiere el Código Penal”.

Responsabilidad penal, culpabilidad y autoría no son lo mismo. Por eso pensamos que la expresión responsabilidad penal, del artículo 283 del Copp es errada. Si quien cometió un hecho punible (autor) es culpable (actuó con dolo o culpa) la consecuencia de una autoría culpable es la responsabilidad penal, que se concreta en la pena. Esta responsabilidad penal se concreta en la etapa final del proceso; es decir, en la del juzgamiento o juicio oral. Allí se concreta la responsabilidad penal; no apenas empezando el proceso, en la etapa preparatoria. Pero eso es lo que se mal copió del Código de Enjuiciamiento Criminal. Es un error, desde nuestro punto de vista.

Eladio Escusol (“El Procedimiento Penal para las causas ante el Tribunal del Jurado” pág.. 145,) dice que: “hablar de responsabilidad criminal exige establecer un juicio de culpabilidad, lo que supone el examen de la imputabilidad del acusado (capacidad de culpabilidad) y de las causas concretas y definidas que excluyen la capacidad de culpabilidad (causas de justificación, de inculpabilidad).

Jiménez de Asúa dice: “La responsabilidad penal se concreta en la pena, como la responsabilidad civil que asume la forma de reparaciones e indemnizaciones...” (“Ley y el Delito”, pág.. 426).

Concluida la fase preparatoria, porque se realizaron todas las actuaciones encaminadas a averiguar, para hacer constar, que se cometió un hecho punible y quién fue el autor (art. 283 del COPP), el Ministerio Público puede optar por tres soluciones: 1. Puede el fiscal archivar las actuaciones si no hay elementos de convicción para acusar. 2. Solicita ante el juez de control el sobreseimiento de la causa (art. 318 y ss.) porque en su criterio existe alguna de las causales que lo hacen procedente. Y efectivamente, con una decisión de sobreseimiento firme, culmina el proceso. 3. Pero puede suceder que al terminar la fase preparatoria el fiscal se encuentra con que existen elementos de convicción seriamente evaluados para incoar una acusación. Estas tres situaciones es lo que el COPP llama actos conclusivos.

2. FASE INTERMEDIA

Como su nombre lo indica está en el medio, entre la fase preparatoria y la fase del juzgamiento.

Al concluir la fase preparatoria se entra en la fase intermedia. Pero pueden presentarse las siguientes situaciones:

1. Se optó por el principio de oportunidad (art. 37). En la fase intermedia se resolverá (art. 330.2): “admitir total, o parcialmente la acusación del Fiscal del Ministerio Público o del querellante...”.
2. Suspensión condicional del proceso: puede pedirse luego de “admitida la acusación presentada por el Ministerio Público y hasta antes de acordarse la apertura a juicio oral,...” (art. 43, 3er. Ap.). No es “admitida la acusación”; es dada por recibida, porque si ya se admitió no hay suspensión condicional del proceso, porque ésta es una alternativa a la prosecución, y aquí se admitió la acusación, pero falta el auto de apertura a juicio, es decir, que todavía hay tiempo de optar por esta alternativa. Así lo consagra el COPP:.
3. Acuerdo reparatorio después que el Fiscal del Ministerio Público haya presentado la acusación y ésta haya sido admitida, en la audiencia preliminar, el imputado... admita los hechos objeto de la acusación” (art. 40, ult. ap. 330 n. 7). Puede haber acuerdo reparatorio en la fase preparatoria (art. 40, encab.).
4. Se solicitó el sobreseimiento (art. 320: decide: 330, n. 3. Art. 323. El juez convoca a una audiencia oral con las partes y víctima y decide. En esta etapa intermedia, puede el juez dictar un sobreseimiento: 330, n. 3.
5. Si se presenta la acusación porque hay fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado “...el juez convocará a... una audiencia oral,...” (art. 327). No es que se admite la acusación en este momento; sólo se le da entrada. Este darle entrada no es admitirla. Se admitirá o no, total o parcialmente, después en la audiencia oral preliminar. El “total o parcialmente” ¿será por el principio de oportunidad? ¿Contra unos si y contra otros no? Delitos conexos.

2.1 ¿Cuándo se presenta la acusación del Fiscal?

1. Fase de investigación: Pasados seis (6) meses de la **Individualización** del imputado, éste le pide al juez de control que fije un plazo para la conclusión de la investigación. Plazo: no menor de treinta (30) días ni mayor de ciento veinte (120) días. Fiscal puede solicitar prórroga. Se la niega el juez. Apela. Cuando quede firme el plazo: de aquí en adelante se cuentan treinta (30) días siguientes para acusar (art. 314).

Excepción: La petición de urgir la conclusión de la investigación no se puede hacer en los delitos de lesa humanidad, contra la cosa pública, derechos humanos, crímenes de guerra, narcotráfico y conexos (art. 313, ult. ap.).

Si el imputado ha pedido al juez de control que fije un plazo prudencial (art. 313) para la conclusión de la investigación ya que fue individualizado por un auto de una de las autoridades de investigación penal, el juez fijará el plazo, oyendo al Fiscal del Ministerio Público y al imputado y toma en consideración: 1. Magnitud del daño causado. 2. Complejidad de la investigación. 3. Cualquier otra circunstancia a su juicio. Vencido el plazo, el fiscal deberá, dentro de treinta días siguientes presentar la acusación (art. 313). Y se pasa a la fase intermedia.

¿Y quién es el imputado? Persona señalada como autor de un hecho punible por un acto de procedimiento de las autoridades de la persecución penal (art. 124) “...esto es, por el Ministerio Público” (Sent. S. Constitucional).

La Sala Constitucional ha dicho que la víctima también puede hacer este pedimento de conclusión de la etapa preparatoria.

En la etapa preparatoria pueden dictarse medidas de coerción personal (privación judicial preventiva de libertad o cautelar sustitutiva). Puede, igualmente, producirse una detención infraganti.

2.2 Privación judicial preventiva de libertad

Si hay orden de detención preventiva de libertad en la etapa preparatoria, el fiscal deberá presentar la acusación, una vez firme la detención, dentro de los

treinta (30) días siguientes a la decisión, más quince (15) de prórroga, a petición del Fiscal (art. 250, 4º ap.). Y al presentar la acusación se pasa a la fase intermedia. Si no acusa, sale en libertad el imputado (art. 250, 6º y 7º, apartes).

También, sin haber detención preventiva, si el fiscal considera que la etapa preparatoria cumplió su cometido y encontró elementos serios de convicción de la comisión del delito y de su autor presentará la acusación, cuando lo considere conveniente, si es que antes el imputado o la víctima no lo urgen (art 313). Y se pasa a la fase intermedia.

2.3 Cautelares sustitutivas

Pensamos que como el imputado está en libertad y el Fiscal tendrá otros procesos con detenidos, se preocupará más por los detenidos. Tendrá más urgencia por ellos, pero el imputado (en libertad) si tiene urgencia que se le resuelva su situación. El puede pedir al fiscal que solicite el sobreseimiento, para provocarlo a que acuse o archive. No le va a pedir que acuse. O pide al juez que fije término para que concluya la investigación (etapa preparatoria: art. 313 del Copp).

2.4 Flagrancia

El fiscal solicitará la aplicación del procedimiento ordinario o abreviado (art. 373) e imposición de una medida de coerción personal (privativa de libertad o cautelar sustitutiva) o solicitará la libertad del aprehendido.

Si se dicta el auto de privación judicial preventiva de libertad, se procede como acabamos de decir.

Si se decreta el procedimiento abreviado remite el juez las actuaciones al tribunal unipersonal (arts. 373, 2º aparte, y 64, 65 del Copp. No habla el COPP de límite de pena). Este, al recibirlas convoca al juicio oral y público dentro de diez (10) a quince (15) días siguientes (art. 373 del COPP). Dentro de este lapso el fiscal presenta su acusación para que el acusado y su defensa preparen sus alegatos.

El artículo 373, 3er aparte, del Copp dice que: “el fiscal y la víctima presentarán la acusación directamente en la audiencia del juicio oral, y se seguirán en lo

demás las reglas del procedimiento ordinario (art. 373, 3er ap. del Copp) ...” Esto no es verdad, según nuestro criterio. La audiencia del juicio oral es la audiencia del debate oral, y allí no se presenta la acusación porque, ¿qué tiempo tendría el acusado y su defensa para sus estrategias de defensa? Pienso que tiene que ser en la preparación del debate (art. 342 del Copp): “el juez señala la fecha para la celebración de la audiencia pública: no antes de quince (15) días ni después de treinta (30) , desde la recepción de las actuaciones (art. 342).

2.5 Fase Intermedia. Concepto

La fase intermedia es aquella fase del proceso que se abre una vez presentada, ante el Juez de Control, la acusación (art. 327, encabezamiento , Copp).

En la etapa intermedia del proceso se realizan varios actos procesales: 1. La audiencia oral preliminar. 2) La decisión.

Antes de la audiencia oral preliminar, el imputado podrá producir, a la luz de la acusación presentada por el fiscal, algún escrito de defensa, relacionado con los numerales del artículo 328. Igual el fiscal en lo que le corresponde (creemos que en las pruebas objeto de estipulaciones, n. 6) y la víctima que se haya querellado (querellante) también.

En el otro procedimiento (procedimiento abreviado) no se permite presentar ningún escrito. Se irá a la defensa oral, en el debate, pero antes ha tenido que enterarse de la acusación para poder preparar la defensa, si no es así hay un desequilibrio de las partes en el proceso (“...el fiscal y la víctima presentarán la acusación directamente en la audiencia del juicio oral”: artículo 373, 3er aparte COPP). Si el fiscal la presentara en la audiencia del juicio oral, agarraría desprevenido al acusado, y creemos que esto no es lo que quiso decir el legislador.

Si se archivan las actuaciones del fiscal y la decisión queda firme no se pasa a la etapa intermedia. La investigación continúa.

Si se pide sobreseimiento, como acto conclusivo, se concede y queda firme, no se pasa a la etapa intermedia, el proceso terminó. Puede el juez de control

decidir, en la audiencia preliminar, de la etapa intermedia, el sobreseimiento de la causa (art. 330 n 3 del COPP). Si la causal se produjera en la etapa preparatoria, allí decidirá el juez.

El juicio se abre sólo cuando se admite la acusación y se dicta el auto de apertura a juicio. Se pasa a la fase del juzgamiento, del juicio oral (art. 331).

La fase intermedia tiene tres secuencias: 1) Facultades y cargas de las partes antes de la audiencia oral preliminar (art. 328). 2) Desarrollo de la audiencia oral preliminar (art. 329). 3) Decisión (art. 330).

2.6 Audiencia Oral Preliminar (art. 327)

1. Fiscal del Ministerio Público presenta la acusación.
2. Juez convoca a las partes a la audiencia oral preliminar en un plazo: no menor de diez (10) días ni mayor de veinte (20).
3. La víctima, dentro de los cinco (5) días desde la convocatoria, adhiere a la acusación del fiscal o presenta una acusación particular propia. Se tendrá por parte si no lo era de ya, por haber presentado querella (fase preparatoria). Si se querelló y no fue admitido no puede presentar acusación particular propia.
4. Fijada la audiencia, se cuentan desde ese día, hasta cinco (5) días *antes del vencimiento del plazo para la audiencia oral* y podrán las partes (fiscal, la víctima, que presentó querella o acusación particular propia, y el imputado) “realizar por *escrito* los siguientes actos (art. 328)”:
 - a. *Pruebas*:
 - b. Proponer pruebas que podrían ser objeto de estipulación entre las partes (art. 200); 7: Promoción de pruebas que se producirán en el juicio oral, con indicación de su pertinencia y necesidad por parte del *querellante e imputado*. El acusador las ofreció en el libelo de acusación. (Pertinencia: la que guarda relación con el objeto del proceso. El juez puede no considerarlas pertinentes y necesarias;

por el contrario, las considera superfluas. Necesario dice relación con la utilidad para la defensa que se propone). 8: Ofrecer nuevas pruebas, por parte del querellante y el imputado, de las cuales se haya tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación fiscal.

Proceso. Suspensión: 5: Solicitar la suspensión condicional del proceso (art. 43, ult. ap: “La suspensión condicional del proceso podrá solicitarse, en cualquier momento, luego de admitida la acusación y antes de la apertura del juicio oral y público; y en caso del procedimiento abreviado, una vez presentada la acusación y antes de la apertura del debate).

El juez antes de decidir, en audiencia preliminar, informa a las partes sobre las medidas alternativas a la prosecución del proceso (Principio de oportunidad, acuerdos reparatorios o suspensión condicional del proceso).

E: Excepciones. Oponer excepciones previstas en el COPP, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hecho nuevos (art. 328, n. 1): art. 28 y 31: excepciones; artículo 34: extensión jurisdiccional; art. 35: prejudicialidad civil; antejuicio de mérito para altos funcionarios: art. 36 y 377 y siguientes.

C: cautelar: pedir imposición o revocación de cautelar (art. 328, n. 2, art. 256).

A: admisión de los hechos. Solicitar aplicación del procedimiento por admisión de los hechos (art. 328, n. 3).

R: reparatorios. Proponer acuerdos reparatorios (art. 328, n. 4, art. 40 y ss.).

2.7 Desarrollo de la Audiencia (ART. 329)

El día señalado, el juez declara abierta la audiencia.

1. Da la palabra a las partes: primero al Fiscal, segundo al acusador privado, tercero al imputado y su defensor. Analogía con el juicio oral (art. 332 y ss.).
2. Expondrán brevemente los fundamentos de sus peticiones (oralmente: es una audiencia oral art. 327). “...en forma sucinta el fiscal y el

querellante expondrán sus acusaciones y el defensor su defensa” (art. 344). El imputado lo que haya pedido.

Observación: En ningún caso se permitirá que en la audiencia preliminar se planteen cuestiones que son propias del juicio oral y público (art. 329, ult. ap.).

El juez informará a las partes sobre medidas alternativas a la prosecución del proceso (OSA: oportunidad, suspensión condicional del proceso y acuerdos reparatorios (art 329, 2º ap.).

2.8 Fin de la intervención de las partes

El artículo 330 dice que: “Finalizada la audiencia el juez resolverá”. No es verdad. No es finalizada la audiencia, es finalizadas las intervenciones. Si fuera finalizada la audiencia, ¿cuándo se va a decidir, si la audiencia finalizó? Es un error. Es dentro de la audiencia cuando el juez tomará la decisión (art. 330, ns. 1-9). En presencia de las partes (art. 330). El artículo 321 dice: “...al término de la audiencia preliminar...”. Al término si es correcto; es decir, al final de la audiencia (pero dentro de la audiencia). Término es el último punto en un espacio temporal.

La decisión por la cual el juez admite la acusación se dictará ante las partes: “en presencia de las partes (art: 331).

2.9 Decisión (art. 330)

Prueba: Decidir sobre legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de la prueba ofrecida para el juicio oral (acusación: 326, n. 5; 328 n. 8 y las promovidas por el querellante y el imputado: 328, n. 7, 330, n. 9. 1.2. Resolver sobre la suspensión condicional del proceso).

Excepciones. Resolver sobre excepciones opuestas (n. 4).

Cautelares. Resolver sobre medidas cautelares (n. 5).

Admisión de los hechos. Sentenciar conforme el procedimiento de admisión de los hechos.

Resolver acuerdos. Resolver sobre acuerdos reparatorios.

Acusación. Con respecto a la acusación puede decidir:

1. Con defecto de forma (la del fiscal o la del querellante). Subsanarla en la misma audiencia, pudiendo pedir suspensión de la misma para continuarla dentro del menor lapso posible.
2. Admitir parcial o totalmente la acusación (parcialmente: principio de oportunidad: 37, n.1: "...acción penal... limitarla a algunos...") y ordenar la apertura a juicio. Puede cambiar la calificación jurídica dada por el Fiscal o el querellante y darle una calificación jurídica provisional.
3. Auto de apertura a juicio una vez admitida la acusación (art. 331).
4. Puede desestimar la acusación, por ejemplo, porque haya una causal de sobreseimiento, o porque considere que no hay pruebas suficientes contra el imputado. Podría ordenar el archivo. El fiscal, que es el perdedor porque había acusado, le interesa que le admitan la acusación y que se condene después al acusado, por eso puede apelar.
5. Dictar el sobreseimiento.

2.10 Auto de Apertura a Juicio

Admitir la acusación y ordenar apertura a juicio pueden ser dos autos distintos, pero nada obsta para que dentro del mismo auto que se admita la acusación se ordene abrir el juicio.

Contenido del auto:

1. Identificación del acusado.
2. Relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos.
3. Calificación jurídica provisional, motivada. Si se aparta de la calificación jurídica de la acusación, dar las razones.
4. Pruebas admitidas y las **estipulaciones** realizadas entre las partes.

Trataremos de precisar sobre las estipulaciones: El artículo 200 dice que "Si todas las partes estuvieren de acuerdo en alguno de los hechos que se pretenden demostrar con la realización de determinada prueba, podrán realizar

estipulaciones respecto a esa prueba, con la finalidad de evitar su presentación en el debate oral y público. De tales estipulaciones deberá quedar constancia expresa en el auto de apertura a juicio, y las partes podrán alegarlas en el debate, sin necesidad de incorporarlas por algún medio de prueba. No obstante, si el tribunal lo estima conveniente ordenará su presentación”.

Estipulación. Concepto. Del latín stipulatio, que es promesa, contrato. La estipulación es la mutua promesa formal, y jurídicamente hecha, entre las partes, de convenir, de ponerse de acuerdo, de avenirse, de pactar, en que tal hecho no será sometido a prueba.

Jesús Eduardo Cabrera (Revista de Derecho Probatorio número 11, en su página 104) dice que: “Cuando los litigantes están de acuerdo con los hechos, la prueba es innecesaria, ya que si todas las partes están conformes con lo sucedido, y entre ellas el titular de la acción, ¿para qué probar los hechos? ¿Para qué ofrecer medios que arrojarán lo que las partes ya fijaron como sucedido?

El juez deja constancia de las estipulaciones realizadas entre las partes (art. 331, número 3) cuando dicta el auto de apertura a juicio. Es decir, que ya la acusación fue admitida. “De tales estipulaciones deberá quedar constancia expresa en el auto de apertura a juicio” (art. 200).

¿Qué se busca con las estipulaciones? Evitar la presentación, en el debate oral y público, de unas pruebas sobre un hecho del cual están de acuerdo las partes. “Las partes podrán alegarlas en el debate” dice el artículo 200. ¿A qué se refiere? Que las partes las pueden hacerlas valer sin que se incorporen por su lectura. Nos preguntamos ¿Entonces qué sentido tuvieron las estipulaciones? Si no las hacen valer en nada afecta el hecho probado, para eso fueron las estipulaciones, como para ganar tiempo y economía procesales. Así era en el viejo sistema del CEC con la llamada renuncia a pruebas. Pero aún así, el tribunal, según el artículo 200, puede ordenar su presentación; es decir, que se incorporen por su lectura o por “algún medio de `prueba”, si lo estima conveniente. Esto es una actuación del juez en un sistema acusatorio donde sólo debería ser un árbitro. Pero así lo consagra el COPP.

Hay otra situación en el proceso penal que es el límite de los medios de prueba. Se trata de que el juez puede “limitar los medios de prueba” ofrecidos

para demostrar un hecho... cuando haya quedado suficientemente comprobado con las pruebas ya practicadas. En los dos casos (estipulaciones y límite de las pruebas) hay un limitar, un restringir: en las estipulaciones se acuerda, entre las partes, de no probar y cuando está suficientemente probado se limitan las pruebas por parte del juez.

El juez no admite o inadmite la estipulaciones. Al dejar constancia expresa en el auto de apertura a juicio no está admitiendo o inadmitiendo, sólo está acatando lo que ordena el artículo 331 de que el auto de apertura a juicio deberá contener... 3. "...estipulaciones realizadas entre las partes".

¿Cómo se realizan las estipulaciones? ¿Cómo se proponen y aceptan por las partes? El artículo 328 dice que "por escrito"- Las partes se avienen y presentan un escrito al Juez de Control. Este al admitir la acusación abre la causa a juicio con el llamado auto de apertura a juicio, y allí se dejan constancia de ellas.

En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se consagran las estipulaciones en los llamados Acuerdos, en que el Fiscal y la Defensa convienen en la prueba de un hecho " la Sala podrá considerarlo probado, a menos que a su juicio se requiera ... una presentación más completa de los hechos" (artículo 69 de la Reglas de Procedimientos y Pruebas de la Corte Penal Internacional).

5. Orden de abrir el juicio oral y público.
6. Emplazamiento de las partes: en cinco días concurrir ante el juez de juicio.
7. Instrucción al secretario para que remita al tribunal competente la documentación de las actuaciones y los objetos que se incautaron.

Este auto será inapelable (art. 331).

Se admite la acusación y, en ese mismo acto, se puede abrir a juicio la causa. Pareciera que el hecho de admitir la acusación ya ipso jure se abre a juicio la causa, pero no creemos que sea así, porque la ley habla de auto de apertura a juicio. Pensamos que nada obsta para que en el mismo auto de admisión de la acusación se diga que se admite la acusación y se abre a juicio la causa,

pero puede no ser así, puede haber un auto de admisión de la acusación y en esa misma audiencia, en el mismo acto se dicte un auto de apertura a juicio. Lo que si debe quedar claro, pensamos, es que el auto de apertura a juicio si tiene que dictarse. Pensemos que por un olvido el juez no admita la acusación, expresamente, como debe ser, sino que dicte el auto de apertura a juicio, creo que no sería írrito porque el hecho de abrir a juicio es porque se ha admitido la acusación, pareciera que fuera una admisión tácita. Lo contrario si no nos parece: que se admita la acusación y no se dicte el auto de apertura a juicio. No está abierto el juicio.

En esta fase intermedia el juez de control verificará si la acusación del fiscal y la acusación privada de la víctima han sido estructuradas con las formalidades legales.

2.11 Importancia de la etapa intermedia

La acusación limita, circunscribe, los hechos objeto del juicio, y sobre lo acusado (sobre los hechos objetos del juicio) se decidirá en la etapa del juzgamiento, en la sentencia. Debe haber congruencia entre la acusación y la sentencia, entre lo acusado y lo decidido. Es el llamado principio de congruencia (Art. 363). Dice Alberto Binder (“Introducción al Derecho Procesal Penal, editorial Alba Beta S.A. Argentina 1993, página 228) que: “...la sentencia que se dicte... sólo podrá versar sobre los hechos por los cuales se ha abierto el juicio”. La excepción es la ampliación de la acusación (art. 363).

Al admitir la acusación se está delimitando el objeto del juicio. Se está acusando, por ejemplo, por homicidio calificado, hay que sentenciar por homicidio calificado. Es verdad que puede cambiar la calificación pero no el objeto del juicio. En el auto de apertura a juicio (331, n. 2 “una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación jurídica provisional y una exposición sucinta de los motivos en que se funda, y, de ser el caso, las razones por las cuales se aparta de la calificación de la acusación”. El artículo 363: De la congruencia entre la sentencia y la acusación, dice “...el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura a juicio, o, en su caso, en la ampliación de la acusación”.

Dice Alberto Binder (“Introducción al Derecho Procesal Penal, editorial Alba Beta S.A. Argentina 1993, página 229) que: “*la delimitación del hecho* que

será objeto del juicio *cumple una función garantizadora*, porque evita acusaciones sorpresivas y permite una adecuada defensa. Este principio se denomina principio de congruencia entre la acusación y la sentencia...”.

¿Y en qué consiste el objeto del juicio? El artículo 364, número 2, relativo a la sentencia dice que ésta deberá contener: “la enunciación de los hechos... que hayan sido objeto del juicio...”; el artículo 527, número 2 “La enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio,...” y el 331, en el auto de apertura a juicio, habla de los hechos y su calificación provisional.

Debemos diferenciar entre los conceptos: objeto del proceso penal; objetivos del proceso penal hechos objeto del proceso y hechos objeto del juicio.

Objeto del proceso penal: el objeto del proceso penal, es decir, la finalidad del proceso penal, es averiguar y dejar constancia de la comisión de un hecho punible, su calificación, y quién es su autor, con el aseguramiento de los objetos activos y pasivos del delito y de sus partícipes, recorriendo las fases del proceso penal ordinario (preparatoria, intermedia y del juzgamiento: PIO). El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho y a esta finalidad deberá atenerse el Juez al adoptar su decisión (art. 13).

Objetivos del proceso penal: “La protección de la víctima y la reparación del daño a que tengan derecho serán también objetivos del proceso penal” (art. 23). Corresponde al Ministerio Público en el proceso penal: velar por los intereses de la víctima en el proceso penal (art. 108. n. 14) . “La protección y reparación del daño causado a la víctima del delito son objetivos del proceso penal (art. 118), y el artículo 13 dice que “ : El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas y la justicia en la aplicación del derecho...”.

Puede concluir el proceso penal en: archivo de las actuaciones del Fiscal, su petición de sobreseimiento o la acusación.

Hechos objeto del proceso penal: los hechos objeto del proceso penal son los acontecimientos, acciones u omisiones tenidos como hechos punibles, imputables a un autor, por los cuales se ha abierto y seguido un proceso penal.

Hechos objeto del juicio: Si se precisa el hecho objeto del proceso penal; es decir, se logra, con elementos de convicción, una buena aproximación a la

calificación del hecho y la participación del sujeto, se logra pasar del hecho objeto del proceso al hecho objeto del juicio. Objeto del juicio es la delimitación, en la acusación, con la mayor y posible exactitud, del hecho punible (calificación) y el grado de participación del autor. Sobre esto, por el principio de congruencia, es sobre lo cual se va a sentenciar (art. 363). Juicio en el sentido de la fase del proceso penal, fase del juzgamiento, en la cual después de un debate oral de las partes, el juez (unipersonal o con escabinos) decide.

Cuando revisamos el punto relativo al sobreseimiento de la causa, que consiste en la decisión judicial por medio de la cual se concluye el proceso (acto conclusivo: art. 324: etapa preparatoria o intermedia), o se concluye el juicio por sentencia definitiva de sobreseimiento (art. 364, n. 5), estudiamos lo relativo a hechos objeto del proceso, hechos objeto del juicio etc.

Causales del sobreseimiento. Todas se reducen a:

D: No hay delito

I: No hay imputado

A: No hay acción (art. 48).

Ha habido discusión doctrinaria, en materia de sobreseimiento, sobre el numeral 1, del artículo 318, que dice: “El hecho objeto del proceso no se realizó”. El artículo 324 número 2 dice: “Hecho objeto de la investigación”. Al escudriñar en el COPP sobre el hecho objeto del proceso nos encontramos con lo siguiente:

El artículo 324 n. 2 habla de: “...hecho objeto de la investigación”. El artículo 253 dice: “delito materia del proceso...”. El artículo 326, número 2 dice: “...hecho punible que se atribuye al imputado...” El artículo 331 n. 2 dice en el auto de apertura a juicio: “...relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación jurídica...”. El artículo 301: “...hechos objeto del proceso constituyen delito cuyo enjuiciamiento sólo procede a instancia de parte agraviada”. El artículo 298 “...hecho que constituyó el objeto de su querella...”

Hechos objeto del juicio: Artículo 364, n. 2) “enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio”. Artículo 351: “modifica la calificación jurídica del hecho objeto del debate...”.

¿No se realizó el objeto del proceso, dice el artículo 318 número 1, ¿Porque hubo ausencia de acción nos preguntamos? (estaba dormido, por ejemplo) o porque no es típico el hecho (art. 318, n, 2) ? Pero la no tipicidad está en el número 2 del mismo artículo, que dice: “El hecho imputado no es típico...” entonces no se está refiriendo a lo mismo? No se realizó el objeto del proceso o no puede atribuírsele al imputado. En realidad se cometió (el delito) pero, ¿no puede atribuírsele al imputado? ¿Es lo que quiere decir?

Pensamos que en esta fase intermedia decanta todo lo investigado en la fase preparatoria. Ante la acusación, presentada por el fiscal y, o, el acusador privado, el imputado y su defensor presentarán escritos exculpatorios, de defensa (art. 328). Los primeros escritos exculpatorios serán en la apelación del auto de privación judicial de libertad, o de la cautelar sustitutiva.

El juez calibrará la seriedad y fuerza de los fundamentos de la acusación del fiscal, o la acusación privada de la víctima, para llevar a juicio a una persona, con todo el trauma que esto significa, aunque al final sea absuelta. También calibrará qué seriedad y fundamento tienen las argumentaciones del imputado para que no se abra el juicio.

Justicia es también evitar a un ciudadano toda la carga emocional de un juicio, que no tenga fundamentos serios, como también es justicia condenar a un culpable. Por eso creemos que en esta fase intermedia se precisa, con responsabilidad, si se va a juicio o no, al analizar, en consciencia, la fuerza probatoria que tiene lo investigado en la fase preparatoria, que le sirvió de base al fiscal para incoar la acusación, y también las argumentaciones de la defensa.

“...un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también, que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria”(Introducción al Derecho Procesal Penal, por Alberto M. Binder editorial Alba Beta S.A. Argentina 1993, página 223).

En esta fase intermedia hay una audiencia preliminar. Se le llama así porque nunca es, ni podría ser, como la audiencia del debate oral en el juicio, ante el Tribunal del juicio; pero si es una audiencia oral preliminar con un debate también preliminar. El mismo artículo 329, en su último aparte, dice que: “En ningún caso se permitirá que en la audiencia preliminar se planteen cuestiones que son propias del juicio oral y público”.

Aquí, en la fase intermedia, el fiscal reforzará sus argumentaciones (“...fundamento de sus peticiones...” art. 329) para convencer al juez de la seriedad y fuerza de su acusación; y el imputado y su defensor, igualmente, reforzarán sus defensas traídas en el escrito que permite el artículo 328.

Las dos partes cumpliendo con sus obligaciones: el fiscal para que se abra el juicio, se enjuicie y se condene; el imputado, con su defensor, para que no se abra el juicio porque no hay fuerza convincente en la acusación. El juez les recordará que hay alternativas a la prosecución del proceso (OSA): artículo 329, 2º ap.

Esta fase intermedia es sumamente importante porque aquí se decide si se va a juicio, con bastante probabilidad de que haya una condena, por la contundencia y fuerza de la investigación; o no se vaya a juicio porque hay alternativas a la prosecución, u obstáculos al ejercicio de la acción penal (art. 28). En estos casos se habrá evitado un trauma al imputado y gastos al Estado, sin ningún resultado.

2.12 Calificación Jurídica

La calificación jurídica es la subsunción del hecho dentro del tipo legal (Tipificación, tipicidad, tipificar).

1. Cuando el COPP habla de: “...un hecho punible...” (art. 250 del COPP) para dictar el auto privativo de libertad, se está refiriendo ya a la calificación jurídica que hay que darle a ese hecho.
2. Cuando habla de “...perpetración de un hecho punible de acción pública” (art. 283). ¿Cómo se llama ese hecho punible? ¿Cómo se le califica?
3. El artículo 294, número 3 del COPP, en los requisitos de la querella dice que contendrá: “El delito que se le imputa”(calificación jurídica).
4. En los requisitos de la acusación del Ministerio Público (art. 326 COPP) dice: “2. Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible (calificación jurídica) que se le atribuye”. “...expresión de los preceptos jurídicos aplicables” (¿cuál artículo de la ley penal que consagra el tipo legal?: calificar, tipificar).

5. Auto de apertura a juicio (art. 331, n. 2): Una relación, clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación jurídica provisional y una exposición sucinta de los motivos en que se funda; y de ser el caso, las razones por las cuales se aparta de la calificación jurídica de la acusación.
6. Nueva calificación jurídica. Si en el curso de la audiencia (desde que empiece hasta terminada la recepción de las pruebas) el tribunal observa la posibilidad de una nueva calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes (*pero sobre los mismos hechos, pensamos nosotros. Lo distinto es la calificación jurídica, pero los hechos son los mismos*) podrá (es facultativo, si quiere puede no decir nada) advertir al imputado sobre esa posibilidad, para que prepare la defensa... informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa”. Son siempre los mismos hechos, lo nuevo es la calificación jurídica. ¿Reemplaza a la primigenia calificación jurídica? Por ejemplo: La acusación es por homicidio calificado y el juez considera que debe ser homicidio simple, es nueva la calificación jurídica; o es además de la primera calificación jurídica otra nueva? Ejemplo: se acusó por homicidio, pero además de los hechos surge que había violación, y por este hecho no se acusó, entonces es homicidio y violación. ¿Pareciera que es homicidio y además no se calificó por violación que también la hubo? (art. 350).

Si fuera homicidio calificado y el juez califica por homicidio simple, el acusado está favorecido. ¿Qué defensa va a oponer? Se queda tranquilo. ¿O es que se está refiriendo a dos calificaciones, una de las cuales no se había hecho (nueva calificación), la violación? Se recibirá una nueva declaración del acusado. Si fuera homicidio calificado para homicidio simple ¿qué va a declarar el acusado, si se le está favoreciendo? A menos que venga sosteniendo su inocencia. Pero el Fiscal y el querellante no estarán conformes.

En la ampliación de la acusación (art. 351 COPP), que está inmediatamente después del artículo 350 del COPP, relativo a la nueva calificación, habla de “...inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que no haya sido mencionado y que modifica la calificación jurídica (la primigenia) o la pena del hecho objeto del debate. Pareciera que nuestra interpretación anterior se corresponde con esta ampliación de la acusación “...modifica la calificación jurídica o la

pena del hecho objeto del debate”. El objeto del debate es el mismo. Es una ampliación de la acusación con el nuevo hecho, de lo contrario sería una nueva acusación.

El ofrecimiento y recepción de las pruebas para esta nueva calificación es ante tribunal del juicio ya que se está en esta etapa. Se suspende el juicio por esta razón, a petición de las partes. Si el Fiscal y el querellante no lo pidieren el juez de todas maneras suspenderá porque tiene que darle oportunidad al acusado de preparar la defensa sobre esa nueva calificación jurídica del hecho.

El artículo 359 dice que, con respecto a las nuevas pruebas, cuyo procedimiento es aplicable al caso de la nueva calificación, pensamos, que excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieren su esclarecimiento. Hechos nuevos, que por nuevos no eran conocidos; o circunstancias nuevas, circunstancias de los viejos hechos, de hechos ya conocidos. Lo nuevo en este momento procesal son las circunstancias nuevas de esos hechos.

El tribunal, al ordenar la recepción de cualquier prueba, cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes. Un Tribunal actuando, ex officio, en un sistema procesal que se dice acusatorio, comentamos. Pero así está en el COPP.

Resumiendo, hay dos situaciones distintas con recepción de pruebas: la de la nueva calificación y la de los hechos nuevos o de las circunstancias nuevas. Pensamos que tienen el mismo procedimiento antes señalado.

En esta nueva calificación sobre los mismos hechos, el Juez tomó el papel del fiscal, porque está calificando, situación contraria a lo que es un sistema acusatorio. Pero así está en el COPP. Al sentenciar si califica.

La secuencia en la audiencia del juicio oral es: se abre el debate, en forma sucinta el fiscal y querellante expondrán sus acusaciones, y después el defensor su defensa, y se reciben las pruebas.

Pensamos que el Fiscal pudiera estar de acuerdo con esa nueva calificación que ha hecho el juez (art. 350 del COPP), y si le parece que debe ampliar la

acusación sobre esos mismos hechos, lo hará. Pero puede no estar de acuerdo e insistirá en su primigenia acusación

En la ampliación de la acusación es nuevo hecho, o circunstancia que modifica la calificación jurídica o la pena objeto del debate.

Pero si no hay ampliación de la acusación, ¿el juicio igual continuará hasta sentencia, con la nueva calificación que hizo el juez? Creo que no porque la sentencia es sobre la acusación, su ampliación, si la hubo, y con lo que se diga en el auto de apertura a juicio.

Cuando el juez, sobre esos mismos hechos, “observa la posibilidad de una nueva calificación...” y ésta empeora la situación del acusado, por ejemplo, el juez considera que en vez de homicidio simple, es homicidio calificado, ha empeorado la situación del acusado, se suspende la audiencia para preparar la defensa. El acusado promoverá pruebas para desvirtuar la nueva calificación, y el fiscal y el querellante, para mantener su calificación jurídica, su posición de la acusación primigenia, por la cual se fue a juicio oral; o si en verdad considera que está ajustada a derecho la actuación del juez con esa nueva calificación, pienso que debe ampliar la acusación, ¿promoverá pruebas para que se condene por esa nueva calificación? Pero se sentenciará por el principio de la congruencia. Pero si el fiscal considera que el juez no tenía razón, y no amplía la acusación, no promoverá nuevas pruebas y quedará incólume la primigenia acusación. ¿El Tribunal condenará por la nueva calificación jurídica con las pruebas que lo llevaron a esa convicción? No vemos cómo podría hacerlo sin contrariar el artículo 363, encabezamiento (congruencia entre sentencia y acusación).

A esta nueva calificación jurídica llegó el juez mediante el acervo probatorio que hasta entonces ha manejado y sobre el evacuado en el debate oral, ya que la nueva calificación es “...inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas...”. Al concluir la recepción de la prueba, el juez puede estar más convencido de que debía haber una nueva calificación, y por eso procedió. Si después de las nuevas pruebas ofrecidas y evacuadas no lo convencen ¿sentenciará con la nueva calificación? Como sería posible esto si no puede salirse de “...hechos y circunstancias descritos en la acusación, en el auto de apertura a juicio, ...y en la ampliación de la acusación (art. 363,

encl. Del COPP)? Si es un nuevo hecho: el ejemplo de la violación, si creo sentencie también por violación pero si el fiscal amplió la acusación con ese nuevo hecho punible. Se sentencia por la nueva calificación que hizo el juez, y por el hecho nuevo, pero porque hubo ampliación de la acusación.

Ampliación de la acusación. El artículo 351 del COPP dice que durante el debate y... antes de las conclusiones (de las partes) el Fiscal del Ministerio Público o el querellante podrán ampliar la acusación, mediante la inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que no haya sido mencionado y que: 1) modifica la calificación; por ejemplo, se había calificado el homicidio como simple, y luego nuevas circunstancias le hacen cambiar la calificación de homicidio simple por calificado. 2) modifica la pena del hecho objeto del debate. Pienso que pudiera ser un agravante, que sin cambiar la calificación jurídica aumente la pena. El querellante podrá adherirse a la ampliación de la acusación fiscal.

Resumiendo. Son dos situaciones

1. Nueva calificación jurídica (art. 350 COPP) "...tribunal observa la posibilidad de una nueva calificación jurídica que no había sido considerada por ninguna de las partes...", por ejemplo: El Fiscal del Ministerio Público había acusado por homicidio simple y el juez considera que es homicidio calificado. Suspensión del juicio para "...ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa (art. 350). Son los mismos hechos, lo nuevo es la calificación jurídica.
2. Hay un nuevo hecho o circunstancia que no ha sido mencionado por el Fiscal del Ministerio Público o el querellante y ese nuevo hecho o circunstancia "...modifica la calificación jurídica... del hecho objeto del debate. Por ejemplo, el objeto del debate era homicidio y el nuevo hecho es que hubo también violación. Al ampliar la acusación, la calificación jurídica del hecho objeto del debate será homicidio y violación, luego se modificó la calificación jurídica. Quedará el viejo hecho, por el cual se acusó: homicidio y habrá el nuevo hecho por el cual se amplió la acusación. Se podrá ampliar la acusación del fiscal y la acusación particular propia del querellante. El Fiscal "...podrá incorporar los nuevos elementos..." (art. 351, 1er aparte) en la ampliación de la acusación.

Auto de apertura a juicio y nuevos hechos. “...inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que no haya sido mencionado y que modifica la calificación jurídica o la pena del hecho objeto del debate” (art. 351 del COPP). El artículo 351, último aparte dice que: “Los nuevos hechos o circunstancias, sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en el auto de apertura a juicio”.

¿Cómo es que quedarán comprendidos en el auto de apertura a juicio; no será que “se darán por comprendidos en el auto de apertura a juicio”? porque ya el auto de apertura a juicio se dictó; o no será que quedaron comprendidos en el auto de apertura a juicio? No, porque son nuevos hechos o circunstancias. Una cosa es cambiar la calificación si el juez quiere, y otra es ampliar la acusación. En el caso de ampliar la acusación es sobre “...inclusión de un nuevo hecho o circunstancia que no haya sido mencionado...” (art. 351), repetimos.

Ya el auto de apertura a juicio se dictó y se está en la fase del juicio, ya en pleno debate. Los nuevos hechos se incorporarán en el libelo de ampliación de la acusación (art. 351, 1er. Ap). En el último aparte del artículo dice que en el auto de apertura a juicio quedarán comprendidos los nuevos hechos o circunstancias, lo cual no se puede porque ya el auto se dictó. Considero que lo correcto es lo que dice el artículo 363 del COPP “...hechos y circunstancias descritos en la acusación, en el auto de apertura a juicio... en la ampliación de la acusación”. En el acta de suspensión del juicio se dirán las razones para ello.

El desarrollo del nuevo debate reflejará la ampliación, pruebas, etc.

Pareciera que esta incorporación al auto es necesaria por el principio de congruencia, porque la sentencia se dictará sobre los hechos por los cuales se acusó y por los hechos que quedaron descritos en el auto de apertura a juicio. Pero esto tampoco tiene sentido por cuanto el artículo donde se consagra el principio de la congruencia habla de hechos descritos en la acusación y en el auto de apertura a juicio, o en su caso, en la ampliación de la acusación (art. 363 encabezamiento).

7. Por último, también en la sentencia condenatoria se califica. El artículo 363, del COPP dice que en la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al

hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de apertura a juicio ,...”(art. 363, 2º aparte del COPP).

3. FASE DEL JUZGAMIENTO. CONCEPTO

Es la fase en la cual se realiza el juicio oral, público, concentrado, contradictorio e inmediato, y se concluye en una sentencia condenatoria, absolutoria o de sobreseimiento (capítulo I, arts 332- 341 del COPP). Juicio viene de enjuiciar, juzgar. Formarse un juicio es conocer y decidir.

Es público (publicidad): “El juicio oral tendrá lugar en forma pública (art. 15, COPP). El debate será público, pero el tribunal podrá resolver que se efectúe, total o parcialmente a puertas cerradas, cuando:

1. Afecte el pudor o la vida privada de alguna de las partes o de alguna persona citada para participar en él. 2. Perturbe gravemente la seguridad del Estado o las buenas costumbres. 3. Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible. 4. Declare un menor de edad y el tribunal considere inconveniente la publicidad. La resolución será motivada y se hará constar en el acta del debate. Desaparecida la causa de la clausura, se hará ingresar nuevamente al público. El tribunal podrá imponer a las partes el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocieron, decisión que constará en el acta del debate (art. 333 d. COPP). Al terminar el juicio habrá un acta del debate por lo que pensamos que hasta allí llega al secreto. Todo ha sido grabado y las partes tienen acceso a esa grabaciones, dentro del recinto del tribunal (art. 334, ult. ap. COPP). Las partes están obligadas a guardar secreto, por disposición del juez.

Inmediato (inmediación): Lo inmediato es lo cercano, lo próximo. Inmediación es cercanías, en los alrededores. Por eso se dice que el vocablo correcto es inmediatez que es proximidad en el espacio o en el tiempo. La inmediatez consiste en que los jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento (art. 16 del COPP). El artículo 16 consagra dos principios: la inmediatez y la concentración, porque deben estar presentes (inmediatez) ininterrumpidamente (concentración). Igualmente el artículo 332,

del COPP dice que: “el juicio se realizará con la presencia (inmediatez) ininterrumpida (concentración) de los jueces y de las partes”.

Hay excepción: 1. Acusado, después de declarar, rehusa permanecer en la Sala. Será custodiado en una sala próxima. La audiencia continúa con el defensor. 2. Si la acusación es ampliada el juez lo hará comparecer para que conozca de ella. No puede ser representado por la defensa, tiene que estar personalmente. 3. Para practicar un reconocimiento o cualquier otro acto el juez lo hará comparecer, aún por la fuerza pública. La audiencia continúa con el defensor con las excepciones ya mencionadas. Si el defensor no comparece a la audiencia o se aleja de ella se considerará abandonada la defensa y corresponderá su reemplazo (art. 332. COPP).

Concentrado (concentración) Iniciado el debate, éste debe concluir en el mismo día. Si ello no fuere posible, continuará durante el menor número de días consecutivos (art. 17. COPP) “...que fueren necesarios hasta su conclusión” (art. 335, encabezamiento). Si no fuere posible continuar hasta concluirlo se podrá suspender y el juez presidente ordena los aplazamientos diarios, indicando hora de continuación del debate (art. 336, ult. ap.) .

¿Por cuánto tiempo se puede suspender? Plazo máximo de diez (10) días continuos. Si no se reanuda el undécimo día después de la suspensión, se considera interrumpido y se comienza de nuevo, desde su inicio (art. 337).

Causales de suspensión del debate: 1. Para resolver cuestión incidental. 2. Para practicar acto fuera de la sala de audiencias (por ejemplo inspección judicial). 3. No comparecen testigos, expertos e intérpretes. El ausente será conducido por la fuerza pública. Hay la excepción de los testigos impedidos justificadamente para no comparecer, serán examinados donde se hallen. Órganos de prueba que no pueden concurrir al debate por un impedimento justificado, juez profesional los examinará donde se encuentren. Personas que no tienen el deber de concurrir a declarar, el juez se traslada al lugar si es de su circuito judicial; si es en otro avisará al respectivo juez quien los examinará. En ambos casos se ordenará la reproducción cinematográfica o de otra especie, del acto. Las partes podrán participar en el acto (art. 340 COPP). El debate continuará con la recepción de otras pruebas, si las hubiera. 4. Enfermedad o muerte del Juez, Defensor o Fiscal del Ministerio Público. Si

no pueden ser reemplazados, si pueden serlo se continuará (art. 335, ord. 3º). El juez tiene sus suplentes quienes serán llamados a suplirlo. 5. Si el Fiscal del Ministerio Público lo requiere para ampliar la acusación, o la defensa para estudiar sus estrategias de defensa, ante la ampliación.

Decisión sobre la suspensión. El juez suspende y anuncia día y hora para continuarlo. Con este anuncio las partes están citadas. Al continuarlo el juez hace un resumen de los actos cumplidos con anterioridad. Si hay aplazamientos diarios indicará la hora en que se continuará el debate al día siguiente. Si por complejidad del caso el Juez decide que el Fiscal y el Defensor no pueden actuar en otras causas mientras dure la suspendida así se acatará, de otra manera si podrán actuar en otras causas (art. 336).

Contradictorio (contradicción): “El proceso tendrá carácter contradictorio” (art. 18 COPP). Contradecir es oponerse a lo que otro dice. El proceso penal es contradictorio porque hay uno que acusa y otro que se defiende.

Es oral (oralidad): El artículo 14 del COPP dice que el “juicio será oral”, pero no define la oralidad. En el mismo artículo habla de la apreciación de las pruebas, pero esto no tiene nada que ver con la oralidad. El artículo 338 del COPP si define lo que es la oralidad. Dice que la audiencia pública se desarrollará en forma oral. La oralidad consiste en que: 1. Los alegatos y argumentaciones de las partes serán orales. 2. Declaraciones del acusado serán orales. 3. Recepción de las pruebas será oral. 5 Toda intervención de quienes participen en la audiencia será oral. Durante la audiencia no se presentarán escritos. 6. Las resoluciones del Juez serán fundadas y dictadas verbalmente (oralidad).

Concepto de oralidad. La oralidad es la expresión de viva voz, no escrita ni gestual, característica de juicio oral, la cual consiste en que: Los alegatos y argumentos de las partes; las declaraciones del acusado; la recepción de las pruebas y las resoluciones del Tribunal serán en forma oral (verbal). La excepción es que el lenguaje gestual de los sordomudos será traducido verbalmente por un intérprete.

La fase del juicio oral tiene dos capítulos, dentro del Título III, del Libro Segundo del COPP, a saber: capítulo I, De las Normas Generales (artículos

332-341), y el capítulo II (artículos 342-370), De la sustanciación del juicio, que a su vez tiene tres secciones: Primera, de la preparación del debate, la segunda, del desarrollo del debate, tercera, de la deliberación y sentencia.

3.1 Sustanciación del juicio

La sustanciación del juicio consiste en prepararlo y conducirlo hasta su conclusión. Por eso, la sustanciación de nuestro proceso penal consiste en preparar el debate y desarrollarlo hasta llevarlo al último acto cual es la sentencia.

“Se efectuará un registro preciso, claro y circunstanciado de todo lo acontecido en el desarrollo del juicio oral y público” por medio de grabación de la voz, video grabación, o cualquier otro método de reproducción. Se hará constar lugar, fecha, hora en que se está produciendo, y la identidad de las personas que participan en el mismo. En todo caso se levantará un acta firmada por todos los integrantes del tribunal y las partes. Todo el material podrá ser revisado por las partes dentro del tribunal (art. 334 del COPP).

3.2 Preparación del debate

La preparación del debate es el primer paso de la sustanciación.

Nos interesa tener un concepto de debate para saber qué es lo que se preparará.

Debate. Concepto. Debatir es intercambiar ideas o argumentos. Es forcejear, luchar, discutir.

El debate es la materialización, en un juicio penal, del principio de contradicción, porque éste consiste en el enfrentamiento (forcejeo) entre una persona que acusa y otra que se defiende.

Dice el Doctor F.S. Angulo Ariza (“Cátedra de Enjuiciamiento Criminal”, página 24) que: “El procedimiento en los períodos presociales, tanto el civil como el penal, era un combate real y efectivo, en el cual la controversia entre el demandante y el demandado se convertía en una lucha cuerpo a cuerpo; de tal modo, que fue un paso de la civilización, el que esos combates se convirtieran

en un mero símbolo, ...forma civilizada de los pueblos organizados; representaba simbólicamente lo que en los pueblos primitivos fue una realidad”.

Primer paso en la preparación del debate: Integración del tribunal (art. 342 del COPP).

Se refiere a la integración del tribunal con escabinos, el tribunal mixto, porque cuando el tribunal está constituido sólo con un juez profesional, dependiendo de la competencia, no necesita integración del tribunal, éste ya está constituido.

El tribunal mixto se compondrá de un juez profesional, abogado, quien actuará como juez Presidente, y de dos escabinos. Si por la naturaleza o complejidad del caso, se estima que el juicio se prolongará extraordinariamente, se designará junto con los titulares a un suplente, siguiendo el orden de la lista y aplicando las reglas previstas para el titular. El suplente asistirá al juicio desde su inicio (art. 161 del COPP).

1. El Tribunal del Juicio recibió las actuaciones del Tribunal de control.
2. Escogerá un día, “...no antes de quince días, ni después de treinta...”, después de recibidas las actuaciones para fijar la audiencia pública (art. 342 del COPP). Entendemos que recibidas las actuaciones, deja pasar quince días y sólo al día dieciséis (16) puede fijar la fecha de la audiencia, y hasta el día treinta (30).
3. Fijada la fecha del número 2 se pueden promover nuevas pruebas, pruebas complementarias de las cuales se tuvo conocimiento con posterioridad a la audiencia preliminar. Creo que este es el momento procesal para hacerlo (art. 343 del COPP).
4. Fijada la audiencia pública para el inicio del juicio oral (art. 163), quince días antes de él, se convoca a una audiencia pública para el sorteo de los escabinos, en presencia de las partes (ya han sido notificadas; si no asisten no se suspende el sorteo). El sorteo se hará de la lista que tiene la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. Se sortean ocho nombres. Los dos primeros son los escabinos titulares, y el resto, suplentes en el orden en que fueron escogidos (art. 163 del COPP). Se les notifica de su designación.
5. Tres días después de la designación, el juez profesional convoca a una audiencia pública para que concurran los escabinos y las partes. Allí se

resolverá sobre inhibiciones, recusaciones, excusas y se constituye definitivamente el tribunal.

6. Si no se puede constituir el tribunal (por inasistencia o excusa), se intentará hasta por una quinta vez. Si no se logra, el acusado podrá ser juzgado, *a su elección*, por el Juez profesional que hubiere sido el presidente del tribunal mixto, si se hubiera constituido (art. 164 del COPP). Hay una sentencia de la Sala Constitucional, del TSJ, que decidió que no se esperará por la quinta convocatoria, que a la segunda, si no se constituía se procedía en efecto. Una sentencia posterior decidió que es después de la quinta fallida.

Constituido el tribunal el Juez Presidente convocará a juicio oral citando a las partes y a los escabinos. “El acusado deberá ser citado por lo menos con diez días de anticipación a la realización de la audiencia” (art. 342, último aparte) ¿Será para preparar mejor la defensa?

3.3 Dirección y disciplina en el debate. El moderado (art. 341 del COPP)

Moderar es atemperar, equilibrar. El Juez profesional será el moderador, y tendrá las siguientes funciones:

1. Dirigirá el debate y exigirá el cumplimiento de las solemnidades que correspondan (uso de la toga, por ejemplo).
2. Tiene facultades disciplinarias para mantener el orden y decoro durante el debate.
3. Ordenará práctica de las pruebas (art. 341 del COPP). Procederá a “recibir las pruebas” (art. 353 del COPP).
4. Impedirá que las alegaciones se desvíen hacia aspectos inadmisibles o impertinentes pero sin coartar los derechos de las partes (art. 341).

3.4 Desarrollo del debate

El día y la hora fijados, el juez constituye el tribunal en la sala de audiencias. Si el tribunal es mixto, se juramentará a los escabinos, si es que no se ha hecho antes (art. 344 del COPP).

1. El juez verifica la presencia de las partes, expertos, intérpretes o testigos que deban intervenir.
2. Declara abierto el debate y advierte al imputado y al público sobre la importancia del acto.
3. Cede la palabra al Fiscal y al querellante para que en forma sucinta expongan sus acusaciones.
4. Cede la palabra al acusado y su defensor para que en forma sucinta expongan su defensa.

Fin de exposición de las partes

Declaraciones del acusado. Después de las exposiciones de las partes (Fiscal del Ministerio Público, del querellante y del defensor), el Juez Presidente recibirá la declaración del acusado: a) Le explicará con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye. b) Le advertirá que puede abstenerse de declarar sin que su silencio le perjudique. c) Que el debate continuará aun sin su declaración. d) Puede manifestar libremente cuanto tenga por conveniente sobre la acusación. e) Puede ser interrogado posteriormente por el Ministerio Público, por el querellante, el defensor y el tribunal, en ese orden. Puede guardar silencio. f) Puede abstenerse de declarar total o parcialmente (art. 347 del COPP).

3.5 Facultades del acusado

1. Durante el debate podrá hacer todas las declaraciones que considere pertinentes, aunque antes se hubiera abstenido (art. 349, encabezamiento del COPP).
2. Podrá en todo momento hablar con su defensor, por eso se le ubica a su lado. No podrá hablar con él durante el interrogatorio o antes de responder a preguntas que se le formulen (art. 349, aparte).

3.6 Declaración de varios acusados (art. 348)

En la sala de audiencia sólo estará uno de los acusados, si así lo decide el juez presidente. Después que se hayan rendido todas las declaraciones les informará

a todos, resumidamente, de todo lo ocurrido durante su ausencia. Pensamos que la razón para separarlos es porque si están presentes oirán la declaración del co-acusado y bien pudiere servirle para la defensa de cada uno de ellos.

3.7 Recepción de pruebas

Después de la declaración del acusado el Juez Presidente procederá a recibir la prueba (art. 353 del COPP). El orden de la recepción es: expertos y testigos, salvo que el juez considere que debe alterarlo. Los identifica y los juramenta.

3.8 Expertos

El dictamen pericial pudo haberse presentado en la fase preparatoria o de investigación. Dice el artículo 239, aparte, del COPP: “el dictamen se presentará por escrito, firmado y sellado, sin perjuicio del informe oral en la audiencia”. “El tribunal podrá disponer que los expertos presencien los actos del debate (art. 354, encabezamiento, del COPP). “Podrán consultar notas y dictámenes sin que pueda reemplazarse la declaración por su lectura” (art. 354, encabezamiento, del COPP).

El juez le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba (art. 356 Enc. del COPP) y “...expresará la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento (art. 356, último aparte, del COPP)”.

Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará el que lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que en el juez Presidente considere conveniente, y se procurará que la defensa interroge de último. ¿Y si la propuso la defensa? Interrogará de primero.

El tribunal podrá interrogar al experto (art. 356, ult. ap. del COPP).

3.9 Testigos

El juez le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba (art. 356 Enc. del COPP) y “...expresará la

razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento (art. 356, último aparte, del COPP)”.

Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará el que lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que en el juez Presidente considere conveniente, y se procurará que la defensa interroge de último. ¿Y si la propuso la defensa? Creo que interrogará de primero.

El tribunal podrá interrogar al testigo (art. 356, ult. ap. del COPP).

3.10 Normas comunes para expertos, intérpretes y testigos

El Juez Presidente moderará la discusión e impedirá que las alegaciones se desvíen hacia aspectos inadmisibles o impertinentes, pero sin coartar el ejercicio de la acusación y de la defensa. “...impedirá cualquier divagación, repetición o interrupción (por ejemplo que la contraparte interrumpa al orador). Cuando se interroga, la contraparte puede interrumpir. La intervención del orador no se puede interrumpir. En caso de manifiesto abuso de la palabra, llamará la atención al orador y, si éste persiste, podrá limitar el tiempo del alegato,... (art. 360, 4º, ap. del COPP).

Limitará el tiempo del uso de la palabra, fijando límites igualitarios, interrumpiendo al que haga uso abusivo del tiempo. El Copp no habla de parte sino de orador.

En el interrogatorio del testigo o experto “...moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes podrán solicitar la revocación de la decisión del juez cuando limite el interrogatorio (art. 360, 4º ap. del COPP). Cada parte podrá objetar las preguntas que la otra formule (art. 356, 3º, ap. del COPP).

3.11 Otros medios de prueba (art. 358 del COPP)

- a. Documentos: Leídos y exhibidos en el debate con indicación de su origen.
- b. Objetos y otros elementos ocupados: serán exhibidos en el debate. Si alguna de las partes solicita autorización del juez para prescindir de la

presentación, se hará si el juez lo acuerda. Podrán ser presentados a los expertos y a los testigos durante sus declaraciones, a quienes se les solicitará reconocerlos o informar sobre ellos (art. 358 del COPP).

- c. Grabaciones, audiovisuales.
- d. Inspección (arts. 204-209 del COPP). El tribunal podrá disponerla. Como la inspección puede ser sobre cosas y personas, pudiera realizarse dentro de la sala de audiencia. Si fuere sobre lugares tendría que trasladarse al sitio. El Tribunal "...deberá informar sucintamente sobre las diligencias realizadas".

Incorporación de pruebas al juicio, por su la lectura (art. 339 del COPP).

Sólo serán incorporadas al juicio por su lectura:

1. Los testimonios, experticias que fueron evacuados como prueba anticipada. Puede pedirse que los testigos y expertos se presenten en juicio.
2. La prueba documental o de informes (art. 433 CPC), actas de reconocimiento del imputado (art. 230 del COPP), registro o inspección.
3. Las actas de las pruebas que se practicaron durante el juicio fuera de la sala de audiencias (339, ns. 1,2,3, del COPP).

3.12 Nuevas pruebas

Si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos que requieren esclarecimiento, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba (art. 359 del COPP).

Observación: El Tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación de propia de las partes. Esta advertencia es por la actuación ex officio del juez, que suplantaría a las partes.

3.13 Discusión final y cierre del debate

1. Terminada la recepción de las pruebas el juez presidente concederá la palabra al fiscal, al querellante y al defensor para conclusiones.

2. No podrán leerse escritos, salvo ayuda memoria y extractos de doctrina y jurisprudencia para ilustrar al tribunal.
3. Habrá réplica.
4. Si la víctima quiere intervenir se le permitirá, aunque no se haya constituido en querellante.
5. El juez pregunta al acusado si desea manifestar algo más. Es saludable que intervenga, en esta etapa final, el acusado y la víctima. Son los verdaderos protagonistas del juicio. Pudiera ser la justicia “más justa”, oídos frente a frente.
6. Declarará cerrado el debate (art. 360, del COPP).

3.15 Algunas situaciones durante la audiencia del juicio oral

1. Nueva calificación (Desarrollado supra).
2. Ampliación de la acusación (Desarrollado supra). Corrección de errores. Dice relación con la acusación y la ampliación de la acusación (art. 352 del COPP).
3. Delito en audiencia.

Si durante el debate se comete un delito (homicidio, lesiones, secuestro, falso testimonio etc.) el tribunal ordenará la detención del autor y levantamiento de un acta. Se pone a disposición del Ministerio Público, “...a fin de que proceda a la investigación” (art. 345 del COPP). Creo que habrá poco que investigar ya que el delito fue infraganti. EL COPP ordena al Tribunal que lo detenga porque es autoridad y tiene la disciplina y el orden en del debate. El artículo 248 del COPP dice que cualquier autoridad deberá detenerlo. Pero si no lo dijera así, el Fiscal del Ministerio Público está presente y ha tenido la noticia criminis inmediata: procedería.

Otro delito que puede cometerse en la audiencia es el que tipifica el artículo 345 del COPP: “Toda persona que, interrogada en público por el Juez o repreguntada por las partes, mienta sobre las generales de ley, será sancionada con prisión de seis a dieciocho meses o multa equivalente en bolívares de diez a cuarenta unidades tributarias”.

3.16 ¿Y qué son las generales de ley?

El COPP dice cómo se han de identificar las personas que declararán en el juicio oral y sus relaciones de parentesco con el acusado. Se les leerá los artículos del CPC sobre inhabilidad para declarar, e igualmente los relativos al falso testimonio y a la negativa a servicios legalmente debidos, que consagra el Código Penal.

El artículo 477 del CPC dice que “no podrán ser testigos... quienes se hallen en interdicción por causa de demencia”. El falso testimonio consiste en, ante la autoridad judicial, afirmar lo falso, negar lo cierto o callar, total o parcialmente, lo que sepa en relación con los hechos investigados (art. 253 CP). La negativa a servicios legalmente debidos consiste en que todo individuo llamado por la autoridad judicial, en calidad de testigo, experto, médico, cirujano o intérprete no puede excusarse de comparecer y prestar su auxilio

(art. 239).

3.17 Cuestiones incidentales (art. 335, n. 1 y 346 del COPP)

El artículo 346 llama a las cuestiones incidentales, incidentes. Incidencia o incidental es lo que no es parte principal, esencial, pero que transcurre, que acaece, durante el debate y hay que resolverlo.

Se resuelven en un lapso (suspensión del debate para decidir) máximo de diez (10) días, computados continuamente (arts. 335, n. 1, del COPP). Al fijarse la audiencia para debatir la incidencia serán “...tratadas en un solo acto,... o diferir alguna...” (art- 346, enc. del COPP). Las partes intervendrán “sólo una vez”, por el tiempo que establezca el Juez Presidente. Entonces, entendemos que no hay réplica ni contrarréplica.

¿Las excepciones son incidencias? En la fase del juicio oral, las partes podrán oponer las excepciones a que se refiere el artículo 31 del COPP: 1. Incompetencia del tribunal, si se funda en un motivo que no haya sido dilucidado en las fases preparatoria e intermedia. 2. La extinción de la acción penal, siempre que ésta se funde en las siguientes causas: a) la amnistía, b) prescripción de la acción penal, salvo que el acusado renuncie a ella. 3. El

indulto. 4. Las que hayan sido declaradas sin lugar por el juez de control al término de la audiencia preliminar (Intermedia).

Pensamos que si en el segundo aparte del artículo 31 dice que deberán interponerse en la oportunidad señalada en el último aparte del artículo 346, y éste es de las incidencias, concluimos en pensar que si son incidencias.

Lo que se debate en el juicio oral es si hubo delito y quién es el delincuente, todo bajo un régimen de prueba público, inmediato, concentrado y contradictorio.

3.18 Deliberación y sentencia

Clausurado el debate los jueces pasarán a deliberar en sesión secreta (art. 361 del COPP).

¿Y en qué consiste la deliberación? Deliberar es discutir, analizar, dialogar para llegar a un acuerdo.

Deliberar para un juez es poner en la balanza de la justicia las dos hipótesis: la de la acusación y la de la defensa y llegar a un acuerdo (si el tribunal es juez profesional con escabinos) mediante los argumentos, libremente motivados y razonados (que es sana crítica) para decir porqué un plato de la balanza se inclina hacia un lado.

Si el tribunal es unipersonal, no delibera, porque deliberar es dialogar (dos que intercambian ideas). El juez profesional entra en estado de meditación. Meditar es concentrarse con las potencias del alma, del espíritu y la psique para resolver sobre el asunto: Condenar, absolver o sobreseer a un acusado.

Normas para la deliberación y votación (art. 362 del COPP)

1. Habrá un pronunciamiento sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado.
2. Si el tribunal es con escabinos los tres se pronunciarán sobre la culpabilidad o inculpabilidad.
3. El juez presidente y los escabinos procurarán dictar sus decisiones por consenso, previa deliberación sobre todos los puntos sometido a su

conocimiento. Si no se logra acuerdo, se procederá a la votación de las cuestiones disputadas (art. 166 del COPP).

4. Si el tribunal es con escabinos y el veredicto es de culpabilidad la calificación jurídica y la sanción penal o medida de seguridad, será responsabilidad única del juez presidente porque es el único que conoce derecho: sabrá lo que es calificar y sabrá qué pena le corresponde al acusado culpable y las reglas para sacar los cómputos (art. 362 del COPP).
5. Los jueces podrán salvar su voto “...si el voto salvado es de un escabino, el juez presidente lo asistirá” (art. 362 del COPP).

Congruencia entre sentencia y acusación. Congruencia es coherencia, adecuación. Adecuar es acomodar. Congruente viene del latín congruens que significa conforme.

El principio de congruencia consiste en que la sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritos en la acusación, en el auto de apertura a juicio, o en su caso, en la ampliación de la acusación (desarrollado supra) (art. 363 del COPP).

Requisitos de la sentencia. En el anterior sistema procesal penal la sentencia debía tener tres partes: una narrativa o expositiva, una motiva y una dispositiva, claramente señaladas, diferenciadas y estructuralmente ejecutadas. Y así se plasmaba en la sentencia. Hoy en día no es así. Claro, que hay una parte motiva en la sentencia (razones por las cuales se condena o absuelve) y una dispositiva donde se dispone, donde se decide.

1. Identificación del tribunal.
2. Fecha de la sentencia.
3. Identificación del acusado.
4. Enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio. Al oírse al acusador y al acusado y su defensor se precisó cuál es el objeto controvertido (de contradicción). Ya se sabe qué se va a probar en el debate, y sobre qué se va a decidir (objeto del juicio).
5. Determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estime acreditados.

El tribunal tiene que estimar que los hechos y circunstancias están probados, y lo hace en una forma precisa (con precisión, con exactitud), pero además de la precisión y la exactitud, con todas las circunstancias, entre otras, tiempo, lugar y modo. El análisis probatorio es por sana crítica.

6. Exposición concisa (lo conciso es breve y exacto) de los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión (art. 364, n. 4) “...los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la decisión (art. 365, 2º ap.).

Esta es la parte motiva de la sentencia. Se dan razones, motivos de porqué esos hechos punibles y su autor hay que castigarlos. La sentencia se fundamenta en unos hechos de la vida real que son subsumibles (subsunción) dentro de un tipo penal, y debe decir la sentencia cuál es ese tipo penal, cuál es ese hecho punible, y si el que lo cometió es autor imputable y culpable y por o tanto responsable penalmente, con atenuantes y con agravantes: todo esto es fundamentación de hecho y de derecho. No está comprobado el hecho punible o no está comprobado que el acusado es el autor se dice en sentencia absolutoria definitiva.

7. Decisión expresa (parte dispositiva) sobre el sobreseimiento, absolución o condena del acusado. Con claridad de penas que se impongan.
8. Firma de los jueces. Si después de deliberar y votar, alguno de los jueces tiene impedimento para firmar, se dejará constancia y la sentencia tiene validez sin esa firma (art. 364).

Sentencia absolutoria

1. La sentencia absolutoria ordenará la libertad del acusado, la cual se hará efectiva por orden escrita, aun cuando la sentencia no esté firme y se cumplirá directamente desde la sala de audiencias.
2. Cesarán las medidas cautelares.
3. Ordenará la restitución de los objetos afectados al proceso que no estén sujetos a comiso. Por ejemplo, drogas y armas de fuego, sin permiso de porte, están sujetas a comiso.
4. Fijará las costas (Carta Magna: gratuidad de la justicia) (art. 366).

Sentencia condenatoria

La sentencia condenatoria fijará:

1. Penas y medidas de seguridad que correspondan y, de ser procedente, las obligaciones que deberá cumplir el condenado.
2. Plazo para pagar la multa.
3. Decidirá sobre costas (Carta Magna. Justicia gratuita).
4. Entrega de objetos ocupados a quien correspondan.
5. Comiso y destrucción de objetos cuando sea procedente.

Cuando la sentencia establezca la falsedad de un documento, el tribunal mandará a inscribir en él (en el documento) una nota marginal sobre su falsedad e indicará el tribunal, el proceso en el cual se dictó la sentencia y la fecha (art. 367 del COPP).

Si el penado se encuentra en libertad y fuese condenado a pena privativa de libertad igual o mayor de cinco años, el juez decretará su inmediata detención, la cual se hará efectiva en la misma sala de audiencia, ya que está presente allí por el juicio oral que se le siguió, sin perjuicio de los recursos previstos en el COPP. Cuando la pena sea menor a la mencionada, el Fiscal del Ministerio Público o el querellante, podrán solicitar motivadamente al juez, la detención del penado (art. 367). El juez decidirá.

Costas

Dice el COPP que la sentencia, tanto condenatoria, coma absolutoria, fijará las costas. Y sobre esto vamos a hacer, brevemente, algunas consideraciones. El Título IX, del libro I, del Copp, es el relativo a los efectos económicos del proceso, y el capítulo I es el relativo a las costas (artículos 265 al 274). El artículo 266 dice que las costas son los gastos originados durante el proceso, los honorarios de abogados, expertos, consultores técnicos, traductores e intérpretes.

La Carta Magna consagra que “El Estado garantizará una justicia gratuita...” (art. 26). El artículo 254 constitucional dice que: “ El Poder Judicial no está

facultado par establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios” (administrar justicia).

El Decreto con fuerza de Ley de Arancel Judicial, vigente, dice que: “ninguna actuación en los juicios o procedimientos de carácter exclusivamente penal, laboral o de menores causará arancel o emolumento alguno (art. 9).

La Sala Constitucional del TSJ, en sentencia de fecha 15 de julio del 2003, N° O1-0861, dijo que “...la justicia gratuita(es) una garantía procesal que permite el acceso a toda persona sin discriminación alguna debido a que el Estado mantiene este sistema de Justicia, (y) el Poder Judicial no se encuentra facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios...”.

También la Sala Constitucional ha dicho que “la gratuidad de la justicia a la cual hace referencia el artículo 26, dada su redacción sistemática, se refiere a la gratuidad del proceso y no al beneficio de la justicia gratuita. El primero es un derecho constitucional de exención de gastos procesales; y el segundo, un privilegio particular para algunas personas por carecer de recursos económico (artículo 175 del CPC), y su ámbito abarca no sólo la gratuidad del proceso sino el derecho que se le nombre al beneficiado, defensor para que sostenga sus recursos gratuitamente y la exención del pago de honorarios a los auxiliares de justicia...” (S. 15 de julio 2003).

“La gratuidad de la justicia elimina del proceso la inutilización del papel sellado nacional, estatal o municipal, así como cualquier tipo de estampillas representativa de tributos ...no puede el Estado obligar al penado a sufragarlos ... Estará obligado ...al pago de las costas personales, es decir, honorarios de los profesionales que intervinieron en el juicio, cuya retribución no corresponda al Estado y a restituir a las víctimas del delito que hayan intervenido o iniciado el proceso penal, según la naturaleza del delito cometido , los gastos y costos soportados por ellas para logra establecer durante el proceso la culpabilidad de la persona autor del hecho punible, ello en atención a lo dispuesto... artículo 30 Constitucional ... obligación del Estado de proteger a las víctimas de los delitos comunes... procurar que los culpables reparen los daños...” (S. Sala Constitucional 15. 04. 04, Expediente 03- 2426).

¿Y el Ministerio Público? La Procuraduría General de la República ha dicho que en el caso de condenatoria en costas, es él quien ejerce en nombre del Estado la acción penal y debe asumir las consecuencias.

Y el acusador privado ¿El artículo 416, del Copp dice que : “ el acusador privado que desista o abandone el proceso pagará las costas que haya ocasionado. ¿Será esto aplicable a cuando se absuelve al acusado? Esto es el acusador privado en causa dependiente de la acusación de la parte agraviada, pero el acusador particular propio cuyo acusado fue absuelto? Creo que corre el mismo destino que el Fiscal del Ministerio Publico.

Pronunciamiento de la sentencia

Después de la deliberación en secreto, en la sala destinada al efecto (art. 361), y redactada la sentencia, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencias, después de convocar a las partes, que están en receso. El texto será leído a los que comparezcan. La lectura valdrá como notificación a las partes. Si las partes quieren pueden obtener copia de la sentencia. El original se archivará (art. 365 del COPP).

¿Cuándo se dicta la sentencia?

Al finalizar el debate, el mismo día. Si el caso es complejo o está muy avanzada la hora se puede diferir la redacción de la sentencia y sólo se leerá la parte dispositiva y “...el juez presidente expondrá a las partes y público, sintéticamente, los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la decisión. Pensamos que es saludable siempre diferir la redacción de la sentencia para dentro de los diez días: condenatoria, de sobreseimiento, o absolutoria. No creo que aunque la absolutoria sea se pueda pensar que no tenga problemas porque el acusado está absuelto, y estará conforme; no así el Fiscal y el querellante. Todos quieren los argumentos de hecho y de derecho, y esto en la premura de una espera en receso, puede ser angustiante e inhumano, tanto para el que espera la decisión, como para el que va a decidir sabiendo de esa presión.

Que se decida en el mismo día: absuelto, sobreseído, o condenado, y después con calma los argumentos de hecho y de derecho, que nuestra experiencia nos dice que no es tan fácil producirlos con premura y con presión. Siempre el estado de sentencia, en la doctrina universal, se le ha llamado estado de meditación, de pensar profundo.

Pienso, igualmente, que esas breves razones de hecho y derecho, sintéticamente expuestas por el Juez Presidente, debe llevarlas escritas, aunque sean sintéticas, escuetas, pero por escrito. Esas mismas le servirán al momento de redactar la sentencia. Si las dice oralmente, puede correrse el riesgo de que haya algunas divergencias (las razones de hecho y de derecho) con lo que se diga luego por escrito.

Se publicará la sentencia completa, en nombre de la República, dentro de diez días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva (art. 365 del COPP).

Acta del debate

Concepto. Ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que el acta del debate es “todo cuanto queda consignado mediante una relación escrita, acerca del juicio oral y público” (S. n. 95, del 5 .3.02).

Pareciera que si el debate era el contradictorio de las partes en el juicio oral, público, inmediato y concentrado, al sentenciarse, que es el fin último del proceso, ya todo terminó; pero no, la actuación del Tribunal (la audiencia) termina con la lectura del acta del debate.

Requisitos

El secretario, durante el debate, llevará una secuencia del desarrollo del mismo que convertirá en un acta cuando ya se haya sentenciado. “El acta se leerá... inmediatamente después de la sentencia (artículo 369 del COPP). De todo lo acontecido en el desarrollo del juicio se hará un registro preciso, claro y circunstanciado...” grabación de la voz, video-grabación, cualquier otro medio”. Se levantará un acta firmada por los integrantes del tribunal y por las partes en la que se deja constancia del registro efectuado” (artículo 334, 2º ap.). Una vez concluido el debate el medio de reproducción utilizado estará a la disposición de las partes para su revisión dentro del recinto del juzgado (art. 334, ult. ap.).

Contenido del acta del debate

1. Desarrollo del debate.
2. Lugar y fecha de iniciación y finalización de la audiencia. Suspensiones y reanudaciones.
3. Identificación de jueces, partes, defensores y representantes.
4. Identificación de expertos, testigos intérpretes y documentos leídos durante la audiencia.
5. Solicitudes y decisiones durante el debate.
6. Si se procedió públicamente o se excluyó la publicidad total o parcialmente.
7. Otras menciones que digan los jueces o las partes.
8. Forma en que se cumplió el pronunciamiento de la sentencia (motiva y dispositiva en la misma audiencia o dispositiva sólo en la audiencia y diez días posteriores la sentencia en su totalidad).
9. Firma de los miembros del tribunal y del secretario.

El acta del debate es un documento procesal.

Comunicación del acta.

Se leerá inmediatamente después de la sentencia, ante los comparecientes y quedan notificados.

Valor del acta.

El acta sólo demuestra el modo como se desarrolló el debate, la observancia de las formalidades previstas, personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo (art. 370 del COPP). Sirve para interponer el recurso de apelación y el extraordinario de casación. Es un documento procesal. Por ella las instancias superiores se enterarán como se desarrolló el debate.

Todo lo anterior son 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. Sólo eso. Laus Deo.

Justicia administrativa en los cinco años de vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Beatrice SANSÓ DE RAMÍREZ*

Sumario

- 1. Introducción. Justicia administrativa. Denominaciones y significado.**
 - 2. La tutela judicial efectiva. Punto de partida de la justicia administrativa.**
 - 3. Temas sustantivo-procesales relevantes a partir de la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**
 - 4. De la jurisprudencia surgida con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.**
- Conclusiones.**

1. INTRODUCCIÓN. JUSTICIA ADMINISTRATIVA. DENOMINACIONES Y SIGNIFICADO

En vista de que, en el presente ensayo, pretendemos analizar la justicia administrativa, a partir de la vigencia de la Constitución Bolivariana, es

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado Summa cum laude. Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, Profesora. **Universidad Central de Venezuela**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Profesora.

necesario analizar aquellas nociones que, por tener relación con aquella, nos pueden ayudar a enfocar con mayor precisión nuestro tema.

Al efecto, ha entendido Jesús González Pérez¹, por “jurisdicción”,

una función estatal, por cuanto, es el Estado, en el ejercicio de la función jurisdiccional, el que satisface las pretensiones que una parte esgrime frente a otra, incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo conforme al ordenamiento jurídico la pretensión ante él deducida (cursivas nuestras).

Cuando el Estado administra, lo hace a través de la figura de la Administración Pública, cuya finalidad es la de tutelar los intereses públicos, para cuyo ejercicio ha sido dotada de privilegios y prerrogativas, y ha sido sometida al principio de legalidad, que exige que no pueda hacer sino lo que la ley en forma expresa le permita.

Nos encontramos entonces con el enjuiciamiento de las actividades del Estado por parte del Estado, para determinar su adecuación a la ley, y el aseguramiento de que, cuando actúe como ente público, y por lo tanto, en ejercicio de las antes indicadas prerrogativas, esté sometido a su propio Derecho, el Derecho Administrativo, y no, como cualquier otro sujeto de Derecho, al derecho de las normas comunes.

De manera que, las pretensiones fundadas en Derecho Administrativo, deben ser deducidas ante un órgano jurisdiccional distinto al que aplica tales normas comunes, que no es otro que, el contencioso administrativo.

Ahora bien, es igualmente privilegio de la Administración, ser juzgada por su juez natural, que no es sino el Juez Contencioso Administrativo, al cual le ha sido atribuida con exclusividad tal potestad, incluso con rango constitucional.²

Nuestro ordenamiento jurídico ha utilizado para referirse al orden de control jurisdiccional de la Administración, el término “*contencioso administrativo*”,

¹ “Manual de Derecho Procesal Administrativo”. p. 97. Tercera edición. Editorial Civitas. Madrid-España, 2001.

² Artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Dicha norma estaba en principio consagrada en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, en el artículo 206.

para cuyo análisis es necesario detenerse a revisar también otros relacionados con el mismo.

Tal denominación no ha sido unánimemente aceptada por la doctrina, y la generalización de otros términos, aún cuando, la utilización de ellos se haga de manera indistinta, puede verse incluso de la escogencia del título del presente trabajo.

Reiteramos, en cuanto al término “contencioso administrativo”, señala José Araujo Juárez³, que para definirlo se requiere igualmente conocer el significado de algunas nociones, como lo son: justicia administrativa, proceso administrativo, etc.

“Justicia Administrativa” se considera según Sandulli⁴, a “*los medios concedidos por el ordenamiento jurídico a los particulares para defender su propia posición subjetiva frente a la Administración Pública*” (cursivas nuestras). Tal noción comprende, todos los medios que el derecho pone a disposición de los particulares, para la defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos, personales y directos.

De tal manera que, a pesar de ser denominada “justicia”, la misma incluye, tanto a los recursos administrativos como a los jurisdiccionales. Es decir, que con tal concepción, se reconoce la potestad de la Administración de impartir justicia, lo cual va de la mano con lo dispuesto en el artículo 253 Constitucional, que establece que la potestad de emanar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte (no distingue qué órgano lo hace) en nombre de la República y por autoridad de la ley. En su primer aparte, dicha norma se refiere a la competencia de los órganos del Poder Judicial para impartirla, pero no para monopolizarla, más aún cuando la justicia es una forma de aplicar la jurisdicción, que es una función estatal, a través de la cual, el Estado, satisface las pretensiones que una parte esgrime frente a la otra, como un tercero y de conformidad con el ordenamiento jurídico.

³ “Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo”. pp. 75-87. Ed. Vadell Hermanos. Segunda reimpresión. Caracas, Venezuela. 2001.

⁴ Citado por José Araujo Juárez, en la antes indicada obra.

La noción de “jurisdicción administrativa”, responde pues al ejercicio por parte del Estado de su función de impartir justicia, cuando ante el mismo se plantean pretensiones de Derecho Administrativo, o lo que es igual, en principio, cuando es el Estado el que deduce o ante el que la misma se deduce.

Por su parte, nos encontramos ante el concepto de “Proceso Administrativo” o “Derecho Procesal Administrativo”, que implica el conjunto de normas que regulan el proceso administrativo, siendo los órganos e instrumentos de tal actividad, las que conforman la rama del ordenamiento jurídico, denominada “Derecho Procesal Administrativo”.

En nuestro criterio, tal noción excluye de su ámbito, a los procedimientos administrativos, y con ello, a los recursos, por cuanto, los mismos se refieren exclusivamente al conjunto de pasos sucesivos y correlacionados entre sí que se llevan a cabo en sede administrativa, con el objeto de lograr el dictado de un acto administrativo.

Las críticas por otro lado, al concepto de “contencioso administrativo”, además de desprenderse de las nociones antes analizadas, se desprenden por el hecho mismo de que éste pareciera circunscribirse a la sede administrativa (contención o litigio ante órganos que forman parte de la Administración Pública), derivado ello de su origen en la “justicia retenida”, a través de la cual, la propia Administración Pública, controlaba sus propios actos.

No obstante, dada la inclusión del término dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la Constitución de 1961 (artículo 206), como en la de 1999 (artículo 259), y por identificarse dicha noción de “contencioso administrativo” con aquel referido a los casos en que la Administración es juez y parte, y por lo tanto, no existe jurisdicción, la doctrina ha ido agregándole, el de jurisdicción, refiriéndose a la “jurisdicción contencioso administrativa”, “orden jurisdiccional administrativo” (González Pérez) o sencillamente, “control jurisdiccional de los poderes públicos” (Rondón de Sansó).

Ahora bien, como quiera que se le denomine: “contencioso administrativo”, “orden jurisdiccional contencioso administrativo”, “jurisdicción contencioso administrativa”, “derecho procesal administrativo”, “proceso administrativo” o “justicia administrativa”, la misma se caracteriza, por lo siguiente:

a. Es de rango constitucional

Es la propia Constitución la que prevé la existencia de tal jurisdicción.

Así, la Constitución de 1961⁵, en su artículo 206, consagraba en forma expresa la jurisdicción contencioso administrativa, y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo hace, a través de su artículo 259, que reza.

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 infringidas (cursivas nuestras).

El artículo 259 antes transcrito agrega a la disposición casi idéntica de la Constitución derogada, el conocimiento de los “*reclamos por la prestación de los servicios públicos*”, lo cual constituye uno de los avances del contencioso administrativo, posterior a la vigencia de la Constitución de 1999, tal como lo veremos con posterioridad.

b. Es judicial

Tal como fuera precedentemente analizado, en nuestro ordenamiento jurídico, el control de los actos de la Administración Pública no se encuentra en manos

⁵ Según Perkins Rochas, en su artículo “La Jurisdicción Contencioso Administrativa”, específicamente, en el capítulo destinado al análisis de la evolución constitucional y legal, señala que, antes de la vigencia de la Constitución de 1961, sólo existían disposiciones aisladas que establecían ciertas competencias contencioso administrativas. Así, el ordinal 5 del artículo 47 de la Constitución de 1830, consagraba el contencioso de los contratos administrativos, y la Constitución de 1864, en el numeral 9 de su artículo 89, establecía dos jurisdicciones; una Federal y otra para los Estados. La Constitución de 1925, por su parte, consagra por primera vez, la nulidad de los actos administrativos y la competencia del Máximo Tribunal para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios.

de la propia Administración, sino de los tribunales de la República, integrantes como tales del Poder Judicial Venezolano.

Al efecto, notamos que el encabezamiento del artículo 259 precedentemente copiado, señala: “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley”.

c. Es especial

La jurisdicción contencioso administrativa no constituye una jurisdicción ordinaria, que conozca de las pretensiones de los particulares entre sí, sino que se trata de una jurisdicción especial, que conoce de las pretensiones de Derecho Administrativo.⁶

d. Es universal

La jurisdicción contencioso administrativa conoce de todos los actos, actuaciones, omisiones e incluso vías de hecho de la Administración.⁷ La doctrina ha creado al respecto, la tesis de “la ampliación del concepto de Administración Pública”, en la que, incluso, actos emitidos por entes privados, pero previstos en una ley y dotados de imperatividad y autotutela⁸, pueden ser controlados por el contencioso administrativo⁹.

Igualmente, se ha extendido el control a aquellos actos que, si bien son formalmente legislativos o judiciales (por derivar de los órganos legislativos o el Poder Judicial, respectivamente), son sustancialmente administrativos.¹⁰

⁶ Ver al efecto, a Jesús González Pérez en la obra citada. pp. 97 y 98.

⁷ La ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia consagra por primera vez en forma expresa, el control de las vías de hecho de la Administración.

⁸ Imperatividad implica la potestad de la Administración de degradar un derecho subjetivo a un simple interés, y por tanto, de incidir en la esfera subjetiva de los particulares. Autotutela implica la potestad de la Administración de hacer cumplir sus actos, aún en contra de la voluntad de los administrados.

⁹ Es sentencia paradigmática la del caso de la “Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela (SACVEN)”, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, del 18 de febrero de 1986.

¹⁰ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, caso: Fortunato Hernández vs. Concejo Municipal del Municipio Torres del Estado Lara, de fecha 31 de octubre de 1991, y, sentencia de la misma sala, de fecha 19 de julio de 1984.

Cuando nos referimos a la distinción de los actos según su naturaleza formal o sustancial, estamos remontándonos a la Teoría Absolutista de las Funciones, a través de la cual fuera identificado por parte de la “Escuela Vienesá”, y de uno de sus más importantes representantes, Hans Kelsen, el hecho de la separación del Estado en nueve funciones, en lugar de tres Poderes Públicos. Tal tesis nos permite entender que funciones de índole administrativa pueden ser ejercidas por parte de órganos que no tienen tal carácter, y que, en virtud de ello, puede extenderse hacia las mismas el control contencioso administrativo. Así, un acto mediante el cual, la Asamblea Nacional fija las dietas de sus parlamentarios, no tiene carácter legislativo, a pesar de provenir de un órgano típicamente legislativo, sino administrativo, y por ende, es susceptible de ser controlado por la vía de la jurisdicción procesal administrativa..

e. Es subjetiva

Su objeto, tal como lo analizaremos con posterioridad, no vá destinado exclusivamente al mero control de los actos de la Administración Pública, sino al restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas a los particulares.

Lo anterior se desprende de la definición misma de la jurisdicción contencioso administrativa, que realiza nuestro Texto Fundamental, a través del artículo 259 antes transcrito, y que, copiamos nuevamente, subrayando la parte pertinente, así:

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 infringida (cursivas y subrayado añadidos).

Las características antes analizadas, son indispensables como punto de partida de nuestro análisis jurisprudencial, toda vez que, muchas de ellas han nacido de las decisiones de los jueces o han sido reforzadas a través de las mismas.

De tal forma que, nos corresponde en esta oportunidad disertar sobre las decisiones más relevantes de la jurisdicción contencioso administrativa, a partir de la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el año de 1999.

2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. PUNTO DE PARTIDA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La Constitución de 1961 consagraba en su artículo 68, el derecho de acceso a los órganos de justicia, de la forma siguiente:

Todos pueden utilizar los órganos de la Administración de Justicia para la defensa de sus derechos o intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso (cursivas nuestras).

La inclusión del artículo anterior en la Constitución de 1961, también significó un aporte novedoso para la protección de los derechos subjetivos del particular, no obstante, el mismo pareciera haber sido consagrado como una forma de manifestación del derecho a la defensa, habiéndolo la Constitución de 1999 enunciado como distinto y autónomo a dicho derecho.

Así, el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece textualmente:

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 formalismos ni dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles". (Cursivas y negrillas nuestras).

La norma transcrita consagra el “derecho constitucional a la tutela judicial efectiva”, el cual constituye un factor fundamental dentro del Estado Social y

Democrático de Derecho¹¹, y por ende, un elemento vital para la correcta evolución de la justicia administrativa.

La Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refiere al objeto de la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva con el fin de “(...) hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia (...)”. Y prevé la posibilidad de “(...) controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos o intereses legítimos (...)”.

Se encuentra igualmente complementado, o mejor, fortalecido, dicho derecho, con lo establecido en los artículos 49 (derecho a la defensa y debido proceso); 257 (desformalización de la justicia) y 259 (Constitucionalización del contencioso administrativo), así como, por otras normas contentivas de los derechos a la igualdad ante la ley (artículo 21); el amparo constitucional (artículo 27); indemnización de las víctimas por violación de los derechos humanos (artículo 29); nulidad de los actos de los Poderes públicos contrarios a la ley (artículo 137); nulidad de los actos dictados por usurpación de autoridad (artículo 138); sometimiento de la Administración Pública a los principios de celeridad y transparencia (artículo 141); derecho de petición (artículo 51), e incluso; por el artículo 269, inherente a la organización de los circuitos judiciales, entre otros.

Implica pues, como lo señalan, Luis Ortiz Álvarez y Rafael Prado Moncada, el acceso a los órganos jurisdiccionales, la inexistencia de obstáculos que constituyan una dificultad para los particulares, de poder acudir ante los órganos jurisdiccionales, en procura de la obtención de una debida protección de sus derechos que le han sido vulnerados.

A través de dicho derecho, debe asegurarse la prestación de una justicia efectiva a los ciudadanos.

¹¹ Al efecto, el artículo 2 de la Constitución, al definir como tal a nuestro Estado, establece: *“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”* (cursivas nuestras).

Es así como, el contencioso administrativo no debe ser entendido únicamente como el control objetivo de los actos de la Administración Pública, para la declaratoria de su nulidad, en caso de estar viciados, ni tampoco como el conjunto de una serie de normas atributivas de competencias judiciales a un grupo de órganos judiciales, sino que el mismo debe ser apreciado como un verdadero derecho a la tutela judicial frente a la Administración.

Es decir, que no se reduce sólo el Contencioso Administrativo, a la garantía de la adecuación de la Administración al principio de la legalidad y por tanto, a la ley, sino que vá destinado también y sobre todo, a la protección de los derechos e intereses de los particulares afectados por tal actividad, toda vez que cualquier violación a los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los administrados, conforma una vulneración de la ley.

Al efecto, vale recordar la sentencia de fecha 23 de octubre de 2002, caso: “Gisela Anderson, Jaime Gallardo y otros vs. Presidente de la República, Ministerio de Infraestructura y CONATEL”, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que establece.

Resulta claro que la jurisdicción contencioso administrativa, no está limitada a asegurar el respeto a la legalidad en la actuación administrativa, ya que el artículo 26 de la Constitución concibe a toda justicia, incluyendo a la contencioso administrativa, como un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos, por 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 finalidad 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 (cursivas nuestras).

El derecho a la tutela judicial efectiva ha influido en el desarrollo todo de la justicia administrativa, tanto desde el punto de vista sustantivo como procedimental, dado que la única forma de garantizarlo ha sido a través de la revisión y adecuación de tales aspectos, a través de la jurisprudencia.

3. TEMAS SUSTANTIVO-PROCESALES RELEVANTES A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

La jurisdicción contencioso administrativa, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, debe garantizar el restablecimiento del derecho subjetivo o interés legítimo del particular frente a una actuación arbitraria de la Administración, controlando la legitimidad de sus actos (a través del examen de sus vicios y la eventual declaratoria de su nulidad); la oportunidad y conveniencia de los mismos (mérito o control de la discrecionalidad) y; condenándola en caso necesario, al pago de sumas de dinero, y a la reparación de daños y perjuicios, y a la realización de determinadas acciones u omisiones.¹²

Ahora bien, ¿cómo lograr que esa justicia otorgada por la jurisdicción contencioso administrativa sea “gratuita, accesible, imparcial, idónea, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas ni formalismos inútiles”?

Lo anterior es función de los tribunales de lo contencioso administrativo, cuya existencia son a su vez concretización de tal derecho, mediante la resolución de las controversias que le son planteadas, dentro de las cuales realizaremos un inmediato análisis, no sin antes enunciarlos, así:

- a. *Tribunales contencioso administrativo generales* (Conocen de todas las materias contencioso administrativo), están conformados por:
 - i. *Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* (únicamente cuando conoce de acciones de amparo constitucional ejercidos conjuntamente con recurso contencioso administrativo de anulación). Ésto no le da el carácter de tribunal contencioso administrativo, no obstante, se le llama a colación por implicar tal acción conjunta, en definitiva, también el control de un acto administrativo.

¹² Al respecto, Alfredo Di Stéfano Pérez, “La Justicia Administrativa en Italia”. pp. 67 y 68. Revista de Derecho Administrativo Número 11. Editorial Sherwood. Enero-Abril. 2001.

- ii. *Sala Político Administrativa* (que se encuentra en la cúspide de la jurisdicción, con competencia general nacional). Es el tribunal por antonomasia de lo contencioso administrativo.
- iii. *Cortes de lo Contencioso Administrativo*, a un nivel intermedio y con competencia general nacional. Fueron creadas mediante Resolución Número 2003-00033, de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de diciembre de 2003, publicada en la gaceta oficial de la república Bolivariana de Venezuela, Número 37.866, de fecha 27 de enero de 2004. Tales Cortes viene a sustituir a la anterior Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que había sido creada a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (hoy derogada).
- iv. *Tribunales Contencioso Administrativos a nivel regional (TAR)*, denominados Juzgados Contencioso Administrativos. Se trata de tribunales que se encuentran ubicados en las Regiones económicas en que está dividido geográficamente el país.

En un principio, fueron nueve tribunales, toda vez que, a pesar de existir ocho regiones, y haber sido creados uno por región, existieron desde el inicio dos en la Región Capital (uno en la ciudad de Caracas y el otro en la ciudad de Maracay).

Hoy en día, el número ha ido aumentando en la ciudad de Caracas, por cuanto, por cada Juez que conformaban el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato y el Tribunal de Carrera Administrativa, fue creado un tribunal.

Estos tribunales son unipersonales. Algunos fueron creados “ad-hoc”. En otros casos, se incorporó el conocimiento de la competencia contencioso administrativo a los Juzgados Superiores con competencia en lo Civil y Mercantil, y algunos, incluso, también en Tránsito y en Menores.

Los tres primeros son tribunales colegiados, es decir, que están conformados por más de un Juez, siendo la sentencia dictada por dichos órganos jurisdiccionales, el producto de la elaboración de una ponencia previamente asignada a uno de ellos y discutida para su aprobación en la reunión celebrada a tales efectos por todos los jueces o Magistrados, denominada “plenaria”.

b. Tribunales contencioso administrativo especiales

Se trata de aquellos tribunales contencioso administrativos que conocen sólo de determinadas materias, así.

Tribunales Contencioso Tributarios (unipersonales).

Anteriormente:

- i. El *Tribunal de Apelaciones de Inquilinato*, que fuera absorbido por los tribunales contencioso administrativos regionales de la Región Capital.
- ii. El *Tribunal de Carrera Administrativa*, que fuera absorbido, como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en aquellos casos ya en curso, por un tribunal de transición, y para los nuevos, por tribunales contencioso administrativo regionales con competencia especial en materia de función pública.
- iii. Los *Juzgados Superiores de Hacienda*, hoy destinados a actos relacionados con el contrabando y aduanas.

c. Tribunales contencioso administrativo eventuales

No son tribunales contencioso administrativo, pero funcionan como “receptores” de recursos a los fines de la caducidad de las acciones contencioso administrativa (Tribunales de Parroquia, de Primera Instancia Civiles).

Son muy variados los temas cuyo análisis se lleva a cabo en este trabajo, y es en virtud de ello que expondré, con el objeto, finalmente, de detenerme en el estudio de la jurisprudencia contencioso administrativa posterior a la entrada en vigencia de nuestro Texto Fundamental, el producto de un apretado resumen, a los fines de evitar que la cantidad de datos y el casuismo subestimen la trascendencia de cada uno de ellos, así:

1. Agotamiento de la vía administrativa:

El tema del agotamiento de la vía administrativa, como el requisito “sine qua non” de la interposición de los recursos administrativos en sede administrativa

para poder acudir a la vía contencioso administrativo, es quizás aquel donde la noción de la tutela judicial efectiva, su alcance y sus efectos, tiene una mayor incidencia.

Se ha señalado que la sola consagración de la tutela judicial efectiva en la Constitución Bolivariana, es la base para su desaplicación. Por otra parte, se ha indicado que, ya la Constitución de 1961 preveía tal derecho, cuando se refería al derecho a la defensa y dentro de él al derecho de acceso a la justicia, y que, sin embargo no era ello fundamento para justificar el incumplimiento de tal requisito, o el ejercicio optativo de los recursos administrativos correspondientes.

Para algunos el cumplimiento del requisito del agotamiento de la vía administrativa, constituye una garantía para el respeto de tal derecho a la tutela judicial efectiva y para otros, paradójicamente, su desaplicación también lo implica.

En ese estado de cosas, y con precedencia a la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, fueron dictadas diversas sentencias, consideradas algunas, para determinado sector de la doctrina, como avances y otras, para otro grupo, como retroceso.¹³

Ahora bien, para el análisis de las sentencias señaladas, debemos partir del conocimiento de los siguientes supuestos de hecho:

- a. El agotamiento de la vía administrativa significa que el administrado debe ejercer todos los recursos administrativos previstos, en principio, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para poder acudir a los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos, a los fines del control de los actos administrativos que lo afecten.
- b. La razón de lo anterior está en que sólo pueden ejercerse los recursos contencioso administrativos contra los actos definitivamente firmes, que lo sean porque se hayan interpuesto contra ellos los

¹³ Muy importante para entender este punto, es la lectura de la obra conjunta, ya citada, de Luís Ortiz Álvarez y Rafael Prado Moncada.

recursos administrativos correspondientes y nó por vencimiento del lapso para su interposición.¹⁴

- c. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, preveía en forma expresa, el requisito del agotamiento de la vía administrativa, para poder acudir a la vía contencioso administrativa.
- d. La Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, estableció en su artículo 5, la posibilidad del ejercicio conjunto de la acción de amparo constitucional con el recurso contencioso administrativo de anulación, que implicó que no fuera necesario agotar la vía administrativa, para obtener el control del acto administrativo en sede jurisdiccional. Constituyó dicha norma, quizás el punto de partida más contundente para que se diera inicio a la necesidad de desaplicación del señalado requisito, llegándose al punto de que se le utilizara como vía para evitarlo. Es decir, el administrado muchas veces, ejercía la acción de amparo constitucional conjunto con recurso contencioso administrativo de nulidad, para no tener que agotar la vía administrativa, más que para denunciar la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. De allí que, llegó a hablarse incluso del “abuso del amparo”, y se impusieran como reacción, tesis tan severas como la del carácter residual del amparo, ésto es, aquella que dispone que únicamente cuando no haya otra vía (independientemente de que la del amparo sea la única efectiva —que es la tesis del carácter

¹⁴ Recordemos la clasificación de los actos “según la posibilidad de su impugnación”, así: actos definitivos, que son aquellos que ponen fin a un procedimiento administrativo originario y son los típicamente susceptibles de impugnación en sede administrativa; actos de trámite, mero trámite o simple trámite, que son los que van conformando al procedimiento administrativo y que son inimpugnables, a menos que “se prejuzguen como definitivos, causen indefensión o impidan la continuación del procedimiento”; actos firmes o definitivamente firmes, que son aquellos contra los cuales no puede ejercerse recurso administrativo alguno, sea porque ya se ejercieron o porque se venció el lapso para hacerlo; actos que agotan la vía administrativa, coinciden con los definitivamente firmes, cuando aquellos lo son por haberse ejercido contra ellos los recursos administrativos correspondientes (también se denominan “actos que causan estado”).

extraordinario del amparo—), puede ejercerse una acción de amparo constitucional.

- e. Otras leyes especiales establecieron por su parte, la no necesidad del agotamiento de la vía administrativa o su agotamiento optativo. Al efecto, el Código Orgánico Tributario; la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia; la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, y en general, las leyes especiales de carácter económico, que fueran dictadas de inmediato al restablecimiento de las garantías económicas que quedaran restringidas con la promulgación de la Constitución de 1961.
- f. La Exposición de Motivos de la Constitución Bolivariana, en forma expresa insta al legislador a eliminar la exigencia del agotamiento de la vía administrativa. En efecto, dispone textualmente:

(...) de igual manera y con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, la ley orgánica deberá eliminar la carga que tiene los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio (cursivas nuestras).
- g. La Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva.
- h. También lo consagra el artículo 26 del mismo Texto Fundamental.
- i. Se ha señalado que la inclusión de dicho derecho no es contundente como argumento para defender la no necesidad del agotamiento de la vía administrativa, por cuanto, también se preveía la tutela judicial en la Constitución de 1961 dentro del derecho a la defensa.
- j. El ordinal 9 de su artículo 7 de la Ley Orgánica de Administración Pública, establece lo siguiente:

Los particulares en su relación con la Administración Pública tendrán los siguientes derechos:

9º Ejercer, a su elección, y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales, que fueren procedentes para la defensa de sus derechos o intereses, frente a las actuaciones u omisiones de la Administración pública, de conformidad con la ley”. (Cursivas y negrillas nuestras).

La norma transcrita, no obstante, es de aquellas que pueden catalogarse como “programáticas”, por cuanto, dependen para su implantación, de una ley que se dicte al efecto (Lo anterior se desprenden de la frase “de conformidad con la ley”). Hasta la fecha no ha sido dictada la ley a la que el ordinal 9, antes transcrito remite, que no es otra, en nuestro criterio, que la que haya de regular al sistema contencioso administrativo.¹⁵ Ahora bien, independientemente de que se considere que la ley a la que hace referencia el legislador es una distinta, tampoco existe ninguna que hasta la fecha haya incluido norma alguna en tal sentido.

- k. El carácter programático de la norma transcrita, también se evidencia de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Séptima de la indicada Ley Orgánica de la Administración Pública, que establece:

Lo establecido en el numeral 9 del artículo 7 de esta ley entrará en vigencia cuando se promulgue y entre en vigencia la Ley Orgánica que Regule la Jurisdicción Contencioso Administrativo, la cual establecerá las normas necesarias para el eficaz y adecuado ejercicio del derecho allí consagrado.

La Ley Orgánica que regule la Jurisdicción Contencioso Administrativa deberá ser sancionada por la asamblea nacional, dentro del año siguiente a la promulgación de esta ley (cursivas nuestras).

Para la fecha no ha sido dictada la ley indicada, y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, no es la norma especial en materia contencioso administrativo, encontrándonos en consecuencia, ante una omisión legislativa,

¹⁵ Basamos nuestra opinión por una parte, en el hecho mismo de que la norma copiada se refiere justamente a los derechos de los particulares frente a la Administración Pública, y es el contencioso administrativo el que la controla judicialmente, y por la otra, porque así lo establece en forma expresa la Disposición Transitoria Séptima de la misma Ley Orgánica de Administración Pública, como lo veremos en lo adelante.

que bien podría originar la interposición del recurso constitucional correspondiente.

1. La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, recientemente promulgada, no incluye norma alguna sobre el agotamiento de la vía administrativa, pero tampoco en forma expresa exige su cumplimiento, por lo cual, se ha interpretado que dicho requisito ha sido desaplicado, y que tal omisión es la respuesta a la previsión constitucional del dictado de la ley que así lo estableciera.

Una vez expuesto lo anterior, que resume los aspectos de discusión más importantes con respecto al agotamiento de la vía administrativa, veamos cómo los ha asumido la jurisprudencia, así:

1. *Sentencias a favor de la desaplicación del requisito del agotamiento de la vía administrativa.*

Se trata básicamente de dos sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fechas 24 de mayo de 2000 (*Caso: “Ramón Díaz Sucre/ Municipio Sucre del Estado Miranda”, número 499* y *caso: “Raúl Rodríguez Ruíz vs. sentencia del Tribunal de la Carrera Administrativa”*), y una de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, del 18 de setiembre de 2000, *caso: “Liborio Guarulla”*.

Los fundamentos de las sentencias indicadas fueron los siguientes:

- a. La improcedencia del agotamiento de la vía administrativa se desprende de una interpretación “integral, concordada y progresiva” del artículo 26 Constitucional con los artículos 2, 3, 25, 157 y 259 Constitucionales.
- b. Los artículos antes indicados son contentivos de lo siguiente: 26 (derecho a la tutela judicial efectiva); 2 (principios rectores del Estado-democracia y Estado social); 3 (fines del Estado); 25 (nulidad de los actos violatorios de derechos); 157 (descentralización de competencias nacionales en Estados y Municipios) y; 259 (jurisdicción contencioso administrativa).
- c. La Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, establece el no agotamiento de la vía administrativa.

- d. Es necesario flexibilizar los formalismos que impiden el acceso de los particulares a la tutela judicial efectiva y a la justicia material.
- e. Es función del contencioso administrativo como garante de los derechos individuales de los administrados, frente a las actuaciones de la Administración Pública, la desaplicación de tal requisito, por ser el mismo violatorio de los derechos y garantías consagrados en normas de rango constitucional.
- f. La acción constituye un derecho (*el derecho de acceso a la justicia*), y como tal, es una garantía universal e incondicional.
- g. Deben aplicarse de manera inmediata y no programática, las disposiciones constitucionales que permiten el libre y universal derecho de accionar, como integrante del derecho a una tutela judicial efectiva, sin más limitaciones que las que establezca la propia Constitución.
- h. En especial, la sentencia antes citada de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (*caso “Liborio Guarulla”*), insistió en el carácter constitucional de la jurisdicción electoral, como punto de partida para la desformalización de la justicia electoral y en las características de su brevedad, celeridad y eficacia.

Las tres sentencias anteriores fueron reforzadas por *otra de la misma Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 17-04-01, caso: “Víctor José Fernández”*, en la que insiste en el carácter innecesario del agotamiento de la vía administrativa, partiendo del relevo que ya habían hecho muchas leyes, de cualquier control jerárquico o de tutela, en cuanto a la revisión de sus propias decisiones administrativas (leyes de PROCOMPETENCIA; SUDEBAN; SIEX; CNV; SENIAT; COMISIÓN ANTIDUMPING; CONATEL¹⁶).

¹⁶ Se trata de las siguientes leyes: Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia; de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras; de las Decisiones en materia de Inversión Extranjera de la Comisión de la Comunidad Andina; de la Ley de Mercado de Capitales; de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional; de Ley de Telecomunicaciones, respectivamente.

2. *Sentencias a favor de la aplicación del requisito del agotamiento de la vía administrativa.*

Por otra parte, nos encontramos con las siguientes sentencias favorables a la necesidad del agotamiento de la vía administrativa, que fueran dictadas con posterioridad a las decisiones antes comentadas, y con la exigencia expresa del cambio de doctrina por parte de dicha Corte, so pena de la declaratoria de la inadmisibilidad del recurso o la declaratoria de nulidad de la sentencia conocida en apelación por parte de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, por no haber sido agotada la vía administrativa, así:

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27-03-02, caso: “Fundación Hogar Escuela José Gregorio Hernández”, número 00489, en ponencia conjunta de dos magistrados. Su fundamento es el siguiente.

- a. Considera que la razón para instituir el requisito del agotamiento de la vía administrativa, no es la de constituirse en una carga, sino como un medio garantizador de la esfera jurídica de los particulares.
- b. El medio del agotamiento no corresponde al cumplimiento, por lo tanto, de ninguna formalidad, sino que se trata de un beneficio para los particulares.
- c. No es posible controlar de manera efectiva y rápida todos los actos administrativos por vía judicial.
- d. A través de los recursos administrativos, el administrado puede obtener rápidamente una respuesta a su planteamiento.
- e. El retardo de las actuaciones administrativas de que se trate, permite al administrado la reclamación de las responsabilidades a que haya lugar (artículos 25 y 139 Constitucionales).

Como consecuencia de la anterior sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, modificó su criterio y mediante sentencia del *Caso: “Antonio Alves Moreira”*, del 26-04-01, señaló:

- a. Que el hecho que la Exposición de Motivos de la Constitución Bolivariana instara al legislador a desaplicar el requisito del agotamiento de la vía administrativa y que previera como derecho, al de la tutela judicial efectiva, no puede ser argumento para su no exigencia, por cuanto, aún bajo la vigencia de la Constitución de 1961, este derecho gozaba de reconocimiento expreso, a través de la interpretación conjunta de los entonces artículos 68 y 206.
- b. Que en todo caso, la inclusión de tales previsiones en la Exposición de Motivos de 1999, es una situación sobrevenida a la exigencia del requisito del agotamiento de la vía administrativa.
- c. Todo medio que permita al administrado reaccionar frente a la Administración, en defensa de sus derechos o intereses, es en definitiva, un instrumento que garantiza la efectividad del Estado de Derecho.
- d. Lo anterior (el conocimiento de los recursos administrativos que se ejerzan contra sus actos), le permite a la Administración lograr el mayor apego posible a la legalidad.
- e. Si algún cambio ha de producirse en esta materia, el mismo debiera venir de la actividad legislativa. (Considera en tal sentido, en nuestro criterio, que el control difuso del juez no es suficiente para desaplicar ese requisito de carácter inconstitucional). Exige en todo caso que la Constitución tenga un carácter reglamentario y no de establecimiento de principios y postulados.
- f. En vista de que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia omitió la exigencia del requisito del agotamiento de la vía administrativa, para la fecha, a pesar de no existir pronunciamiento expreso al respecto, los recursos en los cuales no se demuestre el cumplimiento de tal requisito, son admitidos por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, y en consecuencia, también, por las Cortes de lo Contencioso Administrativo. Es decir que, la acción legislativa (el dictado de la ley que, en nuestro criterio, ha de ser la del sistema contencioso administrativo) exigida por el sentenciador, se ha puesto de manifiesto a través de una omisión (legislativa), pero suficiente, sin embargo, quizás

por la discusión que ha habido sobre el punto, para que sirva de fundamento para la no exigencia del cumplimiento del indicado requisito del agotamiento de la vía administrativa.

2. *El Antejucio Administrativo.*

Las sentencias que fueran analizadas con respecto al agotamiento de la vía administrativa, entraron igualmente a analizar bajo las premisas que fueron expuestas, la necesidad del antejucio administrativo como condición para demandar a la República, toda vez que, frente a tal requisito también se presenta la duda de su carácter garantizador o violatorio de la tutela judicial efectiva.

La sentencia vigente en tal sentido y que exige su interposición, es la siguiente:

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 13-03-01, caso: “Nora González vs. Universidad Central de Venezuela”, a través de la cual ratifica una decisión del juzgado de Sustanciación de la indicada Sala, que declara inadmisibile un recurso de nulidad por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 30 de la derogada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que exigía el antejucio administrativo como condición para proceder al ejercicio de una demanda contra la República.

Dado que la vigente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en sus artículos 54 y siguientes y en su artículo 60, exige a los funcionarios judiciales la declaratoria de inadmisibilidad de las demandas contra la República, en las cuales tal requisito del antejucio administrativo no se hubiere cumplido, y por otra parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en forma expresa exige su cumplimiento, no puede considerársele improcedente, por las razones de forma señaladas, a pesar de que, consideramos, que los argumentos relacionados a la tutela judicial efectiva, serían suficientes para mantener el criterio opuesto.

3. *La jurisdicción contencioso administrativa de amparo constitucional*

La Acción de Amparo Constitucional es una acción de índole constitucional, prevista en el artículo 27 de la Constitución de 1999.

Sus características principales son:

- a. Su carácter breve y sumario;
- b. Su carácter judicial;
- c. Su carácter extraordinario, más que residual;
- d. Su carácter personalísimo;
- e. El carácter directo de la violación del derecho constitucional;
- f. Su carácter restablecedor;
- g. Que viole o amenace violar un derecho o garantía constitucional;
- h. Su carácter universal (*Caso emblemático: “Anselmo Natale”. Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, del 31-01-91*).¹⁷

El artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y garantías Constitucionales, establece la posibilidad de que se ejerza la acción de amparo constitucional contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones de la Administración, que violen o amenacen violar derechos o garantías constitucionales, y consagra también la figura que se ha denominado “amparo conjunto con recurso contencioso administrativo de nulidad”.

De tal manera, que se hace referencia al “amparo autónomo”, cuando el mismo se ejerce directamente contra tales actos y de manera independiente, y “amparo conjunto”, cuando la acción se ejerce conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad.

El desarrollo de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha sido el de limitar cada vez la procedencia de las acciones de amparos autónomos contra actos administrativos.

¹⁷ Al efecto, ver características del amparo constitucional, en ambas obras de Hildegard Rondón de Sansó: “Amparo Constitucional” y “La Acción de Amparo contra los Actos de los Poderes Públicos”. Editorial Arte. Caracas, 1991 y 1994, respectivamente.

Así, señala María Elena Toro “es casi imposible obtener un amparo contra la actividad administrativa en la Sala Constitucional”¹⁸.

El argumento para declarar inadmisibles los amparos constitucionales contra actos administrativos, es el de su carácter residual, es decir, el hecho de que exista otro medio para la defensa del derecho violado o amenazado de violación, y su restablecimiento.

Se basan tales decisiones, en la última parte del primer párrafo del artículo 5 de la ley de la materia, que establece que procede el amparo...”cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional”.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en nuestro criterio, ha retrocedido hacia el concepto del carácter residual del amparo. Y cabe señalar que, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, había sustituido el requisito del carácter residual del amparo por el del carácter extraordinario.

Así, el residual implica que no haya otro medio. Y el extraordinario que se trate el amparo del único medio “efectivo” para el restablecimiento del derecho.

El carácter extraordinario tiene mucho más sentido, por cuanto, cabe preguntarse qué sucedía antes de la vigencia del amparo. En tal sentido, cabe preguntarse, si es que acaso antes de la aceptación de la figura del amparo no existían vías de defensa de derechos. Como sí existían, entonces, siempre habrá otra vía para poder ejercer la defensa correspondiente y no es difícil concluir que la definición o “categorización” del amparo como residual, es definitivamente una vía para su casi absoluta inadmisión. Siempre hubo medio de defensa, lo importante es que el amparo sea el verdaderamente efectivo. Lo contrario implica entonces, la muerte del amparo.

¹⁸ “La Jurisdicción Contencioso Administrativa en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. XXXIII Jornadas J.M Domínguez Escobar. “Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela”. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Abril 2003. p. 206.

Ahora bien, es labor del accionante demostrar tal verdadera procedencia y del juez apreciarla correctamente, y no puede el peligro del denominado “abuso del amparo” acabar con una figura favorable a la defensa de los particulares, además bajo la vigencia de la Constitución de 1999 que consagra derechos como el de la tutela judicial efectiva.

El incumplimiento del carácter residual del amparo contra los actos administrativos está, según la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la existencia misma de los tribunales contencioso administrativos y los medios de control contencioso administrativos. *Al efecto, destaca, la sentencia número 2369, del 23-11-01, caso: “Mario Téllez García y otros”.*

Ha sido tan contraria la indicada Sala a la procedencia de tales amparos, que ni siquiera cuando se han planteado contra vías de hecho de la Administración, el mismo ha sido declarado procedente (*Sentencias “Marisol Ocando López”, número 2653, del 14-12-01 y número 861 del 8-05-02, caso: “Teodoro David Dovale Sánchez”, que se referían incluso a unas destituciones de hecho*).

Tampoco se ha admitido el amparo cuando se han invocado intereses colectivos o difusos (*sentencia del caso: “Asociación de Vecinos de Santa Bárbara”, del 28-02-03*).

Las declaratorias anteriores en algunos casos son de improcedencia y en otros de inadmisibilidad, siendo en nuestro criterio más correcto el término de inadmisibilidad, en virtud de lo dispuesto en el ordinal 5 del artículo 6 de la ley de la materia.

Llama la atención, sin embargo, que la Sala Constitucional, a pesar de su inflexibilidad ante el cumplimiento del requisito del carácter residual, —ni siquiera extraordinario del amparo constitucional autónomo contra acto administrativo—, considera que el hecho del ejercicio de algún recurso administrativo no impide al accionante dirigirse a la sede jurisdiccional constitucional para ejercer un amparo constitucional. Es decir que, a criterio de la indicada Sala, es sólo la vía judicial la que debe considerarse idónea como vía para la protección de los derechos constitucionales, a diferencia del amparo constitucional. Al respecto, las sentencias de los casos: *“Luís Duarte y otros” (20-09-02);*

“*María Mata de Castro*” (26-07-00). Considera la Sala Constitucional, que los recursos administrativos no pueden considerarse como una instancia previa que deba agotarse, para que pueda el particular dirigirse a la vía judicial para ejercer una acción de amparo constitucional, de manera que ambas vías, pueden coexistir.

También se ha discutido la procedencia de la acción de amparo constitucional contra acto administrativo, cuando la protección que se requiere es de urgencia. En este caso, la Sala Constitucional ha sido favorable a su decreto (*Caso: “Marvely Escobar Galvé”, del 22-3-02*), pero debe demostrarse la “imperiosa necesidad”, a través del cumplimiento de, por lo menos, una de las dos condiciones siguientes:

- a. Sólo opera si con la vía judicial incoada no se han restablecido el derecho violado o amenazado de tal.
- b. Cuando se desprenda de la circunstancia fáctica o jurídica que rodea la pretensión, que el uso de los medios procesales ordinarios resultaría insuficiente.

Los casos que han sido así admitidos (es decir, en virtud de la tesis del “amparo de urgencia”), han sido muy restringidos, por cuanto, nos encontramos frente al mismo, nuevamente ante la discusión entre el carácter residual o extraordinario del amparo. No obstante, si es evidente que la trasgresión del derecho vá más allá de la esfera subjetiva del particular, hacia los intereses generales, su decreto pareciera ser posible. En tal sentido, nos encontramos con la sentencia del *caso: “Luis Fernando Madariaga”, del 28-9-01*.

Los casos y sentencias anteriormente analizados nacieron bajo la vigencia de la Ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que, muchos de ellos fueron también comentados bajo la luz de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Por su parte, las decisiones que pasamos a analizar de seguidas, son más bien y específicamente, producto de la entrada en vigencia de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, así:

4. DE LA JURISPRUDENCIA SURGIDA CON OCASIÓN DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

- a. Desaplicación de la norma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que tasaba las pruebas en el contencioso administrativo.

El artículo 19.11¹⁹ de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece cuáles son las únicas pruebas de promoción y evacuación posible en los procedimientos que se tramitan contra la República. De tal manera que señala, que sólo se admitirán la experticia, la inspección judicial, incluyendo aquellos documentos que formen parte de los archivos de la Administración Pública, las posiciones juradas y los instrumentos públicos o privados. No prevé obligación para los funcionarios públicos de absolver posiciones juradas, pero sí deben (no se señala con este verbo pero indica “contestarán” de manera imperativa), responder cuestionarios.

Es decir, que pruebas como la de testigos, las pruebas libres o la de testigos expertos que proceden contra la Administración²⁰, no podrían ser promovidas según la norma transcrita.

La anterior disposición no sólo es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva y a todo aquel que lo complementa o refuerza (derecho al debido proceso; derecho a la igualdad procesal de las partes; etc), sino sobre todo que atenta contra la trascendencia de los cambios que se produjeron en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1986, cuyo principal avance fue el de pasar de un sistema tasado de prueba a uno libre. De tal manera que, las partes podían y pueden, según el indicado compendio procesal, promover cualquier medio de prueba, siempre que el mismo sea lícito.

¹⁹ Nos referimos al ordinal 11° del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuya técnica legislativa (en general por la vastedad de supuestos en cada norma), innova en la forma señalada.

²⁰ Ver al efecto a Beatrice Sansó de Ramírez en “Validez de la Promoción de una Prueba de Testigo Experto y de Informes de un Funcionario Público”, en “Estudios de Derecho Público y Procesal”. Coordinadores Alberto Baumeister Toledo y Jesús María Casals Tomo III: Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2004.

El fundamento de tal modificación (entonces del Código de Procedimiento Civil), fue justamente el de la necesidad de una justicia más eficaz, y no formal.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como consecuencia de los argumentos anteriores, y en vista de las constantes apelaciones contra los autos de inadmisión en tal sentido dictados por el Juzgado de Sustanciación de la misma, decidió, en ejercicio del control difuso que le otorga el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, desaplicar la citada norma, mediante *sentencia del caso*: “*Rosa Aura Chirinos Navas contra el Municipio Autónomo José Laurencio Silva del Estado Falcón*”, de fecha 6-10-04.

Lo anterior además se enfatiza en el caso de la Administración Pública, cuya Ley Procedimental, como lo es, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, previamente incluso a la vigencia del citado Código de Procedimiento Civil, consagraba y consagra la prueba libre, que es además un principio de derecho administrativo que forma parte de los “Principios que Garantizan la Eficacia Administrativa”²¹, que se denomina el Principio de “Flexibilidad Probatoria o Libertad de Prueba”.

A pesar de que, en la indicada sentencia en la que la mencionada Sala Político Administrativa desaplica la norma señalada, no se hace alusión a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, consideramos que en el caso específico de las actuaciones de la Administración Pública, era indispensable considerar la posibilidad de contradicción entre las pruebas promovidas en sede administrativa, de conformidad con el principio de libertad de prueba, y aquellas que lo serían en sede jurisdiccional. Es decir, ¿habrían tenido validez aquellas pruebas libres o no tasadas incluidas en el expediente administrativo y luego enviadas para ser el sustento de un juicio en sede jurisdiccional contencioso administrativo?

En virtud de lo expuesto, consideramos absolutamente positivo el contenido de la sentencia analizada, por cuanto, no hay mayor garantía del derecho a la

²¹ Ver al efecto a Hildegard Rondón de Sansó, en sus “Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en cualquiera de sus reimpressiones. Editorial Jurídica Venezolana.

defensa y a la tutela judicial efectiva, que la posibilidad para el particular, de demostrar ante el juez sus alegatos, a través de las pruebas de que dispone, obviamente, siempre que tengan carácter lícito.

b. En cuanto a las competencias en materia contencioso administrativo

Siempre bajo la premisa de que el contencioso administrativo, es una garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, es evidente que, una de sus manifestaciones es la de que sea un tribunal especial el que esté dotado de la competencia para conocer de los recursos contra los actos de la Administración Pública.

Para determinar tales competencias, resaltan dos supuestos:

1. La eliminación de la condición de única instancia de la mayoría de las decisiones de la antes única Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por ser ello evidentemente contraria al antes indicado derecho a la tutela judicial efectiva. Al efecto, las sentencias de los casos: “ELECENRO” y “CADELA”, desaplicaron con fundamento en el control difuso (artículo 334 Constitucional), el último aparte del artículo 185 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que preveía el carácter de única instancia de la mencionada Corte al conocer de determinados asuntos.
2. La exigencia de la declaratoria de cuál es el tribunal competente para el conocimiento de una determinada acción. En efecto, mediante la sentencia del caso: “BANCO INDUSTRIAL DE VENEZUELA”, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, anuló el objeto de una decisión de la Sala Político Administrativa de nuestro Máximo Tribunal, mediante la cual la misma declaró simplemente inadmisibile el recurso contencioso administrativo de nulidad contra los oficios números F-125 y F-126 del Ministerio de Finanzas. Le exige al efecto, que remita la causa al tribunal que determine competente, pues lo contrario deja al recurrente en total estado de indefensión.

Los fundamentos de la sentencia son evidentemente:

- i. La decisión se aparta del criterio del favorecimiento del derecho de acceso a la justicia, y al derecho a la acción constitucionalmente garantizados.

- ii. Que los artículos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (derogada) y del Código de Procedimiento Civil respectivos, relacionados con el tema, debieron ser interpretados integralmente.
- iii. Que el derecho al debido proceso comprende también el de acceso a la justicia.-(Reitera en tal sentido, la mencionada Sala, su criterio previsto en la sentencia número 1614, del 29-8-01).
- iv. Que las condiciones de acceso a la justicia no deben obstaculizar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión. (Reitera el criterio sentado en su sentencia del caso: “*Pesajes del Puerto, C.A.*” y “*Transporte ALCA, C.A.*”).
- v. Señala que, siendo esa Sala, Juez Constitucional, está en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución (artículo 334 Constitucional), y dentro de tal obligación, se le otorga el control difuso de la Constitucionalidad. Al respecto, es interesante que define el control difuso de los jueces de la República, no como facultad sino como potestad (poder-deber), por lo que está además el Juez, ante la obligación de ejercerlo.
- vi. No obstante la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto, anula el objeto de la decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, fundada en lo siguiente:

(...) .la declaratoria de inadmisibilidad del aludido recurso, sin que se efectúen mayores consideraciones, podría producir un menoscabo en la situación jurídica de los actores, concretamente en el ejercicio del derecho constitucional a la defensa y de acceso a la justicia, como consecuencia del vencimiento del lapso de caducidad legalmente previsto, para procurar en vía contenciosa, la defensa del derecho por ellos invocados (cursivas nuestras).

- 3. Con respecto a la competencia en materia de contratos administrativos, debe señalarse que la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ha cambiado absolutamente el panorama, por lo que, con posterioridad a ella, la Sala ha definido las competencias de manera absolutamente novedosa, de la forma siguiente:

- a. El ordinal 25 del artículo 5 (distributivo de las competencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), otorga la competencia a la indicada Sala para:
 - i. *Conocer de las acciones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos de los cuales sea parte la república, los estados, los municipios, si su cuantía excede de setenta unidades tributarias* (cursivas y negrillas nuestras).
- b. La norma consagra la competencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia “*en materia de interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos*”. Es decir, que se trata de la determinación de la competencia por la materia, y con respecto a los denominados contratos administrativos.
- c. En los contratos administrativos, la parte debe ser un ente territorial, bien sea la República, los Estados o los Municipios.
- d. Se agrega la competencia por la cuantía. En efecto, la cuantía debe exceder de setenta mil unidades tributarias (70.000 UT).
- e. A pesar de la dura polémica que la noción de contratos administrativos ha planteado, el legislador insistió en utilizarla, con lo cual se prolongará la duda sobre su alcance.
- f. Esta norma equivale a la contenida en el ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (derogada), en la cual se hacía referencia a los mismos supuestos (competencia por la materia: “*interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución*”).
- g. Con fundamento en lo anterior, es preponderante la **sentencia del 15-7-04, caso: “Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia”, expediente número 2003-0655, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia**, en el sentido de que:

- i. Se planteaba la duda de que la cuantía era de Bs. 54.000.000,00, por lo cual, la Sala no sería competente para conocer de la demanda interpuesta.
 - ii. No obstante, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia consideró que, en un Estado de Derecho y de Justicia, y con fundamento en el artículo 26 Constitucional, toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva, lo que implica la garantía de una justicia expedita y sin dilaciones.
 - iii. Señaló que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Código de procedimiento Civil, la competencia debe determinarse en virtud de los supuestos de hecho planteados para el momento de la interposición de la demanda.
 - iv. Como consecuencia de lo anterior, no tienen efecto respecto de la demanda, los cambios posteriores a dicha situación, salvo que la ley prevea lo contrario.
 - v. En vista de que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, no estableció disposición contraria alguna, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, entró a conocer de la demanda.
5. *Casos emblemáticos posteriores a la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia relacionados con las competencias de los tribunales contencioso administrativo:*
- *Caso: “Marlon Rodríguez”, del 26-10-0, sentencia número 2004-1462, que determina las competencias de los Tribunales Contencioso Administrativo Regionales (ponencia conjunta):*
- Acción:* Recurso Contencioso Administrativo de Nulidad interpuesto contra el Acuerdo N° 53 del 5-8-04, dictado por la Cámara Municipal del Municipio El Hatillo del Estado Miranda, mediante el cual se suspendió la suspensión cautelar del recurrente Marlon Rodríguez, del cargo de Secretario Municipal “hasta tanto culmine el procedimiento administrativo al cual se dio inicio mediante dicho acto”. Igualmente, fueron suspendidos, el Síndico Procurador

Municipal y el Contralor Municipal de dicho ente descentralizado territorialmente.

-Fundamento de la acción: el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

-Señala igualmente el recurrente la existencia de un *conflicto de autoridades*.

-Íter del recurso: fue planteado originariamente ante el Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, que lo declaró inadmisibile.

-La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, entró a conocer del recurso, por tratarse de un conflicto de autoridades, de conformidad con lo establecido en el artículo 266 Constitucional, numeral 4º, 5, numeral 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

-Consideró que la medida de suspensión no había impedido el desenvolvimiento normal de las actividades propias de la entidad (según lo exige el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal).

-Por lo anterior, declaró *inadmisibile* la solicitud.

-No obstante, dado que la solicitud traía consigo un recurso de nulidad contra un emanado de un acto municipal (el Acuerdo), la competencia, según lo disponían las Disposiciones Transitorias Únicas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (derogada), era de los Juzgados Superiores en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo.

-De inmediato, señala que la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no regula lo relativo a la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que, al no haber una ley de la materia, y ser ella su ente rector, entró a legislar, y a determinar, en consecuencia, cuáles eran los tribunales que integraban la jurisdicción contencioso administrativa.

Así:

-Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (en la cúspide de la jurisdicción).

-Cortes de lo Contencioso Administrativo (creadas mediante Resolución de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10-12-03, número 2003-00033, publicada en la Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela, . Número 37.866 del 27-1-04.

-Los tribunales Contencioso Administrativo Regionales.

No se refiere a los Especiales y menos aún, a los eventuales.

Con respecto a los Tribunales Contencioso Administrativo Regionales, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, entró a legislar en detalle, así:

-Si bien el art. 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, limitaba la competencia de tales tribunales a los casos en los que se alegaran razones de ilegalidad, por interpretación de la aludida norma a la luz de los nuevos postulados de la Constitución, los mismos (los tribunales regionales) conocerían de los recursos de nulidad contra los actos emanados de autoridades regionales, cuando se alegare cualquier contrariedad al derecho (vicios de ilegalidad y de inconstitucionalidad).

-Los Tribunales Contencioso Administrativo Regionales, tienen competencia (adaptando la situación al nuevo texto que rige al Tribunal Supremo de Justicia y a la jurisprudencia que ella precedentemente fue dictando, que modifican la cuantía que corresponde a dichos tribunales), para conocer:

- a. 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 UT), *“que actualmente equivale a la cantidad de Bs. 247.000.000,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribuna”*²².

²² La Unidad Tributaria para la fecha de la sentencia correspondía a Bs. 24.700,00, pero fue aumentada a Bs. 29.400, mediante Resolución Número 0045, del Servicio nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.116, del 27-01-05.

- b. 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 el poder público, si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal (competencia residual);
 - c. De las acciones de reclamo por la prestación de servicios públicos estatales y municipales, si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal. (Novedad derivada de la Constitución de 1999, nuevamente, competencia residual);
 - d. Con relación a la competencia para conocer “de las acciones 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”, la Sala comenzó a interpretar restrictivamente la atribución que le confería el ordinal 14° del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, hoy parcialmente reproducido en el numeral 25° antes transcrito
 - e. El caso emblemático que contiene lo anterior, es el siguiente: “Servitransporte, C.A. vs. Instituto Autónomo Municipal de Tránsito y Transporte Urbano de Pasajeros y Vialidad del Municipio Valencia del Estado Carabobo”, entendiendo que, según tal fallo, es de la competencia de dichos tribunales, conocer de tales cuestiones en los cuales sea parte una autoridad regional distinta a los Municipios o Estados, si su cuantía no excede de diez mil (10.000 UT).
- 6 *Con relación a las partes, esto es, a la legitimación activa en el contencioso administrativo.*

Tradicionalmente, la legitimación para recurrir (legitimación activa), ha sido en virtud de un interés legítimo, personal y directo, o la titularidad de un derecho subjetivo. Es decir, se trata de un interés calificado, más allá de un simple interés.

El interés legítimo, personal y directo, tal como lo señala la Escuela Italiana, se manifiesta cuando el particular se encuentra en una situación de hecho especial, en virtud de la cual una determinada actuación de la Administración Pública, le afecta. (Se refiere por ejemplo, a aquella persona propietaria de

un terreno, sobre el cual se decreta una afectación; al propietario de un local comercial, al cual le es suspendido el permiso de licores; al chofer de un vehículo al que se le aplica una multa de tránsito).

Por su parte, el derecho subjetivo parte de la existencia de una relación previa entre la Administración y el administrado, que, por una determinada decisión de la primera, se vé modificada o alterada. (Casos de los concesionarios de servicios públicos; de los funcionarios públicos que obviamente tiene con la Administración respectiva una relación de empleo público etc.).

En Italia, tal clasificación,²³ constituye el criterio general de repartición entre el juez ordinario y el administrativo, señalándose que “el objeto principal de la jurisdicción administrativa son las controversias que versan sobre intereses legítimos del ciudadano frente a la Administración Pública, lo que lo diferencia de la jurisdicción ordinaria que conocerá de aquellas controversias que involucren a la Administración pública cuando versen sobre derechos subjetivos”.

En nuestro país, no se hace tal distinción, y el conocimiento de las pretensiones fundadas en Derecho Administrativo, tal como lo analizáramos en profundidad con precedencia, son del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

Cabe la pregunta de si, la vigencia de la Constitución de 1999, y la inclusión en forma expresa de los intereses difusos en su artículo 26, ha traído como consecuencia un cambio de concepción en la jurisprudencia.

En tal sentido, es necesario conocer la situación con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1999²⁴:

-Así, la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en 1977 y el contenido del artículo 206 de la Constitución de 1961, permitió unificar en la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la extinta Corte Suprema de Justicia, a los principales aspectos

²³ Di Stefano, Antonio: Op. Cit., p. 64 y 65.

²⁴ Así lo indica, Enrique Iribarren, en su excelente artículo “Las Partes en el Contencioso Administrativo”.

relacionados con la jurisdicción constitucional y con el contencioso administrativo.

-Las normas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que sirvieron de fundamento para la determinación de la legitimación activa, fueron las contenidas en los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Tales normas se refieren a lo siguiente:

-Artículo 112: toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales, puede demandar su nulidad por razones de ilegalidad e inconstitucionalidad.

-Artículo 121: se requiere ser titular de un interés legítimo, personal y directo para solicitar la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares. También permite al Fiscal General de la República, y demás funcionarios autorizados por ley, su impugnación, *cuando éstos afecten el interés general*.

-Igualmente, se sustituyó el sistema que clasificaba los recursos en recurso de inconstitucionalidad (por exceso de poder) y otras ilegalidades, que incluía una especie de acción popular, pues no exigía legitimación para su ejercicio, ni preveía lapso de caducidad alguno; por los recursos, tanto por razones de inconstitucionalidad como de ilegalidad que debían ser conocidos por la misma Sala, y se distinguía sólo según el acto impugnado (de efectos generales y de efectos particulares). *Análisis del cambio lo refleja, magistralmente* (según señala Iribarren), *la sentencia del Dr. Eloy Lares Martínez, del 14-3-60, caso: “Barreto Rodríguez de la Corte Federal”*.

Los planteamientos que se realizaron fueron los siguientes:

- a. La acción popular no fue eliminada, en virtud del alcance del artículo 112 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. **Caso emblemático: “Ramón Burgos Romero” de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 12-2-87:** que señaló que un acto administrativo de efectos generales, independientemente de que fuere impugnado por razones de ilegalidad o de inconstitucionalidad, podía ser

recurrido por “cualquier interesado, sin límite alguno”. (Se trató de la ampliación de la acción popular).

- b. Se reforzó el requisito del interés legítimo, personal y directo, para la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares, según el artículo 121 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. **Sentencia emblemática: “Iván Pulido Mora”, 3-10-85, que exige una “especial situación de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico” del administrado frente a la Administración, para impugnar un acto administrativo de efectos particulares.**
- c. Se previeron iguales requisitos para la impugnación de los actos separables (con lo cual se hizo un reconocimiento de su existencia y posibilidad de su impugnación). Es decir que, en tales casos también se requirió el ser titular de un interés legítimo, personal y directo. La teoría de los actos separables (Hildegard Rondón de Sansó, en “La acción de nulidad contractual prevista en el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. La Acción del Tercero Contractual”²⁵), está basada en que existen actos que derivan de los contratos administrativos que pueden aislarse de su contexto y por tanto, son impugnables de manera autónoma e independiente del contrato²⁶.
- d. En cuanto al interés difuso, es tesis de Henrique Iribarren que ya el artículo 121 “in fine” de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (hoy derogada), lo consagraba cuando permitía al Fiscal General de la República, o cualquier otro funcionario, impugnar un acto si éste afectaba los intereses generales.

La pregunta con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1999, con respecto a los intereses difusos, vá dirigida hacia la aplicación amplia o incluso abusiva del criterio o su aplicación moderada, por cuanto, se hace un análisis de si su previsión expresa en el artículo 26 Constitucional, permite que no se

²⁵ Hoy publicado en obra de la misma autora denominada “Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo”. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2001.

²⁶ Igualmente, Henrique Iribarren los analiza en su obra: “Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos”, publicada por la Fundación de la Procuraduría General de la República, en 1991, pp. 249 a 266.

exija legitimación activa para el ejercicio de los recursos contencioso administrativo de nulidad.

Los casos emblemáticos han sido los siguientes:

- a. *Sala Constitucional /Tribunal Supremo de Justicia, caso: “Defensoría del Pueblo”, 30-6-00 y caso: “Servio Tulio León”, 22-9-00, interpretan la noción y su significado.*
- b. *Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia caso: “Banco FIVENEZ”, 13-4-00: Recurso Contencioso Administrativo de Nulidad contra un acto administrativo de efectos particulares contenido en una Resolución de la entonces Junta de Emergencia Financiera, que dispuso la intervención de una empresa relacionada con el antes indicado grupo bancario, que subiera en apelación a la Sala Político Administrativa, desde la entonces Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Su concepción es amplia, pero, lógica (en nuestro concepto) y establece que ha quedado derogado el criterio legitimador previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Pero señala, y es ésto lo más importante, que el interés tiene que seguir siendo legítimo, aunque no necesariamente personal ni directo (de allí que pueda considerarse legitimación, al interés difuso), para impugnar un acto administrativo de efectos particulares.*
- c. *Una sentencia inmediata posterior de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 11-5-00, exige nuevamente la “especial situación de hecho” (caso: “Colegio de Nutricionistas y Dietistas de Venezuela”).*
- d. *Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, 20-2-01: caso: “Instituto Universitario Monseñor Arias”, se exigió el interés previsto en el artículo 121 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para impugnar un acto administrativo general de efectos particulares, por cuanto “no se determina la manera como el decreto incide negativamente en la esfera subjetiva del recurrente”. Igual pronunciamiento realiza la Sala Político Administrativa, en el caso: “Ruralca, C.A.”, del 5-2-02, y finalmente, en la sentencia del caso: “Laboratorios Substancia, C.A.”, del 29-10-02.*

7. Jurisprudencia con relación al tema de la ejecución de las sentencias en el contencioso administrativo

Habiendo previamente discutido el alcance de la tutela judicial efectiva, y lo que ella significa, y sobre todo, discernido sobre el requisito del agotamiento de la vía administrativa, la posibilidad de inejecución de una sentencia dictada por un tribunal contencioso administrativo contra la República e incluso contra los institutos autónomos (según lo establece la Ley Orgánica de la Administración Pública), y bajo determinadas condiciones, contra los Estados y los Municipios, pareciera ser absolutamente injusto.

Imaginemos sólo, que el particular haya agotado la vía administrativa porque así lo exigía el ordenamiento jurídico (casos que aún hoy deberán ser decididos, por cuanto, es muy reciente, según vimos, su no exigencia, porque se determinó de manera contundente su carácter innecesario, sólo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), o incluso porque así lo decidió en consideración a su mejor defensa, y que luego se haya dirigido a la sede jurisdiccional, y no logre al final del camino que la Administración de manera voluntaria cumpla con el fallo, ni exista vía legal y judicial posible que así se lo exija.

Al efecto, nos encontramos, que existe todo un régimen especial de ejecución de sentencias condenatorias contra la República, por cuanto, la misma se encuentra exceptuada de la aplicación de las normas correspondientes previstas en el Código de procedimiento Civil.

La razón de lo anterior estriba en lo siguiente:

- a. El carácter de protección del interés general que corresponde al Estado.
- b. El principio de la separación de Poderes, que implica que a cada rama del Poder Público le corresponde el cumplimiento de sus respectivas funciones, siendo incluso nulos los actos viciados de usurpación de funciones (artículo 25 Constitucional) y responsables los funcionarios que los dictaren;
- c. Los principios rectores de los regímenes presupuestarios, que exigen la afectación (previa) de los recursos dentro del correspondiente presupuesto. (Principio de legalidad presupuestaria).

- d. La necesaria continuidad de la prestación de los servicios públicos por parte de la Administración.

Los anteriores son los motivos principales por los cuales existe para la República, el *Privilegio de la Inejecución Forzosa de las Sentencias*, los cuales además se encuentran plasmados en las siguientes normas:

- a. *Artículo 73 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.* Los bienes, rentas o acciones que formen parte del patrimonio de la República, no están sujetos a embargos, hipotecas, ejecuciones, y en general, a ninguna otra medida de ejecución preventiva o definitiva.
- b. *Artículo 16 Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional:* Los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes a la República, no están sujetos a embargo, secuestro, hipoteca, u otra medida de ejecución preventiva o definitiva.

Las sentencias que se han pronunciado sobre la inejecución en la forma prevista con precedencia, más emblemáticas²⁷, han sido las siguientes:

- A. Con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1961:
 - a. *Sala Político Administrativa, Corte Suprema de Justicia, 23-4-86:* Debe prevalecer la prestación del servicio público encomendado a la Administración. Se acepta, no obstante, que la contraprestación del administrado sea una justa indemnización. Es decir, que no decreta mandamiento alguno de ejecución forzosa.
 - b. *Sala Político Administrativa, Corte Suprema de Justicia, 13-5-93:* aplica analógicamente lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, para proceder a la ejecución de los actos dictados por la República, siempre y cuando exista el respectivo crédito presupuestario. Se basa también en la sentencia

²⁷ Citadas por Adriana Pagés Campos, en su trabajo de grado como Especialista de Derecho Administrativo de la UCAB: “La Ejecución de sentencias Condenatorias contra la República”.

del caso: “Zamora Izquierdo”, del 12-5-87, en la que la indicada Sala previó la ejecución de una sentencia contra un acto de un estado.

- c. *Sala Político Administrativa, Corte Suprema de Justicia, 26-1-95: Caso: “Plásticos del Guárico, C.A. vs. Corpindustria”.* Es una sentencia emblemática, por cuanto la Sala Político Administrativa, declara la ejecución de una sentencia y fija un lapso perentorio de diez (10) días para su cumplimiento voluntario. El fundamento legal estuvo en la aplicación analógica del artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y en la utilización de las medidas previstas en el Código de Procedimiento Civil.
 - d. *Sala Político Administrativa, Corte Suprema De Justicia, 26-5-99:* Es una sentencia emblemática, por cuanto, partiendo del requisito de que la decisión sea cumplida oportunamente, prevé la posibilidad de indexación de los montos previstos.
- B. *Sentencias posteriores a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:*
- a. *Sala Político Administrativa, Tribunal Supremo de Justicia, 18-7-00:* se refiere a la “constitucionalización”²⁸ de la tutela judicial efectiva.
 - i. Señala también como fundamento para la ejecución, los artículos 25 (nulidad de actos viciados por usurpación de poderes); 136 (distribución del Poder Público y colaboración entre Poderes); 137 (principio de legalidad); 138 (nulidad de los actos viciados de usurpación de autoridad); 139 (responsabilidad individual por abuso de poder, desviación de poder o violación de la Constitución); 140 (responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración); 253 (origen de la potestad jurisdiccional, facultades de los órganos jurisdiccionales) y; 259 (sistema de responsabilidad administrativa).

²⁸ Otorgamiento de “rango constitucional” de tal derecho, por haber sido consagrado en forma expresa en el Texto Constitucional vigente.

- ii. Se basa también en el desarrollo del sistema de ejecución de sentencias en leyes especiales (Ley Orgánica del Poder Judicial, Código de Procedimiento Civil).
- b. *Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, 3-8-01*: señala que los órganos jurisdiccionales pueden dictar contra los entes públicos, las medidas que comporten cargas económicas.
- c. *Sala Constitucional /Tribunal Supremo de Justicia, 3-10-02*: ratificatoria de la sentencia anterior. Prevé la posibilidad de desaplicación del privilegio de la inejecución según sea la gravedad del abuso cometido (es decir, que se instaura la tesis de la inejecución como abuso de poder).

En conclusión, la tendencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia fue, aún cuando tímidamente, la de aceptar la ejecución. La de la actual, y con mayor fuerza la de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, es la de promover la ejecución, partiendo: del concepto verdadero y propio de tutela judicial efectiva, de la definición de la inejecución como abuso de poder, del reconocimiento de la corrección monetaria, de la inconstitucionalidad de la aplicación de las disposiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para la ejecución de las sentencias contra los bienes del dominio privado de la República, de una “cierta” desaplicación de la norma de la Ley Orgánica de la Administración Pública contenida en el artículo 97 que extiende el beneficio de la inejecución a los institutos autónomos (vemos pues aquí como el legislador no se encuentra a la altura del juez). Resalta sin embargo la indicada Sala, la imperiosa necesidad de evitar la interrupción de los servicios públicos, es clara al reconocer que los bienes de utilidad pública pueden ser ejecutados, señala que si bien la Constitución prevé el principio de separación de Poderes y de legalidad, también tienen rango constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva y otros que lo complementan.

La doctrina considera pues, que debe flexibilizarse el sistema, y en mi criterio, tratar de compendiarse los argumentos de un lado y del otro, que gozan, ambos, de validez. Además, la ampliación de la potestad cautelar del juez contencioso administrativo, consideramos no congenia con las limitaciones de

inejecución, por lo que, la jurisprudencia, debe tender hacia la ejecución de las sentencias, más que a través de la aplicación de las medidas de embargo y secuestro, de las cautelares innominadas, con la debida exigencia de sus requisitos de procedencia (cumplimiento del “fumus boni iuris”; “periculum in mora” y “periculum in damni”).

Con relación a la ejecución de los amparos constitucionales, el criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, ha sido

Caso: “Rafael Anibal Rivas Ostos”, 7-11-95: El órgano judicial que decreta el amparo es el competente para ordenar su ejecución. La excepción está en el caso de la sanción de privación de libertad por desacato que debe ser ejecutada por la jurisdicción penal.

8. *Con respecto al tema del poder general cautelar del juez contencioso administrativo*

La sentencia emblemática y vigente es la del *Caso: “Deportes El Marquez, C.A.”*, que, aún cuando es de contenido tributario, sus disposiciones son aplicadas a la materia contencioso administrativo general.

Es una sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 3-6-04, expediente número 2003-0354, sentencia número 00607.

Acción: Apelación contra *la sentencia interlocutoria* dictada por el Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario, de fecha 29-01-03, en la cual se decretó la suspensión de los efectos del acto administrativo contenido en el Acta de Comiso S/N, de fecha 30 de octubre de 02, levantada por la Gerencia de la Aduana Principal Aérea de Maiquetía, medida esta solicitada mediante Recurso Contencioso Administrativo Tributario ejercido por la compañía “Deportes El Marquez”.

La sentencia se detiene en la determinación del alcance y contenido de los requisitos de procedencia para el decreto de una medida cautelar innominada, así.

- a. Parte de lo establecido en el artículo 263 del Código Orgánico Tributario, que establece la no suspensión de los efectos del acto tributario recurrido

salvo “que su ejecución pudiera causar graves perjuicios al interesado (*periculum in damni*), o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).”

- b. Señala que, según la norma indicada “ut supra”, la suspensión no ocurre de forma automática.
- c. Que de la letra de la mencionada norma, los requisitos para la procedencia de la suspensión (el daño y el buen derecho), no son concurrentes.
- d. Que en todo caso, debe interpretarse si el término “o” contenido en el artículo citado, es disyuntivo.
- e. Que de la interpretación literal, el término sería disyuntivo (*puede ser uno u otro*).
- f. De ser así, y su dictado fuera para evitar daños, entonces la medida sólo podría ser preventiva. Es decir, que, a diferencia de otros procesos, esas medidas preventivas, no pueden ir destinadas a asegurar que el fallo no quede ilusorio, sino a que el juez compruebe debidamente que la ejecución inmediata del acto puede causar daño grave o inminente. (El juez no hace la diferencia entre daño grave, inminente o de difícil reparabilidad).
- g. El “*fumus boni iuris*” (“apariencia de buen derecho”) no se presume, sino que debe ser probado, lo cual no es sencillo pues se presume que el acto ha sido dictado con apego a la ley (principio de legalidad en general y de legalidad tributaria en particular).
- h. En consecuencia, la suspensión es una excepción al principio de ejecutividad y ejecutoriedad del acto.
- i. Por lo anterior, la sola apariencia del buen derecho no es suficiente.
- j. Por lo tanto, el término “o” no es disyuntivo sino conjuntivo.
- k. En conclusión, dado que la regla es la ejecución y ejecutoriedad del acto, y que los efectos del acto administrativo deben satisfacerse, los dos requisitos antes señalados deben darse de forma concurrente, con la finalidad de llevar al juzgador al convencimiento de que la medida deba decretarse para garantizar y prevenir el eventual daño grave, el cual pudiera causarse con la ejecución inmediata del acto.
- l. Para dictar el decreto cautelar entonces, no bastan para el juez las simples alegaciones sobre la apariencia del buen derecho o sobre la existencia

de un peligro grave que lesione los intereses del recurrente, sino que dichos requisitos deben acreditarse en el expediente, a través de hechos concretos que permitan la certeza del derecho y que el peligro sea grave, real e inminente.

9. *Jurisprudencia relacionada con el decreto de la perención de la instancia después de dicho “vistos”*

A pesar de la norma procesal prevista en el Código de Procedimiento Civil que define a los informes como “la última actuación de las partes en el proceso”, y que dicho Código sea de aplicación supletoria a los procesos jurisdiccionales administrativos, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia desde el año 2001, fue imponiendo la tesis de la perención por inactividad de las partes después de “vistos”, a través de una serie de decisiones, cuya mayoría fueron impugnadas ante la Sala Constitucional, a través de la interposición del Recurso Extraordinario de Revisión Constitucional.

Así,

- a. La Sala Político Administrativa para avalar sus decisiones, se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que establecía que la instancia se extinguía de pleno derecho en las causas que hubieren estado paralizadas por más de un año, y que dicho término empezaría a contarse a partir de la fecha en que se hubiera efectuado el último acto del procedimiento.
- b. Consideraba la Sala Político Administrativa, que la omisión de tal declaratoria de perención constituía una inaplicación de la norma antes comentada, por cuanto, la única excepción que traía la misma a su precepto, era una previsión distinta en una ley especial o penal. Por lo tanto, entró a determinar si el Código de Procedimiento Civil (y por ende, su norma sobre los informes), tenía carácter especial, concluyendo que su carácter era supletorio y no principal, y que, por lo tanto, no era aplicable.
- c. Ahora bien, señaló la indicada Sala, que en caso de dudas, debía hacerse una interpretación de las frases “última actuación de las partes en el proceso”(art. 514 Código de Procedimiento Civil), y que la misma se

refiere al hecho único de que, después de informes, las partes no pueden llevar al proceso pruebas y hechos nuevos, pero no por ello, deben dejar de actuar, ya que, además, las partes deben impulsar el procedimiento hasta su definitiva conclusión con el fallo respectivo.

- d. Además, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia condenó en costas a los recurrentes que se colocaban en tal supuesto.
- e. Lo anterior, en nuestro criterio es contrario al principio de economía procesal, y por tanto, del mismo derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo, porque es demostrativa de una forma de indefensión (además porque se declara de pleno derecho), sino porque dicho derecho implica y trae implícito, que la justicia debe ser sin formalismos inútiles, debe gozar de celeridad, etc.
- f. La Sala Constitucional declaró con lugar todos y cada uno de los recursos de revisión constitucional ejercidos contra tal tipo de sentencias, e incluso, extendió los efectos del fallo (tesis originada en la sentencia de nulidad de determinados artículos del Código Orgánico Tributario y del caso de los enfermos de SIDA, de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia), hacia todos aquellos que estuvieren en idénticas condiciones (*Caso Emblemático: "Oriente Entidad de Ahorro y Préstamo"*, Número 2764, Del 12-11-02.).
- g. Situación actual: inicial rebeldía de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia frente a las decisiones de la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal. Hoy, las decisiones relacionadas con el tema, las dictan Salas Accidentales de la Sala Político Administrativa, por inhibición de los Magistrados que hubieran decidido según el criterio de la perención de pleno derecho.

10. *Sentencias relacionadas con los documentos indispensables:*

La discusión se ha centrado en la necesidad de consignar originales o copias certificadas del acto impugnado.

Las decisiones han variado entre el criterio flexible y el rígido. No obstante, con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1999, ha prevalecido el

flexible y la sentencia emblemática de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es la del caso: “Fermín Toro Jiménez”, del 7-8-01.

Con respecto a la oportunidad para acompañar tal documento indispensable, la jurisprudencia también ha fijado el criterio de exigirlo con la consignación del recurso, lo cual, es también contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, y así lo señaló la antes indicada sentencia.

11. Sentencias con respecto a los actos cuasi-jurisdiccionales

Los denominados “actos cuasijurisdiccionales”²⁹, son aquellos que se configuran cuando la Administración no actúa como parte, tutora de sus propios intereses (que en definitiva, son los generales), sino como un árbitro, entre dos partes. A pesar de que son actos que pueden catalogarse como “formalmente administrativos”, por cuanto derivan de una típica Administración Pública, por lo que los mismos caben incluso dentro del concepto orgánico de acto administrativo previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos³⁰, a través de ellos la Administración cumple una función distinta, que es la de decidir entre dos partes, lo cual, si bien al final implica que con ello está protegiendo un interés general, directamente se trata de la dirimir una controversia entre ellas. Su papel es análogo al de un juez, y es por ello que se les ha denominado a tales actos como “cuasi-jurisdiccionales”.

La identificación de tales supuestos permitió entender la razón de porqué se preveía contra los mismos recursos y procedimientos recursorios diferentes a los establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. De allí la importancia de la figura, más allá de la exactitud del término que se le diera, el cual en sus inicios fuera criticado, señalándose que “las cosas son o no son” y no son “cuasi”.

²⁹ Rondón de Sansó, Hildegard: “Los Actos Cuasi-jurisdiccionales”. Vadell editores. Caracas.

³⁰ El concepto de acto administrativo según la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es eminentemente orgánico, por cuanto, sólo le interesa para catalogar a un acto como administrativo, que haya sido dictado por un órgano de la Administración Pública. Así, señala el artículo 7 “ejusdem”: “Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta ley, los actos dictados por los órganos de la Administración Pública, en el ejercicio de un poder legal y para producir efectos jurídicos”.

Tal tipo de acto, está dotado de una serie de peculiaridades, además de lo particular o distinto de los procedimientos para recurrir contra ellos, entre otras, se discute la forma en que debe darse a conocer a los interesados.

Sabemos que los actos administrativos como tales, son notificados de manera ordinaria (directa y personalmente), o extraordinaria (cuando sea imposible la notificación ordinaria, y se deba recurrir a la publicación en prensa), al interesado, para permitirle recurrir y garantizarle así su derecho a la defensa. Las Administraciones correspondientes así lo han entendido, y así lo notifican en los procedimientos respectivos.

En la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia derogada (art. 125) y en la actual y vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se hace referencia al emplazamiento por carteles de los interesados, norma esta que pareciera aplicable al caso de autos, por las características antes señaladas. La discusión está en que si las partes deben considerarse como terceros, y por ende, no emplazarse mediante carteles, o directamente interesados, como lo exige la norma, para que se proceda a tal emplazamiento. Y concluye la Sala Constitucional, señalando que el procedimiento a seguir será el mismo del artículo citado, cuando se trate de interesados directamente y lo son las partes de tal procedimiento, pues estuvieron directamente interviniendo en sede administrativa.

12. *Jurisprudencia inherente a los servicios públicos.*

Por primera vez y en forma expresa, el Constituyente de 1999, incluye dentro del concepto de jurisdicción contencioso administrativa, a los reclamos por la prestación de los servicios públicos.

Se trata de una mejor protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos. Se limitan los análisis a los servicios efectivamente denominados servicios públicos, y no a los llamados “servicios al público”.

Hasta la fecha de dicho Texto Constitucional existía un vacío normativo con relación al tema. De allí que, Hildegard Rondón de Sansó, se refiriera a la tesis del “Contencioso de los Servicios Públicos”³¹, diseñando todo un sistema

³¹ Hoy publicado en “Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo”. Editorial Exlibris. Caracas.

procesal de derecho administrativo, caracterizado por la brevedad y eficacia, “ad-hoc” para la obtención regular y continua del servicio y para la defensa en caso de su interrupción.

El alcance pues de la inclusión de la noción de servicio público en el artículo 259 Constitucional, ha sido analizado por la jurisprudencia, toda vez que la discusión se centra en si debe aplicársele el régimen de derecho privado y ser conocido por la jurisdicción ordinaria, o si, por el contrario, aupado por la propia Constitución vigente, debe aplicársele un régimen de derecho público y someterse al control contencioso administrativo. Se discute entonces, si tal inclusión en el artículo constitucional es suficiente para otorgar la competencia en esa materia, a la jurisdicción contencioso administrativa.

Las tesis contrarias al sometimiento al régimen de derecho público, se refieren al *carácter privado* de los contratos de prestación de servicio (no estamos de acuerdo con lo anterior, pues tales contratos, lo señalen así o no, son verdaderas concesiones administrativas, y por tanto, actos administrativos constitutivos meramente traslativos, como los denomina Lares Martínez en su “Manual de Derecho Administrativo”). Se refieren también a la *comercialidad del servicio, el hecho de que permita una contraprestación económica. Igual, a las modalidades de organización y funcionamiento contable de las empresas que los prestan (análogas a las de una sociedad mercantil). A que la fuente de financiamiento deriva de las tarifas.*

La tesis que defiende el carácter público, se basa, no en el carácter concesorio del acto correspondiente, sino en el hecho de que la competencia contencioso administrativa procede, debido a que: a) debe evitarse la supresión o falta del servicio; b) debe impedirse su prestación parcial o insuficiente; c) debe prohibirse el cobro no ajustado a la realidad; d) debe preverse que se hubieren causado daños derivados de lo anterior; e) se plantea la existencia de actos de autoridad derivados de los prestadores de los servicios. **Es decir que le da énfasis ante todo a la imperiosa necesidad de que el servicio se mantenga, lo cual, por tanto, cataloga como de absoluto interés general.**

En todo caso, existe también la *teoría de la coexistencia*, basada en la naturaleza privada del contrato y reglamentaria de la actuación contralora de

la Administración, pero más aún, que existan actos de autoridad, es decir, actuaciones exorbitantes del derecho común, atribuidas por el ordenamiento jurídico sectorial del servicio público correspondiente, en los que el operador tiene poderes superiores a los de un particular cualquiera.

La sentencia vigente y emblemática en tal sentido es la de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, *caso: "Transporte Sicalpar, C.A."*, que se basa sobre todo en la tesis del carácter público del régimen en aras de garantizar la no suspensión del servicio.

13 *Jurisprudencia con relación a la responsabilidad de la Administración*

La jurisprudencia se ha mantenido y es reiterada con respecto al establecimiento de la responsabilidad objetiva de la Administración. Se trata pues de la reparación por parte de la Administración Pública, en toda circunstancia, tanto por su actuación ilegítima, lo cual resulta obvio, como también cuando en el ejercicio legítimo de sus deberes ocasiona daños a los administrados. Con lo anterior, resulta válido el principio según el cual la actuación del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones organizativas, a través de las cuales ejerce el poder y presta servicios a la comunidad, debe siempre resarcir a los particulares, si su actuación produce la ruptura del equilibrio social, manifestado en la igualdad que debe prevalecer en todos los ciudadanos ante las cargas públicas, denominado por la doctrina "responsabilidad sin falta o con sacrificio particular".

Se extiende además la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración, según lo establece el artículo 140 Constitucional. No importa entonces si el funcionamiento ha sido normal o anormal.³²

³² Citado por la Magistrado de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Yolanda Jaimes en "Máximas Jurisprudenciales de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia". p. 294. Revista del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Número 8. año 2003.

14. *Jurisprudencia en materia del cómputo del lapso de seis (6) meses, para proceder a la impugnación en vía jurisdiccional contencioso administrativa de un acto administrativo.*

Se trata de la problemática surgida cuando el lapso indicado finaliza en un día no laborable, y se decidió al respecto, que el particular puede interponer el recurso en el día hábil inmediato siguiente, haya o no dado despacho la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, pudiendo en ese último caso, habilitar el tiempo necesario. *Caso emblemático: sentencia “Lucy Núñez Burgos”, del 20-11-02.*

15. *Jurisprudencia en materia de licitaciones públicas.*

El tema de mayor discusión en el área de las licitaciones, es la del carácter de la “buena pro”, a partir del cual puede determinarse su impugnabilidad.

Se trata en nuestro criterio, de un acto de trámite, y por lo tanto, inimpugnable. No obstante, los argumentos contrarios han tratado de imponer la tesis de la incursión el acto en las tres excepciones que, según la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos permiten impugnar a los actos de trámite. Así, “que impidan la continuación del procedimiento”, “que causen indefensión” o “que se prejuzguen como definitivos”. Tales tres supuestos, en propiedad responden a uno solo, pues el que cabe en uno también cabe en otro.

La tesis señalada es muy peligrosa, pues no permitiría en forma alguna la continuación de ningún procedimiento licitatorio y atentaría contra los principios de economía procedimental. En todo caso, cabe señalar que la jurisprudencia es mayoritaria al considerar que la “buena pro” no puede ser considerado un acto definitivo, ya que, de la misma no pueden nacer ni nacen obligaciones ni derechos algunos, más allá de la simple designación de con quien vá a contratar la Administración Pública. En todo caso, se trata de una expectativa de derecho, más que de un derecho en sí mismo.

Con respecto a otros temas relacionados con los procesos licitatorios, se ha discutido el de la competencia para conocer de los mismos, concluyéndose en la procedencia de competencia contencioso administrativa, por estar de por medio actos administrativos, actividades contraloras de la Administración y problemas de responsabilidad.

16. *Jurisprudencia relacionada con el tema de los “actos de autoridad”.*

Los actos de autoridad son aquellos que derivan de órganos que no son Administraciones Públicas tradicionales, pero que están previstos en una ley y están dotados de imperatividad y autotutela.³³

Así, existen organismos constituidos bajo la forma de derecho privado, pero que realizan funciones públicas, tiene una estructura pública y se nutren en su mayoría de fondos públicos. Además, tiene la capacidad de dictar actos capaces de incidir en la esfera jurídica de los administrados, degradando a simple interés sus derechos subjetivos e incluso, extinguiéndolos.

Lo determinante es que esos actos son sustancialmente administrativos, es decir que son efectivamente “proveimientos administrativos” (según la doctrina italiana, pues, a través de los mismos se cumplen funciones de índole administrativa. No obstante, como requisito se exige que el órgano que lo dicta esté previsto en una ley, por ejemplo: si se trata de un acto dictado por un club privado, la figura de tal se encuentra prevista en la Ley de Mercado de Capitales; si nos encontramos frente a una universidad privada, su existencia está consagrada en la Ley de Universidades, etc.

La jurisprudencia ha sido muy cambiante con relación a la admisión de los recursos ejercidos contra actos derivados de entes así caracterizados. La tesis logra imponerse a través del famoso caso: “Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela (SACVEN)”, que fuera conocido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a la cual le fuera atribuida la competencia en virtud de su competencia residual.

En nuestro criterio, es necesario que se mantenga la teoría, por cuanto, contra tales actos, el particular, de no existir el control contencioso administrativo, estaría absolutamente desamparado, toda vez que los efectos de los mismos en su esfera subjetiva son análogos a los que se producirían de tratarse de una Administración pública tradicional. Además, su aceptación va de la mano con la teoría de la ampliación del concepto de Administración Pública, que fuera creada justamente a los fines de tal control, y que hoy se ha impuesto en nuestra doctrina.

³³ En una nota anterior, se explico el significado de ambos términos.

Las siguientes sentencias acogen hoy en día el criterio:

- a. *Sala Constitucional del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, 25-5-01, CASO: “José Gafidez vs. Facultad de Derecho de la Universidad Santa María”* (por falta de oportuna respuesta en el caso de un procedimiento disciplinario).
- b. *Sala Constitucional del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, 11-4-02. Regulación de competencia en el expediente contentivo de una acción de amparo constitucional ejercida por “Beatriz Marmolejo contra el Consejo Directivo del Instituto Universitario de Tecnología Jacinto Navarro”.*
- c. *Sala Constitucional del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, 9-5-02. Caso: “Cecilia Calcaño vs. Federación Venezolana de Deportes Ecuestres”.*
- d. *Sala de Constitucional del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, 2-11-04, caso: “Hedí Ecorihuela vs. Fundación Teresa Carreño”.*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, reitera en sus sentencias en forma expresa el contenido de las sentencias que dieron pasos a la tesis señalada, así: caso: “Sacven” del 15 de marzo de 1984; caso: “Asociación de Tiros del Distrito Federal”, del 13 de febrero de 1986; caso: “María Bustamante”, del 24 de noviembre de 1986, caso: “Criollitos de Venezuela”, del 16 de noviembre de 1987 y el caso: “Ramón Escobar León”, del 19 de enero de 1988.

CONCLUSIONES

1. La consagración del derecho a la tutela judicial efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de manera expresa 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.
2. La Constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva, ha permitido que su alcance vaya más allá del acceso a la justicia, consagrado

como tal dentro de las previsiones del derecho a la defensa de la Constitución de 1961, y que se extienda a la imposición de criterios jurisprudenciales que ha ido aplicando nuestra jurisdicción contencioso administrativa, en los diversos temas que le ha tocado dirimir, así:

- 2.1 *En materia de ejecución de sentencia:* se ha visto ante la necesidad de aplicar los principios de inmodificabilidad de la sentencia, la prohibición de interpretaciones fraudulentas o simuladas y de diligencia debida. Conforme a lo anterior, no pueden reabrirse procesos ya resueltos por sentencias firmes, ni cambiar la decisión acordada en las mismas, sino que debe aplicársele de manera completa, sin sujetarse a su literalidad, evitando su cumplimiento indirecto o parcial, y en procura de su ejecución oportuna, que permita exigir a los titulares de derechos, su materialización.
- 2.2 *En materia de legitimación:* la jurisprudencia ha tenido que flexibilizar la posibilidad de recurrir contra un acto administrativo, reduciendo el interés a su condición de violación legítima, pero no necesariamente personal, ni directa. Debe sin embargo, aclararse la situación actual, por cuanto, una última sentencia regresó al criterio más restringido. En cuanto al interés difuso, es necesario buscar una vía intermedia que impida su uso abusivo.
- 2.3 *Con relación a la Acción de Amparo Constitucional Autónomo contra Acto Administrativo:* la jurisprudencia se ha apartado del alcance del derecho a la tutela judicial efectiva y a su constitucionalización, al exigir nuevamente para su admisibilidad, el cumplimiento de su carácter residual más que extraordinario. Sin embargo, la admisión de los amparos de urgencia parecieran abrir una brecha hacia lo positivo.
- 2.4 *Con respecto a la potestad general cautelar del juez:* en la jurisprudencia ha sido favorable su desarrollo, por cuanto, la misma evita que la excepción se convierta en regla y se abuse de la figura, cuando exige que los dos requisitos de procedencia de las medidas (buen derecho y daño), deban producirse de manera concurrente, y además, deban probarse con hechos contundentes, no bastando, por ejemplo, la simple apariencia del buen derecho.

- 2.5 *Con respecto al principio de flexibilidad probatoria:* ha sido definitivamente atinada la decisión de la Sala Político Administrativa del tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual y a través del uso del control difuso de la constitucionalidad, desaplicó la norma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que tasaba las pruebas en el contencioso administrativo, retrocediendo al período anterior a la modificación del Código de Procedimiento Civil y contradiciéndose con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, norma bajo cuyos preceptos se conforman los expedientes administrativos.
- 2.6. Con respecto a l control de las licitaciones: ha sido favorable la inadmisión de los recursos basados simplemente en el otorgamiento de la buena pro, por cuanto, con la misma se hace una correcta interpretación de las excepciones de la inimpugnabilidad de los actos de trámite.
- 2.7 *Con respecto a la declaratoria de perención después de “vistos”:* consideramos absolutamente contrario el criterio aplicado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ya que, la norma del Código de Procedimiento Civil es clara y el mismo es de aplicación especial. Además, lo contrario viola el derecho a la tutela judicial efectiva.
- 2.8 *Con respecto a la figura de los actos de autoridad:* La jurisprudencia tanto de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia como de la Código de Procedimiento Civil, no puede retroceder en el sentido de inadmitir los recursos contra tal tipo de actos, toda vez que, de no ser controlados por el contencioso administrativo, no existiría otra forma efectiva de control de los mismos, dejándose al particular en indefensión.
- 2.9 *Con relación a la responsabilidad de la Administración:* ha sido absolutamente adecuado y conforme a las normas constitucionales que prevén la responsabilidad de la Administración, la fijación clara de la responsabilidad objetiva por parte de la jurisprudencia.

- 2.10 *Con respecto a la repartición de las competencias del sistema contencioso administrativo:* la intervención a tiempo de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sobre todo, por lo que respecta a la competencia de los Tribunales Regionales en lo Contencioso Administrativo, es favorable, por cuanto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia contiene un absoluto vacío al respecto.
- 2.11 *En cuanto al cómputo de los lapsos para el ejercicio del recurso,* haber permitido su interposición al día siguiente hábil o habilitarlo a tales efectos, cuando el lapso terminare en un día no laborable, es absolutamente acorde con los preceptos constitucionales.
- 2.12 *En cuanto a las competencias en materia de servicio público:* considero que la jurisprudencia debe ir avanzando hacia la consolidación de un sistema que permita la no interrupción del servicio y la indemnización en caso de suspensión o falla.
- 2.13 *Con relación a la no necesidad del agotamiento de la vía administrativa:* a pesar de que el mismo pudiera ser considerado también como una garantía, la práctica ha demostrado lo contrario, por lo que, creemos favorable su no inclusión expresa en la Ley Orgánica del tribunal Supremo de Justicia. Lamentamos sin embargo, que la solución del problema haya derivado de la ley y no de la jurisprudencia, aún cuando esta última produzca mayor seguridad jurídica.
- 2.14 *Con relación al antejuicio administrativo:* creemos conveniente se elimine tal requisito, a pesar de su mantenimiento en el texto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de justicia.
- 2.15 Debemos finalmente señalar que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, incluye nuevas acciones y recursos en su texto, cuando enuncia las competencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras: las acciones contra las vías de hecho (ordinal 27 del artículo 5); el conocimiento de las apelaciones por las acciones de reclamo por la prestación de los servicios públicos, que atribuye en primera instancia

a los Tribunales Contencioso Regionales (ordinal 37, art. 5), y que, nuevamente, en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, debe la Sala Político Administrativa de nuestro Máximo Tribunal interpretar de manera coherente con la constitucionalización del mismo.

La Tacha y La Ley Orgánica Procesal del Trabajo

José Vicente SANTANA OSUNA*

SUMARIO

Introducción

1. **De las pruebas.** 1.1 *La intervención del Juez.* 1.2 *La promoción de pruebas. Oportunidad para agregarlas.* 1.3 *El Juez y la audiencia de juicio.*
2. **La tacha y el proceso laboral.** 2.1 *Nueva Visión de la Tacha.* 2.2 *Las Modificaciones en el Procedimiento de Tacha.* 2.2.1 *La tacha de falsedad de los documentos públicos.* 2.2.2 *La tacha de los documentos privados.* 2.2.3 *La proposición y la formalización de la tacha.* 2.2.4 *¿Existe tacha por acción principal?* 2.2.5 *La inclusión del artículo 84 de la Ley* 2.2.6 *Momento para proponer la tacha.* 2.2.7 *No es necesario insistir en hacer valer el instrumento, ni se requiera la formalización de la tacha.* 2.2.8 *Identidad de causales entre el Código de Procedimiento Civil (CPC) y el artículo 83 de la Ley.* 2.2.9 *La tacha tiene que ser expresa.* 2.2.10 *La materia objeto de la tacha es diferente a la materia de fondo.* 2.2.11 *Las diligencias*

* **Universidad Central de Venezuela.** Especialista en Derecho Procesal Civil, *Magíster Scientiarum* en Derecho Mercantil **Universidad Católica Andrés Bello,** Especialista en Derecho Mercantil. **Universidad Santa María,** Especialista en Derecho Laboral, Doctor en Derecho Procesal Civil y Mercantil. **Universidad de Margarita,** Profesor de Pregrado y de Postgrado. Autor de diversos estudios y de varias obras.

probatorias. 2.2.12 La tacha y el Fiscal del Ministerio Público. 2.2.13 La prejudicialidad penal. 2.2.14 Efecto suspensivo de la tacha. 2.2.15 El auto escrito. 2.2.16 Las causales de tacha de testigos. 2.2.17 ¿Cuándo se debería tachar? 2.3 *La Tacha y el lapso para su sustanciación y decisión.*

3. **La tacha instrumental o tacha de falsedad documental.** 3.1 *Generalidades.* 3.2 *El artículo 83 de la ley. Su referencia a los Documentos Públicos.* 3.3 *El artículo 83 de la ley. Su referencia a los Documentos Privados.* 3.4 *Causales de Tacha de los Documentos Privado.* 3.5 *El artículo 84 de la Ley. Precisiones al respecto.* 3.5.1 Oportunidad de la tacha. 3.5.2 Número de tachas. 3.5.3 La audiencia de juicio y la audiencia de tacha: dos momentos diferentes. 3.6 *El artículo 85 de la ley. Precisiones al respecto.* 3.6.1 La brevedad del lapso para evacuar las pruebas promovidas. Actuación supletoria del Juez. 3.6.2 Oportunidad para dictar la sentencia. 3.6.3 La sentencia de tacha. 3.6.3.1 Su alcance. 3.6.3.2 El pago de los daños y perjuicios. 3.6.3.3 Las costas.
4. **De la tacha de testigos.** 4.1 *Observaciones Generales.* 4.2 *Interrogantes que plantea la tacha de testigos.* 4.2.1 ¿Es necesario fundamentar la tacha? 4.2.2 Las inhabilidades del testigo. 4.2.3 Las causales de tacha del Artículo 98: ¿son taxativas? El artículo 508 del CPC y el artículo 10 LOPT 4.3 *El Artículo 100 de la ley. Precisiones al respecto.* 4.3.1 Oportunidad de la tacha. 4.3.2 La insistencia en la declaración. 4.4 *El Artículo 101 de la ley. Precisiones al respecto.* 4.4.1 La parte y la tacha de su testigo. 4.4.2 El testigo no interrogado por el promovente. 4.4.3 El testigo sobornado. 4.4.4 La solicitud de enjuiciamiento por ante el Tribunal competente. 4.5 *El artículo 102 de la ley. Precisiones al respecto.* 4.6. *El artículo 84 de la ley. Precisiones al respecto.* 4.6.1 Oportunidad de la tacha. 4.6.2 Número de tachas. 4.6.3 La audiencia de juicio y la audiencia de tacha: dos momentos diferentes. 4.7 *El artículo 85 de la ley. Precisiones al respecto.* 4.7.1 Oportunidad para dictar la sentencia. 4.7.2 La brevedad del lapso para evacuar las pruebas. Promovidas. Actuación supletoria del Juez. 4.7.3 La sentencia de tacha. Su contenido. La presencia o ausencia de las partes. 4.7.4 Las Costas. 4.7.5 Los daños.

- 5. La tachar y algunas decisiones.** *5.1 Sentencia. De un juzgado de primera instancia de juicio.* 5.1.1 Análisis de dicha sentencia. 5.1.1.1 la decisión en cuanto a la tachar. 5.1.1.1.1 La tachar del testigo. 5.1.1.1.2 La apertura a pruebas de la incidencia. 5.1.1.1.3 De las pruebas de la tachar. 5.1.1.1.4 La incomparecencia del promovente del testigo. 5.1.1.1.5. Efecto de la falta de comparecencia del promovente del testigo. 5.1.1.1.6 El análisis de las pruebas de la tachar. 5.1.1.1.7 La sentencia y sus determinaciones. 5.1.1.1.7.1 La separación de las audiencias. 5.1.1.1.7.2. Efecto de la falta de comparecencia de la representación judicial de la actora. *5.2 La Decisión en cuanto al fondo. Diversas hipótesis.* 5.2.1 Oportunidad de la sentencia. 5.2.2 Separación de las audiencias. *5.3 Sentencia. Nro. 160 del 15-03-05 de la Sala de Casación Social.* 5.3.1 Supuestos del Recurso. 5.3.2 La decisión de la Sala 5.3.3 El Juez de juicio puede o no abrir la incidencia de tachar. 5.3.4 La promoción de pruebas a pesar de no haberse abierto a pruebas la incidencia. 5.3.5 La sentencia que se analiza ¿deroga la Ley?

Conclusiones

Introducción

La Disposición Transitoria Cuarta (ordinal 4) de nuestra vigente Constitución señala que dentro del primer año, contado a partir de su instalación la Asamblea Nacional aprobará:

Una Ley Orgánica Procesal del Trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en la Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad sobre los hechos, la equidad y rectoría del Juez o Jueza en el proceso.

Al aprobarse la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT), surge el nuevo Derecho Procesal Laboral, con marcada autonomía, imparcialidad y especialización, aparte de queda regulado por un grupo de principios que buscan independizarlo del Código de Procedimiento Civil.

La autonomía del Derecho Procesal Laboral queda determinada, como bien lo afirma algún autor, por cuanto su normativa persigue reglamentar un derecho que también es autónomo e independiente del derecho civil, como es el Derecho Sustantivo del Trabajo.

El carácter autónomo de la jurisdicción laboral lo reafirma el Artículo 13 LOPT cuando señala que la misma solo será administrada por jueces laborales y que ella se ejerce por los Tribunales del Trabajo, de acuerdo con las disposiciones de la referida Ley.

Ahora bien, se ha discutido en la doctrina si la autonomía del Derecho Procesal del Trabajo frente al Derecho Procesal Civil es totalmente radical, o si por el contrario se admite una posición intermedia, ya que si bien es cierto que la autonomía, la imparcialidad y la especialización son lo deseable, no es menos cierto que todas los derechos procesales tienen rasgos comunes, lo que puede permitir en algún momento que las lagunas que podamos observar en nuestra ley procesal laboral, puedan ser cubiertas con el auxilio de otras normas procesales.

Cuando los Artículos 11, 70 y 183 de la LOPT, remiten al CPC lo hacen con el fin de regular, supletoriamente, aspectos del proceso laboral, por lo que podemos concluir diciendo que si bien nuestro proceso laboral participa de los principios de autonomía, imparcialidad y especialización, no es menos cierto que no estamos ante un proceso laboral totalmente cerrado a la aplicación de normas del proceso civil.

Prueba de la anterior afirmación, la proporciona el Artículo 11 de la LOPT, cuando permite aplicar al Juez Laboral, analógicamente, disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico. Sin embargo el mismo Legislador se presenta preocupado por esa apertura y entonces advierte al Juez, que si lo hace, es: “(...) teniendo en cuenta el carácter tutelar de derecho sustantivo y adjetivo del derecho del trabajo, cuidando que la norma aplicada por analogía no contrarie principios fundamentales establecidos en la presente ley.”

Como consecuencia de esta remisión, el Artículo 70 de dicha Ley, declara medios de prueba admisibles en juicio, aquellos que determinan el Código de Procedimiento Civil, el Código Civil y otras leyes de la República.

Y en lo que se refiere al Artículo 183 le vuelve a recordar al Juez que: “(...) En ningún caso la aplicación supletoria prevista en el presente artículo puede contrariar los principios de brevedad, oralidad, inmediación y concentración establecidos en esta Ley”.

Y dentro de la misma concepción, el Artículo 59 de la Ley Orgánica del Trabajo impone que en caso de conflicto de leyes prevalecerán las del Trabajo, sustantivas o de procedimiento, con lo cual se afirma una vez más, que las normas laborales tendrán preferente aplicación a las del CPC

En cuanto a la especialización, la Ley ha debido ser inflexible y exigir como condición para ser Juez laboral la de ser abogado (Artículo 16) especialista en la materia.

El Artículo 5 de la LOPT obliga al juez a: “(...) no perder de vista la irrenunciabilidad de los derechos y beneficios acordados por las leyes sociales a favor de los trabajadores, así como el carácter tutelar de las mismas (...)”.

El “conocer la irrenunciabilidad de los derechos y beneficios acordados por las leyes sociales a favor de los trabajadores”, no es un problema de derecho procesal. Es de derecho sustantivo, por lo que para alcanzar el nivel de conocimiento de tales leyes, se requiere obtener el grado de Especialista o de Magíster *Scientiarum* o de Doctor, en la materia laboral. El nivel de nociones que se precisan para poder estar a tono con las exigencias de la ley en este sentido, no se adquiere por haber asistido a un grupo de charlas o a unos cursos, que serán provechosos para el escucha en la misma medida en que sus años de experiencia en el ejercicio profesional lo hayan dotado de un pensamiento propio

En la Exposición de Motivos, no hay explicación alguna a no haber exigido la especialidad, como condición para ser Juez Laboral.

La autonomía y especialización de la jurisdicción laboral, le permitieron crear al Legislador privilegios procesales que no encontramos en la jurisdicción civil, como son, a manera de ejemplo, los referidos a la inversión de la carga de la prueba; la no condenatoria en costas a trabajadores que devenguen menos de tres salarios mínimos (Artículo 64); la posibilidad de producir documentos privados en copia simple; el derecho a que se lleve a cabo la prueba de Exhibición, sin necesidad de acompañar prueba adicional en el

caso de documentos que por mandato legal debe llevar obligatoriamente el patrono, etc.

Según la Exposición de Motivos de la Ley:

(...) Del mismo modo, se atribuye a los Tribunales del Trabajo la competencia laboral, a fin de garantizar la especialidad del área (Artículo 13). Esta asignación de la competencia laboral es de carácter exclusivo y excluyente para el resto de los Tribunales de la República, los cuales, a partir de entrada en vigencia de la Ley, quedaran impedidos de ejercer la función jurisdiccional en la misma. La especialización de la jurisdicción laboral es uno de los pilares fundamentales del nuevo sistema y el éxito del mismo supone la creación de un número suficiente de despachos judiciales en este ámbito, que permitan un adecuado desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional en todo el País.

El carácter distintivo del Derecho Procesal Laboral queda resaltado cuando en el Artículo 2 de la Ley le impone al Juez orientar su actuación en los principios: “(...) de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, immediatez, concentración, prioridad de la realidad sobre los hechos y la equidad (...)”.

Su incorporación al derecho procesal laboral va a tener influencia decisiva en todo el acontecer probatorio. Por lo demás, su interpretación debe ser diferente a la que se utiliza para el proceso civil.

De allí que siendo una de las obligaciones del Juez laboral la de intervenir en el proceso en forma activa, no queda dudas de que la correcta aplicación de los mismos al juicio laboral, es su responsabilidad.

No podríamos hablar de la rectoría del Juez en el proceso, si él no orienta su actuación en los mencionados principios.

Pero además de lo expuesto, se insiste en el contenido social y tutelar que define al derecho procesal laboral.

En efecto, según el Artículo 1 LOPT, la misma garantizará la protección de los trabajadores, mientras que el Artículo 11, obliga a los jueces a

(...) no perder de vista la irrenunciabilidad de derechos y beneficios acordados por las leyes sociales a favor de los trabajadores, así como

el carácter tutelar de las mismas; y por tal causa, tienen que intervenir en forma activa en el proceso, dándole el impulso y la dirección adecuados, en conformidad con la naturaleza especial de los derechos protegidos (...).

Dentro de la concepción tutelar del Derecho Procesal del Trabajo, el Juez debe aplicar la norma mas favorable al trabajador; está igualmente constreñido a que cuando se trate de la apreciación de los hechos o las pruebas, a aplicar la que mas favorezca al trabajador o la valoración mas favorable al laborante (Artículos 9 y 10).

Sentados los anteriores criterios, pudiéramos preguntarnos ¿tienen ellos alguna influencia en la tacha de falsedad instrumental o en la tacha de testigos?

A resolver estas interrogantes dedicaremos las próximas líneas.

1. DE LAS PRUEBAS

1.1 La Intervención del Juez

Sabemos que de acuerdo con el nuevo régimen procesal laboral el juez tiene una decidida participación en el proceso, como se afirma en el Artículo 6 de la Ley cuando se dice: “El Juez es el rector del proceso y debe impulsarlo personalmente, a petición de parte o de oficio, hasta su conclusión”.

Adicional a ello hay que tener presente que el nuevo proceso laboral es oral, breve y contradictorio, lo que justifica el hecho de que: “Los Jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar el debate y la evacuación de las pruebas, de las cuales obtienen su convencimiento” (Artículo 6). Por lo cual: “(...) solo se apreciarán las pruebas incorporadas al mismo conforme a las disposiciones de esta Ley” (Artículo 3).

1.2 La promoción de pruebas. Oportunidad para agregarlas y admitirlas

Dejando por sentado el principio de inmediación (denominado inmediatez por la LOPT, Artículo 2), o sea la obligación que tiene el Juez laboral de actuar en

el proceso, junto con las partes, pasamos a determinar el momento de la promoción, agregado y admisión de las pruebas.

De acuerdo con el Artículo 73 de la LOPT, “la oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar, no pudiendo promover pruebas en otra oportunidad posterior, salvo las excepciones establecidas en esta ley”.

En relación con el agregado de las pruebas, el Artículo 74, dice así:

El juez de sustanciación, mediación y ejecución, una vez finalizada la audiencia preliminar, en ese mismo acto, incorporará al expediente las pruebas promovidas por las partes a los fines de su admisión y evacuación ante el juez de juicio.

En cuanto a su admisión, dice el Artículo 75, lo siguiente:

Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del expediente, el Juez de Juicio providenciará las pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes.

1.3 El Juez y la Audiencia de Juicio

A los efectos de nuestros comentarios, pensemos que nos encontramos en la audiencia de juicio.

En este momento del proceso, el Juez tiene no solo un rol estelar, sino de mucho cuidado, ya que de acuerdo con el Artículo 152:

La audiencia es presidida personalmente por el juez de Juicio, quien dispondrá de todas las facultades disciplinarias y de orden para asegurar la mejor celebración de la audiencia. Oídos los alegatos de las partes, se evacuarán las pruebas, comenzando con las del demandante y en la forma y oportunidad que determine el Tribunal (...)

De esta manera, en la audiencia oral de juicio o probatoria, se procederá a la evacuación de todos los medios probatorios propuestos.

Culminados los alegatos de las partes se da comienzo a la evacuación de las pruebas, oportunidad que es, a su vez, la que brinda la posibilidad de impugnar las pruebas admitidas.

Por supuesto que entre esos medios de impugnación se encuentran el de la falsedad documental y el de la tacha de testigos, que constituyen nuestro objeto de estudio.

2. LA TACHA Y EL PROCESO LABORAL

2.1 Nueva Visión de la Tacha

Es sabido que tanto la tacha documental, como la tacha del testigo constituyen medios de impugnación dirigidos a desacreditar el valor probatorio del documento o del testimonio.

Ahora bien, el vigente Código de Procedimiento Civil contiene una serie de reglas o de normas a los fines de sustanciar y decidir el procedimiento de tacha, sea el de la falsedad instrumental o la del testigo.

Sin embargo cuando en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se regula lo concerniente a la tacha instrumental, vemos que ello se hace tan solo en los artículos 83,84 y 85 y en lo que se refiere a la tacha del testigo, la misma se rige por los Artículo 100, 101 y 102.

Se demuestra así que el Legislador, imbuido de varios de los principios que arriba hemos señalado, remozó la figura de la tacha, regulándola sin la complejidad del proceso civil, aplicando los principios de brevedad, oralidad, inmediación y concentración exigidos por la Constitución, como base de la normativa procesal laboral.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo es muy parca al referirse a los cambios efectuados en materia de tacha.

Por ello pueden surgir dudas en cuanto a considerar si quedó excluida de la jurisdicción laboral la tacha de instrumentos por vía principal; o la obligatoriedad de la intervención del Fiscal del Ministerio Público en los procedimientos de tacha de instrumentos; pueden surgir dudas también en cuanto a cuales son las

causales para la tacha de instrumentos privados, ya que si se establecieron para los documentos públicos, ¿por que no se las señaló en relación con los documentos privados? Tampoco queda resuelta la duda de si es taxativa la enumeración de causales de tacha de testigos o de documentos públicos contenidas en la Ley, ya que existen otras causales de falsedad de documentos, como son las tratadas en los Artículos 317 al 326 del Código Penal, referidos a la falsedad de actos y documentos, que le quitan toda fuerza probatoria a tales documentos.

La Exposición de Motivos de la Ley ha debido ser muy explícita al explicar los cambios efectuados. Es deficiente cuando se limita a señalar que en lo que al reconocimiento de instrumentos privados se refiere, así como a la tacha tanto de testigos, como de la prueba por escrito:

(...) No se introdujeron modificaciones sustanciales, solo se ajustaron las normas al nuevo sistema... Por otra parte se introdujo nueva disposición (Artículo 84) para regular el trámite de la tacha de falsedad instrumental por vía incidental de los instrumentos públicos y se limitó la prueba de la autenticidad del instrumento privado desconocido únicamente al cotejo, por lo que de ahora en adelante no se podrá utilizar la de testigos (Artículo 87) (...).

De acuerdo con el párrafo anterior, en materia de tacha no se introdujeron mayores modificaciones.

Lo cierto es que aún cuando no se dice en relación con cual procedimiento se realizaron los cambios, debe entenderse que es en referencia al procedimiento establecido en el CPC

Dice la mencionada Exposición de Motivos que se ajustaron las normas al nuevo sistema. Esto que parece muy sencillo, no lo es. Para entender la naturaleza de los cambios hay que recordar que el procedimiento de tacha regulado en el CPC, tiene 16 reglas, o formalidades, así como términos diversos y amplios, por lo que no parece tan fácil ajustar dicho procedimiento al nuevo sistema.

En sentencia de la Sala de Casación Civil¹ se dijo que siendo posible que la tacha de falsedad ocurra también en los juicios breves, la misma se sustanciará

¹ G.F. N. 4, volumen II, 2ª. Etapa, p. 569

por los trámites del juicio ordinario, dado que no es posible admitir que si la tachadura ocurre en un juicio breve, la misma quede sin normas de sustanciación, ni señalamiento de lapsos, por el hecho de ser un juicio breve, con incidencias y lapsos mas cortos que los previstos en el procedimiento de tachadura.

Si aplicamos el anterior criterio nos podríamos preguntar:

- a. ¿Si la tachadura en los juicios breves no recibe la abreviación de los lapsos, es posible hacerlo en los juicios regidos por la LOPT, que deja sin regulación una serie de situaciones que se pueden presentar en la tachadura?
- b. ¿En que consiste el ajuste de tales normas al nuevo sistema?
- c. ¿Ese ajuste es solo en cuanto a la oralidad del acto, la oportunidad para proponer la tachadura, la no necesidad de insistir en hacer valer el documento, el breve lapso probatorio y la no sustanciación de la misma en Cuaderno Separado, o abarca otras innovaciones?
- d. ¿Es verdad que no hubo modificaciones sustanciales?.

Para buscar respuestas a las interrogantes planteadas, haremos los siguientes planteamientos.

La Tachadura de Instrumentos, como ya se dijo, se encuentra reglamentada en los Artículo del 83 al 85 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y la Tachadura de Testigos en los Artículos 101 al 103 ejusdem.

La tachadura incidental de falsedad instrumental debe basarse, en principio, en los seis (6) ordinales del Artículo 83 que son idénticas a las establecidas en el Artículo 1.380 del COCI para los documentos públicos.

2.2 Las Modificaciones en el Procedimiento de Tachadura

Al analizar las nuevas disposiciones reguladoras de la tachadura, podemos observar que hay varias modificaciones sustanciales en relación con el procedimiento de tachadura regulado en el Código de Procedimiento Civil, como son:

2.2.1 La tachadura de falsedad de los documentos públicos

En sus pocos artículos, la LOPT solo reguló la tachadura de falsedad de los documentos públicos;

2.2.2 La tacha de los documentos privados.

No se establecieron las causales de tacha de los documentos privados y los reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos.

2.2.3 La proposición y la formalización de la tacha.

La regulación de la tacha en la ley procesal laboral le puso fin a una discusión doctrinaria, relacionada con los dos momentos de la tacha: el de su proposición y el de su posterior formalización. Para los procesalistas civilistas, la redacción del Artículo 440 del CPC plantea dudas en cuanto al momento a partir del cual corre el lapso para formalizar la tacha: si es desde la tacha del instrumento o desde su presentación en juicio; o si existen dos lapsos: uno para tachar y otro para formalizar. Sin entrar a mediar en dicha discusión, podemos sí observar, que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo resuelve dicho problema al señalar que en la audiencia de juicio: “El tachante en forma oral, hará una exposición de los motivos y hechos que sirven de soporte para hacer valer la falsedad del instrumento” (Artículo 84).

2.2.4 ¿Existe tacha por acción principal?

Nada se dijo en relación a la tacha por acción principal.

En efecto, en la Ley nada se dice con respecto a la tacha por vía principal.

¿Qué sucede con la tacha por vía principal? ¿Queda en manos del Juez Civil, aún cuando se trate de un asunto vinculado a la materia laboral?

Para García Vara², no es posible en materia laboral incoar un juicio sólo para tachar, por acción principal, un documento público o privado reconocido o tenido legalmente por tal.

Me voy a permitir disentir de tal criterio. La jurisdicción laboral es plena, de conformidad con el contenido de los arts 13 y 29 de la Ley, ya que en ellos se

² García Vara, Juan: Procedimiento Laboral en Venezuela, Editorial Melvin. Caracas 2004, p. 186.

plasma que la jurisdicción laboral se ejerce por los Tribunales del Trabajo y que es competencia de estos los asuntos contenciosos del trabajo, excepción hecha de los que corresponden a la conciliación y al arbitraje.

No puede quedar la menor duda de que la tachadura de un documento por vía principal es totalmente contenciosa. Quizás pudiera alegarse que es difícil que en el campo laboral se presenten situaciones que ameriten la tachadura de un documento por vía principal, lo que justifica su falta de regulación. Ese no puede ser un argumento válido.

En efecto es posible que con la finalidad de favorecer a un trabajador se haya forjado o falsificado un documento en el cual se le impongan obligaciones económicas al patrono que éste debe satisfacer una vez que concluya la relación laboral. Detectado el documento por el patrono, no hay nada que impida intentar la tachadura del mismo por acción principal, con el fin de evitar que pueda ser usado en su contra al culminar la relación laboral.

Igual pudiera suceder con una supuesta convención colectiva, en la cual se reconocen prestaciones sociales a los trabajadores, por encima del mínimo legal, los cuales serían reclamados al culminar la relación laboral.

Por ello debe admitirse la competencia del Tribunal Laboral para la sustanciación y decisión de la tachadura en acción principal, pero adaptando el procedimiento a la normativa regulada en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, lo que significa que habrá demanda, notificación del o los interesados, celebración de la audiencia preliminar, contestación de la demanda, evacuación de pruebas y sentencia.

La promoción y evacuación de las pruebas en este caso, ya que se trata de acción principal, no se rige por los Artículos 84 y 85 de la LOPT, sino por los principios contenidos en los Artículos 73, 74, 75 y 151 de dicha Ley.

2.2.5 La inclusión del Artículo 84 de la Ley

La afirmación contenida en la Exposición de Motivos, según la cual “se introdujo nueva disposición (Artículo 84) para regular el trámite de la tachadura de falsedad instrumental por vía incidental de los instrumentos públicos”,

obedece a que la inclusión de dicho artículo permitió abreviar el procedimiento previsto en el CPC

Es así como la sustanciación de la tacha, queda reducida a un breve lapso, característico de un procedimiento muy sencillo, pues una vez que la misma ha sido formulada se abre a pruebas la incidencia por dos días hábiles. Promovidas las pruebas, las mismas deberán evacuarse en un máximo de cinco (5) días de iniciada la audiencia.

2.2.6 Momento para proponer la tacha

Aquí es necesario hacer un breve análisis. Tanto el Artículo 84, como el Artículo 85 se refieren a la audiencia para la evacuación de las pruebas de la tacha.

Según el Artículo 84 el juez fijará oportunidad para la evacuación de las pruebas de la tacha “cuyo lapso no será mayor de tres días hábiles”. Sin embargo el Artículo 85 al referirse a la misma audiencia pauta que “nunca podrá exceder dicho lapso de cinco días hábiles, contados a partir del inicio de la misma”.

A fin de conciliar el contenido de dichos artículos, deben interpretarse así: la audiencia para la evacuación de las pruebas de la tacha debe celebrarse, dentro de los tres días hábiles siguientes a la admisión de las pruebas (Artículo 84), pudiendo prorrogarse por dos días, o sea que la misma no podrá excederse de cinco (5) días, contados a partir de su inicio (Artículo 85).

En todo caso la práctica judicial ha impuesto que una vez que han concluido los alegatos de las partes y se da comienzo a la evacuación de las pruebas, la impugnación de las mismas se lleva a cabo a medida que se van evacuando. Por ello la tacha instrumental debe proponerse al presentarse los documentos o instrumentos cuya tacha se pretende.

Por ello disentimos de la opinión de Pérez Sarmiento que se inclina por la idea de “que cualquier oportunidad del juicio oral es buena para promover el incidente de tacha de los instrumentos que se hayan promovido como pruebas en el proceso y hayan sido admitidos”.³

³ Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo: Comentarios a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo Vadel Hermanos. Caracas 2002, p. 123.

2.2.7 No es necesario insistir en hacer valer el instrumento, ni se requiera la formalización de la tachar

Sin embargo no debe olvidarse que si no comparece el representante del documento a la audiencia de tachar, tal documento queda desechado del proceso, por lo que debe entenderse que se exige, al menos, una ratificación tácita del documento mediante la comparecencia del representante.

2.2.8 Identidad de causales entre el CPC y el Artículo 83 de la Ley

El Artículo 83 incluye como causales de tachar, las mismas causales contempladas en el Artículo 1380 del COCI.

Para Ricardo Henríquez La Roche la única diferencia entre las causales contenidas en el Artículo 83 de la LOPT y las causales mencionadas en el Artículo 1380 COCI. Estriba en la palabra *acto* en vez de *acta*, al final del ordinal 4º; cuestión que es intrascendente⁴.

2.2.9 La tachar tiene que ser expresa

La tachar tiene que ser expresa y se debe ser muy cuidadoso para no confundir la tachar del documento, con el desconocimiento de la firma.

El desconocimiento puro y simple de un documento privado conlleva el desconocimiento de la firma que lo autoriza; el reconocimiento de la firma entraña el del contenido del documento, pero el desconocimiento de la firma no entraña el desconocimiento del contenido del documento. La jurisprudencia es abundante al señalar que dos son los medios de impugnación del documento privado: el desconocimiento de la firma y la tachar de su contenido.

⁴ Henríquez La Roche, Ricardo: Nuevo Proceso Laboral Venezolano Ediciones Liber, Caracas 2003, p. 254.

2.2.10 La materia objeto de la tacha es diferente a la materia de fondo

Jesús Eduardo Cabrera, señala un aspecto muy interesante del problema y en él se refiere al cuidado que se debe tener en cuanto a la prueba de la causal de tacha, al no confundirla con la materia de fondo.

Así dice al respecto:

La impugnación se centra sobre el medio de prueba, no sobre los hechos imputados que no los está discutiendo con ella, y lo que persigue es destruir lo falso o hacer aflorar lo cierto que ha estado escondido. Debido a que se trata de *ataques específicos al medio*, los motivos de impugnación no se confunden con los de los hechos del fondo de la causa, y por ello se ventilan mediante incidencias, tal como sucede con la tacha instrumental incidental prevista en el CPC, o con la tacha de testigos, contemplada en el CPC, CJM y CEC, por ejemplo.⁵

2.2.11 Las diligencias probatorias

No se previeron las diligencias probatorias por el Juez. En tal sentido es necesario tener presente que tales diligencias bien las pudiere llevar acabo el Juez de Juicio, de conformidad con el contenido del Artículo 156 LOPT

2.2.12 La tacha y el Fiscal del Ministerio Público

Otro punto que mueve a reflexión se refiere al silencio de la ley en cuanto a la notificación del Ministerio Público.

El ordinal 4 del Artículo 131 del CPC señala que en los juicios de tacha instrumental debe intervenir el Ministerio Público y el Artículo 132 ejusdem obliga al Juez al admitir la demanda, a notificar al Ministerio Público.

Es de hacer notar que según el CPC la falta de notificación al Fiscal del Ministerio Público conlleva la nulidad de lo actuado.

⁵ Cabrera Romero, Jesús Eduardo, “Algunas Apuntaciones sobre el Sistema Probatorio del COPP en la Fase reparatoria y en la Intermedia”. Revista de Derecho Probatorio, N° 11, p. 230

De allí que para que se produzca en el juicio de tachar una situación de autocomposición procesal, se requiere la aprobación del Fiscal del Ministerio Público.

Las señaladas normas son de orden público, por lo que deben aplicarse en el procedimiento de tachar instrumental regulado por la LOPT, lo que significa que una vez que el tachante ha hecho su exposición, el Juez debería ordenar la inmediata notificación del Fiscal del Ministerio Público a fin de que este pueda intervenir durante la incidencia, aparte de que no se podría realizar una transacción en dicho juicio, si no cuenta con la aprobación del referido funcionario.

2.2.13 La prejudicialidad penal.

No hay mención alguna referida a la consecuencia que deriva de la existencia de un juicio penal en el cual se decida sobre la falsedad del instrumento.

En el proceso civil, el juicio se suspende hasta tanto se decida el penal.

2.2.14 Efecto suspensivo de la tachar.

Planteadas la tachar el Juez queda impedido de dictar sentencia en ese acto, por cuanto debe abrir a pruebas la incidencia.

2.2.15 El auto escrito

Debe dejarse constancia mediante auto escrito si el tachante no asiste a la audiencia en la cual se pronuncie la sentencia que decide la tachar, o si no comparece el presentante del documento.

En el primer caso se considera que desiste de la misma; en el segundo, el instrumento queda desechado del proceso.

En las dos últimas situaciones, dice el Artículo 85 LOPT que se dejará constancia por medio de auto escrito.

Dado lo novedoso de la inclusión de este Auto en el momento de tomar decisión sobre la tachar, creo oportuno dedicarle unas notas al respecto.

La verdad es que no entendemos la razón de este “auto”, ya que la ley es clara y terminante al señalar que la sentencia definitiva abarcará el pronunciamiento sobre la tachá.

¿Es que acaso el Legislador no se atrevió a reconocer que dicha incidencia debía terminar con una decisión autónoma y lo disfrazó bajo la designación de auto? ¿O es que confundió el concepto de “punto previo” en la sentencia de fondo, que es lo que procesalmente cabe, con el de “auto”? ¿Es que pensó que como en el proceso laboral no debe haber incidencias, al decidirse la tachá como punto previo en la sentencia de fondo, la apelación que envuelve a aquella obliga al Superior a pronunciarse sobre la tachá, como si ello fuere una incidencia?

Creo que, procesalmente hablando, no tiene sentido dictar el referido auto, ya que lo que se va a tratar en él, debe señalarse en la sentencia de fondo, en la cual el juez haga pronunciamiento sobre la tachá. Cuando el Legislador impuso la obligación al Juez de sentenciar el día que finalice la evacuación de las pruebas de la tachá y de que la sentencia que dicte debe abarcar el pronunciamiento sobre la tachá, no dejó abierta la posibilidad de dos decisiones diferentes, sobre todo si se piensa que en la sentencia de fondo, quiérase o no, hay que hacer referencia al resultado probatorio de la tachá para determinar si se aprecia o nó el instrumento o el dicho del testigo.

No tiene sentido que el Juez tenga que hacer referencia en su sentencia a un auto dictado en la misma oportunidad de la misma, al cual pareciere que no se le van a aplicar los principios que rigen el dictado de la sentencia: tiempo de espera, luego el dispositivo y posteriormente el texto completo del auto, ya que el Artículo 85 impone que tal decisión se dicte en el mismo momento de la incomparecencia del promoverte o del tachante de la prueba.

Por lo expuesto considero que se trató de una ligereza del Legislador y que lo sensato es que la tachá quede decidida como punto previo en la sentencia de fondo.

2.2.16 Las causales de tachá de testigos.

La ley ignora la existencia de un variado número de causales de tachá de testigos, reduciendo, aparentemente, las mismas al contenido del Artículo 98;

2.2.17 ¿Cuándo se debería tachar?

Finalmente comparto el criterio de Bello Tabares para quien la tachadura debía proponerse en la Audiencia Preliminar, ya que ello permitiría que al llegar a la Audiencia de Juicio, ya se sepa cuáles documentos o cuáles testigos deben admitirse.

2.3 *La Tacha y el lapso para su sustanciación y decisión*

El Artículo 85 LOPT dice lo siguiente:

La audiencia para la evacuación de las pruebas en la tachadura podrá prorrogarse, vencidas las horas de despacho, tantas veces como fuere necesario, para evacuar cada una de las pruebas promovidas, pero nunca podrá exceder, dicho lapso, de cinco (5) días hábiles, contados a partir del inicio de la misma. En todo caso, la sentencia definitiva se dictará el día en que finalice la evacuación de las pruebas de la tachadura y abarcará el pronunciamiento sobre ésta.

Parágrafo único: La no comparecencia del tachante a la audiencia en la que se dicta la sentencia se entenderá como el desistimiento que hace de la tachadura, teniendo el instrumento pleno valor probatorio. Así mismo, con la no comparecencia en la misma oportunidad del presentante del instrumento, se declarará terminada la incidencia y quedará el instrumento desechado del proceso. En ambas situaciones se dejará constancia por medio de auto escrito.

Ahora bien, ante los cambios mencionados y visto el texto del artículo acabado de transcribir, tenemos que preguntarnos:

¿Son suficientes de tres a cinco días para la evacuación de las pruebas?

Si tomamos en cuenta que las causales de tachadura de instrumento público son las mismas contenidas en el Artículo 1.380 del Código Civil y que para demostrarlas es posible que el tachante promueva testigos y/o el testimonio de los funcionarios que intervinieron en el otorgamiento; que se exija la presentación del original del documento tachado; de que se promuevan Inspecciones Judiciales; cotejos o experticias, etc., pareciere imposible que en ese breve lapso se puedan evacuar las pruebas necesarias para demostrar la falsedad documental.

Varios ejemplos nos permitirán una respuesta.

2.3.1 Pensemos que en el segundo día del lapso probatorio, pocos minutos antes de concluir la audiencia, se promueve la prueba de experticia

En el primer día, siguiente al vencimiento del lapso de promoción, el Juez debe admitir las pruebas propuestas, ya que deberá desechar las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

La Experticia, a diferencia del cotejo (Artículo 91) y de la experticia que se realiza en ejecución de sentencia (Artículo 183) requiere de pluralidad de expertos, como se desprende del contenido de los Artículos 92, 94 y 96 que usa el plural “expertos”.

En este caso la Exposición de Motivos nos dice que la Experticia conserva básicamente la misma regulación, señalando como modificaciones relevantes: que los expertos son siempre designados por el Tribunal y que su costo correrá por cuenta del solicitante; que la misma puede ser practicada por funcionarios públicos; que el Juez puede sancionar a los expertos que incumplan sus deberes y que estos deben consignar su informe aun cuando no les hayan pagados sus honorarios.

No hay referencia a que la experticia la realizará un solo experto.

En el primer día del lapso que se tiene para la evacuación de las pruebas, el Juez las admite y designa los expertos.

Dado que el lapso para la evacuación de las pruebas no puede ser mayor de cinco días, quedaría un máximo de cuatro (4) días hábiles para la notificación y juramentación de los expertos, aparte de que es necesario incluir como día hábil para la rendición del informe, el día de su juramentación, por cuanto la norma del Artículo 85 es inflexible.

Según el Artículo 39 LOPT, los expertos pueden ser recusados dentro de los tres días siguientes a su designación. Si todos o algunos de los expertos son recusados, el Juez conoce de la misma (Artículo 40 LOPT).

Supongamos que ella se produjo al segundo día de su nombramiento. El Juez debería designar uno o nuevos expertos o declarar sin lugar la recusación, por lo que deben de haber transcurrido ya entre tres y cuatro días desde que se inició la Audiencia de Evacuación de Pruebas de la tachá. Queda por lo tanto un solo día para la designación de expertos y la presentación de su informe.

2.3.2 Pensemos ahora en un problema adicional

En la LOPT, en relación con la tachá, no existe norma que regule el lapso que debe acordarse a los expertos para rendir su informe.

Sin embargo, en materia de desconocimiento de documentos, el Artículo 91 de la LOPT, impone que el experto debe rendir su informe dentro de los cinco días siguientes al desconocimiento.

Antes de continuar es necesario acotar que existe un evidente error en la redacción de la norma, por cuanto ese lapso no puede empezar a correr a partir del desconocimiento, sino desde la aceptación del cargo por el experto.

Lo cierto es que al no existir norma en el procedimiento de tachá para que el experto rinda su informe, se debe aplicar, por analogía, el contenido del artículo 91.

El problema se presenta cuando recordamos que al utilizarse la analogía, la norma debe aplicarse en toda su integridad, cuidando no contrariar principios establecidos en la ley (Artículos 9 y 10 LOPT).

¿Cómo hacer para conciliar el lapso de cinco días previsto en el Artículo 91, con la imposición legal de que la audiencia de evacuación de pruebas en materia de tachá no puede exceder de cinco(5) días hábiles contados a partir del inicio de la misma?.

La solución pudiera obtenerse alegando que como se trata de un lapso, el Juez lo puede adecuar a las exigencias del Artículo 85, tomando en cuenta, además, el contenido del Artículo 11 ejusdem.

- 2.3.3 Situación similar se presenta con el testimonio de las personas que han intervenido en la formación del documento tachado. En este caso el Juez debe notificarlas previamente a fin de que estén presentes durante la Inspección Judicial que se llevará a cabo en las oficinas donde aparece otorgado el documento que ha sido objeto de tacha.

Por cuanto es posible que ello no se logre el mismo día de la admisión de las pruebas, o que el Juez de juicio tuviere que comisionar ya que la oficina en donde se otorgó el documento está ubicada fuera de su competencia territorial, vemos que pueden presentarse problemas a dicho Juez al momento de decidir la tacha, todos como consecuencia de la brevedad del lapso concedido para la evacuación de las pruebas de tal medio de impugnación.

- 2.3.4 Para el caso de que se hubiere dado comisión para evacuar la Inspección en la oficina en donde se otorgó el documento, ¿como puede el Juez de Juicio apreciar dicha prueba si no presenció su evacuación? Sabemos que es permitido por la LOPT que el Juez comisione para la evacuación de una Inspección Judicial. Pero ello nos permite afirmar que dicha norma contraría el principio de la inmediación, según el cual no puede sentenciar la causa el juez que no ha presenciado el debate probatorio.
- 2.3.5 En cuanto a la tacha de una copia, hay que tener presente que si la tacha hubiere recaído en un documento consignado en copia, se debe fijar oportunidad para que se consigne en autos el documento original. Si la contraparte lo tiene en su poder, dado que se encuentra a derecho no se requiere de su notificación. Basta con dictar un auto por el Tribunal, para que surja su obligación de consignarlo.

La situación es diferente si el original se encuentra en manos de un tercero, ya que en tal caso debe imponerse a ese tercero la obligación de consignar el documento y es posible que su notificación no pueda lograrse de inmediato, con lo cual es difícil cumplir con la evacuación de la prueba dentro del lapso

correspondiente, máxime si se piensa que la experticia solo se podrá evacuar una vez que curse en autos dicho documento.

2.3.6. Todos los anteriores señalamientos nos obligan a plantearnos el problema que puede surgir por el hecho de que el resultado de todas las pruebas no conste en autos para el día en que habrá de celebrarse la audiencia para la evacuación de las pruebas.

Como sabemos, los jueces laborales han venido dictando sentencia de fondo a pesar de que no se encuentre incorporado al expediente el resultado de todas las pruebas promovidas.

Sin embargo, una decisión de tal naturaleza genera la interrogante de ¿hasta donde los principios de concentración, celeridad y brevedad que caracterizan al nuevo proceso laboral, pueden ser esgrimidos como justificantes para violentar el derecho a la defensa? ¿Es ello equitativo? ¿Es que acaso la equidad no es uno de los principios del derecho procesal laboral? ¿Qué sucede con los postulados contenidos tanto en el Preámbulo de nuestra Carta Magna, como en sus artículos iniciales que preconizan que se refunda la República para establecer una sociedad que consolide como uno de sus valores el imperio de la ley y la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, todo ello dentro de un Estado de Derecho y de Justicia? ¿Qué sucede con la obligación que tiene el Juez de analizar todas las pruebas que han sido promovidas y evacuadas?

Según el Artículo 49 constitucional, toda persona tiene derecho de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa y en una situación tan compleja como es la que se plantea con una tachá, tal lapso, definitivamente no es el adecuado para el ejercicio del derecho a la defensa, que es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso, incluyendo la materia regulada por la LOPT.

La gravedad de la situación nos la perfila una sentencia de la Sala Constitucional, según la cual:

(...) En este sentido la Sala observa, que no es deber y, por lo tanto, mal puede imputársele el accionante –demandante en el juicio principal– el

incumplimiento de una orden contenida en un auto dictado por el Tribunal de la causa, tendente a obtener el resultado de una prueba promovida por el demandante y admitida por dicho Juzgado, por cuanto la autoridad judicial es una de las características esenciales de la función jurisdiccional, sin la cual las providencias judiciales serán simples criterios jurídicos sin ningún efecto vinculante.

En este sentido, el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, señala lo siguiente: “ Los Jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, haciendo uso de la fuerza publica si fuere necesario” (omissis).

De tal modo que, en el presente caso, si el Tribunal de la causa, una vez admitida la prueba promovida por el demandante, ordenó a..... informar “sobre las cantidades que fueron depositadas y visto que, concluido el lapso probatorio, dicho organismo no cumplió con lo solicitado por el órgano Jurisdiccional, correspondía a éste hacer cumplir lo ordenado, bien mediante un auto para mejor proveer, conforme al citado artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, o por cualquier otro medio legal, como director del proceso, haga valer su autoridad judicial para que no quedara ilusorio el mandato emitido mediante el auto cuestionado, en acatamiento de la celeridad procesal, y por cuanto el proceso no se encontraba paralizado o suspendido ni por voluntad de las partes ni por algún motivo.

Así las cosas, la sala observa, que el Tribunal a quo no puede atribuir al accionante— demandante en el juicio principal— la coercibilidad que deben revestir las actuaciones judiciales para el logro de sus efectos vinculantes; antes por el contrario, tal como se señaló precedentemente, “el Juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio (artículo 14 del Código de Procedimiento Civil),.... por cuanto se insiste — no puede el presunto agravante privar al demandante— hoy accionante— de las resultas de la prueba promovida por éste y admitida por el Tribunal de la causa, con lo cual se vulnera el derecho a un proceso debido, entendido este como “aquel proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva”¹ (sentencia de la Sala del 15 de Febrero del 2000)⁶

⁶ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, sent. N. 1089 del 22-06-01, con ponencia del Magistrado Iván Rincón. Exp. N. 01-0892.

En otra sentencia de la misma Sala constitucional se decidió que:

(...) El comitente no fijara los informes (no entrará la cusa en estado de sentencia), hasta que no transcurra el lapso de la evacuación y los términos de distancias. Esto obliga al Juez de la causa a no llamar a informes sino transcurrido un lapso prudencial en el que el considere que se ‘había consumado el término de distancia de ida, el probatorio computado por el calendario del Juez de la causa (que no conocía el comitente y de allí lo prudencial de su fijación) y el término de vuelta.

Si vencido ese lapso prudencial no conste en autos el regreso de la comisión, el Juez de oficio o a instancia de parte debería solicitar el envío de la comisión, y si esto no ocurre o la parte interesada no lo insta, el juez— con el fin de evitar una dilación indefinida— procederá a fijar informes (...).⁷

Como lo hemos venido analizando, los Artículos 84 y 85 de la LOPT regulan la materia probatoria en la tachá y fijan la oportunidad para dictar la correspondiente sentencia, tanto la de la incidencia, como la de mérito.

Sabemos que en materia regulada por la LOPT (se refiera a la tachá o a la materia de fondo) no existe oportunidad para Informes, ni un lapso entre la finalización del periodo probatorio y el dictado de la sentencia, ya que ésta debe producirse tan pronto como éste haya culminado.

Aún cuando pareciere que la norma es clara, la misma debe ser interpretada.

Para ello vamos a tomar en cuenta dos sentencias. De la primera entresacamos los siguientes párrafos:

(...) resulta imperativo para la Sala, en ésta y en todas las oportunidades de determinación del contenido y alcance de la Ley como ejecución directa de la Constitución que es —bien por vía de interpretación autónoma, bien mediante cualquier otro mecanismo de actuación procesal— el efectuar una interpretación que atienda en un todo a los principios fundamentales del orden jurídico vigente. En otros términos, no se concibe un pronunciamiento judicial respecto al alcance de una

⁷ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, sent. del 09-11-01 de Noviembre de 2001 con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera

norma jurídica cuya aplicación se requiere, si el mismo no ha tomado en cuenta y no ha conciliado su decisión con el orden constitucional.

La Sala considera que, en el seno de nuestro Estado Constitucional de Derecho, fundado en la supremacía del estatuto constitucional, la concepción hermenéutica del Derecho no puede ya referirse a interpretaciones de la ley y de la Constitución, de manera subsuntiva y aislada, pues el análisis interpretativo de la Constitución y el ordenamiento jurídico conducen a una interpretación constitucional – que no interpretación de la Constitución – en virtud de la cual se determina el alcance de la norma jurídica a partir de los principios y valores constitucionales, incluso más allá del texto positivo de ésta.

Es lo que la doctrina más reputada entiende por interpretación del ordenamiento jurídico considerando obsoleta la interpretación de la ley, pues de la interpretación concebida como mera fórmula de determinación textual de una voluntad coherente y homogénea (manifestación en última instancia de la soberanía del legislador), se pasa a la interpretación como combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del Derecho (vid. Balaguer Callejón, María Luisa; “Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico”, Editorial Tecnos, Madrid, 1997).⁸

La segunda sentencia es de la Sala Constitucional y en ella se expresa que:

La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (ver-fassungskonforme Auslegung von Gesetze). Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. Les Forces créatrices du droit, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales,

⁸ Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Sent. N. 17 del 19-01-99, Exp. 15.395, con ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche)

soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.

Esto quiere decir, por tanto, que no puede ponerse un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta. Desde este punto de vista habrá que negar cualquier teoría que postule derechos o fines absolutos y, aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre éstas y los principios jurídicos (verfassungswidrige Verfassungsnormen) [normas constitucionales inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse ohne Naturrecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva cuyos sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1º eiusdem.⁹

El texto de las anteriores sentencias no puede dejar lugar a dudas: la interpretación constitucional de la ley, o lo que es lo mismo: interpretar la ley en función de los principios constitucionales. O dicho de otra manera, no se puede interpretar la ley y mucho menos aplicarla, en forma tal que ello acarree una violación a la Constitución. Restringir, mediante la implementación de un brevísimo lapso probatorio, el derecho a las partes a promover pruebas, es violentar el Artículo 49 constitucional, que, como ya lo dije, consagra la defensa como un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso, aparte de que “toda persona tiene derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para su defensa”.

⁹ Sala Constitucional, del 19-07-01, Exp. N. 01-1362, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz.

Conocemos decisiones de algunos tribunales de la República que tomando en consideración las anteriores sentencias, se han negado a fijar los Informes, a pesar de haber concluido el lapso probatorio, si no consta de autos el resultado de las pruebas promovidas.

En tal sentido han acordado:

1. Ratificar los oficios que fueron librados para evacuar la prueba de informes;
2. solicitar de los tribunales correspondientes, el resultado de las comisiones conferidas, en el estado en que se encuentren;
3. para el envío de las mismas se les fija un determinado número de días continuos a partir del momento del recibo del oficio;
4. que una vez cumplida esta formalidad y sean recibidas tales resultas dentro del plazo establecido, se inicie el lapso para presentar informes;
5. se le advierte a la parte solicitante que deberá velar para que lo ordenado se cumpla a cabalidad ya que de lo contrario, vencido dicho lapso sin que conste en autos el recibo de dicha actuaciones, el tribunal mediante auto expreso procederá a fijar la oportunidad para que las partes presenten los correspondientes informes;
6. que ello se fija así de conformidad con lo establecido en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Podemos observar que se ha creado un procedimiento que permite a las partes proceder a gestionar la incorporación de las pruebas al expediente, antes de la fijación de los Informes y por supuesto, antes de la sentencia.

Como vemos, tanto la Sala Constitucional, como los Tribunales de Instancia, en resguardo del derecho a la defensa han considerado que no deben fijarse los Informes hasta tanto no consten en autos el resultado de las pruebas promovidas, por lo que es posible sostener que tampoco debe sentenciarse hasta tanto no conste en autos el resultado de las pruebas promovidas y evacuadas.

Las precitadas circunstancias y el contenido esclarecedor de las sentencias arriba citadas, abonado por el criterio de los jueces de Instancia, me permiten

afirmar que el Juez laboral no debería dictar la sentencia de tachar, hasta tanto no conste en autos el resultado de todas las pruebas relacionadas con ella, como tampoco debería sentenciar el fondo hasta tanto no se encuentren agregadas al expediente la totalidad de las pruebas promovidas y evacuadas.

Pero si se alegare la celeridad procesal, al menos debía cumplirse con el procedimiento que aplican los jueces de instancia para la fijación de los Informes de las partes.

Con el anterior análisis ha quedado demostrado que el lapso para la evacuación de pruebas de la tachar, no conforma un “tiempo necesario para la defensa”

Las sentencias parcialmente transcrita y los conceptos anteriores me despejan cualquier duda que me quedare en cuanto a la inconstitucionalidad del lapso para la evacuación de las pruebas de la tachar y la violación que comete el Juez de Juicio cuando dicta sentencia (sea en la incidencia de tachar o en el fondo del asunto) sin que conste en autos el resultado de todas las pruebas.

Lo aquí expuesto no contradice la posibilidad que tiene el Juez de actuar en la incidencia, de lo cual se tratará en capítulo posterior (IV.6.b.)

3. LA TACHA INSTRUMENTAL O TACHA DE FALSEDAD DOCUMENTAL

3.1 Generalidades

Para Ricardo Henríquez La Roche:

la tachar de falsedad de un instrumento, público o privado, tiene por objeto la declaratoria de nulidad e ineficacia del mismo, por errores esenciales a su elaboración. Valga decir, que no haya intervenido el funcionario que supuestamente autoriza el acto, o que sea falsa la firma o la comparecencia del otorgante, o porque el funcionario atribuya al otorgante declaraciones que éste no haya dicho, o que se hayan hecho alteraciones materiales a la escritura con posterioridad a su otorgamiento capaces de cambiar su contenido, o, en fin, que el funcionario atestigüe haber realizado el acto en lugar o fecha distinta a la que consigna en la escritura. Todos estos vicios son de carácter formal y miran a la fabricación del instrumento.

En cambio, la falsedad ideológica del documento (simulación) o la nulidad del contrato o negocio jurídico contenido en el mismo, son defensas de fondo distintas a la tacha de falsedad, y deben ser argüidas como defensas de mérito por el sujeto interesado en la oportunidad legal, sin perjuicio de la valoración no tarifada que puede hacer el Juez laboral respecto al contenido de instrumentos. El artículo 1.382 del Código Civil expresa que “no dan motivo a la tacha del instrumento, la simulación, el fraude, ni el dolo en que hubieren incurrido sus otorgantes, sino a las acciones o excepciones que se refieran al acto jurídico mismo que aparezca expresado en el instrumento”.¹⁰

En la LOPT, la Tacha de Instrumentos está regulada por los Artículos 83, 84 y 85 que tienen el siguiente texto:

artículo 83. La tacha de falsedad de los instrumentos públicos y los privados, reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, se puede proponer incidentalmente en el curso de la causa, por los motivos siguientes:

1. Que no haya habido la intervención del funcionario público que aparezca autorizándolo, sino que la firma de éste haya sido falsificada.
2. Que aún cuando sea auténtica la firma del funcionario público, la del que apareciere como otorgante del acto haya sido falsificada.
3. Que es falsa la comparecencia del otorgante ante el funcionario público, certificada por éste, sea que el funcionario público haya procedido maliciosamente o que se le haya sorprendido en cuanto a la identidad del otorgante.
4. Que aún siendo auténtica la firma del funcionario público y cierta la comparecencia del otorgante ante aquél, el primero atribuya al segundo declaraciones que éste no ha hecho; pero esta causal no podrá alegarse por el otorgante que haya firmado el acto, ni respecto de él.
5. Que aún siendo ciertas las firmas del funcionario público y del otorgante, se hubiesen hecho, con posterioridad al otorgamiento, alteraciones materiales en el cuerpo de la escritura capaz de modificar su sentido o alcance.

¹⁰ Henríquez La Roche, Ricardo: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Ediciones Liber, Caracas 1995, Tomo III, p. 360.

6. Que aún siendo ciertas las firmas del funcionario público y los otorgantes, el primero hubiese hecho constar falsamente y en fraude de la ley o perjuicio de terceros, que el acto se efectuó en fecha o lugar diferentes de los de su verdadera realización.

3.2 *El Artículo 83 de la Ley y su referencia a los Documentos Públicos*

Sin querer entrar en la polémica sobre documento público y documento autentico, pudiéramos definir los documentos públicos como: “el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez, por otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado” (Artículo 1357 CO.CI.).

Por cierto que Ricardo Henríquez asimila los Mensajes de Datos con Certificación de Firma Electrónica, a los instrumentos públicos en cuanto intervine un agente certificador, autenticador de la firma, que es el Proveedor autorizado de Servicio de Certificación, según lo previsto en el Decreto-Ley N° 1.204 sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas.¹¹

Luego precisa el distinguido profesor que teniendo en cuenta que según el artículo 4° de la mencionada Ley, los Mensajes de Datos están atenuados al régimen de las pruebas libres del Código de Procedimiento Civil, debe concluirse que le *es aplicable por analogía* algunas de las causales de tacha de falsedad del instrumento público, ya que es un tercero en ejercicio de la autoridad pública de fedatario que le ha sido conferida, que da fe del validez y eficacia a la firma electrónica, del mismo modo que las tiene una firma autógrafa genuina. Por tanto, la entidad certificadora de la firma electrónica se asimila al funcionario que autoriza el otorgamiento de instrumento público, y la declaratoria de falsedad procederá si no ha habido intervención del certificador que aparezca autorizando el Mensaje de Datos por ser falsa la certificación misma, o por ser falsa la firma indebidamente certificada (lo cual puede ocurrir si el usuario no da aviso del uso indebido de su firma) que se hayan introducido alteraciones materiales en el cuerpo de la escritura

¹¹ Henríquez La Roche, Ricardo: *Nuevo Proceso Laboral Venezolano* Ediciones Liber, Caracas 2003, p. 254.

informática capaces de modificar su sentido o alcance, distintos a los cambios de forma propios del proceso de comunicación, archivo o presentación (cfr. Artículo 7° de la Ley especial).¹²

3.3 El Artículo 83 de la Ley y su referencia a los Documentos Privados

Nada se dice en la Ley en cuanto a las causales de tacha de los Documentos Privados, ya que las contenidas en el Artículo 83 solo son aplicables a los documentos públicos.

Algunos tratadistas de derecho procesal han sostenido que estudiando el Artículo 1358 CO.CI. se puede decir que documento privado es aquel que no reúne los requisitos para ser público.

Cuando menos el documento debe estar firmado por la persona que se obliga (Artículo 1.368 CO.CI.)

La redacción del Artículo 83 crea incertidumbre por cuanto después de la palabra “privados” sigue una coma, lo que significa que se habla de documentos públicos, de privados y de los reconocidos o los tenidos legalmente por reconocidos, haciendo aparecer a estos últimos como categorías diferentes de los documentos privados.

Como sabemos se trata de documentos totalmente diferentes no solo en cuanto a su formación, sino en cuanto a sus efectos.

Por la forma de redacción del Artículo 83, pudiera pensarse que cuando menciona la palabra privados, se refiere a los documentos privados simples, que son aquellos en los cuales no se puede precisar quien es su autor, ya que en su formación u otorgamiento no ha intervenido ningún funcionario público que pudiera certificar su autoría, o porque no han sido reconocidos en forma alguna.

¹² idem.

En relación con los documentos tenidos legalmente por reconocidos, hay que tener presente el Artículo 1363 del CO.CI. y recordar que en el otorgamiento de tales documentos no interviene funcionario publico alguno. Quedan reconocidos en virtud de que al haber sido opuestos en juicio no fueron desconocidos; o fueron reconocidos por su autor, o porque habiendo sido desconocidos el cotejo resultó positivo.

Al quedar reconocido el documento adquiere el mismo valor probatorio que el documento público. Sin embargo hay que recordar que los documentos públicos se impugnan mediante la tachar de falsedad, mientras que los privados reconocidos admiten prueba en contrario. Lo que puede tacharse es el acto mismo del reconocimiento, como lo regula el Artículo 1381 del CO.CI., situación no prevista en la LOPT

3.4 Causales de Tacha de los Documentos Privados

Las causales de tachar de los documentos privados se encuentran establecidas en el Artículo 1381 del Código Civil y ellas se refieren a firma apócrifa, escrituración maliciosa e ignota sobre una firma en blanco y alteración a posteriori de lo escrito y firmado.

De acuerdo con el Artículo 1381 del CO.CI., la tachar puede intentarse:

1. cuando haya habido falsificación de firmas;
2. cuando la escritura misma se hubiera extendido maliciosamente y sin conocimiento de quien aparezca como otorgante, encima de una firma en blanco suya; y
3. Cuando en el cuerpo de la escritura se hubieran hecho alteraciones materiales capaces de alterar o variar el sentido de lo que firmó el otorgante.

Estas causales no podrán alegarse, ni aún podrá desconocerse el instrumento privado, después de reconocido en acto autentico, a menos que se tache el acto mismo del reconocimiento o que las alteraciones a que se refiere la causal 3ª se hayan hecho posteriormente a éste.

En el caso de la tachar de este tipo de instrumentos se deben aplicar las mismas reglas que regulan la tachar de los documentos públicos.

3.5 *El Artículo 84 de la Ley. Precisiones al respecto*

El Artículo citado de la Ley tiene el siguiente texto:

La tacha de falsedad se debe proponer en la audiencia de juicio.

El tachante, en forma oral, hará una exposición de los motivos y hechos que sirvan de soporte para hacer valer la falsedad del instrumento. Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la formulación de la tacha, deberán las partes promover las pruebas que consideren pertinentes, sin que se admitan en algún otro momento, debiendo el Juez, en ese momento, fijar la oportunidad para su evacuación, cuyo lapso no será mayor de tres (3) días hábiles.

En cuanto a su contenido, hay que hacer algunas precisiones:

3.5.1 Oportunidad de la tacha

Antes fue aclarado que la tacha se puede proponer, únicamente en la audiencia de juicio.

3.5.2 Número de tachas

Se podrán producir tantas tachas como documentos sean presentados

Lo expuesto nos permite inferir que, dado el sistema de evacuación de pruebas (una a una), se podrán producir tantas tachas como documentos sean presentados.

Ahora bien, se pregunta ¿se abrirán tantas incidencias de prueba, como tachas se efectúen? ¿O se abrirá una sola incidencia, para demostrar las tachas propuestas?

Con base al principio de concentración procesal, pienso que solo habrá una incidencia probatoria, para demostrar los diversos supuestos de las tachas propuestas, solo que el abogado deberá ser muy cuidadoso para determinar en el escrito de pruebas, las probanzas que se refieren a cada una de las tachas formuladas.

3.5.3 La audiencia de juicio y la audiencia de tachar: dos momentos diferentes

Si durante la evacuación de las pruebas de juicio se propone la tachar, el juez debe abrir a pruebas la incidencia, por lo cual las partes tendrán dos días hábiles siguientes a la formulación de la tachar para promover las pruebas que consideren pertinentes.

La promoción de pruebas a estas alturas del proceso es una excepción al principio de que las pruebas se promueven al principio de la audiencia preliminar.

A pesar de que la norma no es clara en cuanto a la oportunidad para fijar la audiencia para la evacuación de las pruebas de la tachar, la misma debe serlo al primer día después de vencido el lapso para la promoción de las pruebas, una vez admitidas las mismas, aun cuando para algunos, tal fijación debe ser hecha en la misma oportunidad en que se abra a pruebas la incidencia de tachar.

Lo que se quiere destacar es que hay la audiencia del juicio (suspendida por la incidencia de tachar) y la audiencia para la evacuación de las pruebas de la tachar. Son dos audiencias totalmente diferentes en cuanto a la finalidad que persiguen y de allí que la incomparecencia a ellas tenga consecuencias diferentes. En el caso de la audiencia de tachar se trata de considerar desistida la tachar o desechado el instrumento del proceso, mientras que en la audiencia de juicio las consecuencias procesales son totalmente diferentes.

3.6 *El Artículo 85 de la Ley. Precisiones al respecto*

El Artículo 85 de la Ley está concebido en los siguientes términos:

La audiencia para la evacuación de las pruebas en la tachar podrá prorrogarse, vencidas las horas de despacho, tantas veces como fuere necesario, para evacuar cada una de las pruebas promovidas, pero nunca podrá exceder, dicho lapso, de cinco (5) días hábiles, contados a partir del inicio de la misma. En todo caso, la sentencia definitiva se dictará el día en que finalice la evacuación de las pruebas de la tachar y abarcará el pronunciamiento sobre ésta.

Parágrafo único: La no comparecencia del tachante a la audiencia en la que se dicta la sentencia se entenderá como el desistimiento que hace de la tacha, teniendo el instrumento pleno valor probatorio. Así mismo, con la no comparecencia en la misma oportunidad del presentante del instrumento, se declarará terminada la incidencia y quedará el instrumento desechado del proceso. En ambas situaciones se dejará constancia por medio de auto escrito

Con respecto a este artículo, tenemos lo siguiente:

3.6.1 El lapso para evacuar las pruebas. Actuación supletoria del Juez

La brevedad del lapso para evacuar las pruebas promovidas, hace imposible evacuar todas las pruebas que se pueden promover.

A pesar de lo que he señalado en cuanto a considerar que la brevedad del lapso atenta contra el derecho a la defensa, no debe olvidarse que el Juez laboral debe intervenir directamente en la conducción del proceso; debe buscar la verdad y, además, velar porque no se ejerzan pretensiones o defensas infundadas. Este poder, derivado de su posición de director del proceso, le permite, una vez planteada la tacha tomar ciertas medidas, como son:

1. Una vez que se encuentre en conocimiento de las pruebas con las cuales se pretende demostrar la tacha instrumental, desechar de plano las pruebas de los hechos alegados, si aun probados no fueren suficientes para invalidar el documento;
2. Ordenar la presentación del documento original, si lo que se hubiere presentado fuere una copia del mismo (Artículo 71 LOPT);
3. Desechar las pruebas y dar por concluída la incidencia, si observare que el documento cuya tacha se intenta no aporta elementos de convicción en cuanto a la materia en discusión.

3.6.2. Oportunidad para dictar la sentencia.

La norma expresa que la sentencia de tacha debe dictarse el día que finalice la evacuación de las pruebas de la tacha.

Como consecuencia de la incidencia de tacha, el dispositivo de la sentencia no pudo dictarse. Ahora bien, ¿en que oportunidad entonces se dictará el mismo?

Si nos atenemos al texto literal de la norma, el dispositivo del fallo definitivo debería dictarse en la misma audiencia en la cual finalice la evacuación de las pruebas de la tacha.

A pesar de que el texto de la norma es claro, pienso que la sentencia del juicio no debe dictarse tan pronto culmine la evacuación de las pruebas de la tacha por cuanto no existe obligación de las partes de asistir a la audiencia de evacuación de las pruebas de la tacha, sino una carga procesal. Es mas sano que una vez que culminó la audiencia de evacuación de las pruebas de la tacha, con el resultado que fuere, el Juez debería fijar, por auto expreso, la oportunidad (fecha y hora) para la reanudación y conclusión de la audiencia de juicio. Abona este criterio el hecho de que al hacerlo así, el Juez puede tener claro en su mente, las pruebas que se refieren al juicio principal y las que se refieren a la tacha, permitiéndole dictar una sentencia con situaciones perfectamente diferenciadas.

3.6.3 La sentencia de tacha

3.6.3.1 Su alcance

La decisión sobre la tacha se pronunciara en la sentencia definitiva.

Por ello en esa oportunidad puede suceder:

1. que todos estén presentes, caso en el cual el dispositivo de la sentencia de fondo se pronunciara, como punto previo, sobre la tacha que fue sustanciada.
2. La no comparecencia del tachante a la audiencia en la que se dicta la sentencia se entenderá como el desistimiento que hace de la tacha, teniendo el instrumento pleno valor probatorio;
3. Así mismo, con la no comparecencia en la misma oportunidad del presentante del instrumento, se declarará terminada la incidencia y quedará el instrumento desechado del proceso.

De acuerdo con el esquema anterior, la sentencia que deberá dictar el Juez el día que finalice la evacuación de las pruebas de la tachadura, deberá precisar algunos aspectos no contemplados en la LOPT.

Así tenemos que:

- a. De conformidad con el texto del Artículo 85 de la LOPT: “(...) la sentencia definitiva se dictará el día que finalice la evacuación de las pruebas de la tachadura y abarcará el pronunciamiento sobre ésta(...)”.

Queda claro que la sentencia que decide el fondo, también debe resolver la tachadura.

Si se llega a declarar con lugar la tachadura, dice la LOPT que el documento queda desechado del proceso. Sin embargo observamos que en la regulación del CPC es posible que haya soluciones intermedias, no tan drásticas, por lo que me pregunto, ¿si en caso de declararse con lugar la tachadura de falsedad instrumental, la sentencia tan solo va a declarar con o sin lugar la tachadura o ¿puede ordenar, por ejemplo, la cancelación, la reforma o la renovación del instrumento que declare falso en todo o en parte?

Creo que es posible esta solución intermedia, porque el Juez laboral está dotado de mayores poderes que el Juez civil, incluso para la apreciación de las pruebas.

3.6.3.2 El Pago de los Daños y Perjuicios

Si bien la Ley no regula el pago de los daños y perjuicios por quien hubiere tachado el instrumento con temeridad, pienso que de acuerdo al contenido del Artículo 48 de la LOPT es posible para el Juez sancionar al tachante malicioso, incluso con una multa.

3.6.3.3 Las Costas

Si la tachadura fuere declarada sin lugar se le deben imponer costas al tachante. Declarada con lugar, las costas deben recaer sobre el presentante del documento, de conformidad con el contenido del Artículo 61 de la LOPT,

pero haciendo la salvedad que si el perdidoso en la incidencia es un trabajador que devenga menos de tres salarios mínimos, queda exonerado de pagar costas, según la previsión del Artículo 64 ejusdem.

4. De la Tacha de Testigos

4.1 Observaciones Generales

Mediante la instrumentación de este medio de impugnación de la prueba testimonial, el tachante trata de que el testimonio del deponente no sea apreciado.

Esta regulada en los Artículos 101 al 102, ambos inclusive de la LOPT.

Antes de hacer un análisis a dichos artículos debemos hacer referencias a otros artículos de la Ley, sobre algunos de los cuales ya nos hemos pronunciado.

Como se sostuvo en capítulo anterior, hay que recordar que de acuerdo con el Artículo 73 LOPT, la oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar y que una vez finalizada la misma, el juez de sustanciación, mediación y ejecución, incorporará al expediente las pruebas promovidas por las partes a los fines de su admisión y evacuación ante el juez de juicio (Artículo 74), el cual dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del expediente, providenciará las pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

Llegada la oportunidad para la celebración de la audiencia de juicio, la misma será presidida por el juez de Juicio. En dicha audiencia, oídos los alegatos de las partes, se evacuarán las pruebas, oportunidad que, como ya se dijo, es, a su vez, la que brinda la posibilidad de impugnar las pruebas admitidas.

Por supuesto que entre esos medios de impugnación se encuentra la tacha de testigos.

4.2 Interrogantes que plantea la tacha de testigos

En cuanto a la Tacha de Testigos, al igual que lo hemos hecho en las anteriores ocasiones, creemos que es oportuno realizar alguna precisiones, como son:

4.2.1 ¿Es necesario fundamentar la tacha?

Según el Artículo 84, el tachante, en forma oral, hará una exposición de los motivos y hechos que sirvan de soporte para hacer valer la falsedad del instrumento.

Vemos que es expresa en cuanto a la exigencia de una formalización verbal de la tacha en lo que se refiere a la prueba instrumental.

Si bien es cierto que el Artículo 102 de la Ley remite a los Artículos 84 y 85, se entiende que es solo a los fines de los lapsos allí contemplados.

En lo que se refiere a la tacha del testigo, nada se dice en cuanto a la forma de hacerla. Únicamente queda claro que debe serlo en la audiencia de juicio.

Cabe preguntarse, si al no existir norma al respecto ¿es necesario hacer exposición alguna para señalar la o las causales de tacha? ¿Basta con decir que se tacha al testigo?

El señalamiento de los motivos de hecho y de derecho que fundamentan la tacha, a mi modo de ver resulta necesario porque es lo que va a permitir la realización de una actividad probatoria para demostrar la existencia de la causal alegada.

Por ello considero que debe aplicarse, por analogía, la disposición del Artículo 84, ya que al fin y al cabo son instituciones que persiguen fines similares, como es la no apreciación de una prueba. Por lo tanto, en el caso del testigo, igualmente debe hacerse una exposición con los motivos que sirven de base a la tacha propuesta.

4.2.2 Las inhabilidades del testigo

A diferencia del CPC, que tiene varios artículos sobre las inhabilidades del testigo, la LOPT regula la inhabilidad del testigo en un solo artículo: el 98 (igual al Artículo 477 CPC), según el cual no podrán ser testigos en el juicio laboral los menores de doce años; quienes se hallen en interdicción por causa de demencia y quienes hagan profesión de testificar en juicio.

En opinión de Ricardo Henríquez La Roche:

Se explica claramente, a la luz de la exposición anterior, la prohibición de testificar que esta norma consagra respecto a los menores de doce años y los entredichos. Estas personas, por su inmadurez o enfermedad mental no dan garantía de tener una memoria fiel de los actos percibidos; pueden confundirlos, de buena fe, con sus fantasías, o tergiversar hechos verdaderos enlazándolos con circunstancias de tiempo, lugar, modo, relación, etc., que realmente no corresponden.

Si la minoridad o enfermedad mental la tenía el testigo para la época en que se ubican los hechos, el testigo no es inhábil *per se*, pero no merecerá confianza su dicho por las dificultades o deficiencias de percepción y no de evocación. Igual de mérito probatorio tiene el inhabilitado (legalmente o de hecho) por senectud o por razones patológicas que lo hagan débil de entendimiento, incapaz o dudoso de recordar fidedignamente, lo que en su tiempo percibió y conservó en mente con claridad (...) ¹³

En el caso de los testigos profesionales, la inhabilidad viene dada por cuanto al tener como profesión la de servir de testigo, se supone que su testimonio no es veraz; que declara sobre hechos que no conoce y que recibe una suma de dinero por prestarse a ello.

4.2.3. Las causales de tacha del Artículo 98: ¿son taxativas?

El Artículo 508 del CPC y el Artículo 10 LOPT

Al mencionarse en la ley solo las contenidas en el Artículo 98, se pregunta ¿la enumeración del Artículo 98 LOPT es taxativa? ¿Que sucedió con otras inhabilidades para testimoniar consagradas en los Artículos 478 al 480 del CPC?

Como Uds. saben el Juez es el Rector del Proceso y como tal debe inquirir la verdad por todos los medios a su alcance, cuidando de que en el mismo no se atente contra la lealtad y la probidad que deben imperar en el proceso.

¹³ Henríquez La Roche, Ricardo: Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil, tomo III, Ediciones Liber, Caracas 1995, p. 497

En esa búsqueda de la verdad, debe desarrollar una especial actividad para descubrir si un testigo pone en duda su imparcialidad, o su interés; para poder desechar un testigo con cuyo testimonio se pueda violentar la intimidad del hogar y la vida privada (Artículo 60 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) o que se encuentre ligado por el afecto y la relación familiar con el promovente.

Adicional a lo expuesto se debe tener presente que de acuerdo con el Artículo 10 LOPT, los jueces laborales apreciarán las pruebas según las reglas de la sana crítica.

Dicho sistema de valoración de pruebas, en el caso de la prueba testimonial, concuerda perfectamente con el contenido del Artículo 508 del CPC, el cual contiene reglas de la sana crítica.

Por tales razones y a pesar de que la LOPT solo se refiera a algunas inhabilidades, no puede descartarse otras, que sin estar expresamente mencionadas en la Ley, pongan en duda la credibilidad del testimonio rendido. De allí que el Juez, para apreciar un testigo debe tomar en cuenta los motivos de las declaraciones, y la confianza que merezcan por su edad, vida y costumbres, por la profesión que ejerzan y demás circunstancias, desechar en la sentencia la declaración del testigo inhábil, o del que apareciere no haber dicho la verdad, ya por las contradicciones en que hubiere incurrido, o ya por otro motivo, aunque no hubiese sido tachado, expresándose el fundamento de tal determinación.

La cita argumental anterior me permite ratificar lo antes expuesto, de que aun cuando no se mencionen otras inhabilidades como las consagradas en los Artículo 478, 479 y 480 del CPC, cada vez que un testigo se encuentre incurso en una causal que haga dudar la credibilidad o confiabilidad de su testimonio, puede ser tachado y el Juez en su sentencia, aun declarada sin lugar la tacha, puede desechar su testimonio expresándose el fundamento de tal determinación.

Es necesario que el Juez en su decisión exprese la razón por la cual no aprecia un testigo, por cuanto ello forma parte de los motivos de derecho de la decisión, elemento que al faltar, acarrea la nulidad de la sentencia según el Artículo 160 LOPT

4.3 *El Artículo 100 de la ley. Precisiones al respecto*

El Artículo 100 de la Ley tiene el siguiente contenido: “La persona del testigo sólo podrá tacharse en la audiencia de juicio. Aunque el testigo sea tachado antes de la declaración, no por eso dejará de tomársele ésta, si la parte insistiere en ello. La sola presencia de la parte promovente en el acto de la declaración del testigo se tendrá como insistencia.”

El análisis de este artículo, nos produce las siguientes reflexiones:

4.3.1 Oportunidad de la tacha:

Una vez mas la imprecisión en la redacción de la norma cuando señala “aunque el testigo sea tachado antes de la declaración” ha hecho pensar a muchos que el testigo puede ser tachado después de la declaración, lo cual si bien es posible en el proceso civil ordinario, no lo es en el proceso laboral en donde las pruebas se cuestionan al momento de su evacuación. Por ello la tacha debe formularse en la audiencia de juicio, tan pronto como es anunciada la declaración del testigo. La sola presencia del promovente en la audiencia de juicio, al momento de declarar, equivale a insistir en que se le tome declaración.

4.3.2 La insistencia en la declaración:

Expresa Humberto Bello Tabares, un criterio que adhiero totalmente, pero que todavía no ha conseguido consagración jurisprudencial. Al efecto, expresa lo siguiente:

Si analizamos detenida y detalladamente el contenido del artículo antes transcrito, podemos observar que tachado el testigo en la audiencia de juicio, no por ello dejará de tomársele la declaración, siempre que ocurran dos circunstancias, a saber: a) Que la “parte” insistiera en ello; y b) Si la “parte” estuviere presente en la audiencia de juicio, caso en el cual opera una insistencia tácita en la toma de declaración del testigo. Pero como se sabe, a la audiencia de juicio pueden concurrir bien las partes o sus apoderados judicial, lo que se traduce —creemos— dada la redacción de la norma, que ninguna de estas causas de insistencia en la toma de declaración del testigo se activarán, si está

presente sólo el apoderado judicial y la “parte” no compareció a la audiencia de juicio, pues no puede tomarse como sinónimo las palabras “parte” y “apoderado.”

Luego, el apoderado judicial lógicamente no es parte, por lo que si el artículo 100 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo expresamente se refiere a “parte” los efectos que produce la presencia de la “parte” no puede ser suplida por su apoderado judicial, incluso este argumento lo apoyamos en el contenido del 46 *ejusdem* que prevé y considera como “parte” en el proceso al demandante y al demandado, no así a sus apoderados judiciales, más aún, el artículo 47 *ibidem* señala que las “partes” pueden actuar en el proceso a través de sus apoderados, situación ésta que deja claro que los apoderados no son partes.¹⁴

4.4 El Artículo 101 de la Ley. Precisiones al respecto

Otro de los artículos que se refiere a la tacha de testigos es el 101, cuyo texto es el siguiente:

No podrá tachar la parte al testigo presentado por ella misma, aunque la parte contraria se valga de su testimonio. El testigo que haya sido sobornado no deberá apreciarse ni a favor ni en contra de ninguna de las partes.

El Juez solicitará, por ante el Tribunal competente, el enjuiciamiento del testigo sobornado y del sobornador, cuando de los autos surjan responsabilidades.

En relación con el contenido de esta norma, hacemos las siguientes observaciones:

4.4.1. La parte y la tacha de su testigo:

La parte no puede tachar al testigo presentado por ella misma, por ser una actitud desleal, apuntalado por el principio de comunidad o adquisición de la

¹⁴ Bello Tabares, Humberto Enrique: Análisis Crítico del Régimen Probatorio en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo: Un enfoque Procesal, Tribunal Supremo de Justicia. Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Tomo II, Gráficas Capriles 2004, p. 777.

prueba. Por el hecho de haber promovido la prueba, la misma es del proceso y la circunstancia de que el promovente de la prueba tenga dudas en cuanto a que la declaración del testigo le pueda ser favorable, no es razón para tratar de desechar el testimonio propuesto.

4.4.2 El testigo no interrogado por el promovente

Se presentan dudas en cuanto a que sucede si el promovente de la prueba, estando presente el testigo en la Sala de Juicio al momento de comenzar la audiencia decide no interrogarlo ¿podrá ser repreguntado?.

A pesar de que en la LOPT no existe una norma similar a la del Artículo 485 del CPC, creo que por cuanto el contrainterrogatorio persigue esclarecer, rectificar o invalidar el dicho del testigo, no pueden formularse repreguntas, si no se han formulado preguntas. Ello no impide que el Juez, en uso de la facultad que le confiere el Artículo 156, pueda interrogar al testigo.

Por lo expuesto pienso que para el caso de que después de promovido un testigo y admitida la prueba, éste se hiciera presente en la Audiencia de Juicio, si bien no puede ser tachado, ni desistido su testimonio, la parte promovente se puede abstener de interrogarlo, con lo cual la parte contraria no puede repreguntarlo.

4.4.3 El testigo sobornado:

En cuanto al testigo sobornado hay una modificación en relación con el Artículo 500 del CPC el cual señala que en caso de soborno su testimonio no valdrá en favor de la parte que lo ha sobornado. En situación similar, el artículo en comento no permite apreciar su testimonio.

4.4.4 La solicitud de enjuiciamiento por ante el Tribunal competente:

la referencia que se hace, en caso de testigo sobornado, al enjuiciamiento de los implicados en dicha actividad por ante el Tribunal competente, no es posible en el estado actual de la legislación penal, ya que en todo caso la denuncia es

ante una Fiscalía del Ministerio Público, ante la cual se sustanciará lo conducente.

4.5 El Artículo 102 de la ley. Precisiones al respecto

El texto de dicha norma es el siguiente: "Propuesta la tacha, deberá comprobársela en el lapso que señalan los artículos 84 y 85 de esta Ley, admitiéndose también las que promueva la parte contraria para contradecirla. La decisión sobre la tacha se pronunciará en la sentencia definitiva".

Al existir una remisión a los Artículos 84 y 85 de la Ley, para la comprobación de la tacha, damos por validos las observaciones realizadas con relación a dichos artículos, las cuales nos permitimos reproducir, con los cambios necesarios.

4.6 El Artículo 84 de la ley. Precisiones al respecto. En tal sentido tenemos lo siguiente

artículo 84. (...) El tachante, en forma oral, hará una exposición de los motivos y hechos que sirvan de soporte para hacer valer la falsedad del instrumento. Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la formulación de la tacha, deberán las partes promover las pruebas que consideren pertinentes, sin que se admitan en algún otro momento, debiendo el Juez, en ese momento, fijar la oportunidad para su evacuación, cuyo lapso no será mayor de tres (3) días hábiles.

En cuanto a su contenido, hay que hacer los siguientes comentarios:

4.6.1 Oportunidad de la tacha

si bien es cierto que los Artículos 83 y 84 crean incertidumbre en cuanto al momento para proponer la tacha, ya que el primero dice que es "en el curso de la causa" y el segundo de los nombrados dice que es "en la audiencia de juicio", la practica judicial ha determinado que es en la audiencia de juicio, tan pronto como el testigo es llamado a rendir su testimonio.

4.6.2 Número de tachas

¿Se podrán producir tantas tachas como testigos sean presentados?

Mantenemos la misma duda en cuanto a lo expuesto con la tacha de falsedad, en el sentido de preguntarse ¿se podrán producir tantas tachas como testigos sean presentados? ¿Se abrirán tantas incidencias de prueba, como tachas se efectúen? ¿O se abrirá una sola incidencia, para demostrar las tachas propuestas?

Con base al principio de concentración procesal, pienso que solo habrá una incidencia probatoria, para demostrar los diversos supuestos de las tachas propuestas, solo que el abogado deberá ser muy cuidadoso para determinar en el escrito de pruebas, las probanzas que se refieren a cada una de las tachas formuladas.

4.6.3 La audiencia de juicio y la audiencia de tacha: dos momentos diferentes

Si durante la evacuación de las pruebas se propone la tacha, el juez debe abrir a pruebas la incidencia, por lo cual las partes tendrán dos días hábiles siguientes a la formulación de la tacha para promover las pruebas que consideren pertinentes.

A pesar de que la norma no es clara en cuanto a la oportunidad para fijar la audiencia para la evacuación de las pruebas de la tacha, la misma debe serlo al primer día después de vencido el lapso para la promoción de las pruebas, una vez admitidas las mismas, aun cuando para algunos, tal fijación debe ser hecha en la misma oportunidad en que se abra a pruebas la incidencia de tacha.

Lo que se quiere destacar es que hay la audiencia del juicio (suspendida por la incidencia de tacha) y la audiencia para la evacuación de las pruebas de la tacha. Son dos audiencias totalmente diferentes en cuanto a la finalidad que persiguen y de allí que la incomparecencia a ellas tenga consecuencias diferentes. En el caso de la audiencia de tacha se trata de considerar desistida la tacha o desechado el testimonio, mientras que en la audiencia de juicio las consecuencias procesales son totalmente diferentes.

4.7 El Artículo 85 de la ley. Precisiones al respecto

La audiencia para la evacuación de las pruebas en la tachá podrá prorrogarse, vencidas las horas de despacho, tantas veces como fuere necesario, para evacuar cada una de las pruebas promovidas, pero nunca podrá exceder, dicho lapso, de cinco (5) días hábiles, contados a partir del inicio de la misma. En todo caso, la sentencia definitiva se dictará el día en que finalice la evacuación de las pruebas de la tachá y abarcará el pronunciamiento sobre ésta.

parágrafo único: La no comparecencia del tachante a la audiencia en la que se dicta la sentencia se entenderá como el desistimiento que hace de la tachá, teniendo el instrumento pleno valor probatorio. Así mismo, con la no comparecencia en la misma oportunidad del presentante del instrumento, se declarará terminada la incidencia y quedará el instrumento desechado del proceso. En ambas situaciones se dejará constancia por medio de auto escrito.

Con referencias a este artículo, tenemos lo siguiente:

4.7.1 Oportunidad para dictar la sentencia

La norma expresa que la sentencia de tachá debe dictarse el día que finalice la evacuación de las pruebas de la tachá.

Como consecuencia de la incidencia de tachá, el dispositivo de la sentencia no pudo dictarse. Ahora bien, ¿en que oportunidad entonces se dictará el mismo?

Si nos atenemos al texto literal de la norma, el dispositivo del fallo definitivo debería dictarse en la misma audiencia en la cual se evacuen las pruebas de la tachá.

Por cuanto no existe obligación de las partes de asistir a la audiencia de evacuación de las pruebas de la tachá, sino una carga procesal, considero mucho mas sano que una vez que culminó dicha audiencia, con el resultado que fuere, el Juez debería fijar, por auto expreso, la oportunidad (fecha y hora) para la finalización de la audiencia de juicio. Abona este criterio el hecho de que al hacerlo así, el Juez puede tener claro en su mente, las pruebas

que se refieren al juicio principal y las que se refieren a la tachar, permitiéndole dictar una sentencia con situaciones perfectamente diferenciadas

4.7.2 La brevedad del lapso para evacuar las pruebas promovidas. Actuación supletoria del Juez

La brevedad del lapso para evacuar las pruebas promovidas, hace imposible cumplir con todas las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo no debe olvidarse que el Juez laboral debe intervenir directamente en la conducción del proceso; debe buscar la verdad y, además, velar porque no se ejerzan pretensiones o defensas infundadas. Este poder, derivado de su posición de director del proceso, le permite, perfectamente tomar ciertas medidas, como son:

1. Una vez que se encuentre en conocimiento de las pruebas con las cuales se va a demostrar la tachar del testigo, desechar de plano las pruebas de los hechos alegados, si aun probados no fueren suficientes para invalidar el testimonio;
2. Desechar las pruebas y dar por concluida la incidencia, si observare que el testimonio cuya tachar se intenta, no aporta elementos de convicción en cuanto a la materia en discusión.

4.7.3 La sentencia de tachar

Su contenido. La presencia o ausencia de las partes

Hay que tener presente que la decisión sobre la tachar se pronunciara en la sentencia definitiva.

Por ello en esa oportunidad puede suceder:

1. Que todos estén presentes, caso en el cual el dispositivo de la sentencia de fondo se pronunciara, como punto previo, sobre la tachar que fue sustanciada.
2. La no comparecencia del tachante a la audiencia en la que se dicta la sentencia se entenderá como el desistimiento que hace de la tachar;

3. Así mismo, con la no comparecencia en la misma oportunidad del promovente del testigo, se declarará terminada la incidencia y quedará el testimonio desechado del proceso;

4.7.4 Las Costas

Si la tacha fuere declarada sin lugar se le deben imponer costas al tachante. Declarada con lugar, las costas deben recaer sobre el presentante del documento, de conformidad con el contenido del Artículo 61 de la LOPT, pero haciendo la salvedad que si el perdidoso en la incidencia es un trabajador que devenga menos de tres salarios mínimos, queda exonerado de pagar costas, según la previsión del Artículo 64 ejusdem.

4.7.5 Los daños

Si bien la Ley no regula el pago de los daños y perjuicios por quien hubiere tachado el instrumento con temeridad, pienso que de acuerdo al contenido del Artículo 48 de la LOPT es posible para el Juez sancionar al tachante malicioso, incluso con una multa.

5. LA TACHA Y ALGUNAS DECISIONES

A fin de tener una idea de la forma como se enfoca el problema de la tacha a nivel judicial, me voy a permitir comentar dos decisiones que nos permiten darnos cuenta de que no hay un criterio unánime al respecto, aún cuando pienso que los jueces laborales están obligados a aplicar el de la Sala Social, a pesar de que esté errado.

5.1 *Sent. De un juzgado de primera instancia de juicio*

En lo que se refiere al punto que se comenta, o sea la tacha de testigos, dicha sentencia dice lo siguiente:

10.- De las Testimoniales promovidas por la actora se hace necesario previamente pronunciarse respecto a la tacha de la testigo Neudys

Arias efectuada oportunamente en la audiencia de juicio, por considerar la accionada que existe enemistad entre la testigo promovida y la empresa, ya que estuvo involucrada en una situación jurídica ante la Inspectoría del Trabajo, por un procedimiento al cual se le puso fin por una transacción, dicha incidencia originó a este Tribunal la apertura del procedimiento previsto en el Artículo 84 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, siendo promovidas y evacuadas las pruebas aportadas por la accionada en la oportunidad legal, acto al cual no compareció la representación judicial de la actora, –siendo criterio de quien suscribe que su incomparecencia no produce efecto alguno en su contra. Así se establece.- Del análisis de las pruebas aportadas en la incidencia de tacha por la parte proponente y la causal invocada para tachar la referida testigo referentes a: “enemistad” y aducir además “imparcialidad y falsedad de la declaración rendida por esta inclinada a favorecer a una de las partes”, esta Juzgadora considera que los supuestos de hechos expuestos por la accionada para fundamentar la tacha, no son suficientes para determinar que existe enemistad entre esta y la demandada, conclusión a la que llega esta juzgadora haciendo uso de la soberanía de criterio que en este sentido tenemos los jueces de instancia, ya que de las probanzas y de las argumentaciones del apoderado de las demandadas en el acto de evacuación de pruebas de la incidencia, se indicó que la reclamación que efectuó la testigo cuestionada ante la Inspectoría del Trabajo fue satisfecha mediante una transacción, es decir; –aprecia quien suscribe– que hubo acuerdo entre las partes, además de la información suministrada por la Inspectoría del Trabajo se observa que la ciudadana Neudys Arias desistió del procedimiento, por lo que no puede concluirse que exista enemistad entre la testigo y la demandada, y en consecuencia motivo para invalidar la declaración de la testigo, siendo forzoso declarar sin lugar la tacha de testigo propuesta. Así se decide.

De las testimoniales de los ciudadanos así como de la testimonial de Neudys Arias la cual es analizada en virtud de la improcedencia de la tacha propuesta, se observa respecto a sus declaraciones relacionadas a los hechos controvertidos, que todos fueron contestes al señalar que(...) ¹⁵

¹⁵ Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda. Guarenas 03-08-04.- Exp.Nº 040-03.

5.1.1 *Análisis a dicha sentencia*

Analizar la anterior sentencia no resulta fácil, por cuanto la misma es muy lacónica en cuanto a su contenido. Por esa razón tendremos que plantearnos varios escenarios.

5.1.1.1 La decisión en cuanto a la tachar

De acuerdo con lo expuesto, vamos a fijar una serie de hechos:

5.1.1.1.1 La tachar del testigo

Del texto de la sentencia se desprende que la parte actora promovió varios testigos; que en la Audiencia de Juicio, la accionada tachó a una testigo por considerar que existe enemistad entre la testigo promovida y la empresa.

5.1.1.1.2 La apertura a pruebas de la incidencia

Según se afirma en la sentencia, al producirse la tachar de la testigo, se creó la incidencia y por ello se abrió a pruebas el procedimiento según el Artículo 84 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

5.1.1.1.3 De las pruebas de la tachar

De acuerdo con la sentencia, la accionada promovió pruebas, las cuales fueron evacuadas *en la audiencia fijada para ello*.

5.1.1.1.4 La incomparecencia del promovente del testigo:

Que a dicha audiencia no compareció la representación judicial de la actora (promovente del testigo).

5.1.1.1.5 Efecto de la falta de comparecencia del promovente del testigo:

Según la sentencia que se comenta, la incomparecencia de la contraparte del tachante a la evacuación de las pruebas de la tachar, no le produce efecto alguno en su contra;

5.1.1.1.6. El análisis de las pruebas de la tachar:

Seguidamente la sentencia que se comenta procede a analizar las pruebas aportadas en la incidencia de tachar por la parte demandada, así como la causal invocada para tachar la referida testigo. Después de fundamentar su razonamiento concluye en que no se demostró que exista enemistad entre la testigo y la demandada, y en consecuencia motivo para invalidar la declaración de la testigo, siendo forzoso declarar sin lugar la tachar de testigo propuesta.

5.1.1.1.7 La sentencia y sus determinaciones.

5.1.1.1.7.1 La separación de las audiencias:

Pareciere que la juez separó la audiencia para la evacuación de las pruebas de la tachar, de la audiencia en donde debía dictar la sentencia de juicio.

Ello pudiere inferirse del párrafo de la sentencia que dice: "...acto al cual no compareció la representación judicial de la actora".

Se utiliza una afirmación en tiempo pasado (no compareció). De haber sido una sola audiencia se hubiere utilizado el tiempo presente (no se encuentra, o no está)

Abona esta circunstancia el hecho de que la sentencia declaró con lugar la demanda, por lo que se presume que la incomparecencia de la parte actora fue tan solo a la audiencia de evacuación de pruebas de la tachar.

5.1.1.1.7.2 Efecto de la falta de comparecencia de la representación judicial de la actora:

Queda determinado en la sentencia que la parte actora promovió varios testigos y que en la Audiencia de Juicio, la accionada tachó a uno de ellos.

De acuerdo con lo expuesto, la parte tachante del testigo es la parte demandada.

El contenido del Parágrafo Único del Artículo 85 de la LOPT señala las sanciones a la incomparecencia de las partes a la audiencia de evacuación de pruebas de la tachar.

Si no comparece el tachante, se entiende que desiste de la tacha.

Si no comparece el promovente del testigo, se declara terminada la incidencia y queda desechado el testimonio.

Del texto de la sentencia se desprende que en dicho acto estuvo presente el tachante (la parte demandada: la empresa), no así la parte promovente del testigo (la parte actora: el trabajador).

Por lo tanto, en dicha sentencia, en cuanto a la tacha se refiere, se comete un grave error.

En efecto, al sostenerse por la sentencia que no estuvo presente la representación de la parte actora (promovente del testigo), la Juez ha debido, mediante “auto escrito”, declarar terminada la incidencia y desechar el testimonio.

El auto en cuestión le serviría de base para la sentencia de fondo, en el sentido que él debe dejar resuelto el problema de la no comparecencia de las partes a la evacuación de las pruebas de la tacha. La sentencia de fondo se limitaría a hacer referencia a él en su narrativa.

La incomparecencia del promovente del testigo cuestionado a la evacuación de las pruebas de la tacha, si produce efectos sobre el testigo, ya que en tal caso se debe declarar la tacha con lugar.

Ahora bien, por cuanto la Juez decidió que tal incomparecencia no producía efecto alguno, era lógico que a renglón seguido analizara las pruebas, para poder pronunciarse sobre la declaratoria con o sin lugar de la tacha propuestas y es lo que justifica que no haya dictado “el auto escrito” de que habla el Artículo 85.

Hasta aquí se emite opinión en cuanto al problema de la tacha. Queda por analizar lo referente a la sentencia de fondo.

5.2 La Decisión en cuanto al fondo. Diversas Hipótesis

A continuación estableceremos varias hipótesis, para llegar finalmente a algunas conclusiones.

5.2.1 Oportunidad de la sentencia

El Juez procedió a dictar sentencia en oportunidad diferente a cuando concluyó la audiencia de la evacuación de pruebas.

Es indudable que la juez separó la audiencia para la evacuación de las pruebas de la tachá, de la audiencia en donde debía dictar la sentencia de juicio.

Ello se infiere cuando en la sentencia se dice: “(...) acto al cual no compareció la representación judicial de la actora”.

Se usa un tiempo pasado (no compareció). De haber sido una sola audiencia se hubiere utilizado el tiempo presente (no se encuentra, o no está).

Si ello fue así, la Juez al concluir la evacuación de las pruebas ha debido dictar un “auto escrito” en el cual dejaba constancia de la inasistencia del promovente (la parte actora).

Por lo demás, reanudada la audiencia de Juicio, la Jueza podía pronunciarse sobre el fondo de la demanda. La redacción de la sentencia permite suponer que en la audiencia de juicio, o sea cuando fue a dictar la sentencia de fondo se encontraban ambas partes, ya que la incomparecencia de la parte actora fue tan solo a la audiencia de evacuación de pruebas de la tachá.

De ser ésta la situación, la actuación de la Juez al dictar la sentencia de fondo, estaría más o menos ajustada a derecho, por cuanto faltó el auto escrito.

5.2.2 La separación de las audiencias

La Juez no separó las audiencias y procedió a dictar sentencia tan pronto como culminó la evacuación de las pruebas de la tachá.

Si ello es así, al haberse dejado constancia de la inasistencia del actor, dado que ella se produce en la audiencia de juicio, se ha debido declarar desistida la acción a tenor del Artículo 151 de la LOPT

La única posibilidad apegada a la ley que tenía el juez para pronunciarse sobre el fondo de la demanda, a pesar de que la actora no hubiera asistido a

la audiencia, es que separó dos momentos: el de la audiencia de tacha y el de la audiencia de juicio.

Al pronunciarse sobre el fondo se supone que lo hizo en momento diferente a la culminación de la audiencia de evacuación de pruebas de la tacha y que en esa oportunidad actor y demandado estaban presentes.

5.3 Sentencia de la Sala Social

El Juzgado Superior del Trabajo del Estado Nueva Esparta, conociendo de la apelación de la parte demandada, en sentencia del 01-07-04, revocó la decisión del Juzgado de Juicio del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial, que declaró con lugar la demanda. El Superior ordenó la reposición de la causa al estado de que el Juez de Primera Instancia de Juicio sustanciara la incidencia de la tacha de un testigo.

Según se dice en la sentencia de la Sala Social:

Señala el recurrente que la sentencia recurrida violó normas de orden público y le causó indefensión, contraviniendo lo establecido en los artículos 2º y 98 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y en el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil, cuando el Tribunal Superior en lugar de pronunciarse sobre el fondo de la causa, ordenó la reposición al estado de que se sustancie la incidencia por la tacha de testigo, sin constar en autos que la demandada hubiera tachado al testigo y sin que el testigo incurriera en causales de inhabilidad.

La Sala observa:

En el video de la audiencia de juicio se observa que la demandada tachó al testigo Félix Gómez por tener interés en el juicio y por cursar en su contra averiguación penal por forjamiento de documentos de la demandada, sin embargo no consta en autos que la demandada tachante hubiera promovido pruebas para comprobar la tacha de conformidad con lo establecido en el artículo 102 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, razón por la cual, el Juez ha debido resolver la tacha del testigo como punto previo y resolver también sobre el fondo del litigio y no ordenar la nulidad y reposición de la causa al estado de sustanciación de la incidencia de tacha de testigo.

Con tal proceder, la recurrida infringió el artículo 102 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y, en consecuencia, esta Sala declara procedente el recurso de control de la legalidad, anulándose el fallo recurrido.

Finalmente, y como quiera que si esta Sala decidiera al fondo de la controversia se resquebrajaría el principio de la doble instancia, con el grave riesgo de que las partes vieran limitado el ejercicio de su derecho a la defensa, se ordena la reposición de la causa al estado en que el Tribunal Superior competente decida el mérito de la causa, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.¹⁶

Del contexto de la anterior sentencia se desprende:

5.3.1 *Supuestos del Recurso*

En el caso bajo estudio se ejerció un Recurso de Control de la Legalidad, por cuanto la Juez Superior del Trabajo anuló la sentencia de la Juez de Juicio y repuso la causa al estado de que se abriera a pruebas la incidencia de tacha, dado que habiéndose tachado un testigo en la audiencia de Juicio, la Juez decidió el fondo, sin aperturar la incidencia.

5.3.2 *La decisión de la Sala*

Resumiendo la decisión de la Sala, ésta consideró que:

(...) no consta en autos que la demandada tachante hubiera promovido pruebas para comprobar la tacha de conformidad con lo establecido en el artículo 102 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, razón por la cual, el Juez ha debido resolver la tacha del testigo como punto previo y resolver también sobre el fondo del litigio y no ordenar la nulidad y reposición de la causa al estado de sustanciación de la incidencia de tacha de testigo(...).

¹⁶ Sent. Nro. 160 del 15-03-05 de la Sala Social, con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo.

De lo antes transcrito, se puede deducir que:

5.3.3 El Juez de juicio puede o no abrir la incidencia de tacha

No puede aceptarse esta posibilidad por ser contraria al texto expreso de la Ley.

Conocemos el criterio de Ricardo Henríquez La Roche, según el cual:

El acto mismo de examen del testigo tachado en la audiencia de juicio, sobre cuya declaración insistió expresa o tácitamente la parte promovente, puede constituir la prueba de procedencia de la tacha, si de ella surge evidenciado por las repreguntas, el interrogatorio del juez o la propia aclaratoria del testigo, de que sí existe la causa que le reputa legalmente como parcializado o sospechoso.¹⁷

Pero si aun si quisiere aceptar como valido su planteamiento, no es menos cierto que el Juez, dotado de poderes de dirección del proceso como lo expuse supra, si bien pudiere considerar innecesaria la apertura de la incidencia de tacha después que ha oído la declaración del testigo, así debe hacerlo constar mediante auto expreso.

Lo que no puede, como pretende la Sala, es ignorar la tacha propuesta y entrar a sentenciar el fondo.

5.3.4 La promoción de pruebas a pesar de no haberse abierto a pruebas la incidencia

Resulta igualmente contrario al texto de la ley, la posición de la Sala en cuanto a declarar sin lugar la tacha por cuanto no consta en autos que la demandada tachante hubiera promovido pruebas para comprobar la tacha, ya que el objeto de la reposición decretada por el Superior era para que se diera oportunidad al tachante para promover pruebas, ya que el Juez de Juicio no lo permitió, al no abrir la incidencia correspondiente.

¹⁷ *Henriquez La Roche, Ricardo: Nuevo Proceso Laboral Venezolano*, Ediciones Liber, Caracas, 2003, p. 276.

5.3.5 La sentencia que se analiza ¿deroga la Ley?

Pareciere, entonces, que de acuerdo con el criterio sustentado en la sentencia que se cita, conjuntamente con la proposición de la tacha, deben señalarse las pruebas con las cuales se pretende probar la misma, lo cual contradice la disposición legal, ya que primero se tacha, luego se abre el lapso de promoción de pruebas y mas tarde se evacuan las propuestas.

Lo que resulta contrario a la Ley es que la Sala diga que se declara sin lugar la tacha, sin que se haya abierto el lapso para promover las pruebas dirigidas a demostrar la causal de tacha que oportunamente se alegó.

Conclusiones

Expuestas las anteriores ideas, considero oportuno resumir los puntos expuestos a lo largo de este pequeño trabajo, así:

- a. Que al haberse dictado la Ley Orgánica Procesal del Trabajo bajo los postulados constitucionales de regular un proceso que se caracterice por los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad, todas las instituciones regidas por dicha Ley, quedan sometidas a dichos principios, lo que hace que, en el caso en estudio, la institución de la tacha deba ser analizada a la luz de tales principios y no bajo la óptica del Derecho Procesal Civil;
- b. Que si bien nuestro proceso laboral participa de los principios de autonomía y especialización, no es menos cierto que no estamos ante un proceso laboral totalmente cerrado a la aplicación de normas del proceso civil.
- c. Que el legislador laboral, imbuido de varios de los principios que arriba hemos señalado, rodea a la tacha, de perfiles propios, sin la complejidad del proceso civil, cuidando aplicar los principios de brevedad, oralidad, intermediación y concentración, exigidos por la Constitución, como base de la normativa procesal laboral.

Ello nos permite explicar, no solo la existencia de algunas lagunas, sino la presencia de criterios diferentes en cuanto a una misma situación.

- d. La concentración de la compleja materia de la tacha dejó sin regulación la tacha por vía principal; la tacha del documento privado; la existencia de un variado número de causales de tacha de testigos y crea dudas en cuanto a si el lapso concedido para demostrar la causal alegada, resulta suficiente.
- e. En la audiencia de juicio, oídos los alegatos de las partes, se evacuarán las pruebas, oportunidad que es, a su vez, la que brinda la posibilidad de intentar la tacha de falsedad y la tacha de testigos.
- f. La tacha que se reguló en la LOPT es la referida a la tacha de documentos públicos, ya que todos los ordinales que conforman dicha norma hacen referencia a la intervención del funcionario público.

La tacha de los documentos privados se rige por el Artículo 1.381 del Co.Ci., pero aplicando los principios que rigen la tacha según la LOPT

- g. se podrán producir tantas tachas como documentos sean presentados o testigos sean tachados.

En base al principio de concentración procesal, solo habrá una incidencia probatoria, para demostrar los diversos supuestos de las tachas propuestas.

- h. Abierta a pruebas la incidencia de tacha, hay que tener presente que hay dos audiencias totalmente diferentes en cuanto a la finalidad que persiguen y de allí que la incomparecencia a ellas tenga consecuencias diferentes.
- i. La sentencia sobre la tacha bien puede dictarse en una oportunidad posterior a la terminación de evacuación de las pruebas de la tacha, la cual debe quedar fijada por auto expreso.
- j. La brevedad del lapso hace imposible evacuar todas las pruebas que se pueden promover a fin de demostrar la causal alegada.
- k. Una vez que la parte tacha un documento público, el Juez debería ordenar la inmediata notificación del Fiscal del Ministerio Público.
- l. En lo que se refiere al auto escrito que deja constancia de la no comparecencia de las partes considero que se trató de una ligereza del Legislador.

- m. Si la tachar fuere declarada sin lugar se le deben imponer costas al tachante.
- n. Que aun cuando no se mencionen otras inhabilidades como las consagradas en los Artículos 478, 479 y 480 del CPC, cada vez que un testigo se encuentre incurso en una causal que haga dudar la credibilidad o confiabilidad de su testimonio, puede ser tachado y el Juez en su sentencia, aun declarada sin lugar la tachar, puede desechar su testimonio expresándose el fundamento de tal determinación.
- ñ. Comparto la opinión de Humberto Bello Tabares,¹⁸ según la cual no puede tomarse como sinónimo las palabras “parte” y “apoderado”. Luego, el apoderado judicial lógicamente no es parte, por lo que si el artículo 100 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo expresamente se refiere a “parte” los efectos que produce la presencia de la “parte” no puede ser suplida por su apoderado judicial.
- o. Para el caso de que después de promovido un testigo y admitida la prueba, éste se hiciere presente en la Audiencia de Juicio, si bien no puede ser tachado por su promovente, ni desistido su testimonio, la parte promovente se puede abstener de interrogarlo, con lo cual la parte contraria no puede repreguntarlo.
- p. En caso de testigos sobornados la denuncia es ante una Fiscalía del Ministerio Público.
- q. La tachar, cualquiera que ella fuera, debería proponerse en la audiencia preliminar, como lo sostiene Humberto Bello Tabares.¹⁹

Las anteriores Conclusiones nos permiten observar los cambios realizados y así darnos en cuenta de que es una materia que día a día permitirá a Jueces y abogados múltiples interpretaciones de un mismo asunto.

Si tomamos en cuenta la diversidad de puntos mencionados a lo largo de nuestra exposición y el esfuerzo del Legislador por adecuar el complejo procedimiento de la tachar a los nuevos postulados procesales laborales, nos

¹⁸ Bello Tabares, Humberto Enrique: ob. cit. p. 777.

¹⁹ Bello Tabares, Humberto Enrique: Ob. Cit. p. 764

podemos explicar, no solo la existencia de lagunas, sino la presencia de criterios diferentes en cuanto a una misma situación.

Sin embargo nos atrevemos a afirmar que si bien es cierto que son muchas las preguntas que se hacen con respecto a la aplicación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, no es menos cierto que el tiempo, aliado de la Jurisprudencia, será el encargado de darle solución a muchos asuntos que hoy en día parecen conflictivos. Estoy seguro de que la mística que en el ejercicio de sus funciones pone cada uno de los jueces que manejan la materia laboral, ayudará enormemente a perfeccionar una Ley que nació para marcar cambios fundamentales en la administración de justicia de nuestro País.

El principio de economía procesal en el proceso por audiencias laboral

Carlos J. SARMIENTO SOSA*

“...en la búsqueda de una Justicia rápida no debemos olvidar las debidas garantías procesales. Puesto que habrá un límite en la supresión o disminución de trámites (recursos, incidencias) constituido por aquellos imprescindibles para garantizar los debidos derechos de las partes en juicio”.

ENRIQUE VESCOVI

Abogado. Doctor en Derecho. Profesor de Arbitraje Comercial. Arbitro institucional e independiente. Miembro de: **Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal**. Ex Presidente de la **Federación Interamericana de Abogados**. Ex Vicepresidente de la **Asociación Mundial de Juristas**. Autor de obras jurídicas, varias de ellas laureadas por veredictos del Comité Premio al Libro de la Federación Interamericana de Abogados. Socio de **Hoet Peláez Castillo & Duque Abogados**, de Caracas.

Abreviaturas más frecuentes: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: La Constitución. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo: EM-LOPT. Ley Orgánica Procesal del Trabajo: LOPT. Código de Procedimiento Civil: CPC. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica: El Código Modelo. Principios y Reglas de Procedimiento Civil Transnacional: ALI/UNIDROIT (PRPCT). Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución: JSME. Juez de Juicio: JJ.

SUMARIO:**Introducción.**

- 1. El principio de economía procesal.**
 - 2. Contenido del principio de economía procesal.** *2.1 El principio de celeridad. 2.2 El principio de concentración. 2.3 El principio de preclusión. 2.4 El principio de eventualidad.*
 - 3. El principio de economía procesal en la EM-LOPT.**
 - 4. El principio de economía procesal en la LOPT.** *4.1. El principio de economía procesal y el juez laboral. 4.2 El principio de economía procesal y el proceso laboral.*
 - 5. El principio de celeridad procesal en la LOPT.** *5.1 El sistema de notificaciones. 5.1.1 El principio de que las partes están a derecho. 5.1.2 El principio de la notificación en audiencia. 5.1.2.1. El principio de la notificación en audiencia para la contestación de la demanda. 5.1.2.2 El principio de notificación en audiencia para la apelación. 5.1.3 El principio de notificación en oficina. 5.1.4 El principio de notificaciones personales o a domicilio.*
 - 6. El principio de concentración en la LOPT.** *6.1 El principio de concentración en la audiencia preliminar. 6.2 El principio de concentración en la audiencia de juicio. 6.3 El principio de concentración en la segunda instancia. 6.4 El principio de concentración en el recurso de casación. 6.5 El principio de concentración en el litisconsorcio.*
 - 7. El principio de preclusión en la LOPT.**
 - 8. El principio de eventualidad en la LOPT.**
- Conclusiones.**

INTRODUCCIÓN

La lentitud de la justicia parece cosa de todos los tiempos y de todos los lugares. En el clásico latino, Aulo Gelio, en “Noches Aticas”, expresa sus deseos de aprender los deberes del cargo, y en especial “lo que concierne a prórrogas y aplazamiento y las ceremonias legales”¹.

¹ Santiago Sentís Melendo. “*El proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina*”. EJE, Buenos Aires, 1957, pp. 67-68. El profesor Sentís, al glosar sobre la dilación judicial

En la península ibérica, una antigua crónica forense² relata que unas tribus gitanas acampadas en Andalucía discutían violentamente la propiedad de unas caballerías. Pero, antes de que la sangre llegara al río, los más ancianos acordaron someter la contienda al juez de la comarca. El pleito fue largo y complicado y, en sus tres instancias, llegó hasta Madrid. Al cabo de varios años, una de las tribus ganó el litigio; pero ya las caballerías habían muerto de puro viejas. Para pagar los cuantiosos gastos judiciales, los vencedores tuvieron que vender sus viejos carromatos en los que cumplían el destino nómada de su raza. Y descalzos y a pie, errando por las duras carreteras andaluzas, lanzaron a sus enemigos la sarcástica maldición: *Tengas pleitos y los ganes!*

La dilación procesal ha sido ironizada en la literatura inglesa. Así Charles Dickens, en *Bleak House* habla del litigio “Jarndyce vs. Jarndyce”, con sus miles de fases, abogados que fallecieron durante el proceso, peticiones, reconvenciones, excepciones dilatorias, réplicas, duplicas, triplicas, informes de jurisconsultos, toneladas de papeles escritos, agregando que “en el proceso son innumerables los mortales que han entrado como partes de la causa al nacer, son innumerables los que han cambiado de estado civil en la causa; son innumerables los que desaparecido de la causa muriéndose de viejos”.

Este estado de cosas se reflejó en la América Hispana, por lo que el régimen procesal colonial e inmediatamente post independentista se ciñó al proceso romano-canónico, medioeval, concebido por el maestro Jacobo de Las Leyes³, escrito en su más amplio sentido, secreto, burocrático, de predominio de la tarifa legal en la evaluación de la prueba, y de una gran lentitud⁴, que se

menciona “Noches Aticas”, en cuyo Cap. II del Libro décimocuarto, titulado “*Disertación de Favorino, por consulta mía, sobre los deberes del juez*”, y que se escribió con ocasión de la primera intervención de Aulo Gelio como juez.

² Menciona de: José Gabriel Sarmiento Núñez. “*Maldición gitana*”. En Temas Jurídicos. Editada por la Fiscalía General de la República, Caracas, 1972, p. 9.

³ Aristides Rengel Romberg. “*La Justicia y el Proyecto de Código de Procedimiento Civil*”. En Estudios Jurídicos. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas/2003, p. 361.

⁴ Mauro Capelletti. “*La oralidad y las pruebas en el proceso civil*”, Buenos Aires, 1972. También en “*La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*”, Milano, 1974, y en “*Procédure orale e procédure écrite*”, Milano, 1971. Cita de: Carlos J. Sarmiento Sosa. “*La Justicia Civil y Fórmulas alternas de solución de controversias: El caso Venezuela*”. En Temas Fundamentales de Análisis Económico del Derecho. Actas del III Congreso de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Análisis Económico del Derecho. Junio, 1997.

prorrogó hasta más allá de la segunda parte del S. XX y que aún se refleja en muchos códigos procesales de la región⁵.

Modernamente, ha existido una constante preocupación de parte de los científicos del derecho procesal en la búsqueda de fórmulas para acelerar los procesos porque su duración anormal comporta una denegación de justicia, por lo cual debe reducirla al mínimo posible, sin mengua del derecho de defensa y con las garantías del debido proceso⁶ y trazando directrices para que la justicia se administre con mayor celeridad, con más seguridad y certeza, con la debida publicidad y especialmente que sea plena y accesible a toda la colectividad sin discriminaciones de ninguna especie⁷. De allí que, en Iberoamérica, en el artículo 10 del Código Modelo, se expresa:

Los actos procesales deberán realizarse sin demora, tratando de abreviar los plazos cuando se faculta para ello por la ley o por acuerdo de partes y de concentran en un mínimo acto todas las diligencias que sea menester realizar.

En el orden mundial donde rige el estado democrático de derecho en el cual los jueces son imparciales e independientes y cuentan con determinados derechos, como la estabilidad en los cargos, remuneración adecuada y derecho

⁵ Resumen Ejecutivo. “*Justicia y gobernabilidad. Venezuela: una reforma judicial en marcha*”. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Editorial Nueva Sociedad, primera edición, Caracas, 1998, p. 24.

⁶ José Gabriel Sarmiento Núñez. “*Consideraciones sobre la reforma del CPC venezolano*”. En: Libro Homenaje a Jaime Guasp, Comares, Madrid, 1984, pp. 551-552. Informa el autor que durante las V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, los juristas reunidos en Bogotá en 1970, aprobaron la ponencia sobre la dilación procesal presentada por los profesores Hernando Morales Molina y Hernando Devis Echandía, denominada “*El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones*”. Enrique Vêscovi. “*Manual de Derecho Procesal Actualizado según el Código General del Proceso*”. Ediciones Idea, Montevideo, 1991, p. 79. Carlos J. Sarmiento Sosa. “*La Justicia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”. Vadell Hermanos Editores, Caracas-Venezuela, 2000, pp. 73-74. Carlos J. Sarmiento Sosa. “*Los principios del proceso civil en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*”. En: “*La Ley Orgánica Procesal del Trabajo –Ensayos–*”. Serie Normativa No. 4, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas/Venezuela/2004, p. 293.

⁷ José Gabriel Sarmiento Núñez. “*Palabras de clausura pronunciadas en representación de los congresistas extranjeros*”. Memorias de las VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo I, Quito, Ecuador, 1982, p. 369.

a jubilación, también los procesalistas han propugnado propuestas tendientes a mejorar la agilidad en los trámites procesales porque no cabe duda de que el mal de la lentitud es el que más contribuye a producir el otro de la carestía, que es el que ha dado lugar a la conocida representación de la litis, según la cual el vencido aparece desnudo y el vencedor vestido de papel⁸. Así, en los PRPCT⁹, se recogen los principios del proceso civil y, entre ellos, se incluye, el derecho a obtener una pronta decisión judicial en los siguientes términos:

7. Prompt Rendition of Justice

7.1. The court should resolve the dispute within a reasonable time.

7.2. The parties have a duty to cooperate and a right of reasonable consultation concerning scheduling. Procedural rules and court orders may prescribe reasonable time schedules and deadlines and impose sanctions on the parties or their lawyers for noncompliance with such rules and orders that is not excused by good reason.

En los comentarios al principio 7 del derecho a pronta administración de justicia del PRPCT añade algo que más que novedoso es vital para el estado de derecho, cual es que ese principio no es solamente un asunto de acceso a la justicia sino que debe ser considerado como un esencial derecho humano¹⁰, como lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en su artículo 8.1.: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (...)”.

Esta inquietud de los científicos del derecho procesal también ha sido compartida en el orden del derecho constitucional. Así, en la Constitución del Reino de España de 1978, en el numeral 2 del artículo 24 se expresa:

... todos tienen derecho a juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación

⁸ Sentís. Op. cit., pp. 67-68.

⁹ Se trata de un proyecto de normativa codificada a cargo de Instituto Internacional para la Unificación Derecho Privado (UNIDROIT) y The American Law Institute, cuyo borrador final fue sometido a discusión en la reunión anual de The American Law Institute celebrada en mayo de 2004. Ha sido recogido en: Ali/unidroit Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. The American Law Institute, 2004.

¹⁰ ALI/UNIDROIT..., p. 38.

formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías...

En la Constitución del Ecuador, en el artículo 193, se dispone:

Las leyes procesales procurarán la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites. El retardo en la administración de justicia, imputable al juez o magistrado, será sancionado por la ley.

En la Constitución, el artículo 257, es claro y terminante con respecto a esta materia y, al efecto dice¹¹:

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.

Igualmente, la Constitución, en la disposición transitoria Cuarta, dispuso que, dentro del primer año de la instalación de la Asamblea Nacional, se aprobara:

Una ley orgánica procesal del trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso.

En acatamiento de esta norma conminatoria, el legislador dio a luz la LOPT para que incorporara los principios procesales a los cuales aludía el constituyente para modernizar la vetusta legislación adjetiva laboral porque ciertamente que el proceso laboral venezolano, para 1999 y años precedentes, estaba caracterizado excesivamente por el principio de escritura siendo, además, lento, pesado, formalista, mediato, oneroso y no provechoso, para

¹¹ Obsérvese la marcada similitud entre las normas constitucionales española, ecuatoriana y venezolana. También consultar los artículos 192, 194 y 195 de la Constitución del Ecuador y constátese la semejanza con el artículo 257 de la Constitución, lo que acredita que son fuente directa e inmediata de este último. Ver: Sarmiento Sosa, “*La Justicia...*”, p. 48.

nada, a la justicia, lo que había ocasionado por completo la justicia laboral convirtiéndola en una enorme y cargada estructura burocrática que en vez de contribuir a mantener la armonía social y el bien común, se había convertido en un instrumento de conflictividad social¹².

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.

La intención que me propongo es 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. A tal fin, comenzaré por analizar 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.

¹² EM-LOPT. Estas expresiones del legislador laboral son ciertas, pero lo que oculta, como otro elemento justificante de esa atroz situación, es el hecho notorio de la existencia de innumerables causas producto de la interesada litigiosidad de parte del ejercicio inescrupuloso del derecho de acceso a la justicia por parte de las argucias de los malos litigantes, abogados ávidos de dinero fácil, quienes inventaban más de una cuantiosa demanda para forzar a los patronos a una transacción, lo que a la vez incitaba a los asesores legales de estos últimos a aprovechar las deficiencias del sistema procesal para, por la vía de la formación de incidencias, alargar los procesos para que la eventual transacción resultara más equilibrada, aunado todo ello a la evidente falta de transparencia en la administración de justicia. Téngase presente que la derogada Ley Orgánica del Tribunales y Procedimiento del Trabajo preveía un proceso especial con marcado predominio del principio de escritura pero con lapsos reducidos frente a los que de manera general contenía el Código de Procedimiento Civil para el juicio ordinario. A este respecto, he expresado que si bien es cierto que la derogada ley procesal laboral no llenó las expectativas de patronos y trabajadores, ello no es imputable solamente al legislador, sino que la deficiencia de la administración de justicia durante años ha impedido que los procesos, como actividad jurídica que está a cargo del Estado, y del Poder Judicial en especial, cumplieran su verdadero y esencial cometido de dirimir y resolver, en justicia, las controversias entre patronos y trabajadores (*Los principios...*, p. 262).

Como corolario de esta introducción, debo manifestar la sorpresa que recibí, mientras realizaba la investigación, al observar que en Italia, así como el maestro del derecho procesal, Giuseppe Chiovenda, en el orden científico jurídico denunciaba que el proceso italiano vigente para entonces era lento, complicado y costoso, el estado fascista surgido a raíz de la “*Rivoluzione delle Camicie nere*”, como todo régimen totalitario, hacía suyos principios que la más imparcial y fecunda doctrina procesal había declarado ya como fundamentos de una reforma orgánica y provechosa¹³. Al efecto, al igual que cualquier gobernante populista, declaraba *Il Duce* que la justicia:

...debe ser cómoda y rápida, quien pida justicia, no ha de ser sofocado por procedimientos demasiado complicados y ella debe ser obtenida en el más breve tiempo posible; no basta que cada hombre sienta que encontrará la justicia que busca, es necesario que no espere un siglo para obtenerla, es preciso que sea solícita y profundamente humana. Es necesario no dar la impresión de que el individuo podrá tener razón sólo después de haber naufragado en un mar de papeles¹⁴.

1. EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

Cuando se habla de economía procesal, es lícito pensar que se trata de los aspectos económicos del proceso; o de economía de tiempo; o, simplemente, de brevedad procesal o de celeridad procesal; y es razonable que se pueda especular así porque hay que admitir que “el tiempo, en el proceso, más que oro, es justicia”, que en otra interpretación podría significar que “en la justicia no cabe demora: y el que dilata su cumplimiento la vuelve contra sí”¹⁵.

Dentro de este orden de ideas, cuando se trata de la reforma integral del sector justicia, comúnmente se comenta acerca de la necesidad de la modernización, transparencia, celeridad e imparcialidad del sistema de justicia, en el sentido de imponer en el proceso civil juicios orales y abreviados¹⁶; de

¹³ Aristides Rengel Romberg. “*La Reforma Procesal Italiana de 1942*”. En Estudios Jurídicos..., p. 121.

¹⁴ Cita de Rengel. “*La Reforma...*”, p. 121.

¹⁵ Frases respectivamente atribuidas al procesalista uruguayo Eduardo J. Couture y al poeta cubano José Martí.

¹⁶ “Justicia y gobernabilidad...”, p. 24.

igual manera, en materia constitucional y de derechos humanos –y en la ciencia procesal propiamente dicha– es frecuente, como se ha visto *supra*, la referencia a los conceptos de brevedad, celeridad, rápida administración de justicia y otros calificativos similares, como abreviación, porque en realidad lo que se aspira es que el proceso se cumpla en el menor tiempo posible. Tal es el caso venezolano, en el cual la Constitución, en el artículo 26, proclama que se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas, y en el artículo 257 declara que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y que las leyes procesales adoptarán un procedimiento breve, oral y público, de manera que no luce incongruente la mera referencia a la brevedad del proceso, sino que solamente se está mostrando una parte del principio de economía procesal.

En efecto, el principio de economía procesal comprende todas aquellas previsiones que procuran la simplificación del proceso a efectos de lograr que la tutela de los derechos e intereses comprometidos en cada litigio se haga efectiva en un tiempo razonable¹⁷, procurando la consecución o desarrollo del proceso en el menor tiempo, con los menores esfuerzos evitando los actos, conductas y trámites dilatorios y engorrosos, dentro del elenco de opciones posibles y lícitas¹⁸.

Como se observa de esta significación, el principio de economía persigue obtener el pronunciamiento judicial sin pérdida de tiempo, de esfuerzos y de gastos, de donde se ha proclamado la perentoriedad de los plazos, el impulso de oficio, el aumento de poderes del juzgador, especialmente, para imprimir al procedimiento una marcha adecuada, rechazar incidencias, recursos y pruebas de simple fin dilatorio, la disminución de los recursos, especialmente los de efecto suspensivo¹⁹, la ejecución provisional de la sentencia, la notificación

¹⁷ Margarita De Hegedus. “Garantías del Principio de Economía en el Proceso por Audiencias” En: XVIII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal. En Homenaje a la Escuela Procesalista Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria, primera edición 2002, p. 43.

¹⁸ Enrique González Mattos y Carolina González Inthamoussu. “Principio de Economía: Su consideración en el Código General del Proceso”. En: XVIII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal. En Homenaje a la Escuela Procesalista Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria, primera edición 2002, p. 68.

¹⁹ Un ejemplo de aplicación fallida del principio de economía procesal se encuentra en el artículo 76 LOPT. Véase al respecto: Carlos J. Sarmiento Sosa. “Reflexiones sobre el artículo 76 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo venezolana, el derecho a tutela judicial efectiva y

automática, la introducción de los procesos abreviados, sean sumarios, monitorios, etc., así como la disminución del costo económico, de donde se relacionan otros principios procesales como el de eventualidad, el de concentración y el de preclusión, sin afectar las garantías del debido proceso, de rango constitucional²⁰. En fin, el principio de economía procesal es la consecuencia del concepto de que debe tratarse de obtener el mayor resultado con el mínimo de empleo de actividad procesal²¹. El proceso, que es un medio, no puede exigir un desperdicio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin pues debe haber una necesaria proporción entre el fin y los medios que debe presidir la economía del proceso²².

2. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

Del concepto que antecede del principio de economía procesal, y que se ha circunscrito a todas aquellas previsiones que procuran la simplificación del proceso a que la tutela de los derechos e intereses comprometidos en cada litigio se haga efectiva en un tiempo razonable, se determina que, además de la abreviación del tiempo en que se desarrolla el proceso, debe agregarse también el de economía de esfuerzos y gastos que se insume en el mismo, es decir, una correcta aplicación del principio de economía procesal lo será en las tres vertientes de tiempo, esfuerzos y gastos²³, que no se conforma solamente por proponerse la reducción del proceso en términos temporales, sino que, además, a esa brevedad debe añadirse la economía de energías y de dispendios, de donde se dan otros sub-principios, proyecciones o manifestaciones como son el principio de celeridad, el principio de concentración y el principio de preclusión y el principio de eventualidad²⁴.

el principio de confianza legítima". En: XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y V Jornadas del Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal, Caracas, 2004.

²⁰ Véscovi. Op. cit., pp. 79-80. González Mattos y González Inthamoussu. Op. cit., p. 67.

²¹ Hernando Devis Echandía. "*Compendio de Derecho Procesal. Teoría general del proceso*", Tomo I, Décimocuarta edición, editorial ABC, Santafé de Bogotá, Colombia, 1996, p. 48.

²² Eduardo J. Couture. "*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*". Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1964, p. 189.

²³ De Hegedus. Op. cit., p. 43.

²⁴ De Hegedus. Op. cit., p. 43.

Por otra parte, y desde la perspectiva constitucional, los justiciables tienen derecho, también a que el proceso se sustancie en un plazo razonable, por lo que, para que se pueda apreciar la existencia de una dilación indebida en un proceso concreto, es preciso tener en cuenta circunstancias tales como: la complejidad del caos, la conducta de los litigantes, la actuación del juez, la duración media de procesos del mismo tipo y, lo que es más criticable, las consecuencias de la demora para los litigantes²⁵.

2.1 *El principio de celeridad*

El principio de celeridad tiene que ver fundamentalmente con el aspecto de la economía en el tiempo y persigue la finalidad de que se llegue lo más pronto posible a la dilucidación final de la insatisfacción jurídica que tiñe la pretensión planteada²⁶ y se manifiesta básicamente en aquellas normas que impiden la prolongación de los plazos que simplifican trámites superfluos²⁷.

2.2 *El principio de concentración*

El principio de concentración es aquel que pugna por aproximar los actos procesales unos a otros, concentrando en breve espacio de tiempo la realización de ellos²⁸ persigue la finalidad de que se reúna la mayor actividad procesal en el menor número de actos y, además, que éstos se realicen en etapas lo más contiguas posibles²⁹.

²⁵ Rafael Hinojosa Segovia. “*La Constitución Española, veinticinco años después. Su influencia en el derecho procesal*”. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año II-No. 3, Buenos Aires, República Argentina, 2003, p. 152. El autor analiza con toda precisión la influencia del derecho constitucional en el proceso civil y recuerda que la Constitución Española de 1978 dispone que la *vulneración de este derecho permite obtener una indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como lo hace también la Constitución en el numeral 8 del artículo 49 y en el artículo 255 de la misma*.

²⁶ González Mattos y González Inthamoussu. Op. cit., p. 81.

²⁷ De Hegedus. Op. cit., p. 44.

²⁸ Couture. Op. cit., p. 199.

²⁹ De Hegedus. Op. cit., p. 47. González Mattos y González Inthamoussu. Op. cit., p. 82. Pedro Aragonese y Jaime Guasp. “*Derecho Procesal Civil*”, Tomo I, 4ª Edición, Thomson-CivitasTM, p. 314, apuntan que si la exigencia consiste en el necesario acompañamiento al acto de otro u otros, entonces cabe hablar de la existencia de un *simultáneo*, pero cuando esa

También se ha dicho que en virtud de este principio se pretende acelerar el proceso, mediante la acumulación de la prueba, permitiendo que el juez elimine aquellas que por su naturaleza son inútiles o inconducentes, siendo solamente una dilación para los trámites del proceso³⁰, procurando que éste se desenvuelva sin solución de continuidad y evitando que las cuestiones accidentales o incidentales entorpezcan el estudio de lo fundamental³¹.

2.3 *El principio de preclusión*

El principio de preclusión está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas o momentos procesales ya extinguidos y consumados³², lo que en otras palabras significa que cada acto procesal debe ser cumplido en su fase correspondiente sin que luego pueda volverse atrás el proceso para realizar lo que se omitió cumplir a su debido tiempo³³; y ha sido definido como la pérdida, extinción o consumación de una facultad o un acto procesal³⁴ o, en otras términos, el efecto de un estadio del proceso que al abrirse, clausura definitivamente el anterior³⁵.

En realidad, y desde el punto de vista práctico, la preclusión regula la actividad de las partes conforme a un orden lógico y evita que el proceso se disgregue, retroceda o se interrumpa, y constituye un límite al ejercicio de las facultades procesales, pasado el cual dicho ejercicio se convierte en una extralimitación intolerable a los ojos de la ley³⁶.

necesaria simultaneidad comprende una serie de actos cuya práctica agrupada o, por lo menos, muy próxima se dispone, cabe señalar a este requisito con el nombre de concentración.

³⁰ Mario Aguirre Godoy. “Derecho *Procesal Civil de Guatemala*”, Tomo I, Editorial Académica Centroamericana, Guatemala, 1982, p. 269.

³¹ Devis Echandía. Op. cit., p. 48.

³² Couture. Op. Cit., p. 194. Aguirre Godoy. Op. cit., p. 275. Devis Echandía asimila este principio con el de eventualidad.

³³ De Hegedus. Op. cit., p. 50.

³⁴ Couture. Op. cit., p. 196. Enrico Tullio Liebman. “*Manual de Derecho Procesal Civil*” Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980, p. 176.

³⁵ Vescovi. Op. cit., p. 80.

³⁶ Sentencia **158** de 25/05/2000 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Disponible en:

<http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/>

[sala.asp?Sala=002&Ano_Actual=2004&Nombre=Sala+de+Casaci%F3n+Civil](http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/sala.asp?Sala=002&Ano_Actual=2004&Nombre=Sala+de+Casaci%F3n+Civil)

En efecto, dentro de un proceso como el venezolano, informado por el principio de preclusión, donde flaquean altivamente los postulados del artículo 196 del Código de Procedimiento Civil, cualquier acto que se lleve a cabo fuera del ámbito temporal de validez establecido en la ley, debe, necesariamente, ser rechazado. Indudablemente, los actos procesales nada tienen que ver con las loterías donde se gana o se pierde por aproximación y, por ello tan extemporáneo resulta el acto realizado antes del nacimiento del lapso respectivo como el que se lleva a cabo después de agotado ese lapso y, dentro de cada supuesto, tan intempestivo es el acto cumplido con un mes de anticipación como el verificado cinco minutos antes del nacimiento del lapso respectivo y es igual de inoportuno el acto materializado cinco minutos después de vencida la oportunidad de ley como el ejecutado con un mes de posterioridad a ello³⁷.

2.4 *El principio de eventualidad*

El principio de eventualidad ordena aportar de una sola vez los medios de ataque y defensa que posea una de las partes ante la eventualidad de que alguna de ellas resulten desestimadas y, en general, implica que todas las alegaciones que son propias de cada uno de los períodos preclusivos en que se divide el proceso deben plantearse en forma simultánea y no sucesiva, de forma tal que, si se rechaza una, pueda obtenerse pronunciamiento favorable sobre otra³⁸.

El principio de eventualidad viene a ser una derivación del principio de preclusión³⁹ en tanto que importa la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente, empleando en su acumulación eventual todos los medios de ataque y de defensa de que se disponga para que surtan sus efectos *ad eventum*, es decir, por si alguno de ellos no los producen, partiendo de la base

³⁷ sentencia **363** de 16/11/2001 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Disponible en:

<http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/>

[sala.asp?Sala=002&Ano_Actual=2004&Nombre=Sala+de+Casaci%F3n+Civil](http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/sala.asp?Sala=002&Ano_Actual=2004&Nombre=Sala+de+Casaci%F3n+Civil)

³⁸ Couture. Op. cit., p. 197. De Hegedus. Op. cit., p. 49. Hugo Alsina “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Tomo I, 4ª edición, EDIAR. Cita de Aguirre Godoy, op. cit., p. 269.

³⁹ Devis Echandía asimila este principio con el de preclusión. Consultar: Op. cit., p. 49.

de que el medio –de ataque o de defensa– no deducido al mismo tiempo que otro u otros, ha sido renunciado por quien pudo hacerlo valer⁴⁰.

3. EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LOPT

La Exposición de Motivos de la LOPT contiene muy poca o casi ninguna referencia a los principios procesales porque en realidad esa presentación en una justificación sesgada de la legislación procesal del trabajo para hacerla ver, desde un punto de vista metajurídico, como el instrumento cuya “*función primigenia*”⁴¹ es la de garantizar la protección de los trabajadores en los términos previstos en la Constitución y el funcionamiento, para éstos y para los empleadores, de una jurisdicción autónoma, imparcial y especializada, olvidando que, como dice la norma contenida en el artículo 257 de la Constitución, el proceso tiene por objeto el establecimiento de la verdad, sea a favor de quien sea, y en el caso del proceso laboral tiene que ser igual para trabajadores y para patronos.

4. EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL EN LA LOPT

No obstante la observación en la sección precedente, la LOPT, con mejor técnica jurídica, se preocupa del principio de economía procesal en dos vertientes: frente al juez y frente al proceso laboral se preocupa del principio de economía procesal en dos vertientes: frente al juez y frente al proceso laboral.

4.1 *El principio de economía procesal y el juez laboral*

El artículo 2 LOPT dispone:

El juez orientará su actuación en los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad.

⁴⁰ Véscovi. Op. cit., p. 81.

⁴¹ Resaltado mío.

La simple lectura de este dispositivo evidencia que en él se recogen distintos principios del proceso y, particularmente, resaltan entre ellos el principio de economía procesal bajo la denominación de principio de brevedad, así como los sub principios de celeridad y concentración⁴², siendo destinatario de ellos el juez laboral quien, en su actuación como rector del proceso, debe impulsarlo personalmente, a petición de parte o de oficio, como ordena el artículo 6 LOPT.

4.2 *El principio de economía procesal y el proceso laboral*

El artículo 3 expresa:

El proceso será oral, breve y contradictorio, sólo se apreciarán las pruebas incorporadas al mismo conforme a las disposiciones de esta Ley, se admitirán las formas escritas previstas en ellas.

La mera expresión de la norma pone de manifiesto la obediencia del legislador al mandato del constituyente, en el sentido de determinar, como éste lo ordenó, que en el proceso laboral tenga preeminencia el principio de oralidad⁴³, en el cual se comprenden fundamentalmente el principio de economía procesal y el principio de contradicción pero, además, se abarcan inseparablemente los principios de inmediación, concentración y de eventualidad, siendo de notar que en la citada regla se consagra también al principio de escritura, aunque literalmente pareciera que fuera una simple fórmula sacramental a la cual está acostumbrado el investigador de la ciencia del derecho procesal. En otras palabras, la disposición *in comento* viene a ser la clave fundamental del proceso laboral porque en ella se da cabida a los principios procesales del

⁴² Recuérdese que doctrinariamente el principio de concentración y el principio de eventualidad tienen el mismo significado, como sostiene Devis Echandía.

⁴³ Adolfo Gelsi Bidart. “*Por el proceso en audiencias*”. En Revista Jurídica de San Isidro. Cuartas Jornadas Rioplatenses de Derecho. San Isidro, provincia de Buenos Aires, 1987, p. 4. El profesor Gelsi Bidart, conspicuo defensor del proceso por audiencias, manifestaba: “Oralidad no es simple oratoria. Etimológicamente, oral viene del latín *orare*, hablar, decir. Audiencia proviene de *Audientia*, de *audio ire*, es decir, escuchar. Como se puede apreciar, se trata de lo mismo, encarado desde el punto de vista del que habla o del que escucha. El hablar y el escuchar ha de ser necesariamente mutuo ara que el procedimiento funcione”.

proceso⁴⁴ desde que el principio de oralidad va unido indisolublemente a los principios mencionados, y reconociendo que el proceso por audiencias en el proceso civil venezolano constituye un régimen mixto que contiene una fase escrita –la demanda y la contestación–, luego una o varias audiencias orales, de viva voz, continuando luego la fase de escritura⁴⁵, con las características particulares pautadas expresamente para el procedimiento laboral en la LOPT.

Establecida la admisión del principio de economía procesal en la LOPT en las dos vertientes señaladas, me referiré ahora a la aplicación práctica del mismo en la legislación procesal laboral, comenzando con las previsiones que generalmente se agrupan bajo el principio de celeridad y que guardan relación con la notificación de las partes, el impulso procesal de oficio, la impugnación en audiencia, la apelación y otros aspectos relacionados con este principio⁴⁶.

5. EL PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL EN LA LOPT

Las manifestaciones de este principio se encuentran, básicamente, en aquellas normas que impiden la prolongación de los plazos y que simplifican trámites superfluos⁴⁷.

En este sentido, el artículo 65 LOPT faculta al juez del trabajo para que, en ausencia de disposición expresa al respecto, fije los términos y lapsos⁴⁸ para

⁴⁴ Sarmiento Sosa. “*La Justicia...*”, p. 75: Sobre esta materia, al referirme al artículo 257 de la Constitución expresé: “...cuando el constituyente indica que las leyes procesales establecerán un procedimiento oral están expresentado lo que, procesalmente, se entiende como oralidad, es decir, una expresión sintética, adoptada para indicar un sistema de principios inseparables, cuales son la oralidad propiamente dicha, la inmediación y la concentración, pero en ningún caso puede interpretarse que ha sido su voluntad la supresión de la fase escrita”.

⁴⁵ Aristides Rengel Romberg. “*El juicio oral en el proyecto de Código de Procedimiento Civil venezolano de 1975*”. José Gabriel Sarmiento Núñez. “*Consideraciones sobre la reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano*”. Ambos en: Libro Homenaje a Jaime Guasp. Editorial COMARES, Granada, 1984, pp. 495 y 554, respectivamente.

⁴⁶ Seguiré la didáctica de la profesora De Hegedus expuesta en “*Garantías...*”.

⁴⁷ De Hegedus. Op. cit., p. 44. Consultar: Vescovi. Op. cit., p. 325 y sigs.

⁴⁸ El legislador de la LOPT se desvió de su fuente el Código Modelo al referirse al tema de los plazos procesales pues en lugar de adoptar la terminología que éste contiene, optó por utilizar el vocablo “lapso”, en vez de “plazo”, inspirándose en el artículo 196 del Código de Procedimiento Civil que afirma que los términos o lapsos para el cumplimiento de los actos procesales son

el cumplimiento de los actos procesales conforme al principio de celeridad procesal que, como se ha visto, se relaciona íntimamente con la economía en el tiempo con la finalidad de que prontamente se obtenga una solución de la queja de derecho que envuelve la pretensión. A tal efecto, señala el artículo 66 la forma en que han de contarse los plazos legales y en las dos normas

aquellos expresamente establecidos por la ley, que utiliza ambos vocablos como sinónimos. Al respecto, Ricardo Henríquez La Roche, *“Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil”*, Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, Maracaibo, 1986, p. 186, se refiere al tema como lapsos procesales y Aristides Rengel Romberg, *“Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el código de 1987”*, II Teoría General del Proceso, Editorial Arte, Caracas, 1992, pp. 167-169, invoca la definición de Couture en Vocabulario Jurídico: “En sentido amplio, el término o lapso procesal es la medida de tiempo para realizar dentro de ella un acto determinado del proceso” pero a renglón seguido establece que atendiendo a la modalidad temporal de realización de los actos, la doctrina distingue los términos en sentido propio de los lapsos o plazos procesales, y entiende por *término* el momento preciso en que debe realizarse un acto determinado, y por lapso o plazo, el espacio de tiempo en que debe realizarse, agregando que el Código de Procedimiento Civil venezolano no toma en cuenta la distinción doctrinal y emplea indistintamente las expresiones “términos”, “plazos” y “lapsos” para referirse al tiempo en que debe realizarse un determinado acto procesal, por lo que estima Rengel Romberg que en sentido legal, puede definirse el término o lapso procesal como el período de tiempo en el cual, dentro del cual o después del cual, debe realizarse una determinada conducta procesal. En igual sentido: Vicente A. Puppio, *“Teoría General del Proceso”*, 5a. Edición, revisada y ampliada, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, p. 347. Por otra parte, en España Aragoneses y Guasp, op. cit., p. 306 señalan que término es el *momento de tiempo* en que debe realizarse un determinado acto procesal, mientras que plazo es el espacio de tiempo en que debe realizarse, agregando que uno y otro se establecen con la finalidad o bien de imprimir rapidez a la marcha del procedimiento, términos y plazos aceleratorios, o bien con la finalidad de que no se vaya tan de prisas que se perjudique el interés legítimo de alguno de los sujetos procesales; y al comentar el artículo 132 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española dejan ver la diferencia entre ambos conceptos al afirmar que este dispositivo dispone que las actuaciones del juicio se practicarán en los términos o dentro de los plazos señalados para cada una de ellas. En Uruguay, Couture, op. cit., p. 174, afirma que los plazos son los lapsos dados para la realización de los actos procesales y afirma que en la terminología española habitual las palabras plazo y término se utilizan indistintamente, en contrario del derecho alemán, en que el término es el conjunto de días que separan de un momento dado (una audiencia, por ejemplo) y plazo el margen de tiempo dentro del cual se pueden realizar los actos; y Vescovi, op. cit., p. 325 y sigs., expresa que el plazo procesal es el lapso destinado al cumplimiento de los actos del proceso. El término es el límite del plazo. Esta distinción, continúa Vescovi, no es clara porque en distintos códigos procesales iberoamericanos se habla indistintamente de plazo y término para significar siempre un lapso, por lo que interesa señalar que procesales son los lapsos establecidos para realizar un acto procesal o vinculados al desarrollo del proceso. En igual sentido, en Guatemala, Aguirre Godoy, op. cit., pp. 328-330.

siguientes indica los días inhábiles, o sea, aquellos durante los cuales no se pueden realizar actos procesales, terminando y las horas en las cuales éstos no pueden practicarse⁴⁹.

5.1 *El sistema de notificaciones*

En materia de comunicación de los actos procesales, el proceso civil iberoamericano, manifestado a través del Código Modelo⁵⁰, dispone que toda actuación judicial, salvo disposición expresa en contrario, debe ser inmediatamente notificada a los interesados mediante el procedimiento allí establecido, agregando que las pronunciadas en audiencias se tendrán por notificadas a quienes estén presente o hubieran debido concurrir al acto. En cuando al régimen general de la notificación, el Código Modelo indica que entablada la demanda, el demandado será emplazado para contestarla, comunicándole la resolución en el domicilio del demandado o por edictos; y hecha la notificación, las partes estarán a derecho en el proceso, teniéndose a las partes enteradas de las resoluciones y actuaciones con la sola publicación de las mismas en la oficina del Tribunal, de lo que se dejará constancia en el expediente por la Secretaría.

⁴⁹ Por sentencia **80** de 01/02/2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia anuló por inconstitucional el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, y la propia Sala, asumiendo atribuciones legislativas, lo reformó dejándolo redactada de la siguiente manera: “Los términos o lapsos procesales se computarán por días calendarios consecutivos excepto los sábados, los domingos, el Jueves y el Viernes santo, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales, los declarados no laborables por otras leyes, ni aquellos en los cuales el Tribunal disponga no despachar”. Disponible en: http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/sala.asp?Sala=005&Ano_Actual=2004&Nombre=Sala+Constitucional. Obsérvese que el código procesal habla de *días calendarios consecutivos* mientras que la LOPT lo hace de *días continuos y días hábiles*.

⁵⁰ Las bases del Código Modelo, al referirse al problema de lentitud de los procesos y sus soluciones, abogan por la reducción al mínimo de las notificaciones personales o por cédulas sugiriendo la implantación de la notificación por constancia secretarial de acuerdo al principio de que las partes están a derecho en el proceso con la primera notificación personal que reciban. La Ley Modelo acató las bases y adoptó el sistema de la notificación en los artículos 82 y siguientes.

En el caso de la LOPT, ésta acogió la institución de que las partes están a derecho a través de los principios de *notificación en audiencia, notificación en oficina y de notificaciones personales o a domicilio*.

5.1.1 El principio de que las partes están a derecho

En relación a esta materia, la LOPT, en el artículo 126, estableció que, admitida la demanda se ordenará la notificación del demandado para la celebración de la audiencia preliminar, mediante las formas señaladas en la misma disposición, y en el artículo 127, acogiendo la institución de que las partes están a derecho, también conocido como principio de citación única que rige por disposición del artículo 26 del CPC, según el cual hecha la citación para la contestación de la demanda, las partes quedan a derecho, y no habrá necesidad de nueva citación para ningún otro acto del juicio, a menos que resulte lo contrario de alguna disposición de la ley.

A este aspecto, la EM-LOPT expresa que el llamado del demandado se produce mediante su simple notificación y no a través de una citación, justificando esta opción en que lo que querían los proyectistas garantizar el derecho a la defensa, pero mediante un medio flexible, sencillo y rápido, para lo cual consideraron idónea la notificación en virtud de que, según afirman, la citación es de eminente carácter procesal y para ello debe hacerse a una persona determinada, debiendo agotarse la gestión personal, mientras que la notificación puede ser o no personal, pero no exige el agotamiento de la vía personal, que es engorrosa y tardía, siendo por tanto la notificación más expedita, con el propósito de abreviar los términos, procedimientos y lapsos⁵¹.

⁵¹ Esta justificación del legislador de la LOPT para adoptar la notificación como medio de comunicación es un sofisma que evidencia un desconocimiento de los proyectistas acerca de las ciencias del derecho constitucional y del derecho procesal, en su deseo de aprobar una ley que garantice la protección del trabajador en los términos establecidos en la Constitución y que cumpla con la misión de proteger el hecho social trabajo (?) y que utilice el proceso como instrumento para lograr la justicia y la equidad, como se proclama en la EM-LOPT. La notificación es un mero acto de comunicación que cumple con el principio constitucional de que nadie puede ser condenado sin ser oído, consagrado en el numeral 3 del artículo 49 de la Constitución, según el cual toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable, lo que garantiza el derecho de defensa acreditado en el numeral 1 del mismo dispositivo. Por tanto, bastaba que el legislador hubiera expresado que

En todo caso, queda claro que basta la notificación del demandado, efectuada en la forma indicada en los artículos 126 y 127 LOPT, para que opere el principio de que las partes están a derecho.

5.1.2 El principio de la notificación en audiencia

El principio de *notificación en audiencia* es aquel según el cual todo lo actuado durante el curso del proceso laboral se entiende notificado en ese momento a quienes se encuentran presentes o han debido concurrir al acto, evitándose de esta manera cualquier instrumentación o diligenciamiento posterior en clara economía de tiempo, esfuerzos y dinero⁵².

En este sentido, el artículo 132 LOPT dice que si no fuere suficiente la audiencia fijada para agotar completamente el debate, éste continuará el día hábil siguiente y así cuantas veces sea necesario, hasta agotarlo, lo que debe interpretarse que la continuación de esta actuación se realiza sin necesidad de notificación expresa.

5.1.2.1 El principio de la notificación en audiencia para la contestación de la demanda

Igual sucede con la contestación de la demanda, la cual se deberá dar dentro de los cinco días hábiles siguientes a la conclusión de la audiencia preliminar, como indica el artículo 135 de la LOPT, de lo cual quedan en cuenta las partes por efecto del principio de *notificación en audiencia*, principio que también preside todo el proceso laboral en sus distintas etapas⁵³ pues no se exige en forma alguna que para la realización de cualquier acto del Tribunal o actuación de parte se requiera nueva notificación en audiencia.

adoptaba el sistema de comunicación mediante notificación, siguiendo su fuente del Código Modelo, sin necesidad del galimatías expuesto en la EM-LOPT.

⁵² De Hegedus. Op. cit., p. 44.

⁵³ Vid: LOPT: El procedimiento del juicio en los artículos 150 a 162. El Procedimiento de Segunda Instancia en los artículos 163 a 166. El Recurso de Casación en los artículos 167 a 177. El Control de la Legalidad en los artículos 178 a 179. El Procedimiento de Ejecución en los artículos 180 a 186. En todas estas fases rige el principio de notificación en audiencia, por lo que

5.1.2.2 El principio de la notificación en audiencia para la apelación

En el proceso por audiencias, durante el desarrollo de una audiencia, pueden y suelen ir dictándose distintas resoluciones por parte del tribunal, bastando solamente ver el contenido de la audiencia preliminar para saber cuántas resoluciones se van dictando en el transcurso de la misma, de manera que si una resolución agravia a una de las partes que debió estar presente en la audiencia, y no lo está, ésta perderá su facultad impugnativa y la resolución queda firme, todo ello porque ésta requiere, para ser revisada por el recurso de apelación, que la impugnación se plantee en la misma audiencia⁵⁴.

En el caso de la LOPT, los artículos 133 y 134 asignan al JSME competencias expresas, vale decir, éste está facultado, en primer lugar, para mediar y conciliar las posiciones de las partes y, en segundo lugar, si no fuere posible lograr la conciliación, a través del despacho saneador deberá resolver en forma oral todos los vicios que pudiera detectar, de oficio o a petición de parte, y posteriormente remitir las actuaciones al arbitraje o al JJ. También podrá, a tenor de lo dispuesto en el artículo 137 *eiusdem*, dictar las medidas cautelares que considere pertinentes a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión.

De acuerdo a lo expuesto, la LOPT limita las potestades del JSME a mediar o conciliar, resolver los vicios procesales mediante el despacho saneador y decretar medidas cautelares; y en todos estos actos priva el principio de notificación en audiencia, por lo que, a los efectos de la apelación las partes están a derecho y, por tanto, a partir de la actuación comienza el lapso para la interposición del recurso. En este sentido, el artículo 137 LOPT dispone que contra la decisión que acuerde las medidas cautelares se admitirá recurso de apelación en un solo efecto⁵⁵, dentro de los tres días hábiles siguientes, contados a partir del acto que se impugna.

se desecha cualquier otro tipo de comunicación de los actos procesales luego de practicada la notificación para la audiencia preliminar.

⁵⁴ De Hegedus. Op. cit., p. 44.

⁵⁵ Debe advertirse la imprecisión terminológica del legislador al hablar de recurso “a un solo efecto” cuando doctrinalmente se denomina recurso “en un solo efecto”, o “sin efecto suspensivo”, también conocida en el pasado como apelación “con efecto devolutivo”. En igual imprecisión terminológica incurre en el artículo 130 de la LOPT cuando se refiere a la apelación

Con respecto a las decisiones del JSME libradas en uso del despacho saneador, el artículo 134 LOPT nada dice con respecto a la posibilidad de recurrir de ellas. Sin embargo, al no haber una prohibición expresa del legislador en ese sentido, hay que aceptar que toda resolución judicial es apelable salvo prohibición expresa de la ley y, en todo caso, de haber dudas, el JSME está facultado por el artículo 11 LOPT para aplicar analógicamente disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, en cuyo caso, para impugnar las resoluciones judiciales hechas por el despacho saneador, rigiendo para la apelación el principio de la notificación en audiencia.

En el caso de la audiencia preliminar de la LOPT, existe una regulación particular sobre los recursos en audiencia. Así, en los artículos 130 y 131 se prevé que si el demandado no compareciere a la audiencia preliminar se considerará desistido el procedimiento, se presumirá la admisión de los hechos alegados por el demandante y el tribunal sentenciará en forma oral en cuanto no sea contraria a derecho la petición del actor, reduciendo la sentencia a un acta que elaborará el mismo día, contra la cual el demandado podrá apelar a dos efectos dentro de un lapso de cinco días hábiles a partir de la publicación del fallo. En otras palabras, la apelación se interpone una vez finalizada la audiencia preliminar y dictada la resolución judicial, por haber operado el principio de la notificación en audiencia, que se justifica porque las partes están a derecho y, pese a la inasistencia del demandado, se da la posibilidad de que éste interponga apelación, sin necesidad alguna de comunicación de la sentencia, sólo que el reo debe estar atento a la publicación del fallo para interponer su recurso.

5.1.2 El principio de notificación en oficina

El principio de *notificación en la oficina* establece que todas las notificaciones de las actuaciones judiciales, salvo en contrario, se efectuarán en la oficina (sede) del tribunal⁵⁶.

“en ambos efectos” o con suspensión de la sustanciación del pleito, o apelación “con efecto suspensivo” y la califica como apelación “a dos efectos”. Para mayor información consultar: Pedro Aragonese y Marta Gisbert. “*La apelación en los procesos civiles.. Antecedentes, Legislación, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*”. Thompson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 119-120.

⁵⁶ De Hegedus. Op. cit., p. 44.

Este principio se encuentra en el artículo 126 LOPT que permite al demandado darse por notificado, con mandato expreso para ello, directamente ante el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución.

5.1.3 El principio de notificaciones personales o a domicilio

Se trata de la notificación personal en el domicilio del demandado que, en el caso de la LOPT, es el sistema de comunicación previsto en el artículo 126 según el cual la notificación se efectúa mediante un cartel que será fijado por el Alguacil a la puerta de la sede de la empresa, entregándole una copia del mismo al empleador o consignándolo en su secretaría o en su oficina receptora de correspondencia si la hubiere.

También prevé la norma la notificación por medios electrónicos conforme a lo establecido en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas “atendiendo siempre a los principios de inmediatez, brevedad y celeridad” que inspiran la LOPT.

Igualmente, se prevé en el artículo 127 la comunicación del demandado a su domicilio por correo certificado con acuse de recibo.

6. EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN EN LA LOTP

Como se ha indicado *supra*, el principio de concentración es aquel que tiene por finalidad aproximar los actos procesales unos a otros, de manera que se reúna la mayor actividad procesal en el menor número de actos.

6.1 *El principio de concentración en la LOTP en la audiencia preliminar*

El principio de concentración está presente en la audiencia preliminar en las distintas facultades que le otorga la LOPT al JSME:

- a. Para admitir la demanda escrita u oral.
- b. Para mediar y conciliar las posiciones de las partes.

- c. Para incorporar al expediente las pruebas de las partes al finalizar la audiencia preliminar.
- d. Para resolver oralmente, a través del despacho saneador, todos los vicios procesales que pudiere detectar, de oficio o a petición de parte.
- e. Para acordar las medidas cautelares que considere pertinentes a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión, siempre que a su juicio exista presunción grave del derecho que se reclama.
- f. Para oír y negar apelaciones.
- g. Remitir el expediente al JJ a los fines de la decisión de la causa⁵⁷.

6.2 El principio de concentración en la LOTP en la audiencia de juicio

El principio de concentración se pone de manifiesto en la audiencia de juicio con las siguientes actuaciones del JJ:

- a. Al presidir personalmente la audiencia de juicio.
- b. Al concentrar todas las facultades disciplinarias y de orden para asegurar la mejor celebración de la audiencia.
- c. Al dirigir el debate probatorio.
- d. Al estar facultado para ordenar, de oficio o a petición de parte, la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad.
- e. Al estar facultado para dictar la sentencia.
- f. Al estar facultado para oír y negar las apelaciones.

⁵⁷ Obsérvese que el artículo 136 LOPT solamente dice que el JSME remitirá el expediente al Tribunal de Juicio “a los fines de la decisión de la causa”. Esto es una deficiente redacción del legislador porque, de acuerdo a la EM-LOPT y al propio artículo de la LOPT el JJ tiene amplias facultades en la sustanciación del proceso, no limitadas solamente a su decisión

6.3 El principio de concentración en la LOTP en la segunda instancia

El principio de concentración en la segunda instancia reúne en la audiencia oral la vista de la causa bajo la suprema y personal dirección del Tribunal Superior del Trabajo y el deber de pronunciar el fallo, también oralmente.

6.4 El principio de concentración en la LOTP en el recurso de casación

El principio de concentración en el recurso de casación congrega en la audiencia oral en la cual deberán las partes formular sus alegatos y defensas, de manera verbal, pública y contradictoria, pudiendo evacuarse durante esa audiencia las pruebas que hubieren sido promovidas cuando el recurso se haya fundado en un defecto de procedimiento sobre la forma como se realizó algún acto, en contraposición a lo señalado en el acta del debate o en la sentencia, como indica el artículo 173 LOPT, luego de lo cual la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia deberá dictar su sentencia, también oral e inmediatamente.

6.5 El principio de concentración en la LOTP en el litisconsorcio

Cuando el legislador de la LOPT dispuso que dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso judicial del trabajo en forma conjunta, sea activa o pasivamente, adoptó el principio de concentración al permitir que varios trabajadores pudieran demandar sus derechos y prestaciones sociales en un mismo libelo y a un mismo patrono, siempre que sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto, o cuando la sentencia a dictar con respecto a una de ellas pudiera afectar a la otra, según se regula en los artículos 49 al 51 LOPT.

7. EL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN EN LA LOPT

El principio de preclusión está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas o momentos procesales ya extinguidos y consumados, como se ha indicado anteriormente.

En líneas generales, el principio de preclusión está presente en todos aquellos supuestos procesales para los cuales la LOPT ha fijado un plazo o un término para su cumplimiento eficaz. Sin embargo, y quizás por su importancia dentro del proceso, el artículo 73 LOPT declara que la oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar, no pudiendo promoverse en otra posterior, salvo las excepciones establecidas en la LOPT.

8. EL PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD EN LA LOPT

El principio de eventualidad se patentiza en la materia probatoria en el artículo 73 LOPT que dispone que la oportunidad de promover pruebas para ambas partes será en la audiencia preliminar, no pudiendo hacerlo en otra oportunidad posterior, salvo las excepciones establecidas en la LOPT, debiendo el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, finalizada la audiencia preliminar, incorporar al expediente las pruebas promovidas a los fines de su admisión y evacuación ante el Juez de Juicio que, dentro de los cinco días siguientes providenciará su admisión o desecho, como disponen los artículos 74 y 75 LOPT.

CONCLUSIONES

A lo largo de estos comentarios, he hecho críticas al legislador básicamente en lo que respecta a la filosofía con que interpreta el mandato constitucional. Insisto, la ley procesal laboral no juega solamente a favor de una sola de las partes, como parece desprenderse del encabezado del artículo 1 de la LOPT al decir que ésta garantizará la protección de los trabajadores para que, a renglón seguido, contradiga de inmediato esta afirmación al declarar que la LOPT garantizará el funcionamiento, para trabajadores y empleadores, de una jurisdicción laboral autónoma, imparcial y especializada.

Por otra parte, la LOPT ordena al juez laboral que oriente su actuación en los principios procesales del proceso civil, añadiendo solamente el de prioridad de la realidad de los hechos, de corte exclusivamente atinente al derecho laboral, debiendo el juzgador, en el desempeño de sus funciones, tener por norte de sus actos la verdad, quedando obligado a buscar la verdad por todos los medios a su alcance.

Ahora bien, en cuanto a la adopción del principio de economía procesal, es evidente que su incorporación a la LOPT ha redundado favorablemente en la solución de las causas que cursan ante la jurisdicción del trabajo pues ha llevado a la realidad lo que *a priori* parecía una utopía dentro de una sociedad que, en materia de derecho procesal y de administración de justicia, se caracteriza por una resistencia activa y pasiva a cambios sustanciales en la legislación, como lo demuestra la falta de aceptación del proceso por audiencias o juicio oral consagrado en el CPC desde la promulgación de éste en 1986 sin que hasta la fecha se haya producido su implantación más allá de los comentarios doctrinales que sobre él se han formulado.

Por consiguiente, iniciativas como la asimilación del principio de economía procesal, unido a los otros principios del proceso civil, servirían de base para facilitar la solución de controversias por la vía del litigio y tendería a dar por válido y efectivo el principio constitucional según el cual *el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia*.

Presunciones en la violencia psíquica y en los conflictos familiares

H. Eduardo SIRKIN*

El tópico, íntimamente ligado con la prueba o la falta de ella para demostrar los hechos invocados tiene sustento en el tratamiento de la violencia psíquica y demás conflictos familiares.

No me estoy refiriendo a las presunciones legales, como por ejemplo la del Art. 243, ni la de los arts. 256 y 257 del código civil¹, sino a las 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.

* Abogado. **Universidad Nacional de Buenos Aires**, *Facultad de Derecho*, Profesor regular adjunto de Derecho Procesal Civil Docente (40 años de antigüedad). *Departamento de Derecho Procesal*, Subdirector. **Comisión de Derecho Procesal de la AABA**, Presidente. *Curso de Iniciación Profesional Área Procesal civil y Comercial*, Director y docente. **Universidades de Belgrano y El Salvador**, *Facultad de Derecho*, Ex Profesor Adjunto de Derecho Procesal. **Editorial La Ley**, *Doctrina Judicial*, Ex Subdirector. **Federación Argentina de Colegios de Abogados**, *Instituto de Asuntos Legislativos*, *Sección Procesal*, Miembro. **Asociación Argentina de Derecho Procesal**, Director y Miembro. **Ministerio de Justicia**, *Comisión de 26 juristas para el Digesto Jurídico Nacional*, *Sección Procesal*, Miembro. Autor de más de 70 trabajos sobre la materia; disertante en Jornadas, Cursos y Conferencias en Capital e interior del país. Abogado en ejercicio desde hace 42 años.

¹ Art. 243 Cód. Civil: Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

El maestro Palacio² define a las presunciones –siguiendo a Pothier– como “las consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para afirmar un hecho desconocido”; Gorphe³ sostiene que este medio de prueba, extremadamente amplio, está mal definido y que consiste en recoger e interpretar todos los hechos y circunstancias que puedan conducir al descubrimiento de la verdad. Hace una interesante diferencia entre indicios, presunciones y circunstancias la que sería sólo “sobre puntos de vista en relación al mismo objeto: uno expresa más bien la cosa que sirve de signo (indicio); otro expresa más bien la cosa en que se basa la inferencia (circunstancia); y, en fin el otro, la relación lógica (presunción)..”; Falcón⁴ expresa que existe una gran confusión entre los indicios y las presunciones. Kielmanovich⁵ al referirse a la que llama prueba indiciaria haciendo referencia a Scialoja y Alsina comienza destacando que la prueba por presunciones era ya conocida en Roma continuando con Las Partidas y Mizrahi ⁶ al tratar el indicio previsto por la ley 23.511 alude a la importancia de la distinción entre indicio y presunción en caso que fuese legal porque estaríamos ante una prueba tasada que obliga al juez; Leguisamón⁷ trae a colación citas de numerosos autores y analiza con clasificación el tema brindando su concepto al aludir que etimológicamente se entiende por “presumir” el suponer una cosa cierta sin que esté probada o sin que nos conste⁸; F. Gómez de Liaño⁹ se refiere a las no previstas en la ley calificándolas como judiciales que son las que puede construir el juez como actividad intelectual en el momento de

Art. 256 Cód. Civil: La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo biológico.

Art. 257 Cód. Civil: El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario.

² Palacio, Lino Enrique “Manual de Derecho Procesal Civil” p. 509 § II.

³ Gorphe, Francois “De la apreciación de las pruebas” edit. Ejea, p. 248 y siguientes.

⁴ Falcón, Enrique M. “Tratado de la Prueba”, tomo 2 p. 451 (obra que ha merecido el Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires).

⁵ Kielmanovich, Jorge L. “Teoría de la Prueba y medios probatorios” p. 641

⁶ Mizrahi, Mauricio L. “La convergencia de derechos constitucionales y el indicio previsto por la ley 23.511”, Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, 5-5-04 Fascículo n° 5 p. 03.

⁷ Leguisamón, Héctor E. “Las presunciones judiciales y los indicios”, p. 8, año 1991, Depalma.

⁸ Leguisamón, Héctor E. “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, Depalma p. 567 y sig. § 299 y siguientes.

⁹ F. Gómez De Liaño, “El proceso civil”, Editorial Forum, talleres gráficos de Guijón, España.

apreciar los resultados de la prueba siendo indispensable que exista entre el hecho demostrado y aquel que se pretende deducir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Durante años estuvimos regidos por disposiciones expresas que encartaban el comportamiento humano en causales de divorcio sujetos a que las agresiones y molestias estuviesen expuestas y pudiesen probarse, como las de la ley 2393; mantenidas en la reforma de la ley 17.711 en su artículo 67 al comprender como tales a la sevicia y a los malos tratamientos.

La *sevicia* tiene por concepto “crueldad excesiva” y “trato cruel”¹⁰ y jurisprudencialmente se la ha considerado como todo acto vejatorio realizado cruelmente, con la intención, el espíritu de inferir un profundo sufrimiento. Sus caracteres son: a) existencia de ofensa física o moral (elemento objetivo material), y b) susceptibilidad de producir un sufrimiento intenso (elemento objetivo psíquico).

Con su derogación y sustitución por imperio de la ley 23.515, las anteriores 7 causales de divorcio se redujeron a 5 y fueron eliminadas la sevicia y los malos tratamientos por aludir en forma sintética a esta situación, ya que han quedado subsumidos en éstos últimos y en sentido más amplio al mantenerse las injurias graves causal donde encuentran cabida todas las situaciones que las leyes tienen previstas y los actos que aún no previstos encajan en ellas.¹¹

Se entendía que al ser un hecho tan grave debía analizarse la prueba con prudencia teniendo en cuenta que la demostración del estado psíquico además de difícil puede resultar imposible¹²

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición, 1984, tº II, p. 1241.

¹¹ Sirkin, H. Eduardo “La sevicia como causal anterior y sus efectos actuales en causales de divorcio, D.J. 1996-2, p. 635

¹² *Siendo la sevicia* uno de los hechos más graves que pueden producirse en el transcurso de la vida conyugal, ya que por su propia naturaleza es susceptible de destruir en forma definitiva el afecto entre los esposos, resulta evidente que debe procederse con suma prudencia en el análisis de la prueba referida al propósito de hacer sufrir con que ha obrado el cónyuge, sin dejar de computar que la demostración de ese estado psíquico es muchas veces difícil, cuando no imposible.

(CNCiv., SALAD, diciembre 20 - 979- Ch., H. E. c. N. de Ch., M.) LALEY, 1980-C, 18 - ED, 88-625

Desde la vigencia de la ley 23.515 (1987) hasta la de la ley 24.417 (1995) parecía no considerarse la violencia psíquica como detonante y base para la procura de asistencia jurídica y judicial.¹³ Asimismo, siendo el código civil una ley de fondo, sólo con la sanción de las distintas leyes de violencia familiar se fue propalando en el país y subsanando el vacío legal.¹⁴

Así no ha sido casual que en los últimos tiempos se trate y ataque con dedicación especializada, desde todos los ángulos del derecho y las otras disciplinas la violencia familiar¹⁵; que nos encontremos con que las características del “ser violento” tiene mucho que ver con la psicopatía¹⁶ y el ánimo de dañar conciente del que pretende someter con tales brutalidades al otro con el deseo de manipularlo.

Reitero que la violencia es una situación latente en todos los conflictos familiares y que, en gran porcentaje, se pone de manifiesto con diversos disparadores espontáneos.¹⁷

En el aspecto de la violencia psíquica existen dificultades mayores que en la física, atento a que los rastros no están visibles, están en el interior del

¹³ Sirkin, Héctor Eduardo “Enfoques y conceptos sobre la ley 24.417 de Violencia Familiar” Revista de Doctrina, Año 1, número 2 de mayo de 2000 Temas de Derecho Procesal del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, pag. 102.

¹⁴ Ley 24.417, Sancionada el 7-12-1994, Promulgada el 28-12-94, y publicada en el B.O. el 03-01-1995. Por Decreto 235/96 publicado en el B.O. el 08-03-1996 se reglamentó la misma. Provincia de Buenos Aires: Ley 12.569, sancionada el 02-01-2001; Provincia del Chaco: Ley 4.175/1995; Provincia de Chubut: Ley 4.118/1995; Provincia de Corrientes: Ley n° 5.019/1995; Provincia de San Juan: Ley 6.542/1995; Provincia de Santiago del Estero: Ley 6.308/1995; Provincia de Misiones: Ley 3.325/1995; Provincia de Río Negro: Ley 3.040/1996; Provincia de Santa Fe: Ley 11.529/1997; Catamarca: Ley 4.943/1998; Provincia de San Luis: Ley 5142/1998; Provincia de La Rioja: Ley 6.580/1998; Provincia de Jujuy: Ley 5.107/1998; Provincia de Entre Ríos: Ley 9198/1999; Provincia de Mendoza: Ley 6.672/1999; Provincia del Neuquén: Ley 2.212/1999 y en la Provincia de La Pampa Ley 1918/ 2001

¹⁵ Sirkin, H. Eduardo, “Violencia Familiar Amenazas, Aspectos extrajudiciales” en Doctrina Judicial 1996-1, 983; Cárdenas, Eduardo José, La violencia familiar, la ley y la experiencia judicial”, en Doctrina Judicial 1996-1, 1280.

¹⁶ Giudice Bravo, Ricardo “El extraño mundo de la psicopatía” en La Ley Actualidad del 11-junio-96, Año LX n° 110, pag.3.

¹⁷ Sirkin, Eduardo “Ley de violencia familiar. Comparación de los regímenes de la Provincia de buenos Aires y la Capital Federal”, Revista de Derecho Procesal 2002-1 Derecho Procesal de Familia – I, Rubinzal-Culzoni, p.160 y sig.

pensamiento que aunado al sentimiento torna necesario recurrir a la sumatoria de indicios conformando presunciones que den principio de verosimilitud del derecho.

No podemos descartar las dificultades de ese arrime y el tratamiento por los magistrados de esas cuestiones tan delicadas sin un criterio unívoco, ya que por los temores de las víctimas las respuestas no siempre acordes con la urgencia esperada, es dable tener en cuenta que el violento ejerce sobre su/s víctima/s: amenazas¹⁸, actos violentos; agravios directos e indirectos; verbalmente, en persona, en voz baja; por teléfono; aparentando afecto y apretando la mano o abrazando y ejerciendo presión; seduciendo simuladamente frente a terceros¹⁹; reuniendo los defectos que a más de uno horrorizan y que el las considera virtudes; incumplimiento de las obligaciones más elementales y alimentarias; sofocación económica; abandono al otro; mitomanía con convencimiento de los hechos reales que imagina y los representa como auténticos y toda clase de actitudes con el fin de inmovilizar al otro para manipularlo a su capricho.

Marie-France Hirigoyen²⁰ describe la violencia cuando se refiere a que "...la violencia perversa aparece en los momentos de crisis, cuando un individuo que tiene defensas perversas no puede asumir la responsabilidad de una elección difícil. Se trata de una violencia indirecta que se ejerce esencialmente a través de una falta de respeto.."

Y en cuanto al violento, la descripción hecha por Giúdice Bravo (ob. cit. nota 16) es precisa en cuanto a la caracteropatía del psicópata, que el mismo responde a una insatisfacción inmensa rechazando los límites que le impone el sistema social exteriorizando su disconformidad; "tiene deseo de venganza, se identifica con las ideas narcisistas de su infancia..."²¹

¹⁸ Sirkin, Eduardo (abogado) y Yáñez, Roberto Luis (psicoterapeuta) "Amenazas" en revista Uno Mismo, vol 2, n° 4 marzo de 1984, p. 10.

¹⁹ Sirkin, H. Eduardo "La violencia familiar y la seducción del violento" en D.J. 1996-2-992.

²⁰ Hirigoyen, Marie-France "El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana", Paidós, p. 23.

²¹ Giúdice Bravo, Ob. cit. citando a ZAC, Joel "Psicopatía" Ediciones Kargieman, Buenos Aires, 1973, p. 247.

Acercándonos a la casuística nó solo de la violencia psíquica, sino de los otros conflictos familiares y descartando la factibilidad de demostrar el adulterio con la adjunción de una partida de nacimiento de un hijo extramatrimonial o la violencia física con testigos presenciales del maltrato con agresión, marcas, denuncia policial etc, debemos recurrir a las presunciones para arrimar al proceso la gravedad de los actos que subsuman la causal invocada.

Así en el caso del adulterio, de no existir pruebas fehacientes, las presunciones son vitales²², el hecho de convivencia en pareja; la contratación del alquiler de un departamento para su pareja; la existencia de servicios a nombre de la pareja en domicilio que puede ser común estando separado el cónyuge; la citación como testigo a la persona que mantiene el lazo íntimo con una de las partes, para que bajo juramento declare sobre hechos tales; el que se niegue a contestar porque podría afectar su honor (Art. 444 inc. 1 del CPCCN) ya que el adulterio ha sido derogado como delito penal²³ y no podría ampararse en que lo pudiese inculpar; etc.²⁴

²² Es cierto que no puede exigirse en materia de adulterio, la prueba absoluta y definitiva de las relaciones íntimas, pudiendo aceptarse su demostración mediante presunciones graves, precisas y concordantes, que lleven al ánimo del magistrado la convicción de que aquéllas existieron. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G • 02/07/1985 • H. V. E. c. G. R. • LA LEY 1985-D, 186 - DJ 1986-2, 59.

²³ Ley 24.453 B.O. 7/3/95.

²⁴ La celebración de segundo matrimonio en el extranjero, al amparo de una ley que admite el divorcio absoluto y después de obtenido éste, sin que el primero se haya disuelto válidamente en el país, constituye una irrefragable presunción de la existencia de relaciones sexuales entre los contrayentes y, por consiguiente, de la existencia de adulterio. Ni siquiera es necesario en tal caso acreditar que el matrimonio fraudulento fue consumado, ya que en el curso ordinario y regular de las cosas no tendría sentido esa actitud, sin el establecimiento de una comunidad de vida que implica el mantenimiento de relaciones sexuales.

Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial • 08/02/1985 • R. de A., S. c. A., H. • LA LEY, 1986-E, (37.432-S), - JA 986-I, 91

La grave presunción de adulterio que surge de la celebración del matrimonio religioso en el extranjero es prueba suficiente del mismo, ya que por la índole del hecho resulta generalmente imposible la prueba directa del adulterio, de ahí que se admita unánimemente la posibilidad de acreditarlo mediante presunciones graves precisas y concordantes; la no consumación debió ser probada por quien la invoca.

Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial • 08/02/1985 • R. de A., S. c. A., H. • LA LEY, 1986-E, (37.432-S), - JA 986-I, 91 (idem anterior)

Los hechos injuriosos producidos por la actora por su relación con hombres del sexo opuesto no tienen peso para que quepa encuadrarlos en la causal del inc. 1º del Art. 67 (ADLA, 1881-1888,

El cúmulo de medios tendientes a formar la convicción del juez para que aplicando las reglas de la sana crítica complete el resto de las pruebas implica en su conjunto una fuente de indicios cuya sumatoria conforma la presunción.²⁵

Así tenemos grabaciones; filmaciones, –sin adentrarnos en la prueba ilícita– ; seguimientos pagos por detectives privados; su declaración testimonial o reconocimientos de informes y firmas; son las aproximaciones que dan sustento a las presunciones a fin de obtener la declaración del derecho que le asiste a la parte perjudicada.

Coincido con Kielmanovich²⁶ en que “el comportamiento observado por las partes durante el curso del proceso es ya reputado como una rica fuente de prueba indiciaria o, si se prefiere, de presunciones, sin perjuicio de poder considerarse también como regla integrante del sistema denominado de la “sana crítica” para la valoración de la eficacia de las pruebas producidas..”

497), ya que si bien el adulterio no requiere la difícil prueba directa de la relación sexual, exige, categóricamente, que se cierne presunciones muy serias para tornar verosímil su existencia, nada de lo cual ha existido en el caso.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D • 10/04/1984 • F. B., de K., A. G. c. K., N. N. • LA LEY 1985-D, 579, Sec. Jurisp. Agrup ; caso 5490.

²⁵ No es posible acreditar la mala fe por otro medio que no sea el de las presunciones, pues es un estado de conciencia o de ánimo que por lo general no se exterioriza, siempre que reúnan los requisitos legales, esto es que sean graves, precisas y concordantes (Art. 163, inc. 5°, Cód. Procesal), de manera tal que entre el hecho que se tiene por demostrado y el que se trata de establecer, exista una conexión tan íntima y estrecha que aleje la posibilidad de llegar a conclusiones distintas de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D • 30/09/1982 • J. de R., M. c. R.. J. A. • **LA LEY 1984-B, 294, con nota de Elías P. Guastavino.**

Es cierto que en el adulterio no se precisa la prueba directa de la vinculación carnal, pudiendo acreditarse la causal respectiva por medio de indicios que crean presunciones graves conducentes al convencimiento de que la intimidad existió en tal grado. Pero en todo caso, la prueba indiciaria debe llevar al ánimo del juzgador una certeza que excluya toda duda razonable, que debe estar basada en hechos indicativos y no en interpretaciones expansivas.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C • 20/04/1982 • S., J. c. S., N. H. •

- Como los hechos tipificantes de adulterio se despliegan en la intimidad tornándose casi imposible la prueba directa, cabe admitir su demostración a través de presunciones graves, precisas y concordantes.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J • 10/12/1998 • A., L. E. c. M., E. R. • LA LEY 1999-E, 934, (41.988-S).

²⁶ Kielmanovich, Jorge L. ob. cit. p. 642.

Las presunciones no legales el *código procesal*²⁷ imperativamente las considera prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica.²⁸

Aún más en el párrafo siguiente confirma que la conducta observada por las partes durante el proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones. Aquí no es imperativo ya que otorga la facultad al juez al evaluar dicha conducta.²⁹

En el proceso de alimentos la prueba indiciaria se torna ineludible ya que si bien se pueden requerir a bancos la remisión de extractos; a empresas de créditos para la remisión de estados de cuenta y movimientos del uso de las tarjetas; la aproximación al nivel de vida que llevaba el grupo familiar a los fines de acreditar aproximadamente el caudal económico del alimentante se complementa con ella.³⁰

²⁷ Art. 163 inc. 5 y párrafos siguientes del CPCCN.

²⁸ Las presunciones, por ser tales, resultan en la especie ineficientes para plasmar con inequívoca certeza la causal de infidelidad denunciada por el actor y atribuida a la cónyuge inocente del divorcio

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B • 04/04/1986 • R., J. E. c. A. de R., S. • LA LEY 1986-D, 406

En el proceso de divorcio las presunciones no pueden ser desechadas, por cuanto la exigencia de una prueba directa de los acontecimientos que se producen muchas veces en la intimidad del hogar, implicaría poner sobre la parte reclamante una demostración difícil.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K • 07/08/1998 • B., G. A. c. F., S. C. • LA LEY 1999-F, 366 - DJ 2000-1, 507

²⁹ Para que la prueba indiciaria puede tener la trascendencia necesaria para los fines perseguidos con dicho proceso, debe concurrir una serie de presunciones “graves, precisas y concordantes”, las que, apoyándose en hechos seriamente demostrados, formen una convicción segura en el ánimo del juez.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K • 07/08/1998 • B., G. A. c. F., S. C. • LA LEY 1999-F, 366 - DJ 2000-1, 507

³⁰ Para establecer las pautas para la fijación de la cuota alimentaria no es necesario o indispensable que la justificación de los ingresos del obligado resulte de prueba directa, pues para su apreciación es computable la meramente indiciaria, porque no se trata de la demostración exacta de su patrimonio, sino de contar con un mínimo de elementos que permitan ponderar su capacidad económica, la cual dará las pautas necesarias para estimar el “quantum” de la pensión en relación a sus posibilidades. Tales presunciones e indicios, en punto a la entidad de los ingresos deben considerarse con un criterio amplio y favorable a las aspiraciones legítimas de la parte reclamante.

En otros aspectos, en los casos de invocación de perjuicios para el o los menores del contacto con su progenitor, muchos casos con falsas denuncias, no es suficiente la mera invocación o suposición, se requiere prueba o serias presunciones para disponer una restricción ³¹

De existir otra prueba que desvirtúe la presunción, ésta cede y desaparece ante la contundencia de la otra ³²

Coherentemente con conceptos concordantes con los vertidos al comienzo, se ha definido inclusive en otro fuero ³³ que la fuerza de las presunciones 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.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D • 26/03/1986 • C. de B., M. H. y otros c. B., A. • LA LEY 1987-A, 673, (37.555-S).

Si bien se ha admitido que la prueba de presunciones debe ser interpretada con carácter amplio y favorable a la prestación que se persigue –en el caso para determinar la capacidad económica del alimentante– ello no significa desde luego, que por esta vía se releve a los interesados de la acreditación de los extremos conducentes a la correcta solución de la controversia.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G • 19/12/1985 • S., L. G. y otro c. M., C. E. • LA LEY 1986-B, 72 - DJ 1986-2, 692.

³¹ Para restringir el derecho de visita -que en principio debe extenderse en la mayor medida posible- no basta la sola afirmación de que el contacto con el padre ocasiona perjuicios al niño o la simple suposición de que ello pudiere ocurrir. Es preciso contar con pruebas fehacientes que lo acrediten, o serias presunciones, ya que la apreciación de la concurrencia de motivos que autoricen su limitación debe efectuarse con criterio riguroso.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G • 05/11/1985 • D., D. E. c. P., D. A. • LA LEY 1986-A, 300

³² Al existir una prueba directa, proveniente del dicho de un testigo no impugnado, que demuestra plenamente un hecho opuesto al indicado por las presunciones, la eficacia probatoria de éstas desaparece.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 11/12/1984 • S. de Z., A. c. Z. L. M. -Ac. 33.064 • LA LEY 1986-B, 606, (37.182-S), - DJBA 129, 394

³³ - La fuerza de la prueba de presunciones radica en el correcto silogismo que lleva de los hechos “indiciarios” –debidamente acreditados por prueba directa– a los hechos indicados que surgen mediante un procedimiento indirecto de deducción, que puede alcanzar un alto grado de probabilidad y de univocidad si se los valora no aisladamente sino en conjunto y si en esa consideración se respetan, además de la lógica, las reglas de la ciencia y de la experiencia.

Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 7 de la Capital Federal • 03/11/1998 • Montero, Alfredo R. • LA LEY, 1999-C, 634 - DJ, 1999-2-1076.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en que el indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, al que se aplica una inferencia sobre un hecho invocado y desconocido, pero que al relacionarse con la entidad que exige la ley constituye una presunción aplicable para el otorgamiento de un derecho.³⁴

Para concluir nada mejor que un párrafo del maestro Morello³⁵ cuando expresa que “Un viento refrescante recorre el país de la prueba, y no son pocas las señales que van diseñando, en su modernidad, un rostro novedoso que asume las explicaciones anteriores, las recrea y lleva a una nueva frontera.” y más adelante refiriéndose a los operadores jurídicos sostiene que “la prueba de presunciones es singularmente apta para formar la conciencia del juzgador en materias condicionadas por el conocimiento técnico o científico”³⁶.

Opino que indicios; 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.

³⁴ El indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido. El indicio es una circunstancia que por sí sola no tiene valor alguno; en cambio, cuando se relaciona con otras y siempre que sean graves, precisas y concordantes, constituyen una presunción. Por lo tanto, la presunción es la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C • 17/12/1999 • M., M.A. c. Bagley S. A. y otros • LA LEY 2001-E, 115, con nota de Jorge Rodríguez Mancini - DT 2001-A, 107 - JA 2000-IV, 150

³⁵ Morello, Augusto M. “La prueba tendencias modernas” Abeledo Perrot, pag. 385.

³⁶ Morello, Augusto M. ob. cit. nota anterior: Concluye esa página y su libro anunciando: “Y así, especialmente, en casos de prueba difícil o en procesos de alta complejidad, los contratiempos se multiplican y nada se halla en reposo ni puede resolverse sólo con el pasado de la prueba. Son los retos que estimulan a *hacer camino*. Esas incógnitas que se disparan a la imaginación y capacidad de respuesta de los estudiosos del Derecho hacen desear el futuro que se acerca más comprensible cuando, *desde ahora*, caminamos hacia él procurando desvanecer las dudas y vencer las dificultades.”

Los principios procesales que emergen de la audiencia preliminar introducida en el art. 360 del código procesal civil y comercial de la república argentina

Silvia TANZI*
Pablo Jorge TORTEROLO

La cotidiana práctica forense, cimentada en los últimos años ha permitido cosechar los frutos de la reforma introducida al Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación Argentina.

En este aspecto, resulta de interés destacar 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.

* **Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales** y **Universidad Nacional de Patagonia** (Argentina), Profesora Titular. **Universidad de Santiago del Estero** (Argentina), Profesora Asociada. **Museo Social Argentino**, Profesora Adjunta. **Universidad de Belgrano** (Argentina), Profesora Invitada. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, *Sala F*, Oficial Mayor.

Dirección electrónica; silviatanzi@yahoo.com.ar

Una vez concluida la etapa introductoria del proceso, esto es; trabada la litis y resueltas las excepciones previas que importen un impedimento al regular desarrollo del contradictorio o bien, diferidas para la oportunidad del dictado de la sentencia de mérito aquellas que hacen al fondo de la cuestión debatida, decidida la intervención coactiva de terceras personas o la integración de la litis, el Juez, dirigiéndolo activamente, introducirá al proceso en la etapa probatoria.

Al respecto, dispone el Art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina:

(...) el Juez citará a las partes a una audiencia que presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto:

1. Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos.
2. Recibirá las manifestaciones de las partes con referencia a lo prescripto en el Art. 361 del presente Código, debiendo resolver en el mismo acto.
3. Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba.
4. Recibirá la prueba confesional si esta hubiera sido ofrecida por las partes. La ausencia de uno de todos los absolventes, no impedirá la celebración de la audiencia preliminar.

5. Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo. Esta obligación únicamente podrá delegarse en el secretario o, en su caso, en el prosecretario letrado.

6. Si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva.

Tal como se advierte, la norma balancea potestades y facultades con deberes impuesto tanto al Juez como a las partes.

El primer principio que emana con nitidez es el de intermediación y se lo eleva a un sitio de privilegio tal que su inobservancia u omisión conlleva directamente a la imposibilidad de realizar la audiencia o bien, en su caso, sembrar el germen de la nulidad de aquella que no hubiera sido presidida o tomada por el Juez personalmente.

Es la directa, personal y publica comunicación del órgano judicial con las partes y sus letrados una condición necesaria para el desarrollo del «*iter*» trazado por los diversos incisos que la norma establece y cuyo norte no es otro más que la realización de un reparto de justicia eficaz y celero mediante la eliminación de antemano de todo material probatorio inútil o superfluo.

Escuchando directamente los hechos por boca de los propios protagonistas, el magistrado procurará resolver el conflicto a través de sus facultades conciliatorias, traducidas en propuestas que el propio Tribunal podrá efectuar -asumiendo así, en una primera etapa de la audiencia el rol de mediador e incluso de un árbitro calificado- y en su caso podrá consensuar con las partes y sus letrados la derivación del entuerto a un procedimiento externo para la pronta solución de la controversia a través de los medios alternativos de solución de conflictos.

La aplicación de este principio obliga a la formación de un juez activo, conocedor «*ab initio*» de los hechos y el derecho aplicable al caso que -ante el supuesto de no lograr una autocomposición del litigio- deberá ejercer una adecuada dirección del proceso en términos de economía y celeridad procesal.

Se ha impuesto un cambio de rol tanto en el desempeño del profesional como en el ejercicio de la magistratura.

Ya no estaremos ante un juez pasivo y distante que toma conocimiento de los hechos de la causa al final del largo camino que recorre el proceso escrituario sino ante un director del proceso que tomando contacto directo con las partes y sus letrados, los hechos que suscitan la controversia y conociendo los límites del derecho esgrimido pone al servicio de los litigantes el despliegue de sus facultades conciliatorias y ante la imposibilidad de que las partes arriben a un acuerdo, ya se encuentra en condiciones de ejercitar sus facultades ordenatorias e instructorias procurando la mayor economía procesal a través

de sus manifestaciones de celeridad y concentración. Esta economía se logra suprimiendo formalidades innecesarias y proveyendo a la agilización de los trámites, evitando la morosidad judicial en resolver incidencias previas a la apertura a prueba.

En este aspecto y siempre en oportunidad de la audiencia, el juez deberá resolver en ese mismo acto «... la admisión o rechazo de los hechos nuevos que oportunamente las partes hubieren alegado ...» (Art. 365) y previa aplicación de los principios de contradicción y bilateralidad de audiencia, deberá decidir también -ante la eventual oposición de alguno de los contendientes a la apertura a prueba- si la causa se abre a prueba o si bien ante los hechos articulados y/o con el material instrumental arrimado corresponde la declaración de la causa como de puro derecho, quedando la misma concluida para definitiva.

A su vez, la directiva inserta en el inc. 3° autoriza a hacer uso del principio de saneamiento, en cuanto tiende a subsanar toda cuestión susceptible de impedir o entorpecer el pronunciamiento de mérito y evitar un dispendio jurisdiccional estéril.

La aplicación práctica de este principio permite expurgar del proceso en su etapa inicial toda cuestión irrelevante, depurándolo y evitando el diligenciamiento de pruebas inconducentes.

La fijación de los hechos por parte del órgano judicial importa un cabal conocimiento de las articulaciones de las partes y de su alcance en orden al encuadre dentro del derecho material. Es a través de la cristalización de esos hechos controvertidos (litigiosos) que en ese mismo acto de la audiencia se determinan el «*thema decidendum*» sobre el cual ha de recaer el material probatorio delimitándose, además, y de manera anticipada el principio de congruencia que habrá de presidir la sentencia de mérito.

Es esta la oportunidad propicia para que el Juez -sin mengua del principio dispositivo- de manera subsidiaria y complementando a las partes integre la prueba haciendo uso de sus facultades y deberes y de esta manera decida la producción de alguna medida de prueba útil o agregue algún tópico a los propuestos por los contendientes (vgr. Declaración de un testigo, agregación

de planos, introducción de algún punto pericial) o decida la realización de una constatación personal (vgr. Inspección ocular in situ, reconstrucción de hechos) tendientes a esclarecer con mayor precisión los hechos controvertidos que pudieran suscitarle dudas, contribuyendo de ese modo a la determinación de la verdad jurídica objetiva que es condición esencial para el dictado de un fallo justo.

La anticipada fijación del «*thema decidendum*» determina al Tribunal a proveer solamente los medios de prueba tendientes a la verificación de los hechos precedentemente fijados a distribuir la carga de la prueba y a desestimar, por vía de consecuencia, todos aquellos que resulten improcedentes, superfluos y meramente dilatorios. Por esa vía se acota el número de diligencias probatorias simplificando el trámite del proceso y conduciéndolo estrictamente hacia el esclarecimiento de los hechos controvertidos que activan la actuación del derecho sustancial.

Es en esta oportunidad que habrá de aprovecharse la concurrencia de las partes al Tribunal para recibir -si se estimara conducente- la prueba confesoria, cuya utilidad y alcance el Tribunal decide en ese mismo acto. En verdad, la aplicación del principio de concentración y eventualidad juegan -en cuanto la fijación de la audiencia confesional importa anticipar en alguna medida la posible apertura a prueba de la causa - un rol para compeler a la asistencia personal de las partes sin la cual se dificulta y menoscaba el objeto de la audiencia preliminar en cuanto a la posibilidad que sean ellas quienes interactuando con el Juez autocompongan el litigio.

Finalmente, la directiva de concentrar en una sola audiencia toda la prueba testimonial y la declaración de los testigos ante el Juez o el secretario del Tribunal refuerzan los principios de concentración e inmediación.

Sin dudas, el objeto de la reforma ha sido, en este aspecto, la introducción de un proceso mixto, que articulando el principio de oralidad ha reclamado como exigencia ineludible la necesaria y concreta actuación de los principios de concentración -reuniendo en un solo acto la mayor actividad posible y evitando la dispersión de tramites- de celeridad y simplificación de las formas que se traducen en economía procesal no solo en cuanto al consumo de tiempo que el proceso importa sino también en torno de sus costos.

Este resultado es susceptible de obtenerse mediante el acentuado uso del principio de inmediación que requiere un órgano judicial que instruye y decide la causa activamente, utilizando en plenitud las potestades ordenatorias e instructorias que la ley le acuerda, asegurando así la efectiva aplicación del principio de saneamiento, decidiendo toda cuestión in limine litis y consolidando así los actos jurídicos procesales precedentes trazando así una vía desbrozada para esclarecer los hechos alegados.

Si por principios procesales entendemos aquellas directrices u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal y su mayor o menor recepción en la legislación responde a las circunstancias históricas, políticas y sociales que caracterizan a cada Estado, resulta evidente que la finalidad de la reforma no tiene otro objeto más que el de sacudir la modorra y morosidad que el trámite judicial estrictamente escriturario exhibe y comprometer a los operadores jurídicos (Jueces y Abogados) a dinamizar la «praxis» forense en pos de la satisfacción de una intensa demanda social que requiere una efectiva tutela de los derechos, en tiempo apropiado y útil, por cuanto solo una eficaz y pronta resolución del conflicto devuelve al derecho su esencia de proveedor de la paz social que redunde en el interés general.

La Ejecución de Laudos Arbitrales CIADI en contra de la República: Referencia a la Sentencia N° 1.942 del 15 de julio de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Victorino J. TEJERA PÉREZ*

SUMARIO:

Introducción.

- 1. El CIADI: Breve Referencia.** *1.1 Arbitraje bajo las Reglas del Convenio del CIADI. 1.2 Arbitraje bajo el Mecanismo Complementario del CIADI.*
- 2. Ejecución de los Laudos.**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. **Tulane University**, Estados Unidos de Norte América, Law School, Maestría en Derecho. **Universidad Central de Venezuela**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, Maestría en Derecho Internacional Privado, Cursante. Tesis de Grado en elaboración (“Arbitraje Comercial Internacional en Venezuela”). **Comité de Arbitraje Internacional**, *Cámara de Comercio Internacional, Capítulo Venezolano*, Miembro. **Cámara de Comercio de Caracas**, *Centro de Arbitraje*, Mediador. Autor y Coautor de varias publicaciones especializadas. Ejerce su profesión en **Macleod Dixon, S.C.**, Despacho de Abogados, Asociado. En este estudio, CIADI significa *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*.

3. **Reconocimiento y Ejecución de Laudos CIADI en el Territorio de la República, cuando el Laudo haya sido dictado en contra de ésta.**
4. **Procedimiento de Reconocimiento y Ejecución de un Laudo CIADI en Venezuela.**
5. **Inmunidad de Ejecución de la República.**
6. **A pesar de la Inmunidad de Ejecución.**
7. **Cumplimiento o Responsabilidad Internacional.**

INTRODUCCIÓN

En tiempos presentes se ha venido popularizando cada vez más entre inversionistas extranjeros, la utilización de mecanismos internacionales alternativos de resolución de controversias para dirimir aquellas surgidas con Estados soberanos. Bien sabido es, que el mecanismo alternativo internacional es por excelencia el arbitraje internacional. Dentro de este amplio campo del arbitraje internacional, en las últimas décadas, ha surgido a la vez un campo particular que es el del “arbitraje de inversiones”.

El arbitraje de inversiones tiene características muy particulares. Entre las más resaltantes encontramos que en este tipo de arbitraje, se ventilan controversias sobre inversiones de particulares extranjeros en el territorio de Estados soberanos, por lo que –nos atrevemos a afirmar– siempre la parte demandada es un Estado o alguna dependencia de éste. Como en todo arbitraje que llegue a su final, en el arbitraje de inversiones se producen también laudos arbitrales. Idealmente, éstos deberían ser cumplidos de forma voluntaria por la parte perdedora. Sin embargo, de no ser cumplidos así, quien pretenda su ejecución tendría que acudir a las vías legales para procurarla.

Esas vías legales pueden ser diversas, dependiendo del tipo de arbitraje llevado a cabo en cada caso concreto y de las jurisdicciones involucradas. En el ámbito del arbitraje de inversiones, la mayoría de los arbitrajes se ventilan ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, comúnmente conocido como el CIADI. Como veremos en este trabajo, el arbitraje CIADI está amparado por las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales

de Otros Estados, abierto a la firma de todos los países miembros del entonces Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 18 de marzo de 1965, al que nos referiremos en adelante como Convenio del CIADI o Convenio CIADI,¹ que es para nosotros ley de la República.

En virtud del Convenio CIADI, los laudos rendidos por tribunales arbitrales constituidos bajo los auspicios del CIADI son obligatorios para las partes. Los mismos no son susceptibles de revisión de méritos ni de otros extremos.² Como quiera que Venezuela es parte del Convenio CIADI, ella tiene una obligación internacional de cumplir con las normas contenidas en el mismo. Entre las obligaciones más importantes establecidas por el Convenio CIADI se encuentra la de cumplimiento de los laudos arbitrales. En este sentido, el mismo Convenio del CIADI remite expresamente a las normas sobre ejecución de sentencias en vigor en el territorio en que dicha ejecución se pretenda.³

Precisamente, en este trabajo nos referimos al tema del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, en contra de la República. Además de comentar normas de derecho venezolanas y del propio Convenio CIADI, haremos especial mención a la Sentencia N° 1.942 del 15 de julio de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dictada en el caso *Rafael Chavero Gazdik*.

1. EL CIADI: BREVE REFERENCIA

En el campo específico del arbitraje de inversiones, juega un papel importantísimo el CIADI. Comúnmente conocido como el centro de arbitraje

¹ Este Convenio entró en vigor para Venezuela el 1 de junio de 1995. Su Ley Aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 35.685 del 3 de abril de 1995. Ha sido ratificada por unos 155 países, resultando uno de los instrumentos internacionales de mayor aceptación.

² El artículo 53 del Convenio CIADI establece que los laudos CIADI sólo excepcionalmente pueden ser objeto de algunos procedimientos especiales de impugnación regulados por el Convenio del CIADI. El Convenio CIADI establece cuatro recursos en contra del laudo arbitral: corrección o rectificación; interpretación, revisión y anulación. *Vid.* Ibrahim F.I. Shihata y Antonio R. Parra: "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes" en *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Vol. 14, Washington, 1999, p. 338.

³ Artículo 53(3) del Convenio del CIADI.

del Banco Mundial, el CIADI es efectivamente una dependencia de dicho Banco. Fue creado y funciona bajo el marco del Convenio CIADI. La inmensa mayoría de los arbitrajes de inversiones se ventilan ante el CIADI. Ello se debe a la proliferación de tratados bilaterales o multilaterales en materia de protección y promoción de inversiones, que contemplan el arbitraje CIADI como mecanismo de solución de controversias. Principalmente en las últimas dos décadas se ha suscitado el fenómeno del creciente número de arbitrajes intentados ante el CIADI.

1.1 Arbitraje bajo las reglas del Convenio del CIADI

Aunque otros arbitrajes de inversiones se han ventilado al margen del CIADI, éste es el mecanismo preferido por los inversionistas, pues es el que brinda mayor seguridad jurídica. En efecto, se encuentra amparado por el Convenio del CIADI, el cual contiene principalmente el marco normativo del arbitraje y la conciliación de controversias relativas a inversiones entre Estados soberanos y nacionales de otros Estados.

Como ya dijimos, el arbitraje de inversiones en general goza de ciertas características especiales. En efecto, en el arbitraje de inversiones, se ventilan controversias sobre inversiones de particulares extranjeros en el territorio de Estados soberanos; y las partes demandadas son Estados o dependencias de éstos. También, desde un punto de vista sustantivo, en el arbitraje de inversiones los árbitros tienen un importante rol en la elaboración de lo que se ha denominado el “nuevo derecho internacional de las inversiones extranjeras”⁴ pues la ley aplicable al fondo de las controversias no es necesariamente aquella cuya aplicación mandaría el Derecho Internacional Privado.

En virtud del artículo 54 del Convenio CIADI, el arbitraje del CIADI tiene además una característica muy importante que es la más atractiva de todas: Todos los Estados Partes del Convenio del CIADI están obligados a reconocer

⁴ Antonio R. Parra: “Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Investment Instruments” en *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Vol. 12, Nro. 2, Washington, 1997, p. 361.

los laudos arbitrales CIADI y a ejecutarlos como si se tratara de sentencias firmes dictadas dentro de su propio territorio.

1.2 Arbitraje bajo el Mecanismo Complementario del CIADI

Existen procedimientos arbitrales administrados por el CIADI, que no están regidos por las disposiciones del Convenio CIADI y por lo tanto no gozan de las ventajas que éste otorga. Se trata de cierta categoría de procedimientos que son regulados por el Reglamento del Mecanismo Complementario.⁵ Estos son: (i) procedimientos de comprobación de hechos; (ii) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; y (iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria.

2. EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS

Como ya señalamos, cuando un laudo arbitral es dictado, como producto de un arbitraje internacional y el mismo no es acatado voluntariamente, quien pretenda su ejecución tiene que ocurrir a los mecanismos correspondientes al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. En caso que un laudo arbitral fuera dictado en contra de Venezuela, el mismo debería ser ejecutarlo voluntariamente. De lo contrario, la República se expondría a afrontar procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, de acuerdo con las respectivas leyes aplicables.

Puede ser que el laudo arbitral haya sido dictado en arbitrajes no amparados bajo el Convenio del CIADI, como sucedería si la República fuera parte de un arbitraje independiente o *ad hoc*. Pero también ello puede ocurrir en aquellos

⁵ El 29 de septiembre de 2002, el Consejo Administrativo del CIADI aprobó enmiendas al Reglamento del Mecanismo Complementario. Las enmiendas entraron en vigor el 1 de enero de 2003.

casos en que a pesar de ser ventilados ante el CIADI, los mismos sean tramitados bajo su Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) antes referido, por lo que las reglas del Convenio CIADI no aplicarían. En estos casos, las partes que intentaran la ejecución de laudos no se beneficiarían de las disposiciones del Convenio CIADI, incluyendo evidentemente su artículo 54. En efecto, los laudos dictados en arbitrajes *ad hoc*, ante instituciones distintas al CIADI o simplemente conforme a las reglas del Mecanismo Complementario, sólo pueden ser ejecutados de acuerdo con los demás tratados internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El más común de dichos tratados es la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras firmada en la ciudad de Nueva York en 1958.⁶

Pero, en aquellos casos en los cuales se trata de laudos que resuelvan controversias entre un nacional de un Estado Parte del Convenio CIADI y otro Estado Parte, la ejecución del laudo sí será regulada por el artículo 54 del Convenio CIADI. El Artículo 54 está contenido en la Sección 6 del Convenio CIADI, correspondiente al reconocimiento y ejecución de los laudos. Dicha norma establece lo siguiente:

- (1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.
- (2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados

⁶ Esta convención se conoce comúnmente como la “Convención de Nueva York” o “Convención de Nueva York de 1958”. La ley Aprobatoria de la Convención de Nueva York fue publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 4.832, de fecha 29 de diciembre de 1994.

por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

- (3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

Ahora bien, ante la falta de cumplimiento voluntario por la parte perdedora, quien pretenda la ejecución del laudo estará interesado en plantear su solicitud en una jurisdicción en la que aquella tenga bienes que puedan ser objeto de ejecución. En ese sentido, según el artículo 54(1) del Convenio CIADI, los Estados-Partes reconocerán los laudos dictados conforme al mismo, su carácter obligatorio y harán ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal de dicho Estado. Por lo tanto la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo CIADI podrá ser planteada en el propio territorio en el caso de los Estados condenados, o en cualquier otro Estado, preferiblemente parte del Convenio CIADI.

3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS CIADI EN EL TERRITORIO DE LA REPÚBLICA, CUANDO EL LAUDO HAYA SIDO DICTADO EN CONTRA DE ÉSTA

Conforme al artículo 54(3) del Convenio del CIADI, los laudos arbitrales se ejecutarán de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda. Tal como se señaló en el Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, debido a las distintas técnicas procesales seguidas en las jurisdicciones del llamado “*common law*” y las que se inspiran en el derecho civil de tradición romana, así a como los distintos sistemas judiciales existentes en los Estados unitarios y en los federales u otros no unitarios, el Convenio CIADI no establece ningún método especial para lograr el cumplimiento interno del laudo. En cambio,

exige a cada Estado Contratante que cumpla con el laudo de conformidad con su propio sistema jurídico.⁷

En el caso que Venezuela no diera cumplimiento voluntario a un laudo CIADI en el que hubiere resultado perdidosa y en consecuencia el inversionista favorecido por el laudo, tuviera que solicitar la ejecución de dicho laudo en Venezuela, el laudo tendría que ser reconocido y ejecutado de acuerdo con las leyes venezolanas.

De acuerdo con el profesor Christoph H. Schreuer, el reconocimiento de un laudo es la confirmación formal de que dicho laudo es auténtico y que tiene los efectos legales previstos por la ley. En su criterio, los laudos CIADI no deben ser sometidos a condiciones para su reconocimiento que no sean las previstas en el Convenio CIADI.⁸ En nuestra opinión, la verificación de autenticidad está limitada a una constatación de que el laudo haya sido dictado por un tribunal arbitral del CIADI. En otras palabras, creemos que de acuerdo con los artículos 53 y 54 del Convenio CIADI, la labor de los tribunales nacionales debe estar limitada a verificar la autenticidad del laudo.

Por otra parte, el profesor Schreuer indica que el reconocimiento tiene dos efectos posibles. Uno es la confirmación del carácter vinculante del laudo, es decir, su carácter de cosa juzgada. El otro es un paso previo a la ejecución. En algunos casos, ambos efectos pueden darse simultáneamente. Sin embargo, en la mayoría de los casos el reconocimiento se toma como un primer paso hacia la ejecución del laudo. Como consecuencia del reconocimiento, el laudo se convierte en un título válido que ha de constituir la base para la ejecución. El reconocimiento debe estar sometido únicamente a los requisitos establecidos en el Convenio CIADI y no puede ser negado con fundamento en razones de derecho interno.⁹

No obstante lo dicho anteriormente, debemos hacer notar la decisión N° 1.942 del 15 de julio de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de

⁷ Aprobado mediante Resolución N° 214, adoptada por la Junta de Gobernadores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 10 de septiembre de 1964.

⁸ Christoph H. Schreuer: *The ICSID Convention Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 1114.

⁹ Cfr. Schreuer, *ob. cit.*, pp. 1114-1115.

Justicia, que pareciera tener una visión restrictiva en cuanto al reconocimiento, ejecución y más aún la revisión de los laudos arbitrales CIADI. Dicha sentencia estableció lo siguiente:

Existen diversos organismos internacionales de los cuales algunos emiten verdaderos actos jurisdiccionales, mientras otros producen actos administrativos o simples recomendaciones.

En lo atinente a actos jurisdiccionales, estos organismos [internacionales] podrían dividirse en:

1)(...)

2) Multinacionales y Transnacionales, que nacen porque varias naciones, en determinadas áreas, escogen un tribunal u organismo común que dirime los litigios entre ellos, o entre los países u organismos signatarios y los particulares nacionales de esos países signatarios.

[Los tribunales CIADI] No se trata de organismos que están por encima de los Estados Soberanos, sino que están a su mismo nivel, ya que a pesar que las sentencias, laudos, etc., se pueden ejecutar en el territorio de los Estados signatarios, ello se hace por medio de los tribunales de ese Estado y “*por las normas que, sobre ejecución y sentencias, estuviesen en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda*” (tal como lo expresa el artículo 54.3 de la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados).

Los laudos arbitrales de los Tribunales de Arbitraje dependientes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), instaurados por el Convenio inmediatamente citado, producen esta clase de decisiones, *pero al ellos ejecutarse dentro del territorio nacional conforme a las normas de ejecución en vigor en el país condenado, la ejecución no puede colidir con las normas constitucionales [venezolanas] y, por tanto, lo fallado se hace inejecutable.*

A juicio de esta Sala, los Tribunales de Arbitraje dependientes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones producen laudos arbitrales, ejecutables dentro del territorio de los Estados Contratantes con respecto a las obligaciones pecuniarias a que se refiera el laudo, equiparándose los mismos a una sentencia dictada por un tribunal del Estado suscriptor del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (artículo 54 de la Ley Aprobatoria del Convenio).

Conforme al numeral 3 del artículo 54 del citado Convenio “El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda”.

A pesar que se trata de una decisión que se dicta en un proceso de una sola instancia, no sujeta a apelación y obligatoria para las partes, que deben acatarla y cumplirla en todos sus términos (artículo 53 *eiusdem*), la ejecución en el territorio del Estado Contratante, se hace conforme a las normas de dicho Estado, *por lo que, a juicio de esta Sala, un fallo violatorio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se haría inejecutable en el país.*

Ello podría dar lugar a una reclamación internacional contra el Estado, pero la decisión se haría inejecutable en el país, en este caso, en Venezuela.

(...)

Mientras existan estados soberanos, sujetos a Constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía.

La única ventaja que tienen las decisiones de estos órganos que resuelven litigios, donde está involucrado un Estado, es que para la ejecución del fallo en el territorio de ese Estado, no se requiere un proceso de exequátur previo, convirtiéndose el juez ejecutor en el controlante de la constitucionalidad (del laudo CIADI. Negrillas en el original, cursivas nuestras)

Observamos sin embargo, que esta decisión no fue dictada en un procedimiento en el cual se haya solicitado la ejecución de un laudo CIADI en Venezuela. La misma se refirió en cambio a un asunto completamente distinto (*i.e.* la nulidad de algunas disposiciones del Código Penal venezolano). Por ese motivo, a nuestro modo de ver, los comentarios en esta decisión sobre la ejecutabilidad de laudos CIADI en contra de la República dentro de su propio territorio constituyen un *obiter dictum*. Sin embargo, es posible que el Tribunal Supremo de Justicia u otros tribunales venezolanos apliquen el criterio sentado en el

referido caso ante una eventual solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral CIADI en contra de Venezuela.

4. PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UN LAUDO CIADI EN VENEZUELA

La ley venezolana en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales es la Ley de Arbitraje Comercial.¹⁰ En particular, el Artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial establece lo siguiente:

El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequatur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá acompañar a su solicitud una copia del laudo certificada por el tribunal arbitral, con traducción al idioma castellano si fuere necesario.

Conforme a lo previsto en el artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial, a solicitud por escrito de parte, los laudos arbitrales extranjeros deben ser reconocidos por los tribunales competentes de la jurisdicción ordinaria. Una apreciación preliminar nos podría llevar a la conclusión de que cualquier tribunal ordinario en Venezuela sería competente para conocer acerca de la ejecución de un laudo CIADI. Incluso, para llegar a esa conclusión hemos tomado en cuenta que Venezuela no ha designado ningún tribunal u otra autoridad competente a los fines del artículo 54(2) del Convenio CIADI.

Sin embargo, en virtud de que se trataría de un laudo arbitral a ser ejecutado en contra de la República, algunas disposiciones especiales tienen aplicación preferente. En este sentido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5(24) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹¹ la Sala Político-

¹⁰ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430 del 7 de abril de 1998.

¹¹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.942 del 20 de mayo de 2004.

Administrativa del mismo Tribunal Supremo es la competente para conocer de demandas en contra de la República, siempre que la cuantía de la demanda sea superior a Bs. 2.058.029.400,00.¹²

En todo caso, debemos tener presente que de acuerdo con lo establecido en el artículo 54(1) del Convenio CIADI, la obligación de los Estados Partes es de reconocer el carácter obligatorio de los laudos CIADI y hacer ejecutar en sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo de que se trate como si se tratara de sentencias firmes dictadas por los tribunales de dichos Estados. En consecuencia, como quiera que el reconocimiento y ejecución de un laudo CIADI tendría por objeto el pago por parte de la República de una indemnización pecuniaria, creemos que el tribunal competente para conocer acerca del reconocimiento y ejecución de dicho laudo sería precisamente la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, siempre que el laudo ordene el pago de una cantidad superior al límite establecido.¹³

Una vez que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia o cualquier otro tribunal competente reciba una solicitud para el reconocimiento de un laudo arbitral CIADI, dicho tribunal debe dictar una sentencia acerca del reconocimiento del laudo. Una vez que el laudo sea reconocido por el tribunal venezolano competente, adquirirá el carácter de cosa juzgada en Venezuela. Sin embargo, a pesar del carácter de *obiter dictum* de lo señalado por la Sala Constitucional en su sentencia N° 1.942 del 15 de julio de 2003, si por cualquier motivo la representación de la República alegara la inconstitucionalidad del laudo, o aún si la inconstitucionalidad fuera declarada de oficio por el tribunal competente, siguiendo el criterio establecido en la

¹² Más de 70,001 unidades tributarias (actualmente cada unidad tributaria equivale a Bs. 29.400).

¹³ El 24 de noviembre de 2004, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia resolvió, mediante su sentencia N° 02271 que la competencia para conocer de las demandas que se propongan contra la República corresponde a las Cortes de lo Contencioso Administrativo si su cuantía excede de 10.000 unidades tributarias pero no es superior a 70.001 unidades tributarias. Asimismo, la misma Sala había ya decidido mediante sentencia N° 01209 de fecha 2 de septiembre de 2004 que corresponde a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo conocer de aquellas demandas en contra de la República cuando la cuantía de la demanda no excede de 10.000 unidades tributarias.

sentencia citada, probablemente el tribunal competente negaría el reconocimiento del laudo en Venezuela.

5. INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Observamos que bajo el derecho venezolano, la República no puede ser objeto ejecución forzosa. Es decir, Venezuela goza de inmunidad de ejecución. En este sentido, el artículo 73 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República¹⁴ establece: “Los bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y, en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva”.

Asimismo, el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional,¹⁵ la cual sigue vigente en algunos de sus artículos, dispone lo siguiente:

Los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes a la Nación, no están sujetos a embargo, secuestro, hipoteca o ninguna otra medida de ejecución preventiva o definitiva. En consecuencia, los Jueces que conozcan de ejecuciones contra el Fisco, luego que resuelvan definitivamente que deben llevarse adelante dichas ejecuciones, suspenderán en tal estado los juicios, sin decretar embargo, y notificarán al Ejecutivo Nacional, para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que han de cumplirse lo sentenciado.

Las anteriores disposiciones indican claramente que los bienes de la República no pueden ser embargados. En otras palabras, la ejecución forzosa del laudo a través de embargo de bienes de la República, legalmente no es posible. Esto es lo que se conoce como inmunidad de ejecución.

A pesar de la existencia de esas normas de derecho venezolano sobre inmunidad de ejecución, no creemos las mismas necesariamente contradigan lo pautado por la Sección 6 del Convenio CIADI. En efecto, el artículo 54(3)

¹⁴ Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinaria N° 5.554 del 13 de noviembre de 2001.

¹⁵ Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Extraordinaria N° 1.160 del 21 de junio de 1974.

del Convenio CIADI dispone que los laudos arbitrales CIADI se ejecutarán de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda. En este sentido, creemos que si bien las citadas normas sobre inmunidad de ejecución dificultan la ejecución de un laudo CIADI en contra de la República, no la imposibilitan.

De hecho, existe otro grupo de normas, que comentaremos seguidamente, que disponen en qué forma ha de ejecutarse una decisión condenatoria en contra de la República. Es más, el artículo 55 del Convenio CIADI ratifica lo antes dicho pues señala expresamente que nada de lo dispuesto en el artículo 54 del mismo Convenio CIADI se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Parte relativas a la inmunidad de ejecución de dicho Estado.

En nuestro criterio el artículo 54(3) del Convenio CIADI se encuentra en sintonía con el resto del Convenio CIADI. En este sentido nos apoyamos nuevamente en la opinión del profesor Schreuer, quien señala que los trabajos preparatorios de dicha norma evidencian claramente que la misma no contradice la obligación de cada Estado Parte del Convenio CIADI de ejecutar los laudos. En su criterio, las leyes de los Estados Partes que regulen la ejecución de laudos CIADI son de naturaleza procedimental únicamente. Siendo así, no podrían éstas servir como un estándar para la revisión de los laudos. En otras palabras, el Artículo 54(3) no afecta el carácter definitivo de los laudos y la inapelabilidad de los mismos.¹⁶

6. A PESAR DE LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

En cuanto a la ejecución propiamente dicha, en nuestra opinión, de acuerdo con el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, una vez que un laudo arbitral CIADI haya sido reconocido por el tribunal venezolano competente, dicho tribunal debe notificar a la Procuraduría General de la República, quien, dentro de los sesenta días siguientes debe informarle sobre la propuesta de forma y oportunidad de ejecución hecha por el organismo respectivo.

¹⁶ Cfr. Schreuer, *ob. cit.*, p. 1.139.

Asimismo, la Procuraduría debe a la vez notificar al órgano competente acerca de lo ordenado en la sentencia. Dicha notificación versará sobre la decisión del tribunal. El órgano competente deberá entonces informar a la Procuraduría acerca de su planteamiento sobre la forma y oportunidad de ejecución.

La propuesta comunicada por la Procuraduría puede ser aceptada o negada por el inversionista solicitante. Si ante la negativa del inversionista, el órgano administrativo competente no consignara una segunda propuesta o si dicha propuesta fuera rechazada nuevamente, de acuerdo con el artículo 86(1)¹⁷ de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y tomando en cuenta que conforme al artículo 54(1) del Convenio CIADI, la obligación de los Estados Partes de hacer ejecutar en sus territorios se limita a las obligaciones pecuniarias impuestas por dicho laudo, el tribunal deberá seguir el procedimiento especial dispuesto para cuando hay cantidades de dinero involucradas en la condenatoria.

Por todo lo anterior, el único paso restante sería que el tribunal, previo requerimiento del solicitante, ordenara que la cantidad correspondiente fuera incluida en el presupuesto nacional para los próximos dos períodos presupuestarios. En efecto, conforme a lo previsto en el artículo 57 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector Público,¹⁸ los compromisos de la República originados de sentencia judicial definitivamente firme con autoridad de cosa juzgada se pagarán con cargo al crédito presupuestario que, a tal efecto, se incluya en el respectivo presupuesto de gastos.

Ello es el resultado de la inmunidad de ejecución de que goza la República. En consecuencia, si el inversionista no aceptare la propuesta del organismo competente, creemos que tendría entonces que esperar una cantidad de tiempo considerablemente larga a los fines de obtener la indemnización acordada, a través del presupuesto nacional.

¹⁷ En virtud de que conforme al artículo 54(1) del Convenio CIADI, la ejecución sólo puede versar sobre obligaciones pecuniarias, el numeral 2 del artículo 86 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República no tendrá aplicación en los casos de ejecución de laudos arbitrales CIADI.

¹⁸ Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.198 del 31 de mayo de 2005.

7. CUMPLIMIENTO O RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

El incumplimiento de un laudo dictado por un tribunal arbitral CIADI puede tener severas consecuencias políticas y repercusiones internacionales. Además, de acuerdo con el artículo 27(1) del Convenio del CIADI, aquél inversionista internacional favorecido por un laudo arbitral, que sea nacional de un Estado Parte de la Convención CIADI, tendría derecho a solicitar protección diplomática de su Estado en caso que el Estado condenado por el laudo no diera cumplimiento voluntario. Incluso, como parte del Convenio CIADI, dicho Estado podría demandar al Estado que no cumple el laudo ante la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con lo establecido en su artículo 64.

Por otra parte, es preciso destacar que Venezuela ha ratificado veintitrés Acuerdos Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones o “TBIs” con veinticuatro países.¹⁹ De acuerdo con los TBIs celebrados por Venezuela, una vez dictados, los laudos arbitrales son definitivos y obligatorios para las partes en controversia. Las partes contratantes en los TBIs de Venezuela se comprometieron expresamente, en casi la totalidad de ellos, a ejecutar los laudos arbitrales de conformidad con su legislación.

Asimismo, los TBIs venezolanos contemplan que en caso que existan controversias entre los Estados contratantes, como evidentemente sucedería si un Estado condenado por una violación de un TBI no diera cumplimiento a su condena, tales controversias deben intentarse resolver primeramente por la vía diplomática. Una vez agotada la vía diplomática sin resultado alguno, los TBIs venezolanos contemplan una instancia arbitral *ad hoc* para resolver las controversias así surgidas entre Estados. En todos los TBIs venezolanos menos uno²⁰ se establece que si hubieren faltas en el nombramiento de los árbitros para la conformación de estos tribunales arbitrales *ad hoc*, corresponde al Presidente de la Corte Internacional de Justicia, o a quien haga sus veces,

¹⁹ Venezuela ha ratificado TBIs celebrados con Argentina, Barbados, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Cuba, Republica Checa, Dinamarca, Ecuador, Francia, Alemania, Lituania, Unión Belgo-Luxemburguesa, Países Bajos, Paraguay, Perú, Portugal, España, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suecia, Suiza y Uruguay.

²⁰ Sólo en el caso del TBI Francia-Venezuela se establece que ante la falta de nombramiento de uno de los árbitros por alguna de las partes, el nombramiento podría ser solicitado al Secretario General de las Naciones Unidas.

llenar los vacíos que hubieren, como sería el caso del nombramiento de árbitro ante la inactividad de una de las partes.

En virtud de lo antes dicho, de incumplir Venezuela con su obligación de acatar y ejecutar lo dispuesto en un eventual laudo CIADI en su contra, además de violar el Convenio CIADI, con las consecuencias ya reseñadas que ello aparejaría, estaría violando sus obligaciones frente a otro Estado soberano, lo que obviamente le podría acarrear responsabilidad internacional.

En todo caso, no debemos presumir que Venezuela incumpliría un laudo arbitral CIADI que fuera dictado en su contra. En efecto, hasta la presente fecha Venezuela ha dado cumplimiento voluntario a los dos laudos arbitrales CIADI que han sido dictados en su contra. En efecto, hasta la presente fecha sólo se han concluido²¹ tres casos contra Venezuela ante el CIADI: Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) v. Venezuela,²² Fedax N.V. v. Venezuela,²³ y GRAD Associates, P.A. v. Venezuela.²⁴ Como resultado de los laudos dictados en los casos de *Aucoven* y *Fedax*, la República fue condenada a indemnizar daños y perjuicios. A nuestro mejor saber y entender, la República dio cumplimiento voluntario a dichos laudos arbitrales.

De hecho, debemos tener en cuenta que a partir de la creación del CIADI, la ejecución voluntaria de los laudos arbitrales dictados en arbitrajes administrados por el CIADI por parte de los Estados, ha sido la regla más que la excepción. Pareciera que los Estados están conscientes de la necesidad de mantener su “buena reputación frente al Banco Mundial”.²⁵ Recordemos que el CIADI es una organización que es miembro del Banco Mundial.

²¹ Existen otros dos casos ventilados actualmente ante el CIADI en contra de Venezuela: Vannessa Ventures Ltd. v. la Republica Bolivariana de Venezuela y I&I Beheer B.V. v. la Republica Bolivariana de Venezuela, que se encuentran en sus fases iniciales. (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>) (última consulta del 5 de agosto de 2005).

²² Caso CIADI N° ARB/00/5

²³ Caso CIADI N° ARB/96/3

²⁴ Caso N° ARB/00/3 En este caso el proceso fue discontinuado por falta de pago de las tarifas del CIADI.

²⁵ Nigel Blackaby: “El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina” en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Legis Información & Soluciones, Nro. 1, Bogotá, 2004, p. 20.

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

Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ¹.

SUMARIO

Introducción

- 1. Breve referencia a la evolución de ambos contenciosos antes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. 1.1 La situación antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. 1.1.1 Demandas contra la República en general. 1.1.2. Demandas derivadas de responsabilidad contractual de la República.**

¹ **Universidad Central de Venezuela.** Abogado *Magna Cum Laude*. Especialista en Derecho Administrativo. Profesor de Derecho Administrativo III. **Universidad Carlos III de Madrid, España.** Máster en Política Territorial y Urbanística. **Universidad Católica “Andrés Bello”.** Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo. **Tribunal Supremo de Justicia.** Abogado Asistente de Magistrado, Sala Electoral. Autor de la obra: *El ámbito de competencias de la jurisdicción contencioso-electoral en la Constitución de 1999. Análisis de la jurisprudencia de la Sala Electoral* (TSJ- 2004) y de diversos artículos en revistas especializadas.

2. **La regulación en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.** 2.1. *La preeminencia del criterio subjetivo en el “contencioso de las demandas contra los entes públicos”.* 2.1.1 *La preeminencia del criterio material en el “contencioso de los contratos administrativos”.* 2.1. *Primera interpretación jurisprudencial: restrictiva y literal.* 2.2. *Segunda interpretación jurisprudencial: extensiva.* 2.2.1. *Ámbito objetivo: cualquier controversia (criterio material).* 2.2.2. *Ámbito subjetivo: República, Estados o Municipios (criterio subjetivo).*
3. **La regulación de ambos Contenciosos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.** 3.1. *La ampliación competencial y la ambigüedad terminológica de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en el caso de las “demandas contra los entes públicos”.* 3.2. *La inserción de la variable “cuantía de la demanda” propia del “contencioso de las demandas contra los entes públicos” en el contencioso de los “contratos administrativos”. La ausencia competencial de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.* 3.3. *La solución adoptada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.*
4. **El tratamiento jurisprudencial de ambos Contenciosos luego de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.** 4.1. *La asignación de competencias en el “contencioso de los contratos administrativos” y en materia de demandas contra los “entes públicos” realizada por la Sala Político-Administrativa. La mezcla de los criterios subjetivo y material.* 4.1.1. *En materia de “contratos administrativos”. Una inadvertencia jurisprudencial, el regreso parcial al criterio de la “reserva universal” y la asimilación terminológica con el contencioso de las demandas contra los “entes públicos”.* 4.1.2. *En materia de demandas contra los “entes públicos”. La prescindencia del elemento literal.* 4.2. *La equiparación competencial entre las demandas contra los “entes públicos” y las demandas de “los entes públicos”.*

Reflexiones Finales: ¿Hacia la eliminación por vía jurisprudencial de las implicaciones procesales de la noción de “contrato administrativo”?

INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas se analizarán brevemente los últimos criterios jurisprudenciales de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia sobre el contencioso de los contratos administrativos² y el de las

² Con esta identificación nos referiremos a las demandas derivadas de contratos administrativos, cuya regulación se encontraba fundamentalmente en el artículo 42 numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y actualmente en el artículo 5 numeral 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sin que pretendamos con ella asumir posición acerca de la existencia o no de “contratos administrativos” en el ordenamiento jurídico venezolano. Cabe advertir que esa denominación (como casi todo respecto al tema de los “contratos administrativos”) dista de ser unánime en la doctrina venezolana. Así por ejemplo, el llamado “*contencioso de los contratos administrativos*” encuadra en el “*contencioso de los derechos*” de la clasificación propuesta por Moles Caubet, Antonio: *Rasgos generales de la jurisdicción contencioso-administrativa*. 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. 74-76, o en el “*contencioso de las demandas contra los entes públicos*” según la categorización de Brewer-Carías, Allan: *Instituciones Políticas y Constitucionales. La Justicia Contencioso-Administrativa*. Tomo VII. Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira. Caracas- San Cristóbal, 1997. P. 97. Sin embargo, ese mismo autor en otra obra emplea el término “*contencioso de los contratos de la Administración*”, en Brewer Carías, Allan: *Contratos administrativos*. Colección Estudios Jurídicos N° 44. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1992. Pp. 255-265. Esta última denominación la emplea también (aunque dentro del “*contencioso de los derechos*”) Araujo Juárez, José: *Principios generales del Derecho Procesal Administrativo*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 1996. P. 328, y Fermín de Izaguirre, Iraida: *Hacia un nuevo diseño del contrato administrativo*. San Juan de Los Morros. Venezuela, 1989. Pp. 143-153. A su vez, un sector de la doctrina clasifica a estas demandas como acciones nacidas de contratos administrativos Rondón De Sansó, Hildegard: *El sistema contencioso-administrativo en el contexto de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. La distribución de competencias*. 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. 141 y 147. Por su parte, la referencia al “*contencioso de los contratos administrativos*” (sin más añadidos), puede encontrarse en la doctrina venezolana en el mismo Brewer-Carías, Allan: *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso-administrativos*. Colección textos legislativos N° 28. 2ª edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2004. P. 210; así como en Iribarren Monteverde, Henrique: *El contencioso de los contratos administrativos*. Régimen jurídico de los contratos administrativos. Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991. Pp. 249-266; Badell Madrid, Rafael y otros: *Contratos administrativos*. Cuadernos Jurídicos Badell & Grau N° 5. Editorial Torino. Caracas, 1999. Pp. 163-175; Badell Madrid, Rafael: *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*. s/e. Caracas, 2001. pp. 167-183; y Prado Moncada, Rafael: *El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el contencioso de los contratos administrativos*.

demandas contra los entes públicos³, en cuanto a sus implicaciones procesales en la competencia judicial para el conocimiento de tales pretensiones. Este

Un estudio jurisprudencial del ordenamiento jurídico venezolano. Revista de Derecho Administrativo N° 6. Editorial Sherwood. Caracas, 1999. Pp. 333-412. También se la ha identificado como “*contencioso contractual*” (Silva Bocaney, José Gregorio: *De las demandas contra los Estados y Municipios y la Casación. Análisis jurisprudencial.* El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomás Polanco Alcántara. Estudios del Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2005. pp. 630-631).

³ Se emplea el término “demandas contra los entes públicos” en sentido semejante al explicado para el contencioso de los “contratos administrativos” en la nota anterior, es decir, como un mero convencionalismo para referirse a las demandas contra los entes enunciados en el artículo 42 numeral 15 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y actualmente los enumerados en el artículo 5 numeral 24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (aún cuando en tal enumeración se incluyan entes con forma de Derecho Privado). De allí que desborda el objeto de estas páginas el estudio el uso del término “ente público” en el ordenamiento jurídico venezolano, más allá de una referencia incidental en lo atinente a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las demandas contra una serie de entes de tal naturaleza. En cuanto al estudio de los llamados “entes públicos” o “entes con forma de Derecho Público” por la doctrina venezolana, pueden consultarse: Lares Martínez, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo.* 12ª Edición (reimpresión). Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2002. Pp. 333-336; Peña Solís, José: *Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001.* Volumen Segundo. Colección Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2001. pp. 27-136; Brewer-Carías, Allan R. (1976): *La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de Derecho.* Revista de la Facultad de Derecho N° 57. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1976. pp. 115-135; Brewer-Carías: *Instituciones...* pp. 467-489; Brewer-Carías, Allan: *Sobre las personas jurídicas en la Constitución de 1999.* Derecho Público Contemporáneo. Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez. Estudios del Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. Volumen 1. Caracas, 2003. pp. 48-54; Brewer-Carías, Allan: *El régimen de las personas jurídicas estatales político-territoriales en la Constitución de 1999.* El Derecho Constitucional y Público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2003. pp. 99-121; Caballero Ortiz, Jesús: *Las empresas públicas en el Derecho venezolano.* Colección estudios jurídicos N° 13. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982; Caballero Ortiz, Jesús: *Los Institutos Autónomos.* 3ª edición ampliada y actualizada. Editorial Jurídica Venezolana y FUNEDA. Caracas, 1995; Sánchez Falcón, Enrique: *La distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado (Verdades y confusiones de una problemática).* Revista de Derecho Público N° 15. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983. pp. 78-86; Cancelado Ruiz, Ingrid: *Las personas jurídicas que conforman el sector público (su clasificación y tratamiento jurídico frente al sector privado).* Revista de Derecho

enfoque metodológico encuentra su justificación dado que, aún cuando el tema de la naturaleza de los “contratos administrativos”⁴ ha sido tratado por

Administrativo N° 14. Enero-Abril 2002. Editorial Sherwood. Caracas, 2002; pp. 31-77; Torrealba Presilla, Luis: *Consideraciones sobre aspectos del régimen legal de las personas jurídicas que forman el sector público en Venezuela*. Derecho Público Contemporáneo. Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez. Estudios del Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. Volumen 1. Caracas; 2003. pp. 502-525.

⁴ Valgan las comillas en la denominación, dada la controversia doctrinaria (no así jurisprudencial) respecto a la existencia o no en Venezuela de la noción del “contrato administrativo”, así como en torno a las dificultades para su identificación. Sobre el particular puede consultarse: Brewer-Carías, Allan R.: *La evolución del concepto de contrato administrativo*. Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet. Tomo I. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1981. pp. 41-69; Brewer-Carías, *Contratos...*, pp. 39-57; Lares Martínez, Eloy: *Contratos de interés nacional*. Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet. Tomo I. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1981. pp. 117-141; Lares Martínez, *Manual...*, pp. 247-263; Farías Mata, Luis H.: *La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas*. Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1981. pp. 935-977; Melich Orsini, José: *La responsabilidad contractual de la Administración*. Régimen jurídico de los contratos administrativos. Fundación Procuraduría General de la República. Caracas. Pp. 225-247; Melich Orsini, José: *La noción de contrato de interés público*. Revista de Derecho Público No. 7. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981. pp. 33-44; Melich Orsini, José: *El contrato administrativo en el marco general de la Doctrina del Contrato*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas No. 116. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2000. pp. 65-78; Pérez Luciani, Gonzalo: *Los contratos administrativos en Venezuela*. El Derecho Público en Venezuela y Colombia. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Vol. VII. 1984-1985. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1986. pp. 247-264; Caballero Ortiz, Jesús: *Contencioso de plena jurisdicción y demandas contra los entes públicos*. Colección Estudios Jurídicos N° 43. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1989. pp. 83-93; Caballero Ortiz, Jesús: *Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999*. Estudios de Derecho Administrativo. Vol. I. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años de Especialización en Derecho Administrativo. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje No. 2. Fernando Parra Aranguren-Armando Rodríguez García Editores. Caracas, Venezuela, 2001. pp. 139-155; Caballero Ortiz, Jesús: *¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?* El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías. Tomo II. Tercera Parte. Derecho Administrativo. Civitas Ediciones. Madrid, 2003. pp. 1765-1778; Caballero Ortiz, Jesús: *Una concepción amplia del contrato administrativo es contradictoria con las prerrogativas de la Administración*. Ensayos de Derecho Administrativo. Vol. I. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje. Fernando Parra

la doctrina venezolana⁵, al igual que el de la responsabilidad patrimonial del Estado, no ha sido igual de abundante la atención prestada a los puntos específicos en cuestión⁶. En especial en cuanto al estudio del reciente tratamiento jurisprudencial de estos dos últimos temas, en cuyo caso puede

Aranguren Editor. Caracas, Venezuela, 2004. pp. 209-246; Rodríguez García, Armando: *Ejecución del contrato administrativo: Potestades de la Administración y derechos de los contratistas*. Régimen jurídico de los contratos administrativos. Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991. Pp. 86-96; GRAU, María Amparo: *Prólogo*. Régimen jurídico de los contratos administrativos. Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991. pp. 7-10; Badell Madrid y otros, op. cit., Pp. 7-29; Badell Madrid, op. cit., pp. 11-51; Iribarren Monteverde, op.cit, pp. 249-266; Prado Moncada, op. Cit., pp. 348-367; Fermín De Izaguirre, op. Cit. pp. 30-36.

⁵ Complementando las referencias bibliográficas contenidas en la nota al pie número 2, véanse también: Ortiz Álvarez, Luis A. y Giovanna Mascetti: *Jurisprudencia de contratos administrativos (1980-1999)*. Colección jurisprudencia N° 1. Editorial Sherwood. Caracas, 1999; Rondón De Sansó, Hildegard: *Las peculiaridades del contencioso administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2001. pp. 137-175; Rosito Arbia, Giuseppe: *La teoría de los actos separables en el Derecho Administrativo venezolano*. Revista de Derecho Público N° 59-60. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1994. pp. 31-52; Tavares Duarte, Fabiola del Valle: *Teoría de la separación entre los actos administrativos y los contratos de la Administración Pública en Venezuela*. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. 20 años de Especialización en Derecho Administrativo. Fernando Parra Aranguren-Armando Rodríguez García, Editores. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje No. 2. Caracas, 2001. pp. 473-492; Tavares Duarte, Fabiola del Valle: *Actos administrativos y contratos de la Administración Pública: Teoría general de la conexión*. Cuadernos de la Cátedra "Allan R. Brewer-Carías" de Derecho Administrativo. Universidad Católica "Andrés Bello" N° 16. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2003.

⁶ Como excepciones, un amplio tratamiento del tema de las demandas contra los "entes públicos" puede verse en Caballero Ortiz, *Contencioso...*, pp. 57-157. En el ámbito municipal: Urdaneta Troconis, Gustavo: *El Contencioso-administrativo municipal*. Derecho Procesal Administrativo. 1ª Jornadas Centenarias del Colegio del Abogados del Estado Carabobo. Vadell Hermanos Editores. Valencia, 1997. pp. 158-169. Más recientemente: Soto Hernández, María Eugenia: *El proceso contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública Venezolana*. Cuadernos de la Cátedra "Allan Brewer Carías" de Derecho Administrativo. Universidad Católica "Andrés Bello" No. 15. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas; 2003. Hay artículos especializados: Escarrá Malavé, Carlos Miguel: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por hecho ilícito. Procedimiento para su exigibilidad*. Revista N° 37 de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica "Andrés Bello". Caracas; 1986-1987. pp. 104-140; Cohen Arnstein, Marta: *La ejecución de sentencias contra los entes públicos*. Revista de Derecho Administrativo N° 13. Caracas, 2001. pp. 7-41; Soto Hernández, María Eugenia: *El contencioso de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*.

hablarse de una verdadera ausencia doctrinaria. De allí que se requiera abordar esta temática, máxime si se considera, como trataremos de poner aquí de relieve, que la más reciente jurisprudencia ha modificado sustancialmente las nociones tradicionales en la materia, al punto de cuestionar (por la vía de los hechos) los hasta hace poco pacíficos criterios procesales de distinción competencial entre el “contencioso de los contratos administrativos” y el “contencioso de las demandas contra los entes públicos”.

Cabe destacar, por otra parte, que este trabajo sólo pretende servir de primera aproximación –y con unos límites muy precisos– a un tema que requiere de mayor desarrollo a los fines de contar con el necesario marco conceptual para abordar la revisión y estudio de la evolución de los problemas aquí apenas esbozados.

1. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE AMBOS CONTENCIOSOS ANTES DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

1.1 La situación antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia

1.1.1 Demandas contra la República en general

En las Constituciones venezolanas de 1864, 1874, 1881, 1891, 1904, 1909, 1914 y 1922 se asignó la competencia a la Alta Corte Federal, más o menos genéricamente según el caso, para conocer de las demandas contra la República. Posteriormente en las Constituciones de 1925, 1928, 1929, 1931,

Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. 20 años de Especialización en Derecho Administrativo. Fernando Parra Aranguren-Armando Rodríguez García, Editores. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje No. 2. Caracas, 2001. pp. 417-437; Escudero León, Margarita: *Reflexiones sobre la ejecución de sentencias que condenan al Estado venezolano al pago de sumas de dinero*. El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías. Tomo II. Tercera Parte. Derecho Administrativo. Civitas Ediciones. Madrid, 2003. pp. 2309-2330; y Garrido Ling, Álvaro: *Consideraciones relativas a la ejecución de sentencias sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela*. Revista de Derecho Administrativo N° 16. Editorial Sherwood. Caracas, 2004. pp. 71-144; Silva Bocanay, op. cit. pp. 623-647.

1936, 1947 y 1953 se empleó una fórmula más restrictiva pero que afirmaba la competencia de ese alto Tribunal respecto a las demandas por daños y perjuicios y otras acciones por sumas de dinero, con lo cual se establecía un fuero competencial por vía constitucional respecto a tales pretensiones⁷.

De acuerdo con la doctrina, la Constitución de 1961 nada prevé al respecto, por lo que vino a ser la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia la que estableció esta competencia, distribuyéndola entre la Sala Político-Administrativa, los otros tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa y aún los tribunales ordinarios en ciertos casos⁸. Sin embargo, en nuestra opinión, el artículo 206 de la Constitución de 1961 sí constituyó un mandato de asignación competencial a la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las demandas contra la República, aunque era una disposición susceptible de ser modulada por su desarrollo legislativo, por supuesto, guiándose por los lineamientos constitucionales, como se verá más adelante.

1.1.2 Demandas derivadas de responsabilidad contractual de la República

La regulación de esta materia inició su andar, en el rango constitucional, con el artículo 147 numeral 5, de la Constitución de 1830, el cual atribuyó expresamente a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer de las controversias que resultaban de los contratos y negociaciones que celebrase el Ejecutivo Nacional por sí o por medio de sus agentes⁹. Esta atribución constitucional se mantiene expresa hasta la Constitución de 1961, y en el parecer de la doctrina está implícitamente contenida en el artículo 206 en la referencia a la responsabilidad de la Administración¹⁰, en la cual se hacía una remisión a su desarrollo legislativo por norma de rango legal, específicamente, la ley que regulaba el Máximo Tribunal¹¹.

⁷ Caballero Ortiz, *Contencioso...* Pp. 60-61.

⁸ Ibid, p. 62.

⁹ Brewer Carías, *Contratos...* p. 255; Fermín De Izaguirre, ob. cit p. 143.

¹⁰ Brewer-Carías, *Contratos...* p. 255; Fermín De Izaguirre, op. cit. p. 145.

¹¹ Ibid, p. 144.

Por su parte, en cuanto a la regulación legal, el artículo 7 numeral 28 de la Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación de 1953, derogada por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establecía como atribución de la Sala Político-Administrativa la de:

conocer en juicio contencioso de todas las cuestiones de nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que se susciten entre la Nación y los particulares a consecuencia de los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional o de concesiones mineras, de hidrocarburos o de tierras baldías que hubiere otorgado, así como de controversias que resulten por su negativa a expedir títulos de concesiones a que los demandantes aleguen tener derecho; salvo los puntos que la ley vigente, al tiempo de la celebración del contrato, del otorgamiento de la concesión o de la negativa a concederla, según el caso, dejaren a la decisión del Ejecutivo Nacional sin recurso judicial¹².

Se trataba entonces de un fuero competencial exclusivo en el caso de las controversias entre la República y sus contratantes¹³. Sin embargo, la jurisprudencia interpretó esta norma distinguiendo entre los llamados “contratos administrativos” y los de derecho privado, asumiendo la competencia sólo en el primero de los casos, en contravención de lo dispuesto en el artículo 206 constitucional¹⁴.

2. LA REGULACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Una vez vigente la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹⁵, cabe hacer referencia a la regulación que contenía en materia de los contenciosos aquí estudiados:

¹² Brewer-Carías, *Contratos*.... p. 255; Fermín De Izaguirre, op. cit. p. 144.

¹³ Brewer-Carías, *Contratos*... pp. 54-355; Brewer-Carías, *Instituciones*...p. 491.

¹⁴ Según expresa Brewer-Carías, *Contratos*... pp. 12 y 256. Tal criterio fue recogido en el artículo 42 numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (dispositivo que será analizado más adelante en el epígrafe II.2).

¹⁵ Publicada en Gaceta Oficial N° 1.893 Extraordinario del 30 de julio de 1976.

2.1 *La preeminencia del criterio subjetivo en el “contencioso de las demandas contra los entes públicos”*

Establecía el artículo 42 numeral 15 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en concordancia con el artículo 43 *eiusdem*, la competencia de la Sala Político-Administrativa para:

Conocer de las acciones que se propongan contra la República, o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía no excede de cinco millones de bolívares, y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad.

Con una redacción semejante, la competencia para el conocimiento de tales pretensiones se atribuía a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos y a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en los artículos 182 ordinal 2° 185 ordinal 6° respectivamente. En el primer caso, la cuantía de la demanda se establecía hasta un millón de bolívares, y en cuanto a la Corte, entre uno y cinco millones.

De tal forma que, conforme el esquema de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cuantía, el conocimiento de las demandas contra la República¹⁶, los Institutos Autónomos Nacionales y las Empresas en las cuales el Estado tuviera participación decisiva, correspondía a las tres instancias de la jurisdicción contencioso-administrativa; en cambio, a la Sala Político-Administrativa en caso de cualquier otra acción (asignación competencial residual), siempre que su conocimiento no estuviere atribuido a otra autoridad (salvo disposición en contrario), como era el caso de las demandas derivadas de responsabilidad civil reguladas en la Ley de Tránsito Terrestre¹⁷. Por vía jurisprudencial se había agregado como excepción la de las demandas derivadas de reclamaciones laborales, estableciéndose que la competencia para conocer de éstas correspondía a los tribunales de esa jurisdicción especial, posición criticada por la doctrina al señalar que la misma carecía de base legal expresa¹⁸.

¹⁶ No así para los niveles político territoriales estatal y municipal.

¹⁷ Caballero Ortiz, *Contencioso...* pp. 63-64.

¹⁸ Ibid, pp. 64-66.

Cabe destacar que la redacción de la norma antecedente respecto a las “empresas en las cuales el Estado tenga participación decisiva” desató una intensa polémica doctrinaria y jurisprudencial durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual pasamos a resumir de seguidas, sin pretensiones de exhaustividad, lo que servirá de marco histórico para situar algunos comentarios que se realizarán a la correspondiente norma vigente.

En ese sentido, los términos empleados en el artículo 42 numeral 15 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia fueron criticados por la doctrina. Al respecto se cuestionó el uso de los vocablos “empresa” y “Estado”, dada su ambigüedad e indeterminación¹⁹.

Por su parte, la jurisprudencia originalmente asimiló el término “Estado” a “República”, en cuanto a entender que la participación en la empresa debía ser de la República (Sentencia del 20 de enero de 1983 de la Sala Político-Administrativa, caso Universidad Central de Venezuela vs.. Banco Nacional de Descuento)²⁰.

En lo referente a la participación, existía controversia en cuanto a entender si debía ser directa (participación patrimonial de la República en las empresas de 1º grado) o indirecta (participación patrimonial de entes de derecho público o de empresas del Estado, empresas de 2º grado en este último caso). En ese

¹⁹ Especialmente en cuanto al vocablo “empresa”, el cual no tiene un significado unívoco en el Derecho (actividad organizada, unidad de producción) y es propio de otras disciplinas, además de que no se refiere a un sujeto de derecho. Cfr. Caballero Ortiz, *Contencioso...* pp. 119-122.

²⁰ Sentencia reseñada en *Ibid*, pp. 122-125 y Cumare, Margarita: *Evolución jurisprudencial del concepto Empresa del Estado a los efectos de la competencia de la Corte Suprema de Justicia en el conocimiento de las demandas contra ellas*. Revista de Derecho Público N° 59-60. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1994. p. 364. El criterio fue ratificado en numerosos fallos, entre otros los números 314 del 13-12-84, caso IMAU vs. Banco República, C.A.; 188 del 05-08-86, caso Pequiven vs. Banco Ítalo Venezolano; 216 del 21-06-88, caso The Permu TIT Company Inc. vs. Cadafe; 252 del 26-07-88, caso Franz H. Weibezahn Massiani y otro vs. CANTV y Oficina Técnica DINA, C.A. (*Ibid*, pp. 364-365). En ese sentido, se señalaba que la Sala Político-Administrativa hacía uso de un criterio restrictivo rechazando la participación indirecta al sostener que el conocimiento de las acciones contra las empresas en las cuales la República tenga ese tipo de participación (a través de otros entes) no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa pues lo contrario constituiría una limitada y continua desmembración de la voluntad pública estatal (*Ibid*, p. 365). Véase también la siguiente nota al pie.

sentido, mientras la Sala Político-Administrativa entendía que lo que determinaba que ella u otro tribunal contencioso-administrativo resultara competente era el hecho de que la participación decisiva fuese de la República (sentencia del 20 de enero de 1983 ya citada), la Casación Civil, en sentencia del 2 de noviembre de 1983, en una sentencia contra CADAFE, entendió que también hay participación decisiva del Estado (asimilado a la República), a través de Institutos Autónomos o Empresas del Estado²¹.

Sin embargo, con posterioridad la Sala Político-Administrativa matizó su criterio al punto de resultar coincidente con el de la Casación Civil, al entender que la participación permanente es una participación directa, para concluir que una demanda contra el Banco Industrial de Venezuela (cuyo accionista en ese momento era el Fondo de Inversiones de Venezuela y no la República), podía incluirse dentro de la noción de empresa en la cual el Estado tenía participación decisiva (Sentencia Sala Político-Administrativa del 12 de diciembre de 1985, caso Marisabel Schiskin Figuera y otros vs.. Banco Industrial de Venezuela)²².

Comentando la sentencia, parte de la doctrina sostenía que la participación decisiva puede ser directa, pero no por pretender assimilar el término “Estado” con “República”, sino porque la intención del Legislador fue reservar a la

²¹ Caballero Ortiz, *Contencioso...* pp. 127-129. La posición de la Casación Civil era compartida por este autor, en cuanto a entender que no resulta justificable una diferencia en el tratamiento jurisdiccional entre las sociedades en las que la República es accionista y las otras en las que el accionista es un Instituto Autónomo, pero éste señalaba como tesis interpretativa más idónea entender el término “Estado” no en sentido restringido, sino incluyendo a los Institutos Autónomos y Empresas del Estado, sin necesidad de acudir a la tesis de la participación indirecta que luce una interpretación extensiva, inidónea al tratarse de una competencia especial. La referencia jurisprudencial también está contenida en González O., Noelia: *El concepto de Empresas del Estado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*. Revista de Derecho Público N° 26. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1986. pp.172-173, quien señala que la noción de “empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva” debe incluir la participación de ésta tanto por la Administración Central como la descentralizada (Institutos Autónomos), en coherencia con el criterio amplio de Empresas del Estado manejado tanto por la doctrina como por el derecho positivo.

²² Citada por Cumare, op. cit. p. 367, ratificada en posteriores fallos, Ibid, pp. 368-372. Al comentar la primera sentencia del 12-12-85, señala Caballero Ortiz, *Contencioso...* pp. 130-133, que el elemento de la permanencia constituye un ingrediente nuevo que no está presente en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia al referirse a las empresas en las que el Estado tenga una participación decisiva.

jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las demandas contra los entes nacionales (República, Institutos Autónomos Nacionales y Empresas de la República)²³. En todo caso, el concepto de participación decisiva no se limita a la participación mayoritaria, toda vez que puede incluir otros supuestos, como señalaron la Sala Político-Administrativa y la Sala de Casación Civil, esta última en sentencia del 19 de enero de 1984 en un juicio contra CADAFE²⁴.

Por otra parte, para un sector de la doctrina, el término “empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva” es asimilable a “Empresa del Estado”, lo que significa que debe tratarse de sociedades mercantiles en las cuales la República, un Instituto Autónomo u otro ente público nacional, ostenten, conjunta o separadamente, una participación decisiva, entendiendo esta última no sólo como participación mayoritaria, sino también en el supuesto de que esos entes tengan el control y la responsabilidad de la gestión de la sociedad mercantil²⁵.

²³ Brewer-Carías, *Instituciones*... pp. 483-490. También se muestra partidario del criterio de la Sala de Casación Civil, así como pone de relieve la modificación del criterio de la Sala Político-Administrativa en el caso de la sentencia del 14-12-89, demanda contra el Banco Industrial de Venezuela, y añade sentencias posteriores de demandas contra empresas del Estado Petroleras en las cuales el accionista es PDVS.A.

²⁴ Cfr. Caballero Ortiz, *Contencioso*... pp. 135-136. En contra Lares Martínez, *Manual*... pp. 692 y 695, quien equipara participación decisiva a participación mayoritaria. Por su parte, González, op. cit., pp. 173-174, señala que en casos de participación menor al 49% debe quedar a criterio del juez la apreciación de las circunstancias determinantes del grado de participación del sector público. A su vez, Cumare, op. cit., pp. 365-367, indica que la Sala Político-Administrativa ha entendido que la participación directa debe ser en sentido cuantitativo, aunque también refiere el criterio contrario de la Casación Civil, al entender que el poder de control y dirección de la empresa también puede determinar la participación decisiva, criterio este último compartido por la autora. Véase también la siguiente nota al pie.

²⁵ Caballero Ortiz, *Contencioso*... pp. 137-140. En igual sentido, González, op. cit., pp. 171-172, respecto a la asimilación de las “empresas en las cuales el Estado tenga participación decisiva” con “Empresas del Estado”. Más reciente doctrina (Soto Hernández, *El proceso*... pp. 83-84), resumió la posición jurisprudencial señalando que la disparidad de criterios entre la Casación Civil y la Sala Político-Administrativa ha sido superada al entender que la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer de las acciones contra las sociedades cuyo capital pertenece en su mayoría a una o varias personas públicas territoriales, institutos autónomos o empresas del Estado (criterio de la participación accionarial), o cuya conducción y administración corresponda a cualquiera de esos entes (criterio de la intervención directiva), y que en el caso de que la participación decisiva del Estado sea de segundo o ulterior grado (más bien empresas del Estado de 2° o ulterior grado aclaramos nosotros), es decir, ejercida a través

Como conclusión preliminar, se observa que en el caso de las demandas contra los “entes públicos”, el criterio subjetivo determinaba la competencia, puesto que, salvo casos excepcionales, toda pretensión contra tales entes (República, Institutos Autónomos Nacionales y empresas en las que el Estado tuviera participación decisiva), con independencia de la *causa petendi*, debía ventilarse ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuyo caso se combinaba este criterio con el de la cuantía de la demanda para determinar a cuál tribunal contencioso-administrativo correspondía el conocimiento en primera instancia.

2.1.1 La preeminencia del criterio material en el “contencioso de los contratos administrativos”

Por su parte, en el artículo 42 numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en concordancia con el artículo 43 *eiusdem*, se asignaba la competencia a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia para:

Conocer de las cuestiones de tal 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 las Municipalidades.

Sobre la base de esta disposición, la doctrina planteó la distribución competencial en el contencioso de los “contratos administrativos” bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, señalando que sería competente la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en los casos en que resultaran legitimados pasivos de las demandas derivadas de tales contratos: La República, los Estados o los Municipios²⁶; los Institutos

de una o más empresas filiales, se exige además que dicha participación sea permanente (cita sentencia de la Sala Político-Administrativa del 12-12-85, demanda contra el Banco Industrial de Venezuela, criterio ratificado en sentencia del 24-01-90, demanda contra INTEVEP S.A). Posición similar es de de Cumare, op. cit. pp. 374-376, quien señalaba que la única disparidad persistente entre ambas Salas era en cuanto a entender como cuantitativa o cualitativa la participación decisiva. Para la Sala Político-Administrativa debe haber mayoría accionarial, para la Casación Civil basta el poder de control y dirección.

²⁶ Brewer-Carías, *Contratos...* p. 256; Brewer-Carías, *Instituciones...* p. 492.

Autónomos Nacionales y las Empresas del Estado Nacionales²⁷, y aún los particulares²⁸.

Ahora bien, más allá de esta concepción, que ya refleja la presencia del elemento material (“contrato administrativo”) de forma preponderante para la determinación competencial en este contencioso, otro sector de la doctrina²⁹ se dedicó a esquematizar, sobre la base del referido artículo 42 número 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la evolución de los criterios jurisprudenciales de la Sala Político-Administrativa respecto a las demandas originadas en los “contratos administrativos”, la cual pasamos a resumir:

2.1 Primera interpretación jurisprudencial: restrictiva y literal

En un primer momento se impuso el criterio interpretativo rigurosamente literal, en el cual se entendió que la competencia para conocer en materia de “contratos administrativos” se circunscribía a que la causa estuviese referida a “*la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución*” del “contrato administrativo”. Por argumento a contrario, la Sala Político-Administrativa se declaraba incompetente para conocer demandas por indemnización de daños y perjuicios originados por la rescisión unilateral de un contrato administrativo, así como para conocer de demandas indemnizatorias de daños y perjuicios derivados del incumplimiento (pues la

²⁷ Brewer-Carías, *Contratos...* p. 55; Brewer-Carías, *Instituciones...* p. 492-493. Aunque el mismo autor parece contradecirse al señalar que en este caso la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa es según la cuantía de la demanda (Brewer-Carías, *Contratos...* pp. 257- 259) por lo que no siempre sería la Sala Político-Administrativa el tribunal contencioso-administrativo competente. Por otra parte, con esta afirmación parece referirse al criterio de la cuantía propio de las demandas contra los entes públicos, toda vez que pareciera entonces que la distribución competencial no vendría dada por la naturaleza del “contrato administrativo”, sino más bien por el criterio subjetivo matizado por el elemento de la cuantía de la demanda.

²⁸ Brewer-Carías, *Contratos...* p. 258; Brewer-Carías, *Instituciones...* p. 492. Por su parte, hay posturas que sostienen que aún los particulares entre sí pueden celebrar “Contratos administrativos”, siempre que alguno actúe en nombre de la Administración. Véase Iribarren Monteverde, op. cit. p. 266.

²⁹ Seguimos aquí los lineamientos expuestos por Badell Madrid, y otros, op. cit. pp. 163-175; y Badell Madrid, Rafael, op. cit., pp. 167-183.

referencia legal era al cumplimiento) de un contrato administrativo, como se evidencia de Sentencias del 14 de julio de 1986, *caso M & V, C.A.*, y del 16 de octubre de 1986, *caso Consorcio Aliva Lara*³⁰. Esta posición jurisprudencial fue criticada por la doctrina dado que terminaba desnaturalizando el fuero de los “contratos administrativos”, al resultar demasiado restrictiva y poco consona con el fin del Legislador en cuanto a establecer una enumeración enunciativa³¹.

2.2 Segunda interpretación jurisprudencial: extensiva

El criterio referido en el epígrafe anterior no prevaleció, como se verá de seguidas, al sostenerse más bien la existencia de una reserva universal a favor de la Sala Político-Administrativa³², con las peculiaridades siguientes:

2.2.1 Ámbito objetivo: cualquier controversia (criterio material)

En efecto, ya desde el caso del 01-04-86, *Hotel Isla de Coche*³³ y más recientemente, sentencia del 4 de marzo de 1993, *caso Juan José Mesa González*³⁴, y luego de la Constitución de 1999; la Sala Político-Administrativa ha entendido que la competencia no debe limitarse únicamente al caso de litigios referidos a la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución del contrato, sino de todas las controversias derivadas de “contratos administrativos” “cualquiera sea el ente del sector público que funja como

³⁰ Sentencias referidas en Badell y otros: op. cit. pp. 163, 164; Badell Madrid, op. cit., pp. 167-168; Prado Moncada, op. cit. pp. 370-372. La dos sentencias en cuestión, del 18-09-86, caso M & V, C.A. y del 06-11-86, *caso Consorcio Aliva-Lara*, se encuentran en Ortiz Álvarez, op. cit., pp. 767-775, reiterado en sentencia del 28-07-94, *caso Tiedicar*, en el cual se entendió que un reclamo de contraprestación por servicios convenidos por un contrato era una demanda por Cobro de Bolívares.

³¹ Brewer-Carías, *Contratos...* p. 261; Brewer-Carías, *Ley Orgánica...* p. 212; Ortiz Álvarez, op. cit. p. 34. Esta posición de distinguir entre el incumplimiento (demanda por daños y perjuicios) y el cumplimiento es también criticado por Iribarren Monteverde, op. cit. pp. 261-262, quien señala que ambas nociones son inseparables.

³² Badell y otros, op. cit., p. 164; Badell, op. cit. p. 168.

³³ Precedentes citados en la recopilación de Ortiz Álvarez, op. cit. 776-777 y Prado Moncada, op. cit., 373- 374.

³⁴ Aludida por Badell Madrid y otros, op. cit. p. 165.

contratante –territorial o descentralizado”, dada la amplitud de la norma y a los fines de evitar un fraccionamiento inútil de las controversias suscitadas en relación con dichos contratos³⁵. También son ejemplos de tal criterio, la sentencia del 11-08-88, *caso Cementerio Monumental Carabobo, C.A.*³⁶, y sentencia del 18-03-1993, *caso Juan José Mesa González*³⁷, aunque en esta última la referencia a evitar fraccionamientos inútiles se refiere es a la materia y no al ámbito subjetivo. En igual sentido, sentencia del 13-03-97, *caso Comercial Ingra, S.R.L.*³⁸.

Más recientemente, vigente la Constitución de 1999, la Sala Político-Administrativa siguió este criterio, por ejemplo, en sentencia N° 102 del 13 de febrero de 2001, *caso Proyectos y Construcciones Civiles, C.A. vs Municipio Palavecino del Estado Lara*, en la cual se señaló:

En este sentido, corresponde a la Sala 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 la República, los Estados o las Municipalidades, y al estar en presencia de una demanda por cobro de bolívares en virtud del incumplimiento de un contrato administrativo, debe entonces aplicarse la regla atributiva de competencia, contenida en el referido numeral 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el artículo 43 eiusdem, según la cual es competencia de esta Sala Político-Administrativa conocer de la presente causa, y así se declara.

De tal forma, que la tesis jurisprudencial imperante antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, daba preferencia al criterio material (la materia “contrato administrativo”), más allá de la causa de la reclamación propiamente dicha.

³⁵ Badell Madrid, op. cit., p. 169.

³⁶ Ortiz Álvarez, op. cit. pp. 777-779; Prado Moncada, op. cit., p. 374.

³⁷ Ortiz Álvarez, op. cit., pp. 779-780; Prado Moncada, op. cit., Pp. 374-375.

³⁸ Ortiz Álvarez, op. cit. pp. 780-781.

2.2.2 Ámbito subjetivo: República, Estados o Municipios (criterio subjetivo)

Como ya se refirió de forma incidental, en un primer momento, la noción de la “reserva universal” de la competencia de la Sala Político-Administrativa en el contencioso de los “contratos administrativos” llegó a hacer entender a ésta que ella resultaba competente para conocer no sólo de las controversias sobre “contratos administrativos” celebrados con la República, los Estados y los Municipios, sino de cualquier ente de derecho público, territorial o no, como se evidencia de sentencia de la Sala Político-Administrativa del 13 de marzo de 1991, *caso Comercial Ingra S.R.L.*³⁹.

Sin embargo, acotaba un sector de la doctrina que, tal como lo había hecho la Sala Político-Administrativa en otras ocasiones, debía entenderse sólo en caso de que el “contrato administrativo” hubiera sido celebrado por la República, los Estados o los Municipios, correspondía la competencia para conocer a la Sala Político-Administrativa. Si se trataba de otro ente del sector público, la competencia debía determinarse conforme a las normas ordinarias de distribución de competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁰. Esa fue la posición que prevaleció en definitiva, al retomarse el criterio original y excluirse de la competencia de la Sala Político-Administrativa a las demandas vinculadas con “contratos administrativos” suscritos por Institutos Autónomos y Empresas del Estado, y atribuirse la competencia a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en tales casos, conforme con la atribución residual

³⁹ Citada por Badell Madrid y otros, op. cit., p. 166. La referida sentencia está contenida en Ortiz Álvarez, op. cit. 780-781. En análogo sentido parece pronunciarse por su parte Iribarren Monteverde, op. cit. Pp. 265-266. De igual forma, para un sector de la doctrina, el referido dispositivo (el artículo 42 numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) innova en cuanto a incluir respecto de las competencias de los Tribunales Contencioso-Administrativos el conocimiento respecto a las cuestiones que surjan con motivo de contratos suscritos no sólo por la República, sino también por institutos autónomos nacionales y empresas del Estado nacionales, y quedarían fuera los contratos en que sean parte los Estados y Municipios y los entes descentralizados de tales entidades político-territoriales (Brewer Carías, *Instituciones...* p. 491). Entendemos que se refiere a la competencia para conocer de demandas por responsabilidad extracontractual contra tales entes (artículo 42 numeral 15 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

⁴⁰ Cfr. Badell Madrid y otros, op. cit., p. 164; Badell Madrid, op. cit. P. 168.

de competencias del artículo 183 ordinal 3º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, sólo en el caso de que los contratantes fuesen tales entes político-territoriales (República, Estados y Municipios) la competencia correspondía a la Sala Político-Administrativa, en su defecto a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo⁴¹. Así se evidencia del precedente de la Sala Político-Administrativa, referido en sentencia 927 del 15 de mayo de 2001, *caso Ingeniería Geipe, C.A. vs. C.A. de Electricidad de Los Andes (Cadela)*⁴², aunque en esta última causa caso la competencia se asignó a los Juzgados Superiores Contencioso-Administrativo por ciertas peculiaridades del caso.

⁴¹ Como lo señala Badell, op.cit. pp. 169-170; al invocar el precedente judicial que se transcribe en la nota al pie inmediatamente siguiente.

⁴² Vale la pena transcribir algunos extractos de este fallo, pues el mismo es ilustrativo de la última posición de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En esa decisión se señaló:

Observa la Sala que la parte accionante fundamentó la competencia de este Alto Tribunal en el numeral 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el artículo 43 eiusdem; en tal sentido, es cierto que los actos constituidos como objeto del presente recurso se encuentran vinculados a la noción de contrato administrativo, dado que la nulidad del proceso licitatorio demandado necesariamente determinará la validez del contrato a suscribirse entre las empresas beneficiadas y la sociedad mercantil recurrida, pero ocurre que por mandato de la disposición legal antes citada, la competencia a favor de esta Sala para conocer de las acciones que se interpongan a propósito de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos, involucra necesariamente la participación de la República, los Estados y Municipios, lo cual no resulta aplicable al caso de autos. En efecto, si bien el objeto del recurso versa sobre la validez o nulidad de un contrato administrativo lo cierto es que este último fue suscrito por un ente que aunque forma parte de la amplia gama de personas jurídicas que integran el sector público, no se corresponde con la identidad de la República, algún Estado o Municipio; resultando competente para conocer del caso la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo a tenor de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

El criterio fue reiterado en sentencia 2729 del 20 de noviembre de 2001, *caso Servitransporte, C.A. vs. Instituto Autónomo Municipal de Tránsito y Transporte Público Urbano de Pasajeros y Vialidad del Municipio Valencia del Estado Carabobo*, en estos términos:

Ahora bien, la Sala había venido interpretando en sentido amplio, el fuero atrayente de su competencia para conocer de las causas que versaran sobre contratos administrativos, llegando a pronunciarse en casos en que el ente administrativo contratante era distinto a las unidades político territoriales taxativamente señaladas en la norma antes transcrita.

En nuestra opinión, debía hacerse la distinción pues las demandas contra Empresas del Estado e Institutos Autónomos ya eran competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa según la cuantía, pero no sobre la base de la asignación residual de competencias sino en razón del sujeto, vía artículo 42 numeral 15 *eiusdem*⁴³. Ejemplos se encuentran en las sentencias del 22-07-93, *caso FOGADE vs. Elkin Montoya Correa*⁴⁴; del 12-08-92, *caso Asfapetrol*⁴⁵. De allí que, como señala la doctrina, en el caso de los Institutos Autónomos y las Empresas del Estado Nacionales (de la República), la

Sin embargo, el examen detenido de los principios consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; particularmente, del mandato relacionado con la descentralización del Poder Judicial (Artículo 269) como mecanismo que coadyuve a la prestación de servicio de una administración de justicia accesible, expedita y eficaz (Artículo 26 *eiusdem*), conduce a la Sala a revisar el criterio jurisprudencial antes aludido.

Así, el respeto a los señalados principios de eficacia, rapidez y fácil acceso a la justicia, que garantiza el enunciado constitucional de descentralización del Poder Judicial, exige atender a la conveniencia de que la causa en primera instancia se eleve al conocimiento de un Juez que desempeñe su actividad jurisdiccional en la región donde ocurrieron los hechos garantizándose de esta forma un mayor acceso al expediente por parte de los interesados o sus apoderados, ya que no tienen que trasladarse, sino dentro de su región para revisarlo, lo que igualmente y sin lugar a dudas, supone también un ahorro del tiempo y dinero necesarios para llevar adelante un procedimiento judicial.

En concordancia con lo señalado, considera entonces la Sala, que la norma bajo estudio, esto es el numeral 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, debe ser interpretada de manera restrictiva y atribuyéndole a la ley “el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador” (Artículo 4 del Código Civil venezolano), en el entendido que sólo conocerá de las causas que versen sobre contratos administrativos celebrados por las unidades político territoriales señaladas expresamente en la citada norma, esto es, la República, los Estados o las Municipalidades.

Ello no significa que se pierda el fuero atrayente que sobre dichas causas, por tener implícito un interés público, tiene la jurisdicción contencioso administrativa, pues cuando la causa se refiera a contratos celebrados por entidades regionales distintas a las citadas en el numeral 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, corresponderá conocer a los tribunales de primera instancia de esta jurisdicción especial, es decir, los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo de la respectiva circunscripción judicial. Así se declara”.

⁴³ En igual sentido véase Iribarren Monteverde, op. cit. p. 265 y Prado Moncada, op. cit., p. 376. Este último señala que en tal caso el criterio es el orgánico y no el material, salvo el supuesto de que se tratara de impugnaciones y no de demandas, en cuyo caso sí luce acertado el criterio jurisprudencial.

⁴⁴ Véase el texto en Ortiz Álvarez, op. cit. Pp. 804-806.

⁴⁵ Ibid, p. 804. Véase también Prado Moncada, op. cit., p. 377.

competencia para conocer se basa en un criterio orgánico y la competencia se distribuye en el Contencioso-administrativo por la cuantía⁴⁶.

También hay que señalar, como indicaba la doctrina, que la distinción entre “contratos administrativos” y contratos de derecho privado de la Administración tenía relevancia en el orden judicial, para distinguir la competencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en el caso de los Estados y Municipios, pues si se trata de “contratos administrativos” conocía ésta, y si se trataba de contratos de Derecho Privado, los tribunales ordinarios⁴⁷.

Si se trataba de la República, la distinción venía dada en cuanto a la competencia en única instancia de la Sala Político-Administrativa en el caso de los “contratos administrativos”, o en las diversas de la jurisdicción contencioso-administrativa según la cuantía de la demanda si se trataba de contratos de Derecho Privado⁴⁸.

Como segunda conclusión preliminar, se evidencia la preeminencia del criterio material (el origen en un “contrato administrativo”) como criterio orientador de determinación competencial, aunque conjugado con el límite respecto a que los contratantes demandados fueran la República, los Estados o los Municipios, para concluir en la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa, específicamente, a la Sala Político-Administrativa. En el caso de que los contratantes fueran entes distintos, hay que admitir que los criterios de la jurisprudencia lucían encontrados y casuísticos, en cuanto a asignar el conocimiento a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo o a los Tribunales Superiores.

3. LA REGULACIÓN DE AMBOS CONTENCIOSOS EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁹ vino a modificar el esquema competencial antes esbozado, de la siguiente forma:

⁴⁶ Ibid, p. 378.

⁴⁷ Brewer Carías, *Contratos...*, p. 260. Consideramos que habría que aclarar que se trata de la primera instancia en caso de demandas contra Estados y Municipios, conforme lo establece el artículo 183 ordinal 1º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Sobre ello se volverá más adelante.

⁴⁸ Ibid, pp. 259-260.

⁴⁹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942 del 20 de mayo de 2004.

3.1 La ampliación competencial y la ambigüedad terminológica de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en el caso de las “demandas contra los entes públicos”

En materia de demandas contra los entes públicos, la regulación se encuentra en el artículo 5 numeral 24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual asigna como competencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia:

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 ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección y administración se refiere, si su cuantía excede de setenta mil unidades tributarias (70.000 u.t.).

La redacción del dispositivo, planea entonces cambios sustanciales con relación a su antecedente, el artículo 42 numeral 15 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁵⁰. En efecto, en primer término, se asigna a la Sala Político-Administrativa el conocimiento de las acciones que se intenten contra los entes político-territoriales fundamentales en que se distribuye el Poder Público (artículo 136, encabezamiento, del texto Constitucional), y no solamente contra la República⁵¹. En segundo lugar, se incluye en la enumeración el

⁵⁰ Mediante el cual se asignaba a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento “...de las acciones que se propongan contra la República, o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía no excede de cinco millones de bolívares, y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad”.

⁵¹ En el régimen de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento de las demandas contra Estados y Municipios correspondía en primera instancia a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, y en segunda, a los Juzgados Superiores Contencioso-Administrativos competentes por el territorio (artículo 183 ordinal 1°). Esta solución fue objeto de críticas por la doctrina, tanto desde el punto de vista de su constitucionalidad, al señalarse que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración...” (Urdaneta Troconis, op. cit., pp. 158-159 y 163-164), como desde la óptica de su congruencia y conveniencia. En ese último sentido se señalaba, en primer lugar, la incongruencia de que en primera instancia conozcan tribunales ordinarios y en segunda los de la jurisdicción contencioso-administrativa, puesto que la solución ha debido ser escoger a una u otra tanto en primera como en segunda instancia, y en segundo término, la paradoja del hecho de que las demandas contra entes estatales de derecho privado sean conocidas desde la primera

término “ente público”, sobre el cual corresponderá a la jurisprudencia su precisión a los efectos de este texto legal, pues, como ya señalamos⁵², su significado dista de ser unívoco⁵³.

Por último, se modifica la referencia a las empresas, pues la ley ya no emplea la expresión “empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva”, sino “empresa en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección y administración se refiere”.

Sobre el tema de las competencias en materia de demandas contra empresas del Estado, con esta redacción, parece haberse solucionado parcialmente la ya comentada polémica originada en la interpretación de la frase contenida en el artículo 42 numeral 15 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, habida cuenta de que pareciera que el Legislador, al sustituir el término “Estado” por “República”⁵⁴, pareció optar por el criterio restrictivo original de la Sala Político-Administrativa, al asignar el fuero competencial de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sólo a las empresas del Estado de primer grado, es decir, aquellas en las que la República tiene un control decisivo y permanente en su dirección o administración⁵⁵.

instancia por la jurisdicción contencioso-administrativa y no así los entes de derecho público político-territoriales. (Ibid, pp.163-164). De allí que consideramos afortunada la inclusión de los Estados y Municipios en el fuero competencial contencioso-administrativo desde el punto de vista de dotar de coherencia a la norma.

⁵² Sobre lo controversial de esa denominación, remitimos a la bibliografía acotada en la nota al pie número 3.

⁵³ Una primera posición que podría sostenerse que es la asimilación del término a “ente de derecho público” o “ente con forma de derecho público”, denominación que en el caso venezolano tiene ya cierta tradición en la doctrina y en la jurisprudencia (véase nota al pie número 3), lo que facilitaría la labor interpretativa al dotarla de un término menos inequívoco. Sin embargo, como veremos, la Sala Político-Administrativa no ha abordado –que sepamos– hasta ahora, este problema terminológico.

⁵⁴ “Conocer de las demanda que se propongan contra la República (...) o empresa en la cual la República ejerza un control...”, establece la norma vigente.

⁵⁵ La redacción del artículo 5 numeral 24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ya ha comenzado a ser objeto de críticas. Así por ejemplo, se señala que con la misma no se despeja la duda de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que llevó a la Sala Político-Administrativa a interpretar restrictivamente el término incluyendo únicamente a las empresas en las cuales la República fuera accionista (Brewer Carías, *Ley Orgánica...*, p. 209).

Sin embargo, cabe señalar que no parece tener sentido esta posición restrictiva en una norma que, en todo lo demás, amplía las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto a las demandas contra los “entes públicos”, como ya señalamos respecto a la inclusión de entes político-territoriales, la referencia a “entes públicos”, y veremos de seguidas respecto al tipo de participación de las Empresas del Estado. De allí que quizá convendría no hacer excesivo énfasis en cuanto al elemento literal en la interpretación de esta norma a los efectos de darle mayor coherencia, y en cambio otorgarle mayor preponderancia a los elementos lógico, sistemático, teleológico e histórico⁵⁶.

Más afortunada parece haber sido la labor del Legislador con el resto de la referencia a las empresas, dado que con la redacción empleada⁵⁷ pareció haber resuelto el resto de la controversia respecto a equiparar o no la participación decisiva a la participación mayoritaria, puesto que la Ley habla de control decisivo y permanente y no de mayoría accionarial (la cual sería sólo una forma de control decisivo, entre otras, por lo que serían aplicables criterios cuantitativos y cualitativos).

3.2 La inserción de la variable “cuantía de la demanda” propia de las demandas contra los entes públicos” en el contencioso de los “contratos administrativos”. La ausencia competencial de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa

En cuanto al contencioso de los “contratos administrativos”, establece el artículo 5 numeral 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como competencia de la Sala Político-Administrativa:

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 la

⁵⁶ Como se verá más adelante al referirnos a los criterios jurisprudenciales, hasta los momentos —que sepamos— la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha soslayado toda esta problemática con los términos.

⁵⁷ “...empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección y administración se refiere...”.

República, los Estados o los Municipios, si su cuantía excede de setenta mil unidades tributarias (70.001 u.t.).

Como puede verse, la norma está redactada en términos similares a su antecedente, el artículo 42 numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁵⁸, pero con el añadido de que se establece la variable cuantía de la demanda como segundo criterio (el primero es la materia de “contratos administrativos”, como ya se señaló al comentar la doctrina jurisprudencial de la norma antecedente) de determinación competencial. Ello plantea dos problemas: El primero, de tipo formal, referente a que el texto legal no asigna a ningún órgano judicial el conocimiento de las demandas por cuantías inferiores, y el segundo, de índole más conceptual, vinculado al establecimiento de un criterio de otro contencioso, el de las demandas contra los “entes públicos”, al de los “contratos administrativos”, acogiendo el criterio material propio de este último⁵⁹.

3.3 La solución adoptada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

Una vez vigente la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se planteó un álgido problema interpretativo para su aplicación en lo que concierne al funcionamiento (por no decir la misma existencia) de la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, conforme a la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final, ese texto legal deroga la Ley Orgánica de la Corte Suprema

⁵⁸ El cual establecía como competencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia: “...conocer de las cuestiones de tal 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 las Municipalidades...”.

⁵⁹ Tómese en cuenta que la cuantía está concebida como un criterio competencial propio de las demandas patrimoniales, y en el caso de las demandas contra los entes públicos se trata generalmente de reclamaciones del pago de sumas de dinero por incumplimiento de obligaciones contractuales, extra-contractuales, o daños y perjuicios originados por responsabilidad de tales entes. En el caso del contencioso de los “contratos administrativos”, ese esquema es susceptible de extrapolación en muchos casos (demandas de cumplimiento o resolución, validez o nulidad), pero podría ser inadecuado en el caso de pretensiones de interpretación de un “contrato administrativo”, dirigidas a obtener una declaración de mera certeza precisamente para evitar una ulterior demanda patrimonial.

de Justicia, la cual era el instrumento contentivo de la base legal de la organización y competencias de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria, diferentes de la Sala Político-Administrativa de la otrora Corte Suprema de Justicia, actual Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, tanto la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo como los Tribunales Superiores Contencioso-Administrativos fueron creados y organizados sobre la base del régimen competencial establecido en los artículos 181 al 187 del referido texto legal⁶⁰.

De allí que el resultado fue la derogación de la base normativa de la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria venezolana. Ante ello, una primera opción para resolver el vacío legal que parecía plantear la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia era la de dictar un Reglamento que regulara la organización y funcionamiento de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria distintos a la Sala Político-Administrativa, con fundamento en la habilitación normativa contenida en la Disposición Derogatoria, Transitoria y Única, letra “b”⁶¹. Sin embargo, quizá motivado a

⁶⁰ Sobre el origen y evolución de los diversos proyectos de leyes reguladores de la jurisdicción contencioso-administrativa, puede verse el texto: *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. Segunda Parte. pp. 273-564. Véanse también los comentarios doctrinarios sobre el sistema contencioso-administrativo establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Moles Caubet, ob. cit., 67-77; Rondón De Sansó, *El sistema...* pp. 97-133; Calcaño De Temeltas, Josefina: *Aspectos generales del régimen legal de la Corte Suprema de Justicia*. Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Colección textos legislativos N° 8. 2° edición actualizada. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991. pp. 119-134; Calcaño De Temeltas, Josefina: *Origen y evolución del sistema contencioso-administrativo venezolano*. Derecho Procesal Administrativo. 1° reimpresión. 1° Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Vadell Hermanos Editores. Valencia, Venezuela, 1997. pp. 11-32.

⁶¹ El texto legal expresa: “Hasta tanto se dicten las leyes de la jurisdicción Constitucional, Contencioso-Administrativa y Contencioso Electoral (sic), la tramitación de los recursos y solicitudes que se intenten ante la Sala Constitucional, Político Administrativa y Electoral, se regirán por los procedimientos previstos en esta Ley y demás normativas especiales, en cuanto sean aplicables, así como por las interpretaciones vinculantes, expresamente indicadas en el artículo 335 constitucional. En cuanto a la jurisdicción especial para estas materias (sic), la Sala Plena deberá dictar un Reglamento Especial que regule el funcionamiento y la competencia de los tribunales respectivos, en un plazo de treinta (30) días continuos, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley”.

la dudosa constitucionalidad de la referida habilitación, la cual parece contrariar la reserva legal material existente en la materia (artículos 156 número 32, 187 número 1 y 259 constitucionales), esa no fue la solución adoptada.

Sin embargo, la opción que tomó la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia fue la de establecer, mediante diversas sentencias, una lista de las competencias, tanto de las Cortes de lo Contencioso-Administrativo, como de los Juzgados Superiores Contencioso-Administrativos. Así pues, primero de forma específica para cada tipo de pretensión, y luego mediante enumeraciones omnicomprendivas de las diversas pretensiones contencioso-administrativas en fallos que compendiaron los precedentes, el órgano judicial cúspide del contencioso-administrativo venezolano procedió a establecer las competencias de los demás órganos de esa jurisdicción⁶², siguiendo parcialmente el esquema previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a las competencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y de los Tribunales Superiores Contencioso-administrativos, sin desmedro de lo dispuesto en leyes especiales. Se trata de las sentencias 2271 del 24 de noviembre de 2004, *caso Tecno Servicios Yes'Card, C.A. y Cámara Nacional de Talleres Mecánicos*; y la número 1900 del 27 de octubre de 2004, *caso Marlon Rodríguez vs. Cámara del Municipio "El Hatillo" del Estado Miranda (CANATAME) vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia*, las cuales pasamos a analizar brevemente en lo que respecta al tema tratado.

⁶² El examen de la constitucionalidad de tal solución, especialmente en cuanto a la garantía de la reserva legal, así como acerca de su conveniencia para la seguridad jurídica, escapa al objeto de estas páginas. Basta con señalar que poco margen de acción dejó el inaudito vacío legislativo al Tribunal Supremo de Justicia para mantener en funcionamiento la jurisdicción contencioso-administrativa. En todo caso, hubiera resultado interesante haber explorado las posibilidades de control de la jurisdicción constitucional, en este caso de la omisión legislativa, sobre la base de la potestad establecida en el artículo 336 número 7 de la Constitución.

4. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE AMBOS CONTENCIOSOS LUEGO DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

4.1 La asignación de competencias en el “contencioso de los contratos administrativos” y en materia de demandas contra los “entes públicos” realizada por la Sala Político-Administrativa. La mezcla de los criterios subjetivo y material

4.1.1 En materia de “contratos administrativos”. Una inadvertencia jurisprudencial, el regreso parcial al criterio de la “reserva universal” y la asimilación terminológica con el contencioso de las demandas contra los “entes públicos”

Veamos brevemente los lineamientos jurisprudenciales establecidos por la Sala Político-Administrativa en materia de competencias de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en estas materias, ante el vacío legal producido por la derogatoria de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia sin sustitución normativa por parte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En ese orden de ideas, en relación con la competencia en materia de demandas derivadas de “contratos administrativos” de los Juzgados Superiores de lo Contencioso-administrativo, la Sala Político-Administrativa, en sentencia 1900 del 27 de octubre de 2004, *caso Marlon Rodríguez vs. Cámara del Municipio “El Hatillo” del Estado Miranda*, se pronunció al respecto. La redacción empleada establece como atribución de estos tribunales el conocimiento:

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 bolívars 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 bolívars sin céntimos (Bs. 24.700,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal;

Para agregar de seguidas:

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.

En esta primera aproximación al tema, el máximo órgano jurisdiccional en materia contencioso-administrativa comienza por reproducir los términos del artículo 5 numeral 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por lo cual, de haber quedado hasta allí la redacción, hubiera resultado acorde con el texto legal. Sin embargo, en el párrafo siguiente introduce un término no sólo inusual, sino prácticamente desconocido y ajeno a la doctrina y jurisprudencia venezolana en materia de personas jurídicas en el Derecho Público. Nos referimos al uso de la frase "...contratos administrativos en los cuales sea parte *cualquier entidad administrativa regional* distinta a los estados o los municipios...". La referida expresión es ambigua y equívoca, y no deja claro si pretende referirse a entes de derecho público, a empresas del Estado, o a cualquier otra forma jurídica propia del Derecho Administrativo⁶³. Así por ejemplo, cabe preguntarse si la intención fue la de incluir con esa expresión al Distrito Metropolitano, o bien a entes de derecho público estatales o municipales.

Ante la interrogante suscitada y la notable dificultad de esclarecer el sentido del término dada su ausencia de precedentes doctrinarios y jurisprudenciales, nuestra posición es la de entender que se trata de una inadvertencia de la Sala, hasta tanto no se produzca una línea jurisprudencial que evidencie lo contrario, y continuar con el examen de las sentencias para tratar de esclarecer cuál es la posición jurisprudencial al respecto.

⁶³ Una referencia a los términos empleados por la Constitución y la Ley Orgánica de la Administración Pública en la materia, puede verse en Peña Solís, op. cit., pp. 77-78, 83-84 y 93.

En ese orden de razonamiento, posterior a esa primera decisión, en cuanto a la competencia en materia de demandas derivadas de “contratos administrativos” de las Cortes de lo Contencioso-administrativo, en la sentencia 2271 del 24 de noviembre de 2004, *caso Tecno Servicios Yes'Card, C.A. y Cámara Nacional de Talleres Mecánicos (CANATAME) vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia*, señaló la Sala Político-Administrativa que esas Cortes conocerán:

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 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 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.

Del análisis del párrafo transcrito previamente puede colegirse que, además de que esta sentencia se aparta del primer precedente antes referido, el cual pretendió establecer las competencias de los Juzgados Superiores Contencioso-administrativos en la materia, resulta también evidente el contraste de lo expresado en la sentencia respecto al texto legal que pretende desarrollar. En efecto, mientras que el artículo 5 numeral 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se refiere a “los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o los Municipios”⁶⁴, en la sentencia se incluyen como contratantes a los Institutos Autónomos, los entes públicos y las empresas del Estado, reproduciendo los términos del artículo 5, pero

⁶⁴ Reproduciendo casi literalmente la norma antecedente, es decir, el artículo 42 numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

numeral 26 *eiusdem*, competencia referida a las demandas contra los “entes públicos”. En ese sentido, hubiera sido deseable que se aportara mayor motivación para justificar esta interpretación extensiva, la cual parece retomar el criterio de la “reserva universal”⁶⁵ a favor del contencioso administrativo, pero incluyendo no sólo a los entes político-territoriales y a los entes de derecho público, sino también a las empresas del Estado.

Sin embargo, el criterio expuesto no es simplemente la vuelta a una posición anterior. La tesis de la “reserva universal” servía a la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia para asumir la competencia en aquellos casos en los que, de aplicarse una interpretación literal, la competencia hubiera sido, bien de los otros órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, si se trataba de una demanda por responsabilidad contractual contra los Institutos Autónomos o empresas del Estado, sobre la base de los entonces vigentes artículos 45, numeral 15, 182 numeral 2 y 185 numeral 6, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, o bien de los tribunales ordinarios, si se trataba de una demanda intentada por entes distintos a la República, Estados y Municipios contra un contratante⁶⁶.

En cambio, lo que se produce con esta decisión es una inclusión por vía de sentencia, dentro del contencioso de los “contratos administrativos”, de contratantes distintos a los tradicionales (República, Estados y Municipios). Pero esto no trae como consecuencia que el conocimiento corresponda a la Sala Político-Administrativa, sino a los diversos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa según la cuantía de la demanda, puesto que, como ya se señaló, esta última variable fue incluida por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁶⁷, con lo cual se desvirtúa cualquier tesis de “reserva” o competencia exclusiva de la Sala Político-Administrativa en la materia.

⁶⁵ Véase epígrafe II.2.

⁶⁶ Esta posición quizá no hubiera sido compartida por toda la doctrina, pues durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia el tema de la competencia judicial para conocer de demandas derivadas de “contratos administrativos” en aquellos supuestos que no encuadraban en el artículo 42 numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, resultaba polémico y hasta confuso por lo casuístico. Sobre el particular puede consultarse: Brewer Carías, *Contratos...*, pp. 257-260; Brewer Carías, *Instituciones...*, pp. 492-494; Iribarren Monteverde, op. cit., pp. 265-266; Badell Madrid, op. cit. pp. 167-170; Prado Moncada, op. cit., pp. 373-379.

⁶⁷ Véase el epígrafe III.2.

En este mismo orden de ideas, la inclusión de la variable de la cuantía, conjugada con la extensión como ente contratante a los Institutos Autónomos, otros “entes públicos” y a las empresas del Estado, trae como consecuencia una asimilación competencial entre el contencioso de los “contratos administrativos” y el de las demandas contra los “entes públicos”, puesto que las cuantías son análogas a los efectos de la distribución competencial entre la Sala Político-Administrativa, las Cortes de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Superiores Contencioso-Administrativos⁶⁸.

De tal forma que la ampliación de la competencia en materia de “contratos administrativos”, que venía siendo determinada fundamentalmente por un criterio material, y que originaba una reserva de la Sala Político-Administrativa en casos en que, de no estar presente la controvertida noción de esta modalidad contractual, hubiera correspondido a otros órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya no reviste la importancia que tenía durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, durante cuya vigencia el contencioso en cuestión determinaba un régimen excepcional al ordinario propio de las demandas contra los “entes públicos”.

Por último, podría pensarse que todavía existe una peculiaridad que distingue al régimen competencial en materia de demandas originadas por “contratos administrativos” de las reglas generales, consistente en que en tal caso, el criterio material (la presencia de un “contrato administrativo”) determina que la jurisdicción contencioso-administrativa sea competente aún en el supuesto de que la Administración (en sus diversas personificaciones) no sea la demandada, sino la demandante. Sin embargo, también esa distinción competencial ha dejado de tener importancia como se verá más adelante.

4.1.2 En materia de demandas contra los “entes públicos”. La prescindencia del elemento literal

En la misma decisión número 2271 del 24 de noviembre de 2004, *caso Tecno Servicios Yes'Card, C.A. y Cámara Nacional de Talleres Mecánicos*

⁶⁸ Para la Sala Político-Administrativa: 70.001 unidades tributarias conforme lo establece el artículo 5 en sus numerales 24 y 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; para las Cortes entre 10.000 a 70.000 unidades tributarias según las sentencias citadas, y para los Juzgados Superiores, hasta 10.000 unidades tributarias.

(*CANATAME*) vs. *Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia*, se estableció como competencia de las Cortes en lo relativo a las demandas contra los “entes públicos”⁶⁹:

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 la presente fecha tiene 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)⁷⁰

⁶⁹ A manera de síntesis y compendio de sentencias previas tales como la N° 1209 del 02 de septiembre de 2004, *caso Importadora Cordi C.A. vs. Venezolana de Televisión C.A.*; N° 1315 del 8 de septiembre de 2004, *caso Alejandro Ortega vs. Banco Industrial de Venezuela*.

⁷⁰ El precedente citado es la sentencia número 1.209 del 2 de septiembre de 2004, *caso Importadora Cordi C.A. vs. Venezolana de Televisión C.A.*, la cual establece por vez primera la lista competencial en relación con el contencioso de las demandas contra los “entes públicos”, en los siguientes términos:

“Ahora bien, por cuanto esta Sala es la cúspide y rectora de la jurisdicción contencioso administrativo, a los fines de delimitar las competencias que tendrán los tribunales que conforman dicha jurisdicción para conocer de las acciones como la presente, que se interpongan contra las personas jurídicas que se indican en el numeral 24 del artículo 5 de la Ley que rige a este Máximo Tribunal, y cuya cuantía sea inferior a setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.), pasa a determinar dicha competencia en la siguiente forma:

1. 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.

En lo concerniente al establecimiento de competencias en caso de demandas contra “entes públicos” en el caso de los Juzgados Contencioso-administrativos, señaló la sentencia 1900 del 27 de octubre de 2004, *caso Marlon Rodríguez vs. Cámara del Municipio “El Hatillo” del Estado Miranda*, que a ellos corresponde:

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

Conviene hacer dos breves comentarios de esta interpretación del artículo 5 numeral 24, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, respecto a las demandas contra los “entes públicos:

2. 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 bolívars 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 bolívars 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 bolívars sin céntimos (Bs. 24.700,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal.

3. 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 bolívars 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 bolívars sin céntimos (Bs. 24.700,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal”.

En primer lugar, en ambas sentencias se prescinde del elemento literal de la norma al establecerse que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las demandas contra las empresas en las cuales la República, los Estados y los Municipios ejerzan un control decisivo y permanente⁷¹. Esta posición interpretativa, loable en cuanto a sus fines de darle mayor coherencia a la norma de asignación competencial⁷², resulta, sin embargo, contraria a la redacción del precepto. De allí que se trata de una conclusión que no va precedida de premisas argumentales que la sustenten⁷³ y que parecen especialmente necesarias en este caso para sostener una tesis interpretativa que: 1) Soslaya el elemento literal de la norma, y 2) Incide sobre un tema que venía siendo objeto de un intenso y polémico debate doctrinario y jurisprudencial⁷⁴, con notables efectos prácticos, dependiendo de la tesis que se adoptara.

En segundo término, cabe hacer referencia a un fallo de la Sala Político-Administrativa, antecedente directo de los ya citados como antes señalamos⁷⁵, que en nuestro criterio, sostiene una discutible interpretación del artículo 5 numeral 24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. La sentencia en cuestión es la N° 1209 del 2 de septiembre de 2004, *caso Importadora Cordi, C.A., Vs. Venezolana de Televisión C.A.*, en cuyo texto se señala:

El numeral 24 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, al ser comparado con la disposición contenida en el ordinal 15 del artículo 42 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, contiene dos importantes novedades: Por una parte, se incorpora como competencia de esta Sala Político-Administrativa, conocer de las demandas que se

⁷¹ “...empresa en la cual alguna de las personas políticos territoriales (República, Estados o Municipios)...” es la redacción empleada por la Sala Político-Administrativa.

⁷² Véase epígrafe II.1.

⁷³ Más allá de la referencia genérica a que para el establecimiento de las competencias se seguirán en líneas generales los criterios competenciales de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia así como las interpretaciones jurisprudenciales de ésta, en armonía con las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y los principios constitucionales.

⁷⁴ Al cual ya se hizo somera referencia en el epígrafe II.1.

⁷⁵ Los cuales compendiaron los previos precedentes que trataban aspectos competenciales concretos.

interpongan contra los Estados y los Municipios, *así como contra cualquier ente público en el cual la República ejerza un control decisivo y permanente en su dirección o administración* (competencia ésta, distinta a la que ya tenía esta Sala, conforme a la ley derogada y que se mantiene en la nueva ley, respecto de las demandas contra la República, los Institutos Autónomos y las empresas en las cuales el Estado tenga participación decisiva), y por la otra, en relación a la cuantía (Destacado nuestro).

De la lectura de este extracto cabe concluir que la Sala Político-Administrativa entiende que la inclusión del término “ente público” en el citado dispositivo se refiere a aquel en que el Estado tenga una participación o control decisivos, con lo cual, asimila tal expresión a la noción de empresa del Estado, o al menos, empresa en la cual el Estado tenga un control decisivo y permanente en cuanto a su dirección o administración⁷⁶.

De ser ese el sentido de la referencia en cuestión, consideramos que debe entenderse como un precedente aislado y no un verdadero criterio jurisprudencial. En efecto, no es de fácil discernir a qué se refiere el órgano jurisdiccional al aludir al control estatal en el caso de los llamados “entes públicos”. Cabe recordar que éste tipo de control (accionarial o decisorio por vía estatutaria) no es aplicable a los llamados “entes públicos”, puesto que la propia forma jurídica de éstos determina que las modalidades de control y sujeción que ejerce la Administración Central sobre éstos se manifiestan en mecanismos propios del Derecho Público. Por el contrario, el control accionarial o decisorio es propio de las llamadas empresas del Estado (formas jurídicas de Derecho Privado, no entes públicos) mediante la participación accionarial o el control de las decisiones. De hecho, esta última característica es la que

⁷⁶ Además de la de la bibliografía general sobre el tema de los “entes públicos” citada en la nota al pie número 2, específicamente sobre el tema de las Empresas del Estado y su noción en el Derecho Venezolano, puede consultarse: Caballero Ortiz, Jesús: *La noción de Empresa Pública y de Empresa del Estado en el Derecho Venezolano*. Revista de Derecho Público N° 2. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1980. pp. 23-35; Caballero Ortiz, Jesús: *Contencioso...* pp. 136-140; Brewer-Carías, Allan R.: *Introducción al estudio del régimen legal de las empresas públicas en Venezuela*. Revista de la Facultad de Derecho N° 21. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1975-1976; Pp. 87-94; Brewer-Carías, Allan R.: *Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en Venezuela*. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Caracas, 1980; Cumare, op. cit. , pp. 364-376; González, op. cit. , p. 170-174.

identifica a las llamadas empresas del Estado a los efectos de la competencia en materia de demandas contra tales entidades, como acabamos de exponer⁷⁷. De allí que no compartimos la posición de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en este fallo, en cuanto parece asimilar dos nociones distintas, como son empresa del Estado y ente público, lo cual, como ya se señaló, es contrario a las nociones de “ente público”, “ente de derecho público” y “Empresa del Estado” manejadas por la doctrina nacional, y también a sus propios precedentes jurisprudenciales⁷⁸.

Por nuestra parte, sostenemos que la inclusión del vocablo “ente público” en el artículo 5 numeral 24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia obedece a la manifiesta intención legislativa, o “*mens legis*”, de ampliar el fuero competencial del Contencioso-Administrativo a las demandas contra los entes públicos en general (entiéndase entes de derecho público), y no solamente a los Institutos Autónomos (como preveía la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). Quedarían incluidos las corporaciones (Academias, Colegios Profesionales) y los entes asociativos (Banco Central de Venezuela, y otros que se creen por Ley), así como también las Universidades Nacionales, al igual que todos los entes públicos territoriales.

4.2 *La equiparación competencial entre las demandas CONTRA los “entes públicos” y las demandas DE “los entes públicos”*

El artículo 183 ordinal 2° de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia asignaba la competencia para conocer de las acciones intentadas

⁷⁷ Puede observarse cómo la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece un concepto más amplio en cuanto a la competencia para conocer de demandas contra entidades con forma mercantil bajo control estatal que la definición de Empresa del Estado contenida en el artículo 100 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, centrada en el concepto de mayoría accionarial (Gaceta Oficial 37.305 del 17-10-01).

⁷⁸ Para un examen pormenorizado del asunto, consúltense las referencias bibliográficas contenidas en las notas al pie números 3, 21 25 y 76.

⁷⁹ Cfr. Caballero Ortiz, *Contencioso...*, p. 68, en igual sentido respecto a la competencia de los tribunales ordinarios en este último caso, Lares Martínez, *Manual...* p. 692; Brewer, 2004: Carías, *Instituciones...* p. 481; Escarrá Malavé, op. cit., p. 124; Silva Bocaney, op. Cit., pp. 634, quien señala: “En cuanto al sujeto pasivo de la acción ejercida, es precisamente este elemento lo que determinará si una determinada demanda o acción corresponde al campo del derecho común, o a la jurisdicción contencioso-administrativa”. Ibid., p. 636.

por la República, los Estados y Municipios contra los particulares, tanto en primera como en segunda instancia, a los tribunales ordinarios. La doctrina a su vez precisaba que podía considerarse como contencioso administrativo el caso de las demandas que se incoaran contra la República, mas, si la República era actora, el conocimiento correspondía a los tribunales ordinarios o especiales según el caso⁷⁹.

De allí que en el caso de las demandas contra los entes públicos, la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa viene dada *rationae personae*, es decir, atendiendo a los sujetos sometidos al control jurisdiccional de ésta, siguiendo una tradición en cuanto a las demandas contra la República⁸⁰. En igual sentido, se señalaba que la Jurisdicción Contencioso Administrativa “...no abarca los juicios en los cuales la República sea demandante contra particulares, cuyo conocimiento se atribuye a los tribunales ordinarios, salvo cuando se refieran a contratos administrativos”⁸¹.

Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Político-Administrativa ha sentado el criterio de que es también competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las demandas intentadas POR los entes públicos CONTRA

⁸⁰ Rondón De Sansó, *El sistema...* pp. 101-102. En análogo sentido Silva Bocanay, op. cit. p. 632.

⁸¹ Brewer Carías, *Instituciones...*, p. 481. En forma semejante, Araujo Juárez, op. cit., p. 326, expresa que este contencioso de los derechos (demandas contra los entes públicos) se refiere a los litigios en que se hacen valer derechos frente a la Administración. Señala que se trata de litigios en los cuales se intenta asegurar la unidad de jurisdicción en lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración (Ibid, p. 288), para concluir que cuando se trata de demandas contra particulares, la competente es la jurisdicción ordinaria según una interpretación constante del artículo 183 ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Ibid, p. 291). En igual sentido, Canova González, Antonio: *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*. Editorial Sherwood. Caracas, 1998. p. 224, identifica el contencioso de las demandas contra los entes públicos como “el procedimiento para exigir la responsabilidad contractual y extracontractual de los entes públicos”. Más recientemente se ha señalado que forma parte del Contencioso-Administrativo la solución de los conflictos derivados del ejercicio de las acciones civiles y mercantiles Contra la Administración (Rondón De Sansó, Hildegard: *Las peculiaridades del contencioso administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2001. p. 78).

los particulares, es decir, en caso de que los entes públicos sean los demandantes⁸².

El fallo en cuestión es el número 1315 Sala Político-Administrativa del 8 de septiembre de 2004, *caso Alejandro Ortega Ortega vs. Banco Industrial de Venezuela, C.A.*, en el cual se estableció:

Atendiendo a los principios expuestos *supra*, tenemos que según el régimen especial de competencias a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, los tribunales pertenecientes a ésta, conocerán de aquellas acciones, que según su cuantía, cumplan con las siguientes condiciones: 1) Que se demande a 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, y 2) Que el conocimiento de la causa no esté atribuido a ninguna otra autoridad, a partir de lo cual se entiende que la norma bajo análisis constituye una derogatoria de la jurisdicción civil y mercantil, que es la jurisdicción ordinaria, pero no de las otras jurisdicciones especiales, tales como la laboral, del tránsito o agraria.

En tal sentido, y 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* (Destacado nuestro).

El criterio fue sido reiterado en la ya comentada sentencia 1900 del 27 de octubre de 2004, *caso Marlon Rodríguez vs. Cámara del Municipio “El Hatillo” del Estado Miranda*.

Asimismo, queda excluida la competencia de la jurisdicción ordinaria, en atención al fallo parcialmente transcrito *supra* (Ponencia Conjunta

⁸² Quizá sobre la base de la derogatoria del artículo 183 ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aunque en nuestra opinión ello no sería argumento suficiente por lo que aquí se expone.

de fecha 07 de septiembre de 2004, N° 01315, caso: Alejandro Ortega Ortega vs.. Banco Industrial de Venezuela, C.A.), la competencia que le otorgaba el ordinal 2° del artículo 183 de Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, 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 Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo.

Para luego agregar que corresponde a los Tribunales Superiores Contencioso-administrativos:

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 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”..

Así como también en sentencia número 2271 del 24 de noviembre de 2004, caso Tecno Servicios Yes’Card, C.A. y Cámara Nacional de Talleres Mecánicos (CANATAME) vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, en la cual se asignó como competencia de las Cortes de lo Contencioso-Administrativo:

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 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 la presente fecha tiene un valor de veinticuatro mil setecientos bolívares 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).

Estos precedentes, que aparentemente han pasado inadvertidos en nuestro foro, producen en nuestra opinión unos notables efectos procesales en la división de orden competencial entre la llamada jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso-administrativa, que pasamos a comentar brevemente.

En primer término, como se evidencia del marco doctrinario antes esbozado, se apartan de él. Ello por cuanto la doctrina patria, de forma casi unánime⁸³ ha planteado que la competencia para conocer de demandas de los entes públicos contra los particulares, corresponde a los tribunales ordinarios.

Pero no se trata de un problema meramente teórico o doctrinario, sino que la tesis interpretativa en cuestión resulta ser en nuestro criterio de dudosa constitucionalidad. Ello en primer lugar, pues excede el ámbito natural competencial que el artículo 259 constitucional asigna a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa⁸⁴, y que predetermina –constitucional-

⁸³ Decimos de forma casi unánime pues en el párrafo que a continuación se transcribe, pareciera que un autor se plantea la duda en cuanto a si también es contencioso-administrativo un litigio entablado por la Administración contra los particulares: “En Venezuela, el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende a todo litigio en que sea parte una Administración o una empresa del Estado. Uno de los problemas a verificar es si es una Administración o empresa la persona frente a la que se deduce la pretensión o incluso, la persona que la deduce. Por eso no se excluye del ámbito de la jurisdicción administrativa las cuestiones civiles y mercantiles. Pero sí las de tránsito, y de índole penal y laboral, aunque sea parte la Administración”. Araujo Juárez, op. cit. pp. 223-224. Cabe señalar que el autor parece contradecirse, al exponer en la misma obra, en la página 291: “...para concluir que cuando se trata de demandas contra particulares, la competente es la jurisdicción ordinaria según una interpretación constante del artículo 183 ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”.

⁸⁴ El cual dispone: “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”.

mente— la competencia de ella para establecer la responsabilidad de la Administración, es decir, condenar al pago de sumas de dinero o al cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer⁸⁵. Es esta imposición constitucional la base normativa de la competencia que en materia de demandas contra los “entes públicos”, permite, o más bien, obliga al Legislador a sustraerse de la competencia natural de la jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad civil y otorgarla a la jurisdicción contencioso-administrativa en caso de que el sujeto pasivo sea la Administración Pública, y al tratarse de una competencia excepcional⁸⁶, la misma no puede ser interpretada extensiva ni analógicamente.

De allí que se trata de una interpretación bastante discutible a la luz de la competencia natural de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual viene definida por los lineamientos del artículo 259 constitucional. Por vía de consecuencia, la alteración competencial planteada por la tesis en cuestión parece ir en detrimento de la regla del juez natural (artículo 49 numeral 4 constitucional) como manifestación del debido proceso, que en este supuesto debería ser el juez ordinario con competencia por el territorio y por la cuantía, al tratarse de un legitimado pasivo particular, en cuyo caso la determinación de la responsabilidad civil corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria.

⁸⁵ Sobre la materia propia u objeto de contencioso-administrativo, puede verse: Moles Caubet, op. cit., pp. 74-77; Brewer-Carías, *Instituciones...* p. 67-111; Rondón De Sansó, *El sistema contencioso-administrativo...*, pp. 115-123. Con un enfoque crítico véase también: Canova González, op. cit., pp. 47-89; Chavero Gazdik, Rafael: *Bases esenciales para una reforma radical del contencioso-administrativo*. El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías. Tomo II. Tercera Parte. Derecho Administrativo. Civitas Ediciones. Madrid, 2003. pp. 2.341-2.344; Urosa, Daniela: *La pretensión procesal administrativa*. El contencioso administrativo hoy. Jornadas 10º Aniversario. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2004. pp. 90-122.

⁸⁶ Tan excepcional es, que en su momento se plantearon serias dudas sobre la constitucionalidad de la inclusión de las demandas contra las “empresas del Estado” dentro del fuero contencioso-administrativo, dado que éstas no pueden ser consideradas, en estricta puridad de términos, como “Administración Pública”. En ese sentido: Urdaneta Troconis, op. cit., pp. 158-159; Rodríguez García, Nelson Eduardo: *La posición especial de la Administración en el proceso Contencioso-Administrativo venezolano*. Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet. Tomo I. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1981. PP. 158-159. Consúltese también sobre el tema: Rondón De Sansó, *El sistema...* pp. 102-103; Rondón De Sansó, *Las peculiaridades...* p. 78; Caballero Ortiz, *Contencioso...* pp. 157-158; González, op. cit., p. 174.

Al margen de lo anterior, a nuestro modo de ver tampoco parece pertinente (aún cuando su aplicación en modo alguno podría justificar la violación de normas o principios constitucionales) la invocación del principio de “unidad de competencia”⁸⁷ para justificar la tesis interpretativa de la Sala Político-Administrativa, mediante la cual se sostiene que, visto que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las pretensiones incoadas por los particulares contra la Administración (“entes públicos”), por vía de consecuencia también corresponde a ésta el conocimiento de las pretensiones de la Administración contra los particulares.

En efecto, de acuerdo con la doctrina procesal⁸⁸, el denominado principio de unidad de competencia se refiere fundamentalmente a dos temas: Primero:

⁸⁷ Véase la referencia en la sentencia 1315 del 8 de septiembre de 2004.

⁸⁸ A continuación algunas acepciones y comentarios al referido principio: “La unidad jurisdiccional tiene tres acepciones, que no siempre se tienen presentes, por su parecido: a) monopolio en la aplicación del Derecho: sólo los órganos judiciales pueden aplicar las normas jurídicas a los litigios concretos; y además, sólo pueden cumplir esta función y ninguna otra; b) resolución plena del asunto confiado a su competencia, sin que puedan separarse elementos de la litis (incidentes, cuestiones previas o prejudiciales, por ejemplo) para confiarlos a otro centro decisorio distinto; c) inexistencia de especies de delito o personas calificadas sustraíbles a su jurisdicción”. http://www.pj.gob.pe/djuridico/letrau/diccionario_1.html. Voz: Unidad Jurisdiccional. Poder Judicial. República del Perú. Diccionario Jurídico. De allí que el principio de unidad de competencia en su vertiente de la resolución plena de la controversia se relaciona con el principio de la unidad del proceso, entendido como que una sola litis incluye los procesos de cognición y ejecución, al igual que constituye la base de la institución de la acumulación procesal en sus diversas vertientes (Carnelutti, Francesco: *Instituciones del Proceso Civil*. Volumen I. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1973. pp.408-418). En análogo sentido, la doctrina venezolana (Rengel-Romberg, Aristides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987*. Tomo I. Teoría General del Proceso. Editorial Arte, Caracas, 1994. p. 355) ha comentado al respecto: “Nuestro código abandonó la vieja tradición jurídica, que ya no es seguida en los códigos modernos, que consideraba a la conexión y a la continencia como títulos determinativos de competencia, porque en realidad la conexión y la continencia no funcionan como presupuestos de hecho para que un tribunal pueda ejercer su jurisdicción en determinados casos, sino más bien como causas modificadoras de las reglas ordinarias de competencia, en tanto dan lugar al desplazamiento de la competencia de un juez que conoce legítimamente de una causa en razón de la materia, del valor y del territorio, a favor de otro igualmente competente que conoce de una causa continente o conexa con ella. En tales casos, tanto para asegurar la economía procesal, impidiendo al multiplicación de los juicios, como para evitar el riesgo de que se dicten sentencias contrarias o contradictorias en asuntos entre sí conexos, la ley quiere que ambas sean tratadas ante un solo juez (*idem iudex*) y decididas contemporáneamente en un solo proceso (*simultaneus processus*)”. Por su parte,

La posibilidad de que el juez conozca de varias pretensiones por razones de conexión o continencia a los fines de impedir la multiplicidad de procesos y en

otro doctrinario venezolano (Cuenca, Humberto: *Derecho Procesal Civil. La competencia y otros temas*. Tomo II. Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela. 6^o edición. Caracas, 1994. P. 144) señala que: “El segundo requisito (de inepta acumulación de pretensiones conforme al artículo 239 del derogado Código de Procedimiento Civil) exige unidad de competencia, o sea, que las materias correspondan a la competencia de un mismo tribunal. Sabemos que la competencia en razón de la materia es de orden público, inderogable y corresponde a las llamadas “relaciones indisponibles”. No es posible, pues, reunir en una misma demanda una acción cambiaria y la reivindicación de un inmueble, porque la primera es de naturaleza mercantil y la segunda es civil, ni siquiera aun en el caso de que el tribunal está (sic) dotado de la doble competencia civil y mercantil. Pero la discrepancia por razón de la competencia es todavía más profunda. Puede ocurrir, por ejemplo, que las materias de dos pretensiones sean igualmente civiles y, sin embargo, inacumulables. Tal ocurre con las relaciones de estado y capacidad de las partes y las de los contratos y obligaciones. No es posible acumular una acción de inquisición de la patria potestad y resolución de contratos, pese a que ambas se dirimen en juicio ordinario. Por ello, en el Distrito Federal, dentro de la competencia civil, se han creado especialidades judiciales, tribunales de familia y tribunales de contratos y de obligaciones”. También se ha señalado respecto a la unidad de competencia, que: “Este es un principio procesal, según el cual el Juez ordinario es el Juez por excelencia, y debe ejercer la plenitud de la función jurisdiccional, a menos que la Ley contenga una disposición expresa, que le permita pasar la jurisdicción a Tribunales especiales. El Juez ordinario, está llamado a conocer y decidir todos los asuntos contenciosos que le sean sometidos a su jurisdicción; sólo por mandato expreso de la Ley, pueden conocer otros Jueces especiales, o Tribunales especiales, sobre materias específicas, que la Ley les atribuya. Pero también el principio de unidad, está dirigido a un tratamiento igual, tanto a los nacionales como a los extranjeros que por una u otra causa, se encuentren en territorio de la República, bien sea que habiten o estén residenciados o que por cualquier otra circunstancia se encuentren en el país, todos deben someterse a la jurisdicción de los Tribunales, de acuerdo a su esfera de competencia. Código de Procedimiento Civil. Artículo 1^o. Enciclopedia Jurídica OPUS: *Unidad de la Jurisdicción*. Tomo VIII. T-Z. Ediciones Libra C.A. Caracas, 1995. pp. 308-309 (en idénticos términos la voz: Unidad de la Jurisdicción, Diccionario Jurídico Venelex. Tomo II. DMA Grupo Editorial C.A. 2003. pp. 612-613). Esta equiparación parcial entre los principios de unidad de competencia y unidad de jurisdicción (aunque se trate de términos distintos, como aclaró la doctrina procesal clásica, véase Calamandrei, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973. pp. 87-259) se vincula también con la llamada “jurisdicción única” y la terminología de “jurisdicción ordinaria” (entendida como la jurisdicción llamada a conocer de todos los casos por principio general) por oposición a las “jurisdicciones especiales” (órganos judiciales creados por razones de especialización y debido a contingencias histórico-jurídicas (Ibid., pp. 67-72).

aras de la economía y celeridad procesal (de allí, entre otros el brocardo: “*el juez de la acción es el juez de la excepción*”); y Segundo: la regla de que el juez ordinario será competente para conocer de todo tipo de pretensiones salvo que exista una jurisdicción especializada a tal fin (lo cual se relaciona con la garantía constitucional del juez natural).

De allí que resulta difícil entender el alcance que le otorga en este caso la Sala Político-Administrativa al principio de unidad de competencia, en cuanto a invocarlo como justificación para asumir una tesis interpretativa en la cual se postula que, en vista de que la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para determinar la responsabilidad de la Administración reclamada judicialmente por los particulares, también lo es para juzgar a los particulares en los casos en que se pretende exigir su responsabilidad por daños causados a la Administración. Más bien, la segunda acepción comentada del principio de unidad de competencia parece indicar lo contrario, en el sentido de que es el juez ordinario el competente en tales casos, puesto que no hay una regla de atribución competencial que establezca otra cosa⁸⁹. En todo caso, esperamos que en posteriores fallos se desarrolle la vinculación entre la tesis interpretativa en cuestión y el principio procesal que se trae a colación para justificarla.

Entre tanto, la interpretación extensiva (por no decir analógica) de las normas que consagran el fuero competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de demandas contra los “entes públicos” (fuero que viene determinado por el elemento subjetivo de la forma jurídica del legitimado pasivo en la relación jurídico-procesal), en cuanto a extender ese fuero al caso de que esos “entes públicos” sean legitimados activos en demandas incoadas contra particulares, nos luce contraria a las normas constitucionales, y aún en el supuesto de que no lo fueran, tampoco parece encontrar asidero en el principio procesal de “unidad de la competencia”⁹⁰.

⁸⁹ Como señala la doctrina, la competencia de los tribunales de primera instancia en materia civil constituye la regla (Alsina, Hugo: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo II. Organización Judicial, Jurisdicción y Competencia. Segunda Edición. Ediar. Soc. Anon. Editores. Buenos Aires, 1977. p. 546).

⁹⁰ A este breve análisis de la tesis jurisprudencial en cuestión, puede agregarse el elemento de los efectos prácticos de la solución interpretativa en cuestión. Sobre ello, llama la atención el hecho de que conocerán de una serie de demandas contra particulares los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria dependiendo de la cuantía de la reclamación judicial (la

REFLEXIONES FINALES. ¿HACIA LA ELIMINACIÓN POR VÍA JURISPRUDENCIAL DE LAS IMPLICACIONES PROCESALES DE LA NOCIÓN DE “CONTRATO ADMINISTRATIVO”?

Las tesis interpretativas que viene manejando la Sala Político-Administrativa a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en los temas de las demandas contra los “entes públicos” y del contencioso de los “contratos administrativos”, en las cuales se prescinde en muchos casos del elemento literal de los preceptos correspondientes, así como del marco doctrinario y jurisprudencial de esas instituciones, surgido durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, parecen apuntar a un objetivo. La uniformidad del sistema de distribución competencial en ambos tipos de pretensiones.

Ello se observa, en primer lugar, en la ampliación de los criterios competenciales en el caso de las demandas contra los “entes públicos”, al incluirse a tales efectos, además de las “Empresas del Estado” en sentido estricto o de primer grado, a las personas jurídicas con forma societaria mercantil creadas o controladas por los diversos entes político-territoriales⁹¹.

Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con sede en la capital de la República, las Cortes de lo Contencioso-administrativo, con análoga ubicación, y los Tribunales Superiores Contencioso-administrativos, situados en algunas de las capitales de los Estados), lo cual obligará a los particulares demandados a litigar en unas pocas ciudades y no ante cualquier Juzgado de Municipio o de Primera Instancia Civil y con competencia territorial en el domicilio del demandado. De allí que cabe preguntarse la armonía del criterio en cuestión con el principio procesal de acceso a la justicia. Sobre ese particular, señala la doctrina que la máxima *actor sequitur forum rei* (el actor sigue el fuero del demandado), regla fundamental en materia de competencia por el territorio “...es la solución más justa, porque obligar al demandado a litigar ante un tribunal que no es el de su domicilio, frente a un demandante que no ha probado todavía la justicia de sus pretensiones, y que pueden resultar infundadas, es violentar el orden normal de las cosas, y que, ordinariamente, los unos no somos deudores de los otros; es decir, no es el estado de sujeción sino el de libertad el que se presume” (Ibid, p. 528).

⁹¹ Más allá del hecho ya señalado de que la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia amplió la competencia en esta materia al incluir en la enumeración a nuevas categorías de entes no contemplados en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y al establecer un criterio cualitativo y no cuantitativo de definición de las empresas del Estado.

Asimismo, el énfasis que le otorga al elemento subjetivo en el caso del contencioso de los “contratos administrativos”, al agregarse por vía de sentencias, a los contratantes y legitimados pasivos previstos por Ley (República, Estados y Municipios), una lista de entes que se corresponde con la empleada por el Legislador para identificar a los legitimados pasivos en las demandas contra los “entes públicos”, hacen pensar que la intención jurisprudencial no es otra que unificar dos pretensiones distintas en lo atinente al tema de las competencias jurisdiccionales. A saber, las pretensiones vinculadas con “contratos administrativos” y las que tienen por objeto la condena patrimonial de los “entes públicos”.

Este fenómeno se acentúa más si se considera la equiparación competencial que ha hecho la Sala Político-Administrativa entre las demandas *contra* los entes públicos y las demandas *de* los entes públicos *contra* los particulares, equiparación que salvo en el caso excepcional de las demandas vinculadas con “contratos administrativos” –en el cual la prevalencia del criterio material permitía que un contratante particular fuera demandado y juzgado por los tribunales contencioso-administrativos y no por los ordinarios⁹²– atenta contra las competencias tradicionales del contencioso-administrativo venezolano, y más aún, algunas de sus implicaciones parecen contrariar hasta el propio diseño constitucional de éste.

El resultado de esta tendencia (que ciertamente simplifica el sistema de distribución competencial en estos temas al uniformarlo, pero precisamente por ello desvirtúa las distinciones procesales de cada institución y termina asimilando lo que difícilmente asimilarse), es que la noción de “contrato administrativo” pierde una de sus consecuencias procesales más importantes, referida a la determinación de un fuero especial de la jurisdicción contencioso-administrativa basado en criterios materiales y no meramente subjetivos⁹³.

⁹² Lo cual era criticado por la doctrina al señalarse la imprecisión de la noción de “contrato administrativo” en contraste con sus notables consecuencias procesales. Véase: Brewer, *Contratos...* p. 57.

⁹³ Para demostrar esta afirmación, basta con darse cuenta que, de acuerdo con los criterios de la Sala Político-Administrativa analizados en estas páginas, si se elimina el numeral 25 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, las competencias de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa siguen siendo prácticamente las mismas, sea la Administración demandada o demandante, con independencia de que la reclamación se origine o no en un “contrato administrativo”.

Por lo tanto, resulta necesario examinar la conveniencia o no de esa tendencia jurisprudencial⁹⁴, a la luz de la noción del “contrato administrativo”, pero fundamentalmente, reflexionar sobre su adecuación con los lineamientos

⁹⁴ Tendencia jurisprudencial; pero no de *lege ferenda*. En efecto, el más reciente Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sigue manteniendo los lineamientos diferenciadores entre las competencias en materia de demandas contra los “entes públicos” y el contencioso de los “contratos administrativos”, enfatizando el criterio subjetivo (legitimado pasivo) para la determinación de las competencias, en el primer caso, y la naturaleza “administrativa” del contrato en el segundo. De hecho, en estos puntos la redacción resulta ser una combinación –no del todo coherente– entre los respectivos dispositivos de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y los de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Valga citar al efecto las normas pertinentes (resaltadas) del Proyecto en cuestión (Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fecha de aprobación de la 1ª Discusión 25 de abril de 2004 (¿?)) (Entendemos 2005). Presentado por los diputados Luis Velásquez Alvaray, José Ernesto Rodríguez, Marelis Pérez, Cilia Flores, Ricardo Gutiérrez, Guillermo Guevara, Ángel Rodríguez, Juan Mendoza, Luis Franceschi, Tania D’Amelio, César López, Tulio Jiménez y Juan Carlos Dugarte. <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=615>):

“**Artículo 4º.** - Los órganos contencioso-administrativos son competentes para conocer de las impugnaciones que se interpongan contra 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 los servicios públicos y disponer el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por los órganos del poder público.

Asimismo, tienen facultad para resolver recursos de interpretación y conflicto de autoridades, dirimir controversias entre los entes públicos, y *para conocer de todo lo concerniente al cumplimiento, caducidad, nulidad, validez, resolución e interpretación de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o los Municipios*. igualmente son competentes para conocer y decidir acerca de la abstención, negativa o vías de hecho de las administraciones públicas o de los órganos equiparados a éstas y de las acciones cuyo conocimiento les atribuya la ley y para ejecutar sus propios fallos” (énfasis añadidos).

“**Artículo 20.-** Corresponde a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la competencia para: Conocer de las demandas que se propongan contra la República, Estados, Municipalidades, o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía excede de cinco mil unidades tributarias (5.000 ut). 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 la República, los Estados o las Municipalidades, si su cuantía excede de cinco mil unidades tributarias (5.000 ut).

Artículo 21.- Corresponde al Tribunal Nacional de lo Contencioso-Administrativo la competencia para conocer: De cualquier acción que se interponga contra la República o algún Instituto Autónomo o empresa en la que el estado tenga participación decisiva, su cuantía esté comprendida entre un mil y cuatro mil novecientos noventa y nueve unidades tributarias

constitucionales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Con estas páginas únicamente hemos pretendido aportar algunos elementos que pudieran ser de utilidad en la realización de tal labor.

(1.000-4.999 u.t.). 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 las Municipalidades, si su cuantía esté comprendida entre un mil y cuatro mil novecientos noventa y nueve unidades tributarias (1.000-4.999 u.t.).

Artículo 22.- Corresponde a los Tribunales Regionales de lo Contencioso-Administrativo la competencia para conocer: De cualquier acción que se proponga contra la República o algún Instituto Autónomo o empresa en la que el Estado tenga participación decisiva, su cuantía no excede de un mil unidades tributarias (1.000 u.t.) y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad”.

La presunción de buena fe y su tratamiento en el referendo revocatorio presidencial de 2004

Carolina TURÍN ORTIZ¹
Alvaro GARRIDO LINGG²

SUMARIO:

Introducción.

1. **Consideraciones generales sobre el principio general de la buena fe.** *1.1 La presunción de buena fe y su consagración en el Código Civil Venezolano. Especial referencia a las relaciones contractuales. 1.2 La presunción de buena fe en el Derecho Administrativo. 1.3 La presunción de buena fe y su necesaria*

¹ **Universidad José María Vargas.** Abogado, **Universidad Católica Andrés Bello.** *Especialización en Derecho Administrativo, Cursante, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho,* Profesora de Derecho Administrativo. **Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL),** Ex Consultor Jurídico Adjunto.

² **Universidad Católica Andrés Bello,** Abogado, *Especialización en Derecho Administrativo,* Tesista. **Marshall University,** Estados Unidos de Norteamérica, Gobierno Nacional y Política Americana, curso de verano. Autor de varios ensayos difundidos en publicaciones especializadas. **Torres, Plaz & Araujo, Abogados,** *Departamento de Derecho Administrativo,* Asociado. agarrido@tpa.com.ve/ alvarogarrido50@yahoo.com

Este estudio está basado en el elaborado para el curso “Régimen Electoral”, dictado por el Profesor Miguel Ángel Torrealba Sánchez, en la especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello.

aplicabilidad con ocasión del ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos. Especial referencia al ejercicio del derecho al voto.

2. La presunción de la buena fe y su tratamiento jurisprudencial con ocasión del Referendo Revocatorio Presidencial de 2004:

2.1 Antecedentes. 2.2 La omisión de la buena fe como principio general del derecho por parte del Consejo Nacional Electoral. Breve análisis de la Resolución No. 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004. 2.3 Análisis de las decisiones de la Sala Electoral y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Tratamiento de la presunción de la buena fe.

Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El derecho, para cumplir cabalmente con los fines que tiene encomendados, requiere su adaptación a los hechos y fenómenos que está llamado a regular, dada la evolución constante que se produce como consecuencia de los incesantes cambios políticos, económicos y sociales que operan en determinado país.

Ahora bien, generalmente ese fenómeno de adaptación de las normas jurídicas imperantes en un país no opera en todos los casos en que efectivamente resulta necesario, motivo por el cual se produce frecuentemente un desfase entre el derecho o el ordenamiento jurídico y los supuestos de hecho que éste está llamado a regular.

No obstante lo anterior, existen instituciones y principios generales del derecho que independientemente de la evolución de las sociedades constituyen una constante de vieja data que informa el ordenamiento jurídico de un país, llegando a constituir no sólo un principio general capaz de erigirse como fuente de derecho sino que cumple una función de integración e interpretación tanto de la actuación de los particulares entre sí como de las relaciones entre éstos y los órganos del Estado.

Tal es el caso del principio general de la buena fe, el cual, aunado al hecho de ser un principio de muy vieja data y de origen romano, se encuentra presente en la mayoría de los regímenes jurídicos a nivel mundial y al que se le ha reconocido su importancia e incidencia en la aplicación del derecho.

En Venezuela, a pesar de que los principios generales del derecho no requieren su consagración en el ordenamiento jurídico a los fines de que éstos tengan plena vigencia y cumplan las funciones antes comentadas, se consagró el principio general de la buena fe en el Código Civil, teniendo como principales funciones fungir como imperativo en el desarrollo de las relaciones jurídicas entre particulares y de éstos con los órganos del poder público, además de detentar una función interpretativa e integradora del derecho aplicable en cada caso en concreto.

Aún cuando pudiera pensarse que, con ocasión de su positivización en el Código Civil venezolano, dicho principio resultaría aplicable únicamente en materia civil, ello no resulta del todo cierto, ya que como expondremos a lo largo del presente trabajo, su aplicación tiene plena vigencia en relación a todo el ordenamiento jurídico venezolano, independientemente de la rama del derecho de que se trate, debiendo cumplir en todo momento su función integradora e interpretativa.

En el derecho administrativo venezolano el mencionado principio se encuentra consagrado en el Decreto-Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, por lo cual no hay duda de que inclusive en las relaciones que se instauran entre la administración pública y los administrados, la buena fe como principio general del derecho encuentra plena aplicabilidad, debiendo ser observado en todos los procedimientos administrativos que se instauren con ocasión de las relaciones jurídico-administrativas.

En el derecho electoral, rama ésta del derecho que regula el ejercicio del derecho de participación política y, fundamentalmente, del derecho al voto como una manifestación de aquél, debe necesariamente aplicarse el principio general de la buena fe el cual debe en todo momento desplegar su función de integración e interpretación en los fenómenos o hechos jurídicos que surjan en materia electoral. Así, no sólo en el ejercicio de los derechos políticos por parte de los ciudadanos, sino también en el ejercicio de potestades públicas por parte de los órganos electorales, principalmente del Consejo Nacional Electoral como órgano rector en materia electoral en nuestro país, deberá tenerse en cuenta siempre el tantas veces mencionado principio general de la buena fe, deberá desplegar su función integradora e interpretativa del derecho electoral y de las relaciones que surjan con ocasión de éste.

Ahora bien, uno de los derechos constitucionales de los ciudadanos con evidente implicación desde el punto de vista electoral lo constituye el novedoso³ derecho que tienen todos los ciudadanos de revocar el mandato de los cargos de elección popular⁴, como una manifestación de su derecho genérico a la participación política.

Dicho mecanismo de participación fue activado en nuestro país, a través de la realización del procedimiento “Revocatorio Presidencial de 2004” que culminó cuando los electores el 15 de agosto del corriente año acudieron a ejercer su derecho a votar y así manifestar su voluntad para revocar o no al Presidente de la República.

No obstante, como todos sabemos dicho proceso estuvo marcado por incesantes conflictos derivados de la polarización política existente en el país, la inexistencia de un régimen jurídico claro aplicable al desarrollo y realización de dicho proceso —ello motivado por la reciente introducción de dicha figura en el ordenamiento jurídico venezolano— y un evidente enfrentamiento entre el Consejo Nacional Electoral y la Sala Electoral del Tribunal Supremo y, entre ésta y la Sala Constitucional de ese mismo Tribunal.

Sin embargo, uno de los aspectos de suma importancia y que debe ser analizado con ocasión de la realización del Referéndum Revocatorio Presidencial de 2004 es el tratamiento que se le dio a la participación política y al ejercicio del derecho a revocar los cargos de elección popular que poseen todos los ciudadanos, derecho éste de consagración constitucional, así como del desconocimiento del principio general de la buena por parte del Consejo Nacional Electoral, específicamente cuando a éste le tocó pronunciarse sobre la validación de las firmas y del procedimiento de reparo.

³ Novedoso porque a pesar de la necesidad de que todo ciudadano, como correlativo de su derecho a elegir, pueda revocar los mandatos otorgados, dicha posibilidad no se encontraba expresamente regulada en la Constitución de 1961, siendo introducida por primera vez en nuestro país a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999.

⁴ En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela constituye un medio de participación política “(...) la revocatoria del mandato (...)”. Por su parte, el artículo 72 *ejusdem* establece que: “(...) Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables (...)”.

Por ello, la presente investigación partirá de un análisis del principio general de la buena fe y su incidencia en nuestro ordenamiento jurídico en sus distintas ramas, su alcance, significado y plena vigencia. Posteriormente, examinaremos los antecedentes más resaltantes del proceso refrendario presidencial de 2004 para poder entrar a analizar cual fue el tratamiento de la buena fe por parte del Consejo Nacional Electoral como ente rector del Poder Electoral, con ocasión del ejercicio por parte de los ciudadanos del derecho a revocar el mandato presidencial como una manifestación del derecho a la participación política y, específicamente, en relación a los procesos de validación de firmas y de reparo.

Consideramos necesario aclarar que escapa al objeto de la presente investigación un análisis detallado del conflicto institucional suscitado entre el Consejo Nacional Electoral y el Poder Judicial y entre la Sala Electoral y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión del desarrollo del Referéndum Revocatorio Presidencial de 2004⁵, ni sobre los aspectos políticos que influyeron en el mencionado proceso, aún cuando en algún momento se efectúen los comentarios que resulten estrictamente necesarios a fin de entender algún aspecto del mencionado proceso relacionado con el objeto del presente trabajo y, tratando de conservar siempre –en la medida de lo posible– una actitud objetiva en el análisis de carácter jurídico que pretendemos realizar.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE

Como corolario a lo expresado en la introducción que antecede, la buena fe como principio general del derecho no sólo se constituye hoy día como uno de los principios fundamentales que debe regir en todas las relaciones contractuales, sino que otorga hoy una herramienta indispensable dentro de la actividad administrativa y judicial, toda vez que el ordenamiento jurídico venezolano no solo consagra los principios generales del derecho como criterios auxiliares de la actividad administrativa y judicial. La buena fe está presente

⁵ Para mayor abundamiento sobre este tema, recomendamos la revisión de la excelente obra colectiva *La Guerra de la Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*, Editorial Aequitas, C.A., Caracas, 2004.

en varios preceptos como norma de comportamiento generalmente aceptada y obligatoria, tanto de los particulares como de los servidores públicos, ergo, dicho principio resulta aplicable a toda la actividad desplegada tanto por el poder judicial como por la administración pública *latu sensu*.

Si bien las presentes consideraciones no tienen por finalidad realizar un extenso análisis del principio general de la buena fe en el derecho venezolano, el cual como es sabido en el campo del derecho civil o privado tiene su máxima expresión en las relaciones contractuales entre los ciudadanos, ya que requiere de suyo ser abordado de manera extensa y profunda dada su complejidad, es necesario hacer una breve referencia al mencionado principio en el Derecho Civil⁶ y en el Derecho Administrativo venezolano, el cual –reiteramos– se aborda en el presente trabajo como marco general para lograr un mayor entendimiento de la forma de actuar del Consejo Nacional Electoral, con ocasión del referendo revocatorio presidencial llevado a cabo el 15 de agosto de 2004, específicamente durante el proceso de recolección de firmas para su convocatoria.

Así las cosas, en el derecho privado debemos señalar que el principio general de la buena fe indica que cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos mediante una conducta de fidelidad, o sea, por medio de la lealtad y sinceridad que impera en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable. Es así como la buena fe se desdobra en dos aspectos: primeramente cada persona debe usar para con aquél con quien establece una relación jurídica, una conducta sincera y leal. En segundo término, cada persona tiene derecho a esperar de la otra esa misma lealtad o fidelidad. En el primer caso se trata de una buena fe activa y en el segundo, de una buena fe pasiva⁷.

⁶ Según lo expresado Díez-Picazo, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. (5ta ed.), Editorial Civitas Madrid, 1996, Tomo I. Pág. 37, el Derecho Civil, puede concebirse como aquella “parte o sector del ordenamiento jurídico, que está compuesto por el sistema de normas y de instituciones que están encauzadas a la defensa de la persona y de sus fines dentro de la comunidad” (citado por Carlos Alberto, Urdaneta Sandoval, “Procedencia en el derecho venezolano del ejercicio abusivo de los derechos humanos o fundamentales o su eficacia horizontal”, en Fernando Parra Aranguren, Editor: *Temas de Derecho Civil, Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 14, Caracas, 2004, Vol. II, pág. 640).

⁷ Idem.

Según lo expresado por Rafael Badell⁸, se entiende por buena fe “la creencia o persuasión de que el acto realizado es lícito y justo. La certeza o verdad de un acto o hecho jurídico”⁹. La buena fe implica para los particulares el deber de adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de sus relaciones jurídicas (diligencia *in contrahendo*) y comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según la buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Así, los derechos deben ejercitarse de buena fe al igual que las obligaciones¹⁰.

Obrar de buena fe indica que la persona se comporta con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente basándose en usos sociales y buenas costumbres. Por lo tanto, los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en nuestra sociedad son las pautas que sirven para apreciar en cada caso.¹¹

Así las cosas, el concepto de la buena fe es mejor comprendido cuando lo comparamos con el concepto opuesto, o sea el de la mala fe. Obra de mala fe, quien pretende obtener ventajas o beneficios contrariando los usos sociales y las buenas costumbres. El derecho, desde los más antiguos tiempos, ha protegido siempre al hombre de buena fe y condenado el de mala fe. El orden jurídico dicta sus normas teniendo siempre presente al hombre recto, y no aquel que obrando con astucia o viveza, trate de aprovecharse de la ingenuidad y de la falta de experiencia de las otras personas, para sacar ventajas para sí.

⁸ Badell Madrid, R. *Comentarios a la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos* disponible en www.badellgrau.com

⁹ Idem.

¹⁰ Idem. En los mismos términos se pronuncia Díez Picazo, L., para quien la buena fe como principio general del derecho es una norma jurídica completa en virtud de la cual todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia *in contrahendo*); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituida entre ellos. Este deber de comportarse según la buena fe se proyecta en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: deberes y derechos: los derechos deben ejecutarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe. Ob. Cit.

¹¹ Idem.

En tal sentido, todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus reciprocas relaciones, sin que sea necesaria su positivización en el ordenamiento jurídico de un determinado país.

Lo expresado significa varias cosas: todos (ciudadanos y órganos del poder público), deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de las relaciones jurídicas que los vinculen y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y obligaciones.

Domingo Campos Rivera expresa:

la buena fe es la convicción honesta que tiene quien se considera titular de un derecho, de que cuenta con el respaldo legal correspondiente. Dice que en el campo laboral todo acto o declaración de la voluntad debe emitirse de buena fe, esto es, de expresar el deseo sincero de dar cumplimiento al compromiso que por él se adquiere¹².

En doctrina se ha debatido si la buena fe constituye una regla de interpretación, un principio general del derecho, un estándar de conducta o un supraprincipio jurídico que influye sobre todos los estamentos de la ciencia en análisis. Hay algunos autores que señalan que al tratarse de un principio jurídico, ergo, fuente del derecho, el deber de buena fe contractual, en tanto norma jurídica, es una norma de orden público, la cual no puede ser relajada por los particulares. Empero, no pocos autores critican la concepción de la buena fe como principio jurídico e indican que se trata más bien de un concepto jurídico indeterminado o noción marco¹³, posición ésta que asumimos en las consideraciones en cuanto a su consagración en el derecho administrativo, ya que en nuestra opinión la

¹² Campos Rivera, D. *Derecho Laboral Colombiano*. Sexta Edición, Editorial Temis, Colombia, 1997.

¹³ Jalojut, B. *La bonne foi dans les contrats*. Etude comparative de droit français, allemand et japonais. Paris. Dalloz, 2001. p. 79, citado por Rodríguez Matos, G. "La Buena Fe en la Ejecución del Contrato", en Fernando Parra Aranguren, Editor: *Temas de Derecho Civil, Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 14, Vol. II, Caracas, 2004.

buena fe en muchas ocasiones puede ser considerada como un concepto jurídico indeterminado, en virtud de que pueden haber tantas definiciones como estudiosos del tema hayan.

Lo cierto es que, más allá de las cuestiones dogmáticas, la buena fe se utiliza como pauta para la resolución de controversias concretas¹⁴ y ello no es objeto de análisis en el presente trabajo¹⁵. Siguiendo esa directiva, debemos comenzar por reconocer que “estrechamente vinculado con el principio general de la buena fe, nos encontramos con la idea moral en el derecho. Aunque no enunciado de una manera general por la ley, tiene tantas aplicaciones en el derecho positivo que sin duda alguna, lo convierten en un principio general del derecho de la mayor importancia. El autor Guillermo Borda, citando a Díez-Picazo, expresa que el ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe no sólo en lo que tiene de limitación o veto a una conducta deshonesto (v.gr., no engañar, no defraudar, etc.), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (v.gr., deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, etc.).”¹⁶

De otra parte, a nivel doctrinario, se distinguen dos especies de buena fe: (i) la buena fe objetiva (*lealtad o probidad*)¹⁷: Es la que impone a las personas el deber de obrar correctamente, como lo haría alguien honorable y diligente. La buena fe, objetivamente, presupone que las declaraciones de voluntad han sido elaboradas con un criterio que atiende a la recíproca lealtad y corrección

¹⁴ Uguet, R., *La Buena Fe en el Contrato de Mandato*. Julio, 2003. Consultado en http://www.justiniano.com/revista_doctrina/contrato_mandato.html

¹⁵ En tal sentido, puede verse a profundidad a Rodríguez Matos, G. “La Buena Fe en la Ejecución del Contrato”, en Fernando Parra Aranguren, Editor: *Temas de Derecho Civil, Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 14, Caracas, 2004, Vol. II, pp. 415-453.

¹⁶ Borda, G. *Tratado de Derecho Civil*. Parte General. Abeledo Perrot, Lexis Nexis, 1999.

¹⁷ La buena fe objetiva en el derecho venezolano la encontramos en el artículo 1.160 del Código Civil, es decir como regla de conducta. Se caracteriza la buena fe en este rubro, como un patrón de conducta socialmente aceptable, que se traduce en un deber de cooperación y lealtad que se deben la partes del contrato para asegurar el logro de las expectativas esperadas por ambas al haber celebrado un contrato. Empero, según Rodríguez Matos, G. “(...) en nuestro derecho, además de la norma contenida en el artículo 1160, se utiliza la noción de buena fe en sentido objetivo en los artículos 1148 y 1185 del Código Civil y en los artículos 12 y 17 del Código de Procedimiento Civil.

debidos y esperados en todo el *iter* contractual, desde la etapa normativa hasta que el contrato se agote en su ejecución¹⁸; (ii) La buena fe subjetiva (*creencia o confianza*)¹⁹: que consiste en la impecable conciencia de estar obrando conforme a derecho y en la razonable ignorancia de que no se daña el derecho de terceros. La buena fe subjetiva logra amparo cuando se protege a los adquirentes que obran sobre la base de la confianza que suscita un derecho aparente, cuando se protege a quien no puede advertir un error no reconocible, cuando para la formación del consentimiento y la interpretación del contrato se atiende a los términos que se desprenden de la declaración y no a los que permanecen guardados en la conciencia de los celebrantes²⁰.

Según lo expresado por Rodríguez Matos, G.²¹, está diferenciación doctrinaria es válida, ya que la doctrina del derecho comparado es conteste que existe una dualidad en la noción de buena fe; por un lado está la noción de buena fe subjetiva (o noción psicológica), la cual consiste en una creencia errónea o ignorancia del sujeto; y la buena fe objetiva, la cual es una norma de comportamiento que cuando excede los límites previstos por el legislador se constituye indefectiblemente en lo que se conoce con el nombre de abuso de derecho. En efecto, cuando se actúa excediendo los límites de la buena fe, independientemente de la existencia del supuesto de hecho que la regule o limite, estamos en presencia de un abuso de derecho por parte de quien ejecuta la conducta (véase, artículo 1.185 del Código Civil).

Cuando hablamos de abuso de derecho, nos referimos al ejercicio de un derecho excediendo los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho se ha conferido. En el derecho moderno ha terminado por imponerse la teoría del abuso del derecho no sólo en la doctrina, sino también en la

¹⁸ Stiglitz, R. *Contratos Civiles y Comerciales*. Abeledo Perrot, 1998, Tomo I. Pág. 439.

¹⁹ Según Rodríguez Matos, G. Ob. Cit., son casos típicos de la buena fe subjetiva en nuestro ordenamiento jurídico, las conductas previstas en los artículos 788, 749 y 1523 del Código Civil. Todos esos artículos o las conductas allí previstas tiene en común la ignorancia de una persona sobre una situación de hecho o una situación jurídica. Esta ignorancia no es irrelevante, sino que, muy por el contrario, produce efectos jurídicos, que en la mayoría de los casos, consiste en proteger a la persona de buena fe de ciertas consecuencias que hubiere sufrido si no hubiera tenido el manto de la ignorancia.

²⁰ Mosset Iturraspe, J.: *Contratos*, Ed. Rubinzal – Culzoni, 1997, pág. 306.

²¹ Ob. Cit. pp. 415-453.

jurisprudencia y en algunas leyes. En otras palabras, se ha impuesto definitivamente una concepción relativa de los derechos subjetivos.

El abuso del derecho²² se ha abierto camino en el pensamiento contemporáneo, no sin vencer serias resistencias. Los juristas liberales han mirado con indisimulada desconfianza esta institución. Para ellos, las libertades humanas

²² En el derecho comparado, el principio del abuso de derecho ha quedado incorporado al derecho positivo de Alemania (código civil, art. 1), suiza (código obligaciones, art. 2), Rusia (código civil, art. 1), Polonia (código civil, art. 160), Perú (código civil, art. 2., Tit., Prel.), Líbano (código civil, art. 124), Turquía (código civil, art. 2). En otros países la legislación ha callado, pero la jurisprudencia ha incorporado el principio al derecho Nacional, como en Francia, Bélgica, Chile, España. En éste último país, los tribunales fueron muy reacios para aceptar la teoría hasta un importantísimo fallo del tribunal supremo. Inclusive los tribunales ingleses y estadounidenses, tan apegados a su individualismo, han empezado a hacer importantes concesiones a la idea del abuso. Cabe destacar, por su acierto técnico, la fórmula del proyecto de código francoitaliano de las obligaciones, que reúne los criterios moral y finalista para fijar el concepto del abuso del derecho: "cualquier hecho culposo que ocasiona daño a otros obliga al que lo ha cometido a resarcir el daño.

"Debe igualmente reparación aquel que ha causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le ha sido conferido". (Art. 24) (destacado nuestro).

La crítica fundamental que se le ha formulado, y por cierto que por autorizadas voces, es la de que si hay derecho, no puede haber abuso, que implica ilicitud, que es su antinomia. El quid de la cuestión estriba en que la palabra derecho no debe tomarse en el sentido de orden jurídico, de derecho positivo, de norma o conjunto de normas, sino referida a los derechos subjetivos y, dentro de los mismos, al ejercicio de las facultades, pretensiones, etcétera, que integran su contenido. El derecho de propiedad que la ley acuerda sobre una cosa nunca puede ser abusivo, pero el ejercicio que de ese derecho se haga si puede llegar a serlo en determinadas circunstancias, como cuando ésta signado por la ilegitimidad, la mala fe, o cualquier otro factor claramente determinante del abuso.

Del reconocimiento de los derechos subjetivos depende la dignidad de la existencia humana, pero no es posible, por otra parte, que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia; o que se desvíen del fin para el cual han sido reconocidos, y se utilicen, en cambio, como armas de agresión para sojuzgar y explotar a los demás. La ley no debe tolerar el abuso del derecho y así lo propugna toda la doctrina en el derecho comparado la ley establece una doble directiva en cuanto al criterio discriminativo del ejercicio abusivo del derecho: a) hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariamente al objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando de lo desvía del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento; y b) la segunda directiva implica la subordinación, en el ejercicio de un derecho, del orden jurídico al orden moral; por eso la ley califica de abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Consultado en la página web:

<http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpyAuVFEAVvCIFLjEr.php>

fincan en el respeto incondicional de los textos legales. Sólo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombre; mientras las personas actúan dentro de aquellos límites, no hay por qué investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros. De lo contrario, no habría derechos; todos estaríamos sometidos a la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad y la seguridad quedarían pérdidas y el espíritu de iniciativa ahogado. Es necesario que los hombres tengan algo seguro como base para desenvolver sus actividades, que sepan de una manera clara y definida que es lo que pueden y lo que no pueden hacer. Y la única manera de fijar de un modo cierto ese campo de acción es la ley.

No obstante la fuerza lógica de dichos argumentos, la teoría del abuso del derecho se ha abierto paso con pie firme. Podrá discutirse el acierto lógico y gramatical de la expresión “abuso del derecho”, pero lo que no cabe discutir ya es que no se puede permitir el ejercicio de los derechos mas allá de los límites de la buena fe.

El derecho no puede amparar ese proceder inmoral. No creemos justificados los temores de quienes piensan que esta facultad, en manos de los jueces, pueda convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica y en una manera de negar a los hombres los derechos que la ley les reconoce. Además, los jueces no pueden proceder arbitrariamente; están unidos por la disciplina del cuerpo y por la jerarquía de su organización. Y cuando los tribunales superiores niegan licitud a la conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la ley, declarando que ha habido abuso, será porque su dignidad de magistrado y su sentido moral les imponen necesariamente esa solución.

Así, el principio general de la buena fe, se entiende así incorporado en la contratación entre los particulares y más concretamente en el ejercicio por parte de los ciudadanos de los derechos prestacionales a los que hicimos alusión en la introducción del presente trabajo, así como en todas las actuaciones de los particulares frente a los funcionarios y órganos del Poder Público, tal y como expondremos *infra*.

Para concluir con estas breves consideraciones, de acuerdo con la doctrina el principio general de la buena fe constituye pieza fundamental de todo ordenamiento jurídico, bien sea que el mismo se encuentre positivizado o no,

habida consideración del valor ético que entraña en la conciencia social, y por lo mismo, de la importancia que representa en el tráfico jurídico de la sociedad. Contenido ético que a su vez incorpora el valor de la confianza dentro de la base de las relaciones sociales, no como creación del derecho, que sí como presupuesto, con existencia propia e independiente de su reconocimiento normativo de necesaria observancia en cualquier relación jurídico administrativa que se genere no solamente entre los ciudadanos o particulares sino entre el Estado y éstos últimos.

Así, la buena fe se refiere a las relaciones de la vida social con trascendencia jurídica, sirviendo al efecto para valorar el comportamiento de los sujetos de derecho, al propio tiempo que funge como criterio de reciprocidad en tanto se toma como una regla de conducta que deben observar los sujetos en sus relaciones jurídicas, esto es, tanto en el ámbito de los derechos como en la esfera de los deberes y obligaciones.

1.1 La presunción de buena fe y su consagración en el Código Civil Venezolano. Especial referencia a las relaciones contractuales

El principio general de la buena fe se positiviza –en algunos casos– en el ordenamiento jurídico mediante las llamadas presunciones²³. Así, la presunción de buena fe, está recogida actualmente en distintas normas del Código Civil Venezolano²⁴, sobre todo aquellas dirigidas a regular las distintas relaciones jurídicas que puedan surgir entre los particulares y los negocios jurídicos que éstos celebren, lo cual no implica que bajo la ausencia normativa o inexistencia de positivización de la mencionada presunción, tal y como expresamos *supra*, la mencionada presunción no tenga especial relevancia y aplicación en los distintos hechos, negocios y actos jurídicos que giran entorno a las relaciones entre particulares. De allí que el propio Código Civil en su artículo 1.399

²³ Según lo previsto en el artículo 1.394 del referido Código, las presunciones son las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido.

²⁴ En tal sentido, pueden verse los artículos que a continuación se citan: 127, 70, 196, 437, 559, 788, 789, 790, 791, 793, 794, 1001, 1139, 1148, 1160, 1162, 1179, 1181, 1182, 1185, 1285, 1287, 1450, 1512, 1661, 1677, 1678, 1707, 1710, 1936, 1977, 1979, todos del Código Civil Venezolano.

exprese que las presunciones que no estén establecidas por la Ley quedarán a la prudencia del Juez, lo cual en nuestro criterio puede ser extendido a todos los órganos y entes que conforman el Poder Público.

La exigencia de la buena fe tiene viejas raíces, y fue incorporada por los artículos 1.134 y 1.135 del Código Civil francés. En uno de sus perfiles, incluye por ministerio de la ley un cortejo de obligaciones accesorias en la obligación contractual y, en sentido inverso, impide que el contratante pueda reclamar algo que sería desleal o incorrecto.²⁵

En tal sentido, en el derecho privado la realidad negocial moderna exige que ese derecho-deber de buena fe exista desde que las partes entraron en conversaciones con miras a la celebración de un contrato, esto es desde antes de que haya sido emitida una oferta.

Verbigracia, en la etapa de formación del contrato las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tentativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta; y el oferente está obligado, conforme a esa regla y según las circunstancias, a poner al alcance del destinatario de la oferta información adecuada sobre hechos relativos al contrato que puedan tener aptitud para influir sobre su decisión de aceptar.

Las partes también deben actuar de buena fe durante la ejecución del contrato, el cual genera obligaciones secundarias, pues las vincula con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior, a las prácticas establecidas entre las partes, a los usos si no han sido excluidos expresamente, y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte.

En este sentido, la obligación de ejecutar de buena fe un contrato incluye la de cumplir lo que se dejó de expresar en él, si ello estuvo en la intención de las partes; y uno de los modos de satisfacer los dictados de la buena fe contractual

²⁵ Fraga. G. *Derecho Administrativo*. 13ª ed., Porrúa, México, 1969.

es el de aclarar y aún de rectificar el texto del contrato para conformarlo con la intención que tuvieron los contratantes. Es por ello que puede afirmarse que en atención a lo previsto en el artículo 1.160 del Código Civil²⁶, además del cumplimiento literal de las obligaciones contractuales, puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones que teleológicamente consideradas dentro del ámbito contractual se justifiquen, en razón de la equidad o igualdad de las partes, o por añadidura del uso o la Ley.

Verbigracia, en base a los dictados que la buena fe imponga en cada caso, el deudor de una concreta obligación no podrá pretender liberarse del vínculo mediante el escueto cumplimiento literal del mismo, ejecutando tan solo el estricto deber de prestación formalmente establecido, sino que deberá atender también al mandato que emane de la entraña de la relación obligatoria y de lo que razonablemente el acreedor tenga derecho a esperar.

De esta manera, la buena fe representa para el deudor una pauta o criterio que precisará hasta donde debe llegar su prestación, la forma y las modalidades de sus ejecución; por lo que, de ordinario, dará lugar también al nacimiento de una serie de deberes complementarios que arroparán a la prestación, al objeto de que dicho deudor venga compelido a cumplir todo aquello que se juzgue razonable y sensato de acuerdo con la misma estimativa.²⁷

El contrato también debe ser interpretado de buena fe, a cuyo fin se asigna especial relevancia a lo que ha sido común intención de las partes, antes que a la literalidad de lo manifestado. Se propone asimismo aplicar igual regla a la interpretación de las cláusulas que permiten a una de las partes modificar lo convenido a su arbitrio, como las de aceleración del cumplimiento o de exigencia de nuevas garantías.

Si el contrato es celebrado por una parte que actúa profesionalmente, para la interpretación de buena fe se toma especialmente en cuenta la adecuación a las pautas razonables de actuación leal en la actividad a la que corresponde el

²⁶ Artículo 1.160: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismo contratos, según la equidad, el uso o la Ley.”

²⁷ Montes, A. *La estructura y los sujetos de la obligación*, Civitas, Madrid, 1986.

contrato. Con ulterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales propias del contrato, las partes deben continuar actuando de buena fe, deber éste que regula la determinación de la existencia y de los alcances de las obligaciones accesorias que subsisten, por estipulación de partes, o por estar virtualmente comprendidas en el contrato; Verbigracia, la restitución y la reparación de daños que, en su caso, correspondan una vez producida la extinción de aquél; y la interpretación y el cumplimiento de tales obligaciones.

Así las cosas, nuestro Código Civil, al igual que los códigos de inspiración latina, contiene en su artículo 1.160 una norma que obliga a las partes a adecuar su comportamiento en la ejecución o cumplimiento del contrato a las exigencias de la buena fe. Es por ello que puede sostenerse que los contratantes no sólo quedan obligados expresamente a cumplir con las obligaciones estipuladas en el contrato, sino adicionalmente debe adecuar su conducta a una serie de obligaciones o deberes accesorios que viene impuestos por la buena fe, equidad, uso y la ley.

1.2 La presunción de buena fe en el Derecho Administrativo

Antes de expresar algunas breves ideas en torno a la presunción de buena fe en el derecho administrativo, para lo cual enfocaremos nuestra postura a la necesaria observancia de dicha presunción en aras del interés general o colectivo, todo ello como consecuencia de la vigencia del principio de juridicidad que más abajo se detalla, así como del principio de la confianza legítima inspirado en la seguridad jurídica que debe reinar en todo proceso administrativo y/o judicial, debemos hacer una breve referencia al concepto –por demás multívoco– de lo que debe entenderse por derecho administrativo, para posteriormente abordar el tema de la buena fe en esta extensa área del derecho²⁸.

El derecho administrativo tiene, en efecto, como sujeto a una administración pública. Pero esto no significa que la administración pública no pueda formar parte de relaciones jurídicas no reguladas por el derecho administrativo. Una cosa es utilizar una determinada normativa y otra que esa normativa esté destinada a un determinado sujeto. Hay normas que están destinadas a todos

²⁸ El concepto de buena fe, es en nuestra opinión un concepto jurídico indeterminado, que no necesariamente multívoco.

los sujetos jurídicos en general y otras a un grupo de ellos en particular, pues se supone que en las relaciones jurídicas que regulen intervendrán esos determinados sujetos. De allí que la satisfacción de los intereses colectivos por medio de la función administrativa, la cual no es más que la manifestación de ese derecho, se realiza fundamentalmente por el Estado.

En efecto, el derecho administrativo regula, salvo algunas variantes: (i) La estructura y organización del poder encargado normalmente de la función administrativa; (ii) Los medios patrimoniales y financieros de que la Administración Pública necesita para su sostenimiento y para garantizar la regularidad de su actuación y; (iii) El ejercicio de las facultades que el poder público debe realizar bajo la forma de la función administrativa.

Por tanto, siendo que los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con los distintos órganos y entes de la administración pública ocupan un puesto de relevante importancia en el contexto de lo que algunos doctrinarios llaman el principio de juricidad²⁹, no puede dejarse de lado la observancia del principio general de buena fe que debe prevalecer de suyo en las relaciones jurídico-administrativas que tenga como sujeto activo al Estado y como sujeto pasivo al ciudadano o administrado, dado que todas las actuaciones del Estado, en aras precisamente del interés general o colectivo, están sometidas plenamente

²⁹ Según este autor, en su sentido más amplio el principio de legalidad exige que la actuación de los órganos del Estado, en concreto la de la Administración, mediante actos administrativos y la de los tribunales mediante resoluciones judiciales, se lleve a cabo con sujeción al ordenamiento jurídico. La palabra legalidad no designa aquí a la Ley, sino a todas las normas, incluidos los reglamentos, a lo que se denomina el “bloque de legalidad” y por ello el principio de legalidad así entendido se denomina también *principio de juricidad* (... que) no expresa otra cosa que la idea de una limitación jurídica del poder público, entendido el término limitación en su sentido amplio. Se trata de una concreción del principio del Estado de Derecho, que exige la limitación jurídica del poder del Estado, exigencia llevada a sus últimas consecuencias con la sujeción del propio legislador a la Constitución. El principio de juricidad impone, por tanto, la existencia de normas jurídicas que vinculan a la Administración cuando actúa y que de este modo la someten a derecho.

Esta exigencia de vinculación, que habrá que precisar después, significa algo más que la simple sujeción al ordenamiento, y *el principio de juricidad no podría definirse correctamente como exigencia de que la Administración se someta al derecho, si con esto se entiende la prohibición de la actuación jurídica. Si así fuera, el principio de juricidad no diría absolutamente nada, porque por definición todo ordenamiento jurídico prohíbe la actuación antijurídica*. De Otto, I. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1991. Pág. 157.

al orden jurídico que se configura en tributo al principio de legalidad administrativa como cúspide de ese orden.

En efecto, la presunción de buena fe no equivale a una barrera infranqueable que pueda aducirse para impedir la eficaz protección del interés público y de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público, pues, la protección del interés general y del bien común, que son también postulados fundamentales en el Estado Social de Derecho, imponen al mencionado principio límites y condicionamientos que son constitucionalmente válidos.

La mencionada presunción tiene sus límites y condicionamientos, derivados de otro postulado fundamental como es el de la prevalencia del interés común. En modo alguno puede pensarse que el principio de la buena fe se levante como barrera infranqueable que impida a las autoridades el cumplimiento de su función, pues, mientras la ley las faculte para hacerlo, pueden y deben exigir los requisitos en ella indicados para determinados fines. En nuestro Estado de Derecho, las leyes gozan de aptitud constitucional para imponer a la administración o a los jueces la obligación de verificar lo manifestado por los particulares y para establecer procedimientos con arreglo a los cuales pueda desvirtuarse en casos concretos la presunción de la buena fe, de tal manera que si así ocurre, con sujeción a sus preceptos, se haga responder al particular implicado, tanto desde el punto de vista del proceso o actuación de que se trata, como en el campo penal, si fuere del caso.

Así las cosas, seguidamente debemos señalar que la buena fe está recogida en nuestra legislación procesal administrativa en el Decreto-Ley de Simplificación de Trámites Administrativos³⁰, el cual presume la buena fe de los particulares en las gestiones que realicen ante los servidores públicos. En efecto, en dicho Decreto-Ley, se prevén principios y disposiciones que tienen por objeto racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública, bajo principios fundamentales y generales del derecho, como lo constituye la buena fe. En el citado texto legal, se mencionan los principios que debe regir la normativa contenida en él y en consecuencia la

³⁰ Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 5393 Extraordinario de fecha 22 de octubre de 1999.

actividad de la administración y de todos los órganos del Poder Público, a saber, entre los que destacan, la presunción de buena fe del ciudadano (ver artículos 9 y siguientes)³¹.

Así, la buena fe del ciudadano en su relación con la administración y de los particulares entre sí, deberá presumirse siempre³², salvo prueba en contrario. De esta forma, se modifica el criterio que hasta el presente había regido en las relaciones de los ciudadanos con la administración, consistente en presumir la mala fe en la actuación del particular salvo prueba en contrario.

Debe tenerse presente que el principio general de buena fe debe regir en las relaciones del Estado con sus administrados, pues, le permite a estos recobrar la confianza en la administración consistente, “en que el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, aquélla no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones”.³³

De allí que dentro de la esfera de este principio, como veremos, no podría la administración hacer caso omiso de sus propias actuaciones o directrices y actuar como si ellas no hubieren existido, cuando precisamente con ellas se ha inducido o generado determinado comportamiento del particular frente a

³¹ En tal sentido, el principio general de buena fe que se traduce en una presunción *iuris et de jure* a que alude el referido Decreto-Ley implica: (i) Tener como cierta la declaración del administrado; (ii) Inventariar aquellos requisitos que puedan suprimirse de conformidad con presunción de buena fe y aceptar la sustitución de los mismos con declaraciones juradas; (iii) No es indispensable presencia física del interesado (uso de carta poder); (iv) No exigir a los administrados pruebas distintas a aquellas expresamente señaladas por Ley; (v) Aceptación de instrumento privado en sustitución de uno público y de copia simple o fotostática en lugar de original o copia certificada de documentos protocolizados, autenticados o reconocidos judicialmente; (vi) Los órganos y entes no podrán exigir solvencias emitidas por los mismos para trámites a realizarse en sus dependencias; (viii) Uso del mecanismo de control posterior y; (ix) Sanciones rigurosas a quienes violen la confianza de la Administración.

³² En efecto, el artículo 789 del Código Civil Venezolano expresa que: “La buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, deberá probarla.” (...). De otra parte, en materia contractual, según lo previsto en el artículo 1160 del referido Código, “los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley.”

³³ González Pérez, J. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Segunda Edición Editorial Civitas, S. A., Madrid, pág. 69.

la administración misma, aunado al hecho cierto de que precisamente el Estado tiene como fin fundamental garantizar el ejercicio de tales derechos en aras del interés general, debiendo en tal sentido garantizar su correcto ejercicio obra sobre la base de tal precepto.

Así las cosas, al referimos al principio general de buena fe, debemos necesariamente observar que el mismo obedece o es una derivación de lo que en doctrina administrativa se ha denominado el principio la confianza legítima o expectativa procesal plausible, la cual viene definida como la esperanza que tiene un sujeto de gozar de un derecho, cuando éste nazca. Es aquélla situación en la que un sujeto está dotado de una expectativa justificada a obtener de otro una prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses, razón por la cual, el ordenamiento jurídico la tutela.³⁴

La propia jurisprudencia de la Sala Electoral se ha expresado sobre el principio de la confianza legítima como una variante del principio general de la buena fe. En efecto, mediante sentencia No. 098 de fecha 1 de agosto de 2001, (caso: Paracotos), la Sala expresó que:

(...) La autonomía y relación de dicho principio con respecto a otros con un mayor recorrido es objeto de prolija discusión en la doctrina y jurisprudencia europea, sobre todo en el marco del Derecho Comunitario Europeo. En efecto, para alguna corriente doctrinaria resulta que el aludido principio ostenta un carácter autónomo, para otra se limita a ser una variante del principio de la buena fe que en general debe inspirar las relaciones jurídicas, incluidas aquellas en las que intervengan una o varias autoridades públicas. De igual manera, se alega como su fundamento el brocardo “*nemo auditur sua turpitudinem alegans*” o de que nadie puede alegar su propia torpeza (empleado por alguna sentencia española, como señala GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 3º Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1999. p. 128), o bien el aforismo “*venire contra factum proprium non valet*” (prohibición de ir contra los actos propios), así como también se invoca en su apoyo el principio de seguridad jurídica.

³⁴ Rondón de Sansó, H. *El Principio de la Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano*, Ex. Libris Caracas, 2002.

En cuanto a la orientación de dicho principio, señala la jurisprudencia española, que el mismo se fundamenta en la confianza que en el ciudadano produce la actuación de la Administración, actuación que debe estar supeditada por el ordenamiento jurídico –y cabe agregar orientada por la protección del interés general–, al punto que llega a puntualizar que “...dicha «confianza» se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes, para que induzcan racionalmente a aquél, a confiar en la «apariencia de legalidad» de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos e inversiones de medios personales o económicos, que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que realmente y en definitiva son producidos con posterioridad por la Administración, máxime cuando dicha «apariencia de legalidad», que indujo a confusión al interesado, originó en la práctica para éste unos daños o perjuicios que no tiene por qué soportar jurídicamente. (Sentencia del Tribunal Supremo Español del 8 de junio de 1989, parcialmente transcrita en la obra citada, pp. 57-58).

Esa “apariencia de legalidad” determina entonces que el particular afectado por una actuación administrativa, confiará entonces en que los efectos que ella produce son válidos y legales, y, en caso de apegarse a los mandatos que le dicte la misma, debe presumirse entonces que con la adopción de esa conducta –supuestamente apegada a la legalidad– el ciudadano obtendrá los beneficios prometidos por la Administración, o evitará los perjuicios advertidos por ella en caso de incumplimiento del mandato. Por ello, si bien en criterio de esta Sala, ante un conflicto que se plantee entre las exigencias de legalidad de un acto o actuación, y la seguridad jurídica que resulte afectada en caso de la anulación de éstos, debe el órgano judicial ponderar los intereses en conflicto en cada caso concreto y la incidencia en el interés general que tendrán los resultados de adoptar determinada solución, ello no le impide compartir –en términos generales– la solución propuesta por la doctrina española, en el sentido de que no basta la simple inobservancia de la legalidad de un acto, para determinar su nulidad (cfr. CASTILLO BLANCO, Federico A.: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 1998. p. 308).

En lo concerniente al ámbito de aplicación del principio de confianza legítima en el Derecho Administrativo, el mismo no se limita a los actos formales, sino que abarca una amplia gama de conductas del actuar

administrativo, tales como: Compromisos formales de carácter contractual o unilateral; promesas, doctrina administrativa; informaciones e interpretaciones; conductas de hecho que hacen esperar de la Administración una acción en un caso determinado; los usos, costumbres o reglas no escritas –resaltado de la Sala. (cfr. Rondón De Sansó, Hildegard: *El principio de confianza legítima en el derecho venezolano*. En: *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 1998, resaltado de la Sala).

A mayor abundamiento, y haciendo la salvedad de que el principio de confianza legítima requerirá de mayores esfuerzos doctrinarios en un futuro, así como jurisprudenciales, para su consolidación con caracteres propios en el derecho venezolano, considera esta Sala pertinente traer a colación el criterio de la doctrina española sobre situaciones análogas a la aquí planteada. Así por ejemplo, señala Jesús González Pérez en la obra antes citada:

Si la Administración pública, en el procedimiento para el perfeccionamiento del acto, incurre en una conducta confusa, equívoca o maliciosa, no podrá, ciertamente, beneficiarse de su conducta en contra del administrado (...) Y, por supuesto, la Administración pública no podrá ampararse en su actuación «confusa o equívoca» para impedir la revisión jurisdiccional... (pp. 126-127).

(...)

El principio de buena fe resultará infringido (...) siempre que la actuación del demandante que pudiera dar lugar a la inadmisibilidad hubiera sido provocada o inducida por la parte demandada que plantea la inadmisibilidad (p. 223).

Por su parte, ha expresado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo siguiente:

Olvida el Abogado del Estado, al razonar así, que el actor ha seguido las instrucciones que le fueron dadas por la Administración demandada en la notificación del acto recurrido, quien puso en conocimiento del demandante que lo procedente era el recurso contencioso interpuesto. No parece razonable, y sí contrario a principios de buena fe procesal insoslayables, que pueda oponerse con éxito, la causa de inadmisibilidad alegada cuando el actor se ha

limitado a seguir las indicaciones que en la resolución recurrida expresó la Administración demandada (...). (Resaltado de la Sala, transcrito por Federico Castillo Blanco en la obra de su autoría citada. P. 269).

A mayor abundamiento, hay que señalar que el principio de confianza legítima encuentra su expresión en el derecho positivo venezolano en variadas normas, y en ese sentido, el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ha sido considerado en reciente fallo de la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal uno de sus ejemplos más significativos (Sentencia 00514 del 29 de marzo del 2001, Exp. 10.676, caso “*The Coca Cola Company*”) criterio que esta Sala acoge plenamente.”³⁵

En tal sentido, es innegable que la presunción de buena fe que debe regir las relaciones de los particulares con la Administración Pública, más aún cuando de derechos constitucionales se trata, por ejemplo, derecho al voto, resulta a todas luces un derecho indispensable para garantizar que la actividad desplegada por la Administración se adecua al principio de juricidad o legalidad al que hemos hecho referencia a lo largo de estas consideraciones.

Finalmente, como expresamos ut supra, consideramos que el principio de buena fe en el derecho administrativo pudiera estar enmarcado en lo que se conoce con el nombre de concepto jurídico indeterminado. Lo característico de los conceptos jurídicos indeterminados –tales como en este caso, buena fe, es que mediante ellos la norma remite a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, pero no obstante esa indeterminación del enunciado normativo, su aplicación sólo permite una solución justa en cada caso, de modo que se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay. La indeterminación del enunciado no implica, por tanto, indeterminación en la aplicación de la norma jurídica. “La buena fe (en el derecho administrativo) es una de esas nociones sobre la cual todo el mundo tiene una idea de lo que es, pero pocos la pueden definir o conceptualizar, es una noción que según algunos escapa a las definiciones.”³⁶

³⁵ Sentencia No 098 fecha 1 de agosto de 2001 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, disponible en www.tsj.gov.ve.

³⁶ Jalozut, B. *La bonne foi dans les contrats*. Etude comparative de droit français, allemand et japonais. Paris. Dalloz, 2001. p. 79, citado por Rodríguez Matos, G. Op. Cit.

En este sentido, ha señalado el Tribunal Constitucional Español en sentencia del 12 de marzo de 1993, que

el legislador (...) no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada unos de los términos que integran la descripción del tipo (...). Una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de excepciones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad significativa y depararan, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones.

Si bien el uso de conceptos jurídicos indeterminados se considera, en principio, una técnica válida, excepcionalmente se exige que se incluyan disposiciones aclaratorias del concepto indeterminado cuando se utilicen expresiones que, por su falta de arraigo, no proporcionen información clara y suficiente acerca de su contenido.

1.3 La presunción de buena fe y su necesaria aplicabilidad con ocasión del ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos. Especial referencia al derecho al voto

La nueva Constitución que nos rige a partir de su publicación en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 36.860 del 30 de diciembre de 1999, ha sido dictada con el fin de refundar la República para establecer una sociedad democrática, *participativa y protagónica*³⁷, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley; para asegurar el derecho humanos o fundamentales³⁸ a la vida, al trabajo, a la

³⁷ Uno de los derechos básicos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 es el de la participación ciudadana. Conforme a su artículo 70, los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, se articulan en 2 niveles: político y económico-social, correspondiendo a la Ley el establecimiento de las condiciones para el funcionamiento efectivo de estos medios.

³⁸ Según lo expresado por Faúndez Ledesma, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*. Instituto Interamericano de

cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; para promover la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana, la garantía de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad.

En efecto, la Constitución de 1999 privilegia los derechos de todos los ciudadanos, observándose en forma objetiva, “cómo se da preeminencia a los derechos de los ciudadanos sobre el Estado, y se impone a éste, de manera específica su vigilancia, cuidado y protección a través de instituciones”³⁹. Valencia Zea, sostiene que los derechos de los ciudadanos se encuentran, por una parte, por encima no sólo del Derecho civil sino también del orden constitucional de cada Estado, en tanto son normas supranacionales que la misma Constitución debe respetar.⁴⁰

De allí que según lo expresado por el profesor Luis Salamanca⁴¹, “todos los ciudadanos adquieren el derecho de participar en los asuntos públicos en dos

Derechos Humanos, Segunda Edición, San José, Costa Rica. Pág. 27, “son derechos humanos o fundamentales sólo aquellos preceptos que reconocen auténticas situaciones subjetivas exigibles frente a otros sujetos de Derecho y considerados como núcleo central del status jurídico del individuo por la Constitución.” Por su parte, Ferrajoli, citado por Carlos Alberto Urdaneta Sandoval, art. y ob. cit., “los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”, posición ésta que compartimos y configura nuestra postura.

³⁹ Briceño G. y Bracho, J. *Ley del Estatuto de la Función Pública*. Colección Textos Legislativos Nro. 27, Primera Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, Pág. 11.

⁴⁰ Valencia Zea, A. *Los derechos de la persona (o derechos humanos) en el nuevo Código Civil del Perú de 1984*. En : *El código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima-Perú: Cultural Cuzco 1986, Pág 199, citado por Carlos Alberto Urdaneta Sandoval, art. y ob. cit.

⁴¹ Salamanca, L. *La Constitución venezolana de 1999: de la representación a la hiperparticipación ciudadana* en Revista de Derecho Público No. 82, Editorial Jurídica Venezolana, Abril-Junio 2000, Caracas.

modalidades: la directa (por sí mismos), y la indirecta (mediante representantes)⁴². En términos sustantivos ello significa algo más que el derecho a votar; implica, en realidad, la intervención en todas las fases y en todos los niveles del proceso de la gestión estatal: en la formulación, ejecución y control de las políticas públicas⁴³ y eso, en nuestra opinión, debe ser —precisamente— regulado por el derecho administrativo.

En efecto, la nueva Constitución determinó la creación del Poder Electoral, novedosa rama del Poder Público que tiene como funciones primordiales, la de operativizar los mecanismos de participación de la sociedad civil en los asuntos públicos, los cuales no solamente se limitan al ejercicio del sufragio en la elección de los titulares de los órganos del Poder Público en los diversos niveles político-territoriales, sino a la participación social en los ámbitos público (y en ocasiones privado) de acuerdo con los lineamientos constitucionales (artículo 293, numeral 6 de la Constitución), todo ello como consecuencia del nuevo modelo constitucional de democracia participativa que postula la Ley Fundamental (Preámbulo y artículos 5 y 6).

Así las cosas, al introducirnos en el tema de los derechos constitucionales estamos entrando en un problema árido donde en definitiva estamos hablando del *telos* de la Constitución. La Constitución no solo se refiere al conjunto de normas que regulan las instituciones, relaciones y funcionamiento interno de la vida del Estado, sino que también se dilucida la finalidad última del Estado,

⁴² Sobre el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos, se ha expresado desde hace más de cinco (5) años, la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 5 de diciembre de 1996, al señalar que: “La participación en los asuntos públicos se considera hoy día como un principio constitucional en la defensa de un interés general, de la comunidad, lo que permite una ósmosis recíproca entre el Estado y la sociedad y una reafirmación de la legitimidad del Poder Público. La participación ciudadana en la formación de una ley por enjuiciamiento y valoración, antes de su aprobación, permite descubrir los intereses generales de la comunidad y verificar la real respuesta de sus aspiraciones, así como el eficiente cumplimiento a posteriori de su finalidad (la ley, el derecho, pertenecen al mundo del derecho). La acción unilateral legislativa se justifica en la formalidad de su elaboración mas no en su contenido en cuanto a los intereses sociales y públicos. Es entonces a través de la consulta popular en la formación de la Ley (sustanciación del procedimiento mediante mecanismos consultivos formales, e informativos)—como lo exige el caso subjudice—, que el derecho a la participación política se verifica”.

⁴³ Salamanca, L. Ob. Cit.

que modernamente no es otra que servir a la persona humana a través de la satisfacción de intereses generales o colectivos.

Como sabemos la Constitución moderna se concibe como la forma organizada de la sociedad que refleja el consenso valorativo que la comunidad se ha dado y conforme a la cual pretende se ejerza el poder. En Venezuela, la legitimidad del poder reside en el pueblo, tal y como lo apunta el artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁴⁴. Según el preámbulo de la Constitución fue el pueblo, esto es la mayoría de los ciudadanos, quienes configuraron el modelo político que refleja el ordenamiento constitucional. Este modelo tiene su fundamento en el conjunto de libertades que, desde mediados del siglo XVIII, se vienen desarrollando en los países desarrollados o en vías de desarrollo. Por ello la finalidad de la Constitución Venezolana, en esencia, es salvaguardar la libertad de la sociedad y de cada uno de los ciudadanos que la conforman.

A título ilustrativo, la Constitución de Estados Unidos no menciona expresamente el derecho al sufragio en su carta de derechos. Pero el carácter fundamental y preeminente de este derecho en el orden constitucional federal ha sido reconocido reiteradamente por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 561-562 (1964), se caracterizó así: *“Undoubtedly, the right of suffrage is a fundamental matter in a free and democratic society. Especially since the right to exercise the franchise in a free and unimpaired manner is preservative of other basic civil and political rights, any alleged infringement of the right of citizens to vote must be carefully and meticulously scrutinized.”*⁴⁵

Inclusive, la Constitución Federal de los Estados Unidos, los derechos humanos fundamentales son garantizados por igual tanto a ciudadanos de Estados Unidos, como a meros residentes *bona fide* que no son ciudadanos. Se trata de derechos que protegen a cualquier *persona* que esté legítimamente dentro

⁴⁴ Artículo 5: La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

⁴⁵ Spaeth, H. and Conrad Smith, E. *The Constitution of the United States*. 13th Edition. Harper Collins Publisher. New York, 1991.

de la jurisdicción de Estados Unidos, aunque no se ostente la ciudadanía de ese país. Ello significa, pues, que el extranjero que reside lícitamente en cualquier lugar de Estados Unidos, tiene derecho a las libertades de expresión, a la libertad de culto, a la libertad de asociación, al debido proceso de ley, a la igual protección de las leyes, a las garantías procesales fundamentales en favor de los acusados, y a otros derechos de igual jerarquía.⁴⁶

El Estado, pues, puede requerir la ciudadanía de Estados Unidos como condición previa para el ejercicio del derecho al voto. Esa es su prerrogativa. Pero, como no existe obligación constitucional federal alguna que le requiera exigir tal condición, el estado también puede conceder –a través de los medios jurídicos correctos– un derecho al voto a los que son sólo ciudadanos de ese estado, aunque no sean ciudadanos de Estados Unidos. Así lo resolvió expresamente el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en *Pope v. Williams* 193 U.S. 621, 632 (1904):

(...) the privilege to vote in a State is within the jurisdiction of the State itself, to be exercised as the State may direct, and upon such terms as to it may seem proper, provided, of course, no discrimination is made between individuals in violation of the Federal Constitution. *The State might provide that persons of foreign birth could vote without being naturalized* (destacado nuestro)⁴⁷.

Así las cosas, el poder representado en el Estado, siempre dirigido por seres humanos o grupos políticos de personas, se encuentran en una situación de superioridad frente al ciudadano común. Ello es notorio y desde hace tiempo reconocido por la sociedad, como lo demuestran los hechos históricos que han derivado en los sistemas políticos modernos donde el acento es limitar la actividad y el ejercicio del poder del Estado frente al ciudadano. Para ello se ha recurrido a establecer en un texto jurídico superior, y de obligada sujeción para todos los miembros de la sociedad pero fundamentalmente para el poder político representado en el Estado.

Es importante hacer notar que el poder, representado en el Estado, no es sólo una expresión del grupo político dominante o un instrumento de dominación al

⁴⁶ Tribe, L. *American Constitutional Law* 360 (2nd Ed. 1988) , pág. 210.

⁴⁷ Spaeth, H. and Conrad Smith, E. Ob. Cit.

servicio de los intereses particulares de quienes detentan el poder en una sociedad determinada. Ello ciertamente siempre esta presente en toda estructura política. Sin embargo hay que tomar en consideración que en una sociedad democrática, pluralista y que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la Justicia, la Libertad, la Dignidad de la Persona Humana y los Derechos Humanos (artículos 2 y 3 de la Constitución), la Constitución también es el reflejo y expresión, aunque no completa, del consenso valorativo y por ende de la cultura de la sociedad de donde emana ese texto normativo. Con ello creemos que el poder político, representado por el Estado, salvo que derive en una dictadura irrespetuosa de las normas constitucionales, es expresión de la sociedad y consecuentemente de los individuos que la integran.

En este contexto, los derechos reconocidos a los ciudadanos por la Constitución adquieren gran importancia, pues, por una parte, constituyen limites al ejercicio del poder del Estado, y por la otra, son realmente fines del Estado, ya que la finalidad del Estado, por mandato de la propia constitución –analizada teleológicamente–, es promoverlos y protegerlos.

Paralelamente a estos derechos individuales se han desarrollado, en segundo orden de importancia, los derechos políticos de los ciudadanos. Así, tenemos que el Estado reconoce y tutela el derecho a la participación política y a la gestión en los asuntos públicos (Art. 62 de la Constitución), el derecho al sufragio activo⁴⁸ y adicionalmente el derecho de los extranjeros en las elecciones políticas locales (Art. 63 de la Constitución), el derecho al sufragio

⁴⁸ Puede decirse que aparejado al derecho al sufragio activo, desde punto de vista de la responsabilidad cívica se puede analizar tal derecho con el correlativo deber de votar como un valor de participación, de cooperación por el bien común, un gesto de interés por la “res-publica”, un acto de solidaridad con el resto de nuestros conciudadanos. En efecto, desde el punto de vista individual es un acto de coherencia. Si recibimos unos servicios del Estado, mejor o peor prestados: sanidad, educación, infraestructuras, protección cívica, subsidios, prestaciones sociales, etc, hemos de corresponder a ese trabajo. Es un gesto que conlleva ejemplo. La indiferencia y la apatía por lo público, esto es la abstención distancia a la clase política de las necesidades reales del pueblo. Hemos de contribuir con nuestro grano de arena a fortalecer el tejido social y hacer de nuestros políticos ciudadanos ejemplares. Es más, un padre, una madre ha de educar a sus hijos en los valores y principios democráticos, como consecuencia de vivir en una sociedad y en una cultura democrática. No pueden apartar, alejar a sus hijos de la cultura en la que viven, si quieren un mundo mejor para ellos, éste ha de labrarse

pasivo (Art. 67 de la Constitución), el derecho al desempeño de los cargos públicos (Art. 65 de la Constitución), el derecho de los ciudadanos a que sus representantes públicos les rindan cuenta de su gestión en los asuntos públicos a ellos confiados (Art. 66 de la Constitución), el derecho a la asociación con fines políticos y el derecho a la postulación y a la propaganda política y electoral (Art. 67 de la Constitución), el derecho a manifestar pacíficamente (Art. 68 de la Constitución), el derecho a asilo político y a refugio (Art. 69 de la Constitución).

Por otra parte, en cuanto al referendo popular se refiere, el articulado de la Constitución contiene una innovación en nuestro sistema de libertades políticas, sumándole al clásico reconocimiento de los derechos políticos de los ciudadanos, unos mecanismos novedosos en Venezuela de participación política, profundizándose así en la democracia participativa hacia la cual propugnaba desde hace tiempo la sociedad civil venezolana. Estos derechos nuevos de carácter político constituyen una profundización de la democracia venezolana y viene a completar la orientación novedosa que el constituyente le imprimió a los tradicionales derechos políticos antes esbozados.

Así tenemos entre los derechos a la participación popular del pueblo los referendos revocatorios de todos los cargos y magistraturas de elección popular (Art. 72 de la Constitución). Tal referendo constituye una profundización de la democracia participativa y una apertura del poder público hacia los ciudadanos a quienes ahora se les atribuye la facultad de emitir su opinión en asuntos de especial interés político.

De otra parte, las garantías como medios para la realización de los derechos políticos se encuentran establecidas en la propia Constitución. Algunas se hayan prescritas en aquellas disposiciones normativas que reconocen derechos políticos; otras se desarrollan en las leyes sobre la materia, en tanto que el propio constituyente prescribió en el articulado constitucional referido

con el esfuerzo de todos. La participación es, pues, un derecho que va unido al deber de ejercitarla. Sobre este particular puede consultarse la reciente publicación del Premio Nobel de Literatura José Saramago, relativa a las consecuencias de la abstención o el voto en blanco, titulada *Ensayo sobre la Lucidez*.

disposiciones jurídicas de carácter programático a ser desarrolladas y profundizadas en leyes sobre la materia⁴⁹.

Así tenemos que en cuanto a las garantías político-constitucionales la del derecho a la participación política (Art. 62 de la Constitución), la garantía de que ésta deberá ejercerse libremente, es decir sin coacciones de ningún tipo; directamente, es decir, prescribiéndose el papel protagónico del pueblo en la vida política nacional y en la gestión de los asuntos públicos (democracia participativa) o por medio de sus representantes legítimamente escogidos (democracia representativa); así mismo el Estado se obliga a desarrollar los mecanismos adecuados para canalizar la participación política directa de los ciudadanos en los asuntos políticos o públicos como garantía programática a ser desarrollada por la Ley electoral o por otras que se refieran a la materia.

En cuanto al derecho al sufragio, se establecen las garantías de que esta deberá ser a través de votaciones, libres, universales, directas y secretas, es decir sin coacciones ni amenazas de ninguna índole, estableciéndose las debidas protecciones —secretas y universales— en el ejercicio de tal Derecho.

De acuerdo con la Constitución la función primordial del Consejo Nacional Electoral, cabeza del Poder electoral, es garantizar la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales. Por su parte la misión del Consejo Nacional Electoral, según la Ley Orgánica del Poder Electoral, como cabeza del Poder electoral es nada más y nada menos que el “garante de la fuente creadora de los poderes públicos” y tiene en el derecho al voto su razón de ser, pues es en el sufragio en donde “fundamenta sus actos, en la preservación de la voluntad del pueblo, expresada a través del voto en el ejercicio de su soberanía”.

En tal sentido, si bien de acuerdo con el artículo 33.16 de la Ley Orgánica del Poder Electoral corresponde al Consejo Nacional Electoral la tarea de “dictar las normas y los procedimientos conducentes a la organización, dirección, actualización, funcionamiento, supervisión y formación del Registro Civil”,

⁴⁹ En tal sentido, puede consultarse la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, publicada en la Gaceta Oficial Nro. 5233 Extraordinario, de fecha 28 de mayo de 1998, la cual desarrolla el mencionado derecho.

así como controlar, planificar y normar sus actividades, ello no puede de suyo implicar que el Consejo Nacional Electoral puede, cuando lo considere conveniente y, en este, luego de realizado el proceso de recolección de firmas, imponer nuevas reglas o normas que no sólo violan el principio de la conservación de los actos procesales, sino que adicionalmente fueron dictadas sin ser consultadas previamente a los ciudadanos en los términos del artículo 135 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, por lo cual *prima facie* dichas normas sobrevenidas, al igual que las dictadas con anterioridad a la convocatoria del proceso, resultan de suyo nulas de nulidad absoluta, por no haber sido sometidas al proceso de consultas públicas que pauta la mencionada Ley Orgánica siendo igualmente nulas en los términos del artículo 19, numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En efecto, la importancia del procedimiento administrativo de consultas públicas previsto en los artículos 135 y siguientes de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en la emisión de actos administrativos de efectos generales o de contenido normativo por parte de la Administración Pública está previsto en aras de garantizar el ejercicio del derecho a la participación ciudadana consagrado en el artículo 62 de la Constitución y con ello coadyuvar con el Estado en la consecución de los fines o cometidos estatales.

Así las cosas, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el derecho a la participación ciudadana ha sido fortalecido logrando distintas manifestaciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 62 de la Constitución⁵⁰ de la República Bolivariana de Venezuela es emblemático en este sentido. Se infiere del artículo referido, que una de las formas típicas de participación ciudadana es la legitimidad que se le concede a los ciudadanos (un número determinado en la Constitución) para intervenir y coadyuvar con la Administración Pública en la emisión de actos administrativos de efectos

⁵⁰ “Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica”.

generales o de contenido normativo y así garantizar el respeto a un debido proceso administrativo en la emisión del acto administrativo respectivo.

Esa participación del ciudadano en el proceso de creación de actos administrativos de efectos generales o de contenido normativo, le permite a la administración evaluar adecuadamente la realidad que pretende regular y, de esa manera, evitar la publicación de normas que poco tiempo después deberán ser revisadas o derogadas. Por tanto, sin duda, la participación ciudadana en el proceso de consultas públicas contribuye a garantizar al estabilidad y permanencia de las normas reglamentarias y, por ende, de la seguridad jurídica, lo cual se traducirá en un eficiente y transparente ejercicio de la actividad administrativa normativa de la administración.

La intención del Constituyente de 1999, era simplemente la de garantizar mediante el establecimiento de principios, una verdadera participación ciudadana en los asuntos públicos, lo cual fue concebido en el propio artículo 6 Constitucional, cuando se señala que: “El Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen, es y será siempre participativo, con fines a lograr el desarrollo de una sociedad democrática, participativa y protagónica”.⁵¹

La participación ciudadana en los asuntos públicos no es más que el ejercicio de un verdadero derecho constitucional, el cual de suyo se encuentra ligado al debido proceso constitucional, aplicable tanto a las actuaciones administrativas como jurisdiccionales, por lo que al hablar del derecho a la participación ciudadana necesariamente debemos hacer referencia al debido proceso constitucional.

En consecuencia, debemos señalar que el trámite o procedimiento de participación ciudadana no debe agotarse en la previsión de la mera participación. La participación ciudadana es entonces una fase en el

⁵¹ En tal sentido, Chavero Gazdik, R. ha señalado que: “El derecho constitucional a la participación en la actividad normativa de los órganos del Poder Público debe orientar un modelo participativo de democracia que coloque al ciudadano y al administrado como miembros activos de la comunidad para la defensa de sus intereses”. (Chavero Gazdik, R. *La Participación Ciudadana en la Elaboración de Actos Generales*, en Revista de Derecho Público No. 59-60, Editorial Jurídica Venezolana, Julio-Diciembre 1994, Caracas, Venezuela, pág. 11).

procedimiento aplicable a la actividad administrativa normativa de la Administración.

En efecto, según Grau, M. “la participación ciudadana es un derecho que la Constitución otorga, de tal manera que la Administración está obligada a su cumplimiento, pero no en el plano meramente formal, como suele hacerlo respecto del derecho a la defensa, en los procedimientos relativos al acto particular. La Administración tiene que considerar la opinión de los ciudadanos al elaborar las normas, el carácter no vinculante de la consulta no significa que pueda desestimarlas sin más. De otra parte, los intereses que representen los grupos a los que se consulte tampoco deben llevar a su descalificación a priori, precisamente de lo que se trata es de que ellos tengan representación”⁵².

Así las cosas, el Consejo Nacional Electoral debe entender que su actividad es de naturaleza prestacional y está al servicio de los administrados, tal y como lo prevé el Decreto-Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, y debe velar por el interés general que ha de satisfacerse a través de la actividad administrativa concreta que la ejecuta.

De allí que según palabras de García de Enterría, Eduardo: “La participación de los ciudadanos atiende a la intención de incluir en las decisiones o actuaciones de la Administración las referencias al interés general que los ciudadanos en directa relación con él pueden hacer valer, un interés general que no ponga en cuestión el ya valorado en la Ley cuya aplicación se trata (por eso no estamos en presencia de una democracia política alternativa o correctora de la que se expresa en la formación de la Ley), pero que es muy importante tener en cuenta precisamente en la fase de aplicación, de modo que su realidad y sus exigencias no sean sustituidas por las simples opiniones personales de los funcionarios”.⁵³

⁵² Grau, M. *Participación Ciudadana en la Actividad Normativa de la Administración*., conferencia dictada en fecha 25 de abril de 2002, en el marco de las II Jornadas de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Nuevas Leyes Administrativas. Pág. 76.

⁵³ García de Enterría, E. “Principios y Modalidades de la Participación Ciudadana en la Vida Administrativa”, en el *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, 1989. Pág. 442.

De esta forma se propugna darle contenido a los derechos constitucionales a la participación, a la defensa y al debido proceso administrativo, a los efectos de buscar una más sana y efectiva administración de los intereses del Estado. Se pretende evitar, en definitiva, que se trate a los ciudadanos como unos simples destinatarios pasivos de la voluntad mecánica de una burocracia sin rostro, lo cual no sucedió en el reciente proceso referendario celebrado el 15 de agosto de 2004.

En consecuencia, podemos señalar que siendo coherentes y buscando una interpretación jurídica adecuada frente a la emisión de actos administrativos de efectos generales o de contenido normativo, la intervención de los administrados en los asuntos públicos reduce, sin duda, la probabilidad de que el acto emitido incurra en arbitrariedad o irracionalidad y, en consecuencia, incrementará sus perspectivas de éxito de una eventual decisión judicial, siendo entonces necesario reafirmar que existe la obligación constitucional y legal de garantizar el derecho a la participación ciudadana en la toma de decisiones administrativas de carácter general y a la defensa en todo proceso.

En tal sentido, consideramos que en el presente caso, las normas dictadas de manera sobrevenida por el Consejo Nacional Electoral, independientemente de la urgencia en cuanto a su emisión, fueron dictadas dictado bajo la ausencia absoluta del procedimiento legalmente establecido para su emisión, esto es, el procedimiento de consultas públicas previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública, por lo que de suyo debe considerarse que las mismas adolecen de un vicio de nulidad absoluta⁵⁴. Inclusive, el hecho de la urgencia no limitaba la posibilidad de que el Consejo Nacional Electoral posteriormente a su emisión consultara su contenido en los términos antes expuestos.

Finalmente, debemos señalar que la presunción de buena fe fue quebrantada con la emisión de tales normas y de suyo el derecho al sufragio de los convocantes al referido proceso referendario, por lo que sólo nos resta señalar que según lo previsto en el artículo 25 de la Constitución, todo acto dictado en

⁵⁴ En ese mismo sentido, dispone el artículo 138 de la Ley Orgánica de la Administración Pública que las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en la referida Ley Orgánica.

ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la Ley es nulo

En conclusión, la presunción de buena fe, tal y como será desarrollado jurisprudencialmente de seguidas, debe ser aplicada en el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos, pero con mayor énfasis cuando al ejercicio del derecho al voto se refiere en cualesquiera de sus manifestaciones, entre ellas, el derecho a revocar mandatos de elección popular.

2. LA PRESUNCIÓN DE LA BUENA FE Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL CON OCASIÓN DEL REFERENDO REVOCATORIO PRESIDENCIAL DE 2004

2.1 Antecedentes

Como comentáramos al inicio del presente trabajo, el proceso de Referéndum Revocatorio Presidencial de 2004 estuvo marcado por incesantes diatribas políticas desde sus inicios, no sólo por la polarización existente en el país dada la importancia de la realización de dicho proceso, sino en virtud de la importancia de contar con un Poder Electoral integrado con miembros altamente capacitados que respondieran a las exigencias que el ordenamiento jurídico les otorgaba como representantes del ente rector electoral.

Así las cosas, dada la omisión por parte de la Asamblea Nacional –por no llegar a un acuerdo en ese sentido– correspondió a la Sala Constitucional el nombramiento de los miembros que integrarían el Consejo Nacional Electoral mediante sentencia No. 2341 de fecha 25 de agosto de 2004. Sin embargo, en dicha decisión la mencionada Sala del Tribunal Supremo de Justicia no sólo efectuó la referida designación sino que atribuyó –de forma inconstitucional a nuestro entender– y, ejerciendo y atribuyendo potestades que corresponden exclusivamente a la Asamblea Nacional como representación del Poder Legislativo, competencias de carácter normativo al Consejo Nacional Electoral en lo que respecta a la regulación del ejercicio del derecho a revocar los mandatos de cargos de elección popular por parte de los ciudadanos. En efecto, se desprende del texto de la mencionada decisión la atribución de competencias normativas –pudiendo considerarse que hasta legislativas– al ente rector electoral en los siguientes términos:

El órgano rector del Poder Electoral, conforme al artículo 293.1 constitucional, podrá desarrollar la normativa que le asigna la Ley Orgánica del Poder Electoral, elaborar los proyectos de leyes que le corresponden con exclusividad conforme a las Disposición Transitoria Tercera de la citada Ley, y presentarlas ante la Asamblea Nacional.

*Corresponde al Poder Electoral la normativa tendente a la reglamentación de los procesos electorales y los referendos, en desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Electoral, en particular la que regula las peticiones sobre los procesos electorales y referendos, así como las condiciones para ellos, la autenticidad de los peticionarios, la propaganda electoral, etc., así como resolver las dudas y vacíos que susciten las leyes electorales*⁵⁵ (destacado nuestro).

No compartimos la posición asumida por la Sala Constitucional cuando pretendió atribuir competencias normativas al Consejo Nacional Electoral, puesto que, en primer lugar, aún cuando el Consejo Nacional Electoral detenta una potestad reglamentaria conforme a la atribución efectuada por el numeral 1 del artículo 293 de la Constitución de 1999 y reafirmada por el numeral 29 del artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, la Sala Constitucional parece haber atribuido potestades legislativas al referirse la supuesta regulación del derecho a revocar y los procedimientos revocatorios “en supuesto desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Electoral”, lo que evidentemente excede la potestad reglamentaria que posee el ente rector electoral conforme a lo dispuesto en la Carta Fundamental y la Ley.

En segundo lugar, la regulación del ejercicio de los derechos constitucionales por parte de los ciudadanos constituye una materia que forma parte de la reserva legal⁵⁶ y, necesariamente, debe ser regulada mediante ley. En tercer lugar, dicha atribución se presenta como una violación del principio de separación de poderes y una perjudicial invasión –en estricto sentido usurpación– de las funciones atribuidas al Poder Legislativo por nuestra Carta Magna.

⁵⁵ Sentencia No. 2341 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 25 de agosto de 2003, Expediente No. 03-1254, caso nombramiento de los miembros del Consejo Nacional Electoral, disponible en www.tsj.gov.ve.

⁵⁶ De conformidad con lo establecido en el numeral 32 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 187 *ejusdem*.

Ahora bien, utilizando como fundamento la criticable atribución de potestades normativas efectuadas por la Sala Constitucional a través de la sentencia antes comentada, el Consejo Nacional Electoral dictó una serie de instrumentos normativos destinados a regular los procesos de referendos revocatorios de cargos de mandatos de elección popular, así como las fases que integran dicho proceso.

En efecto, mediante Resolución No. 030925-465 de fecha 25 de septiembre de 2003, el ente rector en materia electoral dictó las “Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, normas éstas que establecieron los principios que debían regir en los procedimientos revocatorios, estableció las atribuciones del Consejo Nacional Electoral con ocasión al desarrollo de los mencionados procesos⁵⁷, desarrolló las distintas fases que deben conformar el procedimiento revocatorio y, muy especialmente, reguló los aspectos relativos a las planillas, las firmas y su validación y los procedimientos de reparo, entre otros.

Posteriormente, el ente comicial procedió a dictar mediante Resolución No. 031120-794 de fecha 20 de noviembre de 2003, las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, en las cuales estableció los criterios que debían aplicarse para considerar una firma como válida.

Finalmente, el Consejo Nacional Electoral dictó la Resolución No. 040420-563 de fecha 20 de abril de 2004, contentiva de las “Normas sobre el Ejercicio del Derecho de Reparación en los Procedimientos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, del cual se desprenden los sujetos con derecho a reparar y los supuestos de procedencia del reparo.

A los fines que interesan a la presente investigación resulta necesario proceder al análisis de la actuación del Consejo Nacional Electoral con ocasión del desarrollo del Proceso de Referéndum Revocatorio Presidencial de 2004 y, específicamente, sobre las etapas de validación de firmas y de reparo, para

⁵⁷ Atribuciones que creemos no debieran derivar de estas normas dictadas por el propio Consejo Nacional Electoral, sino en todo caso de la Constitución y la ley.

finalmente analizar el tratamiento del principio general de la buena fe realizado por parte de ente comicial con ocasión de dicho proceso.

2.2 La omisión de la buena fe como principio general del derecho por parte del Consejo Nacional Electoral. Breve análisis de la Resolución No. 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004

Una vez finalizada la etapa de recolección firmas, al momento de pronunciarse sobre la verificación de las solicitudes, el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución No. 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004⁵⁸ hizo del conocimiento público los resultados preliminares de la verificación de tales rúbricas y, además de validar un determinado número de firmas⁵⁹, rechazar⁶⁰ e invalidar⁶¹ otro tanto, procedió a colocar “*bajo observación*” un gran número de solicitudes⁶², argumentando para ello que éstas solicitudes constituían “*solicitudes o firmas de caligrafía similar*” –a decir del órgano rector– de conformidad con lo previsto en el artículo 31 de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, solicitudes o firmas éstas que debían ser ratificadas por los electores correspondientes por la vía del reparo.

Así, el ente rector procedió a colocar bajo observación las planillas presuntamente llenadas por la misma persona o denominadas “planillas de caligrafía similar”, supuesto de hecho éste que no se encontraba expresamente regulado en ninguno de los instrumentos normativos dictados por el Consejo Nacional Electoral aplicables a la validación de las firmas.

⁵⁸ Resolución No. 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004 emanada del Directorio del Consejo Nacional Electoral, disponible en www.cne.gov.ve.

⁵⁹ Un millón ochocientos treinta y dos mil cuatrocientas noventa y tres (1.832.493) solicitudes.

⁶⁰ Se rechazaron ciento cuarenta y tres mil novecientos treinta (143.930) solicitudes en razón del Registro Electoral y doscientas treinta y tres mil quinientas setenta y tres (233.573) en razón del incumplimiento de los extremos establecidos en las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Elección Popular”.

⁶¹ Treinta y nueve mil sesenta (39.060) planillas.

⁶² Ochocientos setenta y seis mil diecisiete (876.017) solicitudes.

En efecto, si analizamos los instrumentos normativos dictados por el Consejo Nacional Electoral, encontramos que no se exigía que los datos de los firmantes debían ser manuscritos por ellos mismos, exigencia ésta que sí se contempló para las firmas o rúbricas y las huellas dactilares. En tal sentido, el artículo 22 de Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular establece que:

Artículo 22. Las planillas constituyen la solicitud de convocatoria del referendo revocatorio y deberán contener:

(...) 2. *Nombre, apellido, cédula de identidad, fecha de nacimiento, nombre de la entidad o de la circunscripción electoral, firma manuscrita original y huella dactilar, de los electores solicitantes de la convocatoria de referendo revocatorio de mandato, en forma legible.*

2. La solicitud de convocatoria de referendo es un acto personalísimo, por lo que no se admitirá poder de representación o autorización *para firmar por otro* (destacado nuestro).

Por su parte, en relación con los criterios que deben regir para considerar que una firma no es fidedigna, el artículo 29 de las Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular establece:

Las firmas o solicitudes no se considerarán fidedignas y en consecuencia se estimarán como solicitudes inválidas, en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Si existe incongruencia entre el nombre, apellido, fecha de nacimiento y cédula de identidad del firmante.
2. Si el firmante no está inscrito en la circunscripción electoral correspondiente al referendo de que se trate.
3. Si la firma no es manuscrita.
4. Si la firma es producto de fotocopias o cualquier otro medio de reproducción.
5. Si se determina que más de una firma proviene de la misma persona.

Finalmente, las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo

Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular contemplan los criterios para considerar una firma como no válida. Así, el artículo 3 de las referidas normas establece que:

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, una firma no se considerará válida en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando no contenga por lo menos uno de los nombres y uno de los apellidos; no contenga el número de cédula de identidad y de la fecha de nacimiento o si los datos antes indicados son ilegibles.
2. Cuando carezca de la firma o de la huella dactilar del elector.
3. Cuando el renglón en el cual está estampada la firma y la huella dactilar presenta tachaduras o enmendaduras o la huella haya sido estampada indebidamente, según criterios técnicos.
4. Cuando los datos y las firmas aparezcan repetidas, caso en el cual quedarán todas invalidadas.
5. Cuando las huellas hayan sido superpuestas totalmente, y no en forma tangencial o unidas por los extremos de los bordes.

PARÁGRAFO UNICO: Por decisión del Directorio, se podrá establecer un mecanismo de estudio muestral de las huellas dactilares, según parámetros técnicos aceptados.

Del análisis de los artículos antes transcritos se desprende que, efectivamente, el supuesto de la existencia de planillas planas o de caligrafía similar no se encuentra contemplado como un criterio o supuesto de hecho que conlleve a considerar una firma como no fidedigna o no válida. En consecuencia, resulta evidente que las planillas planas o de caligrafía similar constituyeron un hecho sobrevenido y no contemplado expresamente por ningún instrumento normativo previamente dictado por el Consejo Nacional Electoral para regular los referendos revocatorios, situación ésta que el ente comicial debía resolver, en atención a la facultad de resolver los supuestos no previstos en las normas y las dudas sobre su aplicación, que irónicamente las propias normas por él mismo dictadas le establecen⁶³, de conformidad con los principios de

⁶³ Artículo 64 de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de cargos de Elección Popular y artículo 5 de las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular.

participación ciudadana, sumariedad, celeridad y confiabilidad consagrados expresamente en el artículo 4 de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular y garantizando, en todo momento, el derecho del ciudadano a revocar los mandatos de cargos de elección popular, de participación política y de derecho al voto.

Esa facultad de resolver los supuestos no previstos, autoatribuidas por el Consejo Nacional Electoral con carácter altamente discrecional, en todo caso debía ser ejercida de conformidad con las Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los principios que informan al ordenamiento jurídico venezolano, en especial, tomando en cuenta el principio general de buena fe y su presunción, dándole preponderancia a la manifestación de voluntad del elector.

Sin embargo, el Consejo Nacional Electoral ante este tema de la existencia de planillas con caligrafía similar optó por colocar “*bajo observación*” dichas planillas sujetándolas al reparo por parte de los ciudadanos firmantes, desconociendo por completo la presunción de buena fe que debe regir en todas las relaciones jurídico administrativas y en el ejercicio de los derechos constitucionales de los particulares, invirtiendo la carga probatoria e imponiendo al ciudadano firmante la carga de tener que ir a reparo y ratificar su voluntad, todo ello en detrimento y dificultando el ejercicio del derecho a la participación política y del derecho a revocar el mandato del Presidente de la República por parte de los ciudadanos que se encontraban en dicha situación. Y más aún, cambiando las reglas de juego previamente establecidas para regular los reparos, reglas éstas según las cuales estaban sujetos a reparo: a) los firmantes cuyas firmas fueran rechazadas susceptibles de subsanación y b) los que alegaren que no habían firmado, excluyéndose el supuesto específico de firmantes “*bajo observación*”.

Ante la ausencia de base normativa el Consejo Nacional Electoral trató de subsanar tal situación de forma errónea y desproporcionada, mediante la emisión del denominado “Instructivo sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la Misma Persona”, acto administrativo éste que además de tratarse de un acto interno de la Administración Electoral no susceptible de

tener efectos jurídicos en el ejercicio del derecho a revocar por parte de los ciudadanos, no fue debidamente publicado si quiera para justificar sus pretendidos efectos, debiendo destacarse que a la fecha de la realización de este trabajo dicho instructivo ni siquiera se encuentra disponible en el portal oficial del Consejo Nacional Electoral.

No obstante lo anterior, para un mayor conocimiento del asunto, consideramos necesario citar algunos extractos de tan criticable Instructivo:

(...) CONSIDERANDO (...) Que en el animo (sic) del Directorio del Consejo Nacional Electoral han surgido discrepancias *en cuanto a las planillas en las cuales dos o más renglones son llenados con una misma letra o caligrafía característica, particularmente en relación con las 'firmas de caligrafía similar', en el sentido de que prima fascie o 'a primera vista' se nota que los datos del renglón son llenados con una misma letra proveniente, con alto grado de probabilidad, de una misma persona; situación que ha generado discusiones en cuanto a la aplicación del artículo 29, numeral 5 de (LAS NORMAS)*, según el cual 'las firmas o solicitudes no se considerarán fidedignas y en consecuencia se estimarán como solicitudes inválidas si se determina que más de una firma proviene de una misma persona', y así mismo el artículo 3 numerales 1 y 3 de (LAS NORMAS DE VALIDACIÓN); *discusión cuya exclusión no es posible plenamente dada la carencia de un registro de firmas o huellas dactilares que permita contrastar la firma o la huella del firmante con el señalado registro a fin de determinar la autoría de la correspondiente manifestación de voluntad;* (...) Que en resguardo de la imparcialidad y transparencia que debe caracterizar la actividad del Consejo Nacional Electoral, *tal modo de llenado de las planillas no se ajusta claramente al principio de que el derecho de iniciativa popular del ciudadano de solicitar la revocación de un mandato o cargo electivo, constituye un acto personalísimo* (...) y de que, por consiguiente, no carece de fundamento la observación hecha a tales renglones o planillas como presuntamente incursos en el numeral 5 del artículo 29 de las señaladas Normas.

(...) Que la anotada carencia de un registro de firmas o huellas dactilares impide que, por este medio, se logre la aplicación del artículo 29, numeral 5, de (LAS NORMAS), *teniéndose que acudir a medios o vías alternativos (sic) que eviten o la virtual desaplicación de la señalada disposición normativa* o, de otro lado, la apresurada afirmación de la invalidez de una solicitud sin suficiente base, lo cual es incompatible

con la obligación constitucional de este Consejo Nacional Electoral de favorecer la determinación del carácter fidedigno de las solicitudes o firmas como expresión inequívoca de los principios constitucionales de igualdad, confiabilidad y transparencia del procedimiento revocatorio, de acuerdo con el último aparte del artículo 293 de la Ley Fundamental de 1999" (destacados nuestros).

Ahora bien, aunado a la ausencia de una base normativa que fundamentare la colocación de planillas de caligrafía similar "bajo observación" y su sujeción al reparo, no encontramos en la motivación utilizada por el Consejo Nacional Electoral fundamento alguno que sustente dicha decisión. Así, debe resaltarse que el ente comicial motivó la referida decisión en los siguientes términos:

(...)CONSIDERANDO

Que el Consejo Nacional Electoral entiende, como derivación fundamental de los principios constitucionales de igualdad, confiabilidad, imparcialidad y transparencia en los procedimientos revocatorios (artículo 293, último aparte de la Constitución), que *su actividad debe estar exclusivamente circunscrita, en esta fase del procedimiento, a constatar la existencia real y concreta de los extremos previstos en el artículo 72 de la Constitución para la convocatoria del referendo*; actividad de comprobación o constatación afín a la posición arbitral y neutral del Poder Electoral, el cual si bien ha facilitado y garantiza el ejercicio del derecho constitucional previsto en el artículo 72 de la Constitución; *no puede, al menos sin mengua o minoración de la imparcialidad y transparencia propias de su posición constitucional, favorecer o inclinarse hacia un resultado político electoral concreto.*

(...) Que en lo concerniente a la fase de verificación de los requisitos de las solicitudes o firmas, este Consejo Nacional Electoral ha dictado *diversos instructivos* destinados a facilitar la interpretación uniforme y aplicación homogénea tanto de las ya indicadas "Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular" como, especialmente, de las "Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de recolección de firmas para los proceso de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular (...)"⁶⁴(destacados nuestros).

⁶⁴ Resolución No. 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004 emanada del Directorio del Consejo Nacional Electoral.

La motivación antes citada resulta contradictoria con la decisión tomada por el ente comicial. En efecto, no desconocemos la justificada existencia de una duda razonable en lo tocante a las planillas planas o de caligrafía similar y la necesidad que tenía el Consejo Nacional Electoral de adoptar una solución neutral, imparcial y mesurada, en atención a las funciones que éste tiene encomendado conforme a los principios⁶⁵ que deben regir para ejercer cabalmente su función de garantizar el derecho a la participación política, a revocar y al voto, siempre en resguardo de la voluntad popular. Todo lo contrario, son éstas las razones que debió utilizar correctamente el Consejo Nacional Electoral y que justificaban que éste procediera a presumir la buena fe del firmante y considerar su firma como válida.

En efecto, lo primero que debió tomar en cuenta el ente rector fue la necesidad de preservar la voluntad popular del elector, presumiendo que el solicitante había obrado de buena fe y, ante la existencia de una duda razonable o de la probabilidad de que las firmas de caligrafía similar provinieran de la misma persona –ello a decir del propio Consejo Nacional Electoral–, debía en todo caso probar la mala fe del elector o desvirtuar la presunción de buena fe que detenta el mismo con ocasión del ejercicio de su derecho, esto hubiese sido lo correcto.

Sin embargo, reiteramos, el Consejo Nacional Electoral no sólo desconoció por completo el principio general de la buena fe –que como sostuvimos *supra* tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico venezolano y debe ser tomado en cuenta en la interpretación de las normas, las relaciones jurídico administrativas y, sobre todo, con ocasión del ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos– presumiendo la mala fe del elector, sino que le impuso a éste la carga de tener que ratificar su firma vía reparo, todo lo cual efectivamente constituyó una afectación del ejercicio de tales derechos por parte de los revocantes.

La referida ausencia de base normativa debía ser suplida y resuelta por el Consejo Nacional Electoral conforme al ordenamiento jurídico venezolano,

⁶⁵ Según los artículos 141 de la Constitución y 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, tales principios son: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

no solo en atención a las normas que lo conforman, sino en perfecta observancia del principio general de la buena fe que, en todo momento, debió ser aplicado por el ente comicial en el presente caso, puesto que tal como lo afirma Jesús González Pérez:

El principio de la buena fe, al igual que los demás principios jurídicos, operará con el alcance y fuerza que lo reconoce el artículo 1 del Código Civil, es decir: sirve de base y fundamento a todo el Ordenamiento Jurídico; es una de las grandes directrices hermenéuticas y de aplicación; y a falta de toda otra norma, será la última fuente del Derecho. Cumplirá una triple función de fundamento, interpretación integración, así como el límite de los derechos subjetivos⁶⁶.

Asimismo, resulta totalmente reprochable que la ausencia de un mecanismo idóneo como una base de datos de huellas dactilares por causa estrictamente imputable a la Administración Electoral –argumento éste que manera de asombrosa utilizó el Consejo Nacional Electoral en el referido instructivo que pretendió utilizar como base legal de su decisión– justificase el desconocimiento de la buena fe del elector y éste, además, tuviese que soportar los efectos de dicha limitación.

Por otra parte, conviene mencionar que aún cuando inicialmente el objeto de este trabajo estaba centrado en analizar el tratamiento del principio general de la buena fe en el Referéndum Revocatorio Presidencia de 2004 de cara al ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos, la investigación realizada nos aportó elementos suficientes para sostener que el Consejo Nacional Electoral, con ocasión de la emisión de la decisión sobre la validación de las firmas que hemos venido comentando, actuó de mala fe infringiendo el principio general de la buena fe que siempre debe regir en toda la actividad administrativa y, adicionalmente, pudiera conllevar a pensar –aunque como todos saben sería difícil de probar por el aspecto intencional– que actuó con desviación de poder apartándose de la finalidad que persiguen las normas que le atribuyen la potestad para regular los procedimientos electorales, en este caso, revocatorios.

En efecto, el Estado tiene como finalidad primordial la satisfacción del interés general de los ciudadanos y, la existencia misma de la Administración y toda

⁶⁶ González Pérez, J. Ob. Cit.

su actividad solo encuentra justificación en la satisfacción de ese interés general, lo cual nos lleva a presumir la buena fe de tales actuaciones siempre que estén dirigidas hacia ese fin, puesto que —en principio— el interés general impregnará toda la actuación administrativa. Sin embargo, en el momento en que cualquier ente administrativo se aparta de las exigencias del interés general que está llamado a satisfacer, evidentemente nos encontraremos con un quebrantamiento del principio general de la buena por parte de la Administración, encontrándose tales actuaciones fuera del marco legal.

Así, si bien es cierto que el Consejo Nacional Electoral posee una serie de atribuciones en lo que respecta a la regulación de los procesos referendarios, tales atribuciones éstas destinadas a garantizar el ejercicio de los derechos políticos por parte de los ciudadanos en atención a la necesidad de la satisfacción del interés general y, en modo alguno, deben ser ejercidas en contradicción con las exigencias del interés general imperantes en un momento determinado o en detrimento de tales derechos. Insistimos, tales atribuciones deben necesariamente responder a su finalidad y a la satisfacción del interés general.

Con lo anterior, no pretendemos sostener que el interés general dictaba que se realizara el referéndum revocatorio o no, sino que efectivamente sobre la base de ese interés general y la finalidad de las normas electorales, jamás pudieran pensarse en su aplicación a fin de dificultar el ejercicio de los derechos por parte de los electores, tal como ocurrió en el presente caso, evidenciándose la mala fe de la administración electoral al colocar obstáculos y hacer más oneroso el ejercicio de los derechos constitucionales, en especial, del derecho a revocar el mandato del Presidente de la República por parte de los ciudadanos cuyas firmas fueron colocadas “en observación” y sujetadas a reparo. En tal sentido, compartimos nuevamente la opinión de Jesús González Pérez cuando afirma que:

(...) No actúa de buena fe el que grava a otro innecesariamente, el que impone limitaciones superiores a las necesarias para cumplir la finalidad pretendida o exige prestaciones desmesuradas. El principio de proporcionalidad vendrá a coincidir en ciertos aspectos con el principio de la buena fe⁶⁷.

⁶⁷ González Pérez, J. Ob. Cit.

Sobre la base de las consideraciones anterior, resulta evidente que el Consejo Nacional Electoral, ante la ausencia de una regulación normativa que nunca pudo suplir correctamente, cuando decidió colocar las planillas de caligrafía similar bajo observación y sujetó su validez a la vía del reparo, imponiéndole dicha cargas a los firmantes correspondientes; se apartó del marco legal venezolano al desconocer el principio general de la buena fe y, peor aún, en el mismo momento que impuso una carga o limitación a los ciudadanos que se encontraban en dicho supuesto para ejercer cabalmente y sin trabas su derecho a la participación política y, su derecho a revocar el mandato del Presidente de la República como una manifestación de aquél, todo lo cual está en contradicción con las funciones de garantizar el ejercicio de los derechos políticos por parte de los ciudadanos que el ente rector electoral detenta conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana y la ley.

2.3 Análisis de las decisiones de la Sala Electoral y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Tratamiento del principio general de la buena fe

La decisión del Consejo Nacional Electoral sobre la validación de firmas contenidas en la Resolución No. 040302-131, así como el denominado “Instructivo sobre el Tratamiento por el Comité Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas llenadas por la Misma Persona” que le sirvió de fundamento para emitir la mencionada resolución y así colocar “en observación” y sujetas a reparo una gran cantidad de solicitudes, fue recurrida –como era de esperarse– por los actores políticos participantes en el proceso, lo que ocasionó el lamentable conflicto institucional entre el Consejo Nacional Electoral y la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y, entre ésta y la Sala Constitucional del mismo Tribunal, a través de diversas decisiones que, aunado a las críticas que tales decisiones merecen en cuanto al tratamiento de los procedimientos y otras nociones de carácter sustancial⁶⁸, no se centraron cabalmente en el problema de fondo planteado en relación al

⁶⁸ Aspectos éstos cuyo análisis excede el objeto del presente trabajo y que para mayor abundamiento sobre este punto recomendamos ver “*La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*”, Op. Cit.

ejercicio de la participación política del derecho a revocar por parte de los ciudadanos, sino en el conflicto mismo suscitado entre el Consejo Nacional Electoral y las mencionadas Salas.

Ahora bien, entrando en el análisis de las decisiones emanadas del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Electoral al momento de pronunciarse sobre el amparo cautelar solicitado conjuntamente con el recurso contencioso electoral interpuesto contra la Resolución No. 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004 y del Instructivo sobre el Tratamiento por el Comité Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas llenadas por la Misma Persona, a los fines de acordar dicho amparo, sostuvo entre otras cosas lo siguiente:

En virtud de lo anteriormente señalado, esta Sala observa que, tal y como lo señalan los recurrentes en su escrito, la Resolución N° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, dictada con fundamento en el INSTRUCTIVO SOBRE EL TRATAMIENTO POR EL COMITÉ TÉCNICO SUPERIOR DE LAS FIRMAS DE CALIGRAFÍA SIMILAR O RENGLONES DE PLANILLAS LLENADAS POR LA MISMA PERSONA (...) coloca “bajo observación”, la cantidad de 876.017 firmas o solicitudes de revocatoria de mandato presidencial, sometiéndolas, al denominado “procedimiento de reparo”, por considerar que los datos de identificación habían sido escritos con “caligrafía similar”, *impidiéndose, con ello, alcanzar el número de firmas o solicitudes válidas necesarias para convocar el referendo revocatorio de Presidente de la República, solicitado por los hoy recurrentes, y que constituye, sin duda, uno de los mecanismos para ejercer el derecho fundamental a la participación política*, al igual que la invalidación de 39.060 Planillas con fundamento en lo establecido en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular, sin que los electores firmantes contenidos en dichas planillas tengan la posibilidad de acudir a reparar o ratificar su intención de suscribir la solicitud de revocatoria de mandato presidencial (...) *pudiendo afirmarse que con la emisión de los actos administrativos cuya nulidad se pretende, se denuncia la creación de nuevos criterios de validación, que podrían impedir alcanzar el número de firmas necesarias para convocar el referéndum revocatorio presidencial, y de ser ello así, existe una presunción grave de violación del*

*mencionado derecho fundamental, consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y garantizado en el artículo 70 ejusdem, por tanto, considera la Sala en el presente caso, satisfecho el requisito de procedencia de esta acción de amparo cautelar, constituido por el *fumus boni iuris*, que en este caso lo constituye la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...)”⁶⁹ (destacados nuestros).*

Consideramos acertada la decisión por no haberse pronunciado sobre los elementos de fondo y los vicios denunciados en el escrito recursivo, en especial, sobre la violación del principio general de la buena fe del elector, aspecto éste sobre el cual le tocaba pronunciarse al momento de decidir el recurso contencioso electoral interpuesto conjuntamente con el amparo cautelar.

No obstante lo anterior, la decisión cautelar antes citada sí se pronunció expresamente sobre la existencia de una amenaza de violación del derecho a la participación política y/o su posible afectación o limitación por parte del Consejo Nacional Electoral con ocasión de su decisión sobre la validación de firmas, satisfaciendo cabalmente a nuestro modo de ver el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes.

Posteriormente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al momento de decidir el recurso de revisión interpuesto por actores del gobierno contra la sentencia No. 24 de fecha 15 de marzo de 2004, en relación a al principio general de la buena fe sostuvo que:

Con respecto a los principios de buena fe y de confianza legítima, la Sala considera que no son aplicables en la constatación de la validez de actos de participación política, donde debe verificarse la autenticidad de quienes manifestaron su voluntad de solicitar la revocatoria del mandato del Presidente de la República, y también la voluntad de quienes no se adhieren al referendo petitionado. No siendo tal voluntad un ejercicio de derechos civiles regidos por la autonomía y del principio contractual de derecho privado, corresponde al Consejo Nacional Electoral garantizar, por medio de su competencia inquisitiva, propia de la Administración Pública,

⁶⁹ Sentencia No. 24 de fecha 15 de marzo de 2004 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, disponible en www.tsj.gov.ve, INTERNET.

que la voluntad del electorado se ajuste a la manifestación propia de lo querido por ésta para el funcionamiento del principio democrático.

La Sala no encuentra, por tanto, que el Consejo Nacional Electoral haya incurrido en violación de los artículos 24 (irretroactividad de la ley) y 49, 1 y 2 (debido proceso y presunción de inocencia), y así también se declara.

(...) Asimismo, la Sala considera que con el dispositivo del fallo objeto de la presente revisión, la Sala Electoral Accidental negó las facultades inquisitivas de la Administración Electoral a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales para la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de funcionarios de elección popular, ya que este órgano del Poder Público se encuentra obligado a determinar el carácter fidedigno de la manifestación de voluntad de los firmantes, requisito que no puede presumirse como satisfecho, sin infringir el artículo 72 del Texto Fundamental⁷⁰ (destacado nuestro).

Es de hacer notar con ocasión del conflicto institucional que se suscitó entre la Sala Electoral y al Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conforme al cual, por una parte, la Sala Constitucional revocó la sentencia cautelar de la Sala Electoral, ordenó mediante “oficio” a la Sala Electoral abstenerse de conocer de cualquier recurso o asunto relacionado con el Referéndum Revocatorio Presidencial y se avocó al conocimiento del recurso contencioso electoral antes comentado y, por la otra, la Sala Electoral ratificó –en diversas ocasiones– su competencia criticando la usurpación de sus funciones que– a su decir estaba realizando la Sala Constitucional–, emitió la sentencia definitiva sobre el comentado recurso contencioso electoral a pesar la prohibición –de dudoso fundamento constitucional– efectuada por la Sala Constitucional y hasta planteó ante la Sala Plena un conflicto de funcionamiento entre las dos Salas; lo más lamentable de dicho conflicto no fue sólo la reprochable batalla entre las Salas para conocer de la situación sino la indiferencia para tratar de forma adecuada –conforme la importancia que sus funciones detentan– el tema de fondo planteado.

A través de la decisión antes citada la Sala Constitucional no sólo agudizó el conflicto institucional ya existente, sino que utilizando una motivación

⁷⁰ Sentencia No. 442 de fecha 23 de marzo de 2004 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, disponible en www.tsj.gov.ve, INTERNET.

completamente errónea y sumamente reprochable, desconoció la vigencia en el ordenamiento jurídico venezolano del principio general de la buena fe, su aplicabilidad e incidencia en el derecho administrativo y en todas las relaciones jurídico administrativas, negando, en consecuencia, la gran importancia que posee dicho principio con ocasión del ejercicio por parte de los ciudadanos de sus derechos a la participación política, al voto y, en el caso que nos ocupa, del derecho a revocar los cargos de mandatos de elección popular.

En efecto, resulta del todo erróneo sostener –como lo hizo la Sala Constitucional– que el principio general de la buena fe y de la confianza legítima “no resultan aplicables en la constatación de la validez de actos de participación política”, argumentando para ello además que el Consejo Nacional Electoral debía garantizar mediante –a decir de la Sala– su competencia inquisitiva que la voluntad de elector se ajuste a lo querido efectivamente por éste.

Como hemos venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo, el principio general de la buena fe no sólo constituye un principio que rige aún cuando no se encontrare positivizado y, en Venezuela, además de estar consagrado en el Derecho Civil no sólo debe aplicarse a las relaciones de derecho privado, sino que además se encuentra expresamente consagrado en el derecho administrativo venezolano, en virtud de lo cual debe desplegar su función integradora e interpretativa del derecho, debiendo erigirse y considerarse como fuente misma de Derecho en nuestro país. En consecuencia, 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.

Asimismo, lo más lamentable es que ante el desconocimiento del principio general de la buena fe por parte del ente comicial, la Sala Constitucional como último intérprete y garante de la Constitución haya sostenido una afirmación como ésta.

No se trata de desconocer las amplias potestades –algunas inconstitucionales y discrecionales– atribuidas al Consejo Nacional Electoral para regular y vigilar el desarrollo de los procedimientos revocatorios de cargos de elección popular,

sino que tales potestades debieron ser ejercidas conforme a todo el ordenamiento jurídico venezolano y buscando como finalidad última, satisfacer el interés general garantizando el cabal ejercicio de los derechos políticos que detentan los ciudadanos y no impidiendo o limitando su ejercicio, como efectivamente ocurrió en este proceso refrendario en relación a la validación de las firma con caligrafía similar.

Finalmente, la Sala Electoral mediante sentencia No. 37 de fecha 12 de abril de 2004, declaró con lugar el recurso contencioso electoral interpuesto contra la Resolución No. 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004 y del Instructivo sobre el Tratamiento por el Comité Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas llenadas por la Misma Persona y ordenó al Consejo Nacional Electoral validar las solicitudes colocadas “en observación” por considerarlas de caligrafía similar. En mencionada decisión dicha Sala aún cuando no realizó de forma expresa consideraciones sobre el tratamiento del principio general de la buena fe dado por el Consejo Nacional Electoral, sí se pronunció sobre la inexistencia del criterio de las planillas con caligrafía similar para justificar su invalidez, sobre la afectación del derecho a la participación política y a revocar de los solicitantes y la no justificación de imponer al administrado la carga de reparar argumentado la inexistencia de una base de datos de huellas dactilares. Así, sostuvo la Sala Electoral lo siguiente:

(...) esta Sala considera que el espíritu de la disposición contenida en el numeral 5 del artículo 29 de las Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, está dirigido a establecer, como causa de invalidez de la solicitud, el que más de una firma provenga de una misma persona, lo cual está referido, sin dudas, a que una misma persona efectúe más de una solicitud para la misma convocatoria a referendo revocatorio de mandato de cargo de elección popular (...) sin que pueda entenderse, como pretende interpretar el órgano electoral mediante el Instructivo cuya nulidad ha sido solicitada, que el espíritu de esa norma está orientada a considerar que el llenado de los datos de diferentes ciudadanos en la planilla –que no la firma y la huella dactilar– por una misma persona equivale a que tal solicitud ha sido suscrita varias veces por esa persona, y proceder, entonces, a encuadrarlas dentro del supuesto de invalidez previsto en el numeral 5 del artículo 29 tantas veces referido, y, en consecuencia, calificarlas de “firmas bajo observación” por el solo hecho de haber sido llenados los datos por

una misma persona, aunque la firma y la huella dactilar hayan sido estampadas por los ciudadanos a quienes realmente tales datos corresponden, lo cual no sólo resulta absurdo sino totalmente contrario a lo que la norma interpretada quiso sancionar con la invalidez y que, como se dijo, se contrae a la realización de varias solicitudes efectuadas por un mismo ciudadano o ciudadana para convocar a un mismo referendo revocatorio de mandato de cargo de elección popular.

(...) Esta Sala (...) observa que la equiparación que el Consejo Nacional Electoral hace en el “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona” entre firma y huella, por una parte, y los datos, por la otra, para imponerle a estos últimos las condiciones exigidas en el numeral 5 del artículo 29, con el fin de aplicar a las solicitudes que se encuentren en el supuesto de hecho contenido en el criterio establecido en el Instructivo que se analiza (datos escritos con caligrafía similar) las consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia de la mencionada norma (su invalidación por no considerarse fidedignas) *produce efectos jurídicos no perseguidas por dicha norma, lo que implica, de suyo, su total contrariedad con el espíritu que la inspira y que busca la autenticidad de la manifestación de voluntad expresada por el ciudadano o ciudadana que la suscribe, lo que hace a dicho instrumento ilegal por su contrariedad a la disposición que le sirve de base, y que, por tanto, determina su nulidad.*

(...) En tal sentido, resulta ineludible dejar sentado que *la argumentación esgrimida por el órgano electoral, referida a que los datos escritos con caligrafía similar atentan contra la norma que establece el carácter personalísimo de la solicitud, resulta, a todas luces, errado, en opinión de la Sala, ya que este carácter personalísimo sólo es capaz de proporcionarlo la firma y la huella dactilar que son, justamente, los elementos previstos en la normativa aplicable para imprimirle a los datos tal carácter. Por último, pretender justificar el criterio establecido en el Instructivo con el argumento de que el órgano electoral no dispone de una base de datos de firmas y huellas, no sólo resulta insuficiente para imponer a los ciudadanos cargas no previstas por la norma, sino que, además, no logra resolver el problema que se pretende solucionar con tal previsión, pues la caligrafía de cada persona, exigida a los datos contenidos en las planillas, no podrán nunca determinar por, sí solos, el carácter personalísimo de la solicitud, pues es obvio que no existe una base*

de datos de las caligrafías de cada persona que permita, a través de su contrastación, determinar si pertenece o no a la persona que ha llenado tales datos.

(...) Todos los anteriores razonamientos le permiten a esta Sala concluir que el criterio establecido en el “Instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las firmas de caligrafía similar o renglones de planillas llenadas por la misma persona” y desarrollado en todo su articulado, dictado con la finalidad de resolver un “problema aplicativo” del numeral 5 del artículo 29 de las Normas para regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, que se presentó en el seno del máximo órgano electoral resulta, como quedara sentado *ut supra*, contrario al espíritu, propósito y razón que se desprende de la correcta interpretación de dicho artículo y a la luz del resto del articulado contenido en el ordenamiento jurídico aplicable (...) *imponiendo a los ciudadanos, cuyas solicitudes se encuentran en ese supuesto de hecho, una carga no prevista por la norma, al colocarlas “bajo observación”, justificándola en su imposibilidad o incapacidad para verificar los requisitos impuestos en dicha normativa (firma y huella dactilar) creando, mediante un criterio interpretativo contenido en un acto interno, condiciones de validez no establecidas en la norma interpretada y que, como se dijo antes, traen consigo consecuencias jurídicas contrarias a su espíritu, y que indirectamente inciden en la esfera jurídica subjetiva de los solicitantes del Referéndum Revocatorio del mandato de Presidente de la República*⁷¹.

Sobre la base de lo anterior, estimamos acertada la posición finalista asumida por la Sala Electoral cuando analiza las normas que regulan la validación de las firmas y los criterios que debían regir para considerar una firma como fidedigna o válida. Asimismo, aplaudimos que se haya considerado como injustificado pretender fundamentar la colocación de las planillas con caligrafía similar en observación y sujetarlas a reparo con la inexistencia de una base de datos de huellas dactilares y su imposibilidad de verificar tales firmas, todo lo cual –como indicáramos con anterioridad en el presente trabajo– constituyó la imposición de una carga ilegítima para el administrado que, además, limitaba

⁷¹ Sentencia No. 37 de fecha 12 de abril de 2004 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, disponible en www.tsj.gov.ve.

el cabal ejercicio de su derecho a revocar los mandatos de cargos de elección popular.

Por último, debemos resaltar que a pesar del ir y venir de las sentencias emitidas por ambas Salas, finalmente la triunfó la decisión del Consejo Nacional Electoral desacatando la decisión de la Sala Electoral– y los firmantes de planillas planas o de caligrafía similar acudieron a reparar sus firmas. Sin embargo, aunque a algunos les pueda parecer un poco romántico la vigencia o aplicabilidad del principio general de la buena fe dado el estado actual del derecho y de las relaciones que éste está llamado a regular, consideramos que dicho principio ahora más que nunca debe desplegar toda su fuerza y ser debidamente aplicado por los ciudadanos en todas sus relaciones jurídicas, administrativas o privadas, así como por la administración, lo que seguramente ayudará a cambiar nuestra percepción de las instituciones públicas en virtud de que, tal como lo afirma Jesús González Pérez⁷²

La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de los que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga.

CONCLUSIONES

Como ideas más resaltantes del presente trabajo, podemos señalar las que a continuación se mencionan:

1. En el derecho privado debemos señalar que el principio general de la buena fe indica que cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos mediante una conducta de fidelidad, o sea, por medio de la lealtad y sinceridad que impera en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable.
2. Cuando se actúa excediendo los límites de la buena fe, independientemente de la existencia del supuesto de hecho que la regule o limite, estamos en presencia de un abuso de derecho por parte de quien ejecuta la conducta.

⁷² Ob. Cit. pág. 91.

3. El principio general de la buena fe, se entiende así incorporado en la contratación entre los particulares y más concretamente en el ejercicio por parte de los ciudadanos de los derechos prestacionales a los que hicimos alusión en la introducción del presente trabajo, así como en todas las actuaciones de los particulares frente a los funcionarios y órganos del Poder Público.
4. El principio general de la buena fe se positiviza —en algunos casos— en el ordenamiento jurídico mediante las llamadas presunciones. Así, la presunción de buena fe, está recogida actualmente en distintas normas del Código Civil Venezolano, sobre todo aquellas dirigidas a regular las distintas relaciones jurídicas que puedan surgir entre los particulares y los negocios jurídicos que éstos celebren, lo cual no implica que bajo la ausencia normativa o inexistencia de positivización de la mencionada presunción, tal y como expresamos *supra*, la mencionada presunción no tenga especial relevancia y aplicación en los distintos hechos, negocios y actos jurídicos que giran en torno a las relaciones entre particulares.
5. La presunción de buena fe no equivale a una barrera infranqueable que pueda aducirse para impedir la eficaz protección del interés público y de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público, pues, la protección del interés general y del bien común, que son también postulados fundamentales en el Estado Social de Derecho, imponen al mencionado principio límites y condicionamientos que son constitucionalmente válidos.
6. La mencionada presunción tiene sus límites y condicionamientos, derivados de otro postulado fundamental como es el de la prevalencia del interés común. En modo alguno puede pensarse que el principio de la buena fe se levante como barrera infranqueable que impida a las autoridades el cumplimiento de su función, pues, mientras la ley las faculta para hacerlo, pueden y deben exigir los requisitos en ella indicados para determinados fines. En nuestro Estado de Derecho, las leyes gozan de aptitud constitucional para imponer a la administración o a los jueces la obligación de verificar lo manifestado por los particulares y para establecer procedimientos con arreglo a los cuales pueda desvirtuarse en casos concretos la presunción de la buena fe, de tal manera que si así ocurre,

con sujeción a sus preceptos, se haga responder al particular implicado, tanto desde el punto de vista del proceso o actuación de que se trata, como en el campo penal, si fuere del caso.

7. La buena fe del ciudadano en su relación con la administración y de los particulares entre sí, deberá presumirse siempre, salvo prueba en contrario. De esta forma, se modifica el criterio que hasta el presente había regido en las relaciones de los ciudadanos con la administración, consistente en presumir la mala fe en la actuación del particular salvo prueba en contrario.
8. Las normas dictadas de manera sobrevenida por el Consejo Nacional Electoral, independientemente de la urgencia en cuanto a su emisión, fueron dictadas dictado bajo la ausencia absoluta del procedimiento legalmente establecido para su emisión, esto es, el procedimiento de consultas públicas previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública, por lo que de suyo debe considerarse que las mismas adolecen de un vicio de nulidad absoluta.
9. El supuesto de la existencia de planillas planas o de caligrafía similar no se encuentra contemplado como un criterio o supuesto de hecho que conlleve a considerar una firma como no fidedigna o no válida. En consecuencia, resulta evidente que las planillas planas o de caligrafía similar constituyeron un hecho sobrevenido y no contemplado expresamente por ningún instrumento normativo previamente dictado por el Consejo Nacional Electoral para regular los referendos revocatorios, situación ésta que el ente comicial debía resolver, en atención a la facultad de resolver los supuestos no previstos en las normas y las dudas sobre su aplicación, que irónicamente las propias normas por él mismo dictadas le establecen⁷³, de conformidad con los principios de participación ciudadana, sumaria, celeridad y confiabilidad consagrados expresamente en el artículo 4 de las Normas para Regular los Procesos

⁷³ Artículo 64 de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de cargos de Elección Popular y artículo 5 de las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular.

de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular y garantizando, en todo momento, el derecho del ciudadano a revocar los mandatos de cargos de elección popular, de participación política y de derecho al voto.

10. En el proceso de recolección de firmas, lo primero que debió tomar en cuenta el ente rector fue la necesidad de preservar la voluntad popular del elector, presumiendo que el solicitante había obrado de buena fe y, ante la existencia de una duda razonable o de la probabilidad de que las firmas de caligrafía similar provinieran de la misma persona –ello a decir del propio Consejo Nacional Electoral–, debía en todo caso probar la mala fe del elector o desvirtuar la presunción de buena fe que detenta el mismo con ocasión del ejercicio de su derecho, esto hubiese sido lo correcto.
11. El Consejo Nacional Electoral no sólo desconoció por completo el principio general de la buena fe –que como sostuvimos *supra* tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico venezolano y debe ser tomado en cuenta en la interpretación de las normas, las relaciones jurídico administrativas y, sobre todo, con ocasión del ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos– presumiendo la mala fe del elector, sino que le impuso a éste la carga de tener que ratificar su firma vía reparo, todo lo cual efectivamente constituyó una afectación del ejercicio de tales derechos por parte de los revocantes.
12. El Consejo Nacional Electoral, con ocasión de la emisión de la decisión sobre la validación de las firmas que hemos venido comentando, actuó de mala fe infringiendo el principio general de la buena fe que siempre debe regir en toda la actividad administrativa y, adicionalmente, pudiera conllevar a pensar –aunque como todos saben sería difícil de probar por el aspecto intencional– que actuó con desviación de poder apartándose de la finalidad que persiguen las normas que le atribuyen la potestad para regular los procedimientos electorales, en este caso, revocatorios.
13. El Consejo Nacional Electoral, ante la ausencia de una regulación normativa que nunca pudo suplir correctamente, cuando decidió colocar las planillas de caligrafía similar bajo observación y sujetó su validez a la

vía del reparo, imponiéndole dicha cargas a los firmantes correspondientes; se apartó del marco legal venezolano al desconocer el principio general de la buena fe y, peor aún, en el mismo momento que impuso una carga o limitación a los ciudadanos que se encontraban en dicho supuesto para ejercer cabalmente y sin trabas su derecho a la participación política y, su derecho a revocar el mandato del Presidente de la República como una manifestación de aquél, todo lo cual está en contradicción con las funciones de garantizar el ejercicio de los derechos políticos por parte de los ciudadanos que el ente rector electoral detenta conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana y la ley.

14. La Sala Constitucional no sólo agudizó el conflicto institucional ya existente, sino que utilizando una motivación completamente errónea y sumamente reprochable, desconoció la vigencia en el ordenamiento jurídico venezolano del principio general de la buena fe, su aplicabilidad e incidencia en el derecho administrativo y en todas las relaciones jurídico administrativas, negando, en consecuencia, la gran importancia que posee dicho principio con ocasión del ejercicio por parte de los ciudadanos de sus derechos a la participación política, al voto y, en el caso que nos ocupa, del derecho a revocar los cargos de mandatos de elección popular.
15. El principio general de la buena fe no sólo constituye un principio que rige aún cuando no se encontrare positivizado y, en Venezuela, además de estar consagrado en el Derecho Civil no sólo debe aplicarse a las relaciones de derecho privado, sino que además se encuentra expresamente consagrado en el derecho administrativo venezolano, en virtud de lo cual debe desplegar su función integradora e interpretativa del derecho, debiendo erigirse y considerarse como fuente misma de Derecho en nuestro país. En consecuencia, 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.

La acción laboral. Un análisis a partir de la competencia material del juez del trabajo y los principios que rigen al nuevo procedimiento laboral

Francisco Rafael VERDE MARVAL*

SUMARIO

1. **Consideraciones generales**
2. **La acción. Definición. Naturaleza:** 2.1. *La acción como facultad.* 2.2. *La acción como generadora de una nueva relación jurídica separada de la relación sustancial que le sirve de fundamento. Elementos que la componen.*
3. **La acción laboral. Fuente de una relación jurídica derivada del hecho social trabajo:** 3.1. *E hecho social trabajo y sus relaciones jurídicas subyacentes.* 3.1.1. El estado como ente controlador del fiel cumplimiento de la normativa legal imperativa que regula el contrato individual de trabajo. 3.1.2. Las organizaciones sindicales como agrupación de fuerza reivindicadoras de condiciones laborales más favorables. 3.1.3. Otros sujetos que actúan en la esfera jurídica

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, Especialista en Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, Profesor de Derecho del Trabajo II. **Universidad Central de Venezuela**, Centro de Estudios de Postgrado, Especialización en Derecho Mercantil y Derecho Internacional Económico, Profesor Invitado. **García Riera Verde Despacho de Abogados**, miembro de **Front Consulting Group**, Socio.

tanto del empleador como del trabajador, y originan otras relaciones jurídicas reguladas por el derecho del trabajo. 3.2. *Relaciones jurídicas derivadas del hecho social trabajo que escapan de la óptica del derecho del trabajo.* 3.3 *La prescripción de la acción laboral como factor de importancia para su delimitación.*

4. **Las normas procesales de la ley orgánica procesal del trabajo como instrumentos reguladores de las relaciones de conflicto que surgen del hecho social trabajo:** 4.1. *La competencia material del juez del trabajo.* 4.2. *Principios que caracterizan al proceso laboral especial previsto en la ley orgánica procesal del trabajo.*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El derecho del trabajo como disciplina jurídica autónoma y especializada, ha creado una serie de normativa reguladora de una gama de relaciones de índole social que surgen del trabajo ejecutado por cuenta ajena, informada de principios propios que han enriquecido a dicha disciplina convirtiéndola en materia de estudio aparte al marco común regulatorio del derecho. Y es que precisamente, su nacimiento como rama autónoma tuvo como finalidad el necesario desprendimiento de la labor subordinada de la esfera jurídica del derecho civil a fin de hacer justicia frente a la crisis social que generó su aplicación a dicha situación dentro de la clase obrera.

Dentro del marco regulatorio del trabajo dependiente y por cuenta ajena, nació el derecho procesal del trabajo como el conjunto de normas que regla el modo de tramitar y dirimir los conflictos o asuntos contenciosos generados de las relaciones obreros patronales y de aquellas relaciones que surgen a partir de dicho vínculo principal y que hoy en día son regulados por el derecho especial del trabajo, así como también regla la constitución y funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada. Su formalización y solución dan origen a nuevas relaciones jurídicas llamadas por la doctrina relaciones de conflictos de trabajo y su regulación da nacimiento a una nueva disciplina que forma parte del derecho del trabajo y que se denomina Derecho Procesal del Trabajo.¹

¹ Vid. Borrajo, E. (1996) *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid: Editorial Tecnos, p. 47

Esta forma de intervención del Estado en la solución de los conflictos derivados de las relaciones laborales constituyó el origen de una jurisdicción autónoma y especializada, con reglas procesales que si bien parten de alguna manera de los principios que informan al régimen procesal común, sin embargo posee todo un sistema propio que se asimila al derecho sustancial que le sirve de fundamento en un sentido tuitivo, estos es en protección hacia al que considera más débil dentro de la referida relación sustantiva.²

Esto hace de la jurisdicción laboral un sistema procesal único, con reglas propias, cuya finalidad en todo momento es buscar el equilibrio de una relación sustancial asimétrica, situación esta a la que la jurisdicción ordinaria, a través de sus reglas herméticas, no podía hacerles frente, y todo ello fundamentalmente bajo un principio de desequilibrio procesal a favor de una de las partes, el trabajador, con el fin de compensarlo, privilegiarlo o protegerlo, todo lo cual hace menester la importante tarea de precisar cuál es el radio de acción de la jurisdicción del trabajo a los fines de su actuación, de manera de así delimitar las fronteras de actuación de dicha jurisdicción y así cumplir legítimamente con su objetivo.

Para ello se hace necesario primero determinar la noción general de la acción judicial dentro del contexto del derecho procesal común, para luego, determinado ello, analizar detalladamente cuales son los contenidos esenciales de la acción laboral específicamente

2. LA ACCIÓN. DEFINICIÓN. NATURALEZA

El Estado, como ente monopolizador de la Administración de Justicia, nada hace con organizar todo una plataforma jurisdiccional compuesta por una estructura física y funcionarios expertos en la interpretación y aplicación del derecho, sin antes otorgar a cada uno de los ciudadanos un poder o una potestad cuyo ejercicio haga funcionar dicha plataforma. En tal sentido se hace necesario para una correcta administración de justicia no sólo la

² El artículo 1° de nuestra Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece como objetivo de la Ley garantizar: “(...)la protección de los trabajadores en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, así como el funcionamiento, para trabajadores y empleadores, de una jurisdicción laboral autónoma, imparcial y especializada.”

existencia de grandes conocedores del derecho capaces de interpretar y aplicar de forma correcta las normas jurídicas a los casos particulares, sino la actuación de una masa poblacional ansiosa por obtener, por parte de dichos funcionarios, dicha actividad a los fines de dirimir sus conflictos particulares propios de la convivencia humana.

Es precisamente lo anterior lo que da forma a la noción de la acción judicial, como la facultad de toda persona de conseguir de los órganos correspondientes, la actuación de la voluntad de la Ley conforme a la pretensión y defensas invocadas, a través del cumplimiento de las condiciones necesarias para obtener tal fin. Dicha facultad hace incluir a la acción como uno de los derechos subjetivos propios de toda persona, que forma parte de sus libertades fundamentales, en el entendido que su ejercicio no constituye obligación alguna para quien la ostenta, sino más bien constituye una materialización de una libertad personal cuyo propósito se encuentra en la necesidad de que un órgano especializado sea capaz de dar solución a los conflictos propios de su actividad cotidiana.³

Por otra parte, la acción como derecho subjetivo no significa un derecho absoluto a la solución de un conflicto a favor de quien lo solicita, es por ello que la acción se constituye como un derecho aparte de aquél que fundamenta su ejercicio, en tal sentido que no necesariamente tiene derecho a la acción aquél que posea en su favor la voluntad de la Ley o de la norma jurídica que fundamenta su pedido, lo cual haría concluir la falaz afirmación de que sólo acciona el que tenga la razón.⁴

De igual forma, es importante destacar que el ejercicio de la acción constituye un derecho capaz de generar una relación jurídica distinta a aquella que la sustenta, especialmente cuando nos referimos a la acción derivada de una relación contractual previa, pasando las partes a conformar un plano de relación distinto a aquél que derivó en la acción, relación ésta de naturaleza procesal y que le impone una serie de nuevas cargas, derechos y deberes, que no existían

³ Sobre la Acción como Derecho Potestativo, *Vid* Rengel-Römberg, A. (1992) *Tratado de Derecho procesal Civil Venezolano*. T-I. Caracas: Editorial Arte, pp. 152-154.

⁴ Sobre la acción como derecho abstracto de obrar *Vid. Ibidem* pp. 149-152

con anterioridad, y que deben ser cumplidos para la obtención del fin último del proceso para las partes.⁵

Analicemos, a continuación, cómo se manifiesta la acción en sus diversas perspectivas, comenzando con la acción como facultad, para luego seguir con la acción como generadora de una relación jurídica separada de la relación sustancial que le sirve de fundamento.

2.1 *La acción como facultad*

Para explicar la acción como una facultad se hará necesario explicarla dentro del campo de los derecho subjetivos, y en este sentido unos de los grandes procesalistas que han desarrollado la acción dentro de esta perspectiva ha sido Chiovenda quien la define como “el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley”⁶. Sin embargo para ampliar la noción de acción a su realidad habría que extender su significado más allá de un simple derecho subjetivo, ya que correlativamente todo derecho subjetivo deberá poseer en todo plano un deber, y quien ostenta este deber es el propio Estado como garante de la administración de justicia el cual forma parte de sus fines propios, y su noción por tanto irá cambiando en la medida en que el Estado se transforme dentro del contexto histórico en que se viva.⁷

Por otra parte, dicho derecho subjetivo no sólo le pertenece a quien intenta la acción sino también aquella sobre quien se intenta, es decir también lo posee el propio demandado, creando en su esfera una acción de defensa que posee el mismo valor de aquél quien intenta la demanda en su contra, esto es lo que materializa el carácter bilateral de la acción, y conforme el cual ese derecho a excepcionarse, que posee el accionado y sobre la cual fundamenta su defensa en hechos nuevos, cuya calificación jurídica intentan revertir los efectos de la acción, lleva consigo igualmente una acción en contra del demandante, que

⁵ Sobre la acción como pretensión de la tutela jurídica Vid. *Ibidem*, pp. 147-149

⁶ Citado por Cuenca, H. (1986) *Derecho Procesal Civil*. T-I. Caracas: Universidad Central de Venezuela, p. 145.

⁷ Vid. Calamandrei, P. (1997) *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Trad. Esp. México DF: Biblioteca Clásicos del Derecho, V-2, p. 47-49.

se funde con aquella generando una controversia o relación de conflicto, cuya resolución se torna en deber impretermitible en cabeza del Estado.⁸

Por tanto, no cabe duda que la acción constituye una facultad tanto del accionante, de acuerdo con su pretensión, así como también una facultad del demandado de acuerdo con el contenido de su defensa, a obtener por parte del Estado, garante de la administración de justicia, una solución del conflicto planteado, y por tanto genera una relación jurídica de inminente orden público entre las partes y el Estado, sustentado bajo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

2.2 La acción como generadora de una nueva relación jurídica separada de la relación sustancial que le sirve de fundamento. Elementos que la componen

Claramente se planteó el hecho de que a partir de la interposición de la acción ocurre un desprendimiento de la relación o situación jurídica previa en la que se encontraba el accionante, a fin de generar una nueva relación con el Estado de índole procesal en donde este último juega un papel preponderante no sólo en defensa del interés particular del accionante, sino también en defensa del interés colectivo, lo cual convierte a la acción en una noción de orden público.⁹

Por tanto, siendo del interés público todo lo concerniente al derecho de ejercer la acción, se hace menester analizar cuáles son los elementos que la componen con el propósito de aunar en su entendimiento, y retomando lo señalado por Chiovenda¹⁰, se determinan de la siguiente manera:

1. En primer lugar para que exista acción deben haber sujetos, pero no cualquier sujeto, sino personas, ya sean naturales o jurídicas, que posean un interés legítimo para provocar el funcionamiento del aparato jurisdiccional ya sea en su sentido activo o pasivo, en otros casos pueden actuar terceros, e inclusive el Estado por medio del Ministerio Público,

⁸ *Ibidem*, p. 42-43.

⁹ *Vid.* Rengel-Römberg, A. Ob. Cit., pp. 156-158

¹⁰ Citado por Cuenca, Humberto, *Ob Cit.*, p. 145.

ese interés puede derivar de cualquier fuente, y no es necesario un título específico.

2. Asimismo, deberá existir, como segundo elemento de la acción una causa o justificación, lo que denomina la doctrina procesal la *causa petendi* que se constituye como el fundamento o razón de la acción que se materializa a través de la pretensión, el cual pudiera devenir de una relación jurídica preexistente, o de una situación de hecho cuya antijuricidad pretende ser revertida, lo que genera el interés por parte del accionante de ejercer la acción correspondiente. La validez de la *causa petendi* exige una relación entre los hechos y las normas cuyo sustento invoca la acción, en el sentido de que “los hechos, que el actor coloca como base de su demanda, deben tener, respecto de una norma jurídica sustancial, una cierta trascendencia, que haga aparecer la providencia pedida como concretamente conforme a la ley”.¹¹
3. El tercer y último elemento lo constituye el objeto representado por el *petitum* o cosa que se pide al aparato jurisdiccional, la cual puede consistir en una condena materializada en el cumplimiento de una obligación ya sea de hacer, no hacer o dar, o en una mera declaración acerca de la ratificación, nulidad o modificación de una situación jurídica preexistente, o en la constitución de una nueva.

Al hablar de acción no necesariamente se debe confundir su acepción con la de pretensión, en el sentido de que esta última constituye, tal como se acaba de señalar, el elemento objetivo de la acción, sin embargo, a los fines de las distintas disertaciones que se desarrollan en la presente investigación se observará como ambos conceptos se fusionan en el sentido que al distinguir la acción laboral con la acción civil necesariamente se enfoca dicha diatriba en la naturaleza o características de las pretensiones que surgen de las respectivas acciones.

El hecho de que los tres elementos de la acción se encuentren presentes para el caso de un análisis comparativo entre la yuxtaposición de varias de ellas, y a los fines de comprender acerca de la viabilidad de acumulación de pretensiones bajo una sola acción, se deberá considerar acerca de la presencia

¹¹ Cfr: Calamandrei, Piero, *Ob. Cit.*, p. 50

y análisis de cada uno de estos elementos de manera de verificar, en caso de no haber coincidencia de los mismos, la conexidad, accesoriedad o continencia de las pretensiones que constituyen la causa petendi, lo cual devienen factor importante en la determinación de la competencia material de los tribunales que conocerán sobre la acción correspondiente.¹²

Es dicha situación lo que otorga a la noción de competencia un inminente carácter de orden público, por cuanto dicho instituto procesal informa de alguna manera el interés público que deviene de la relación jurídica que se origina entre el demandante y el Estado por virtud del ejercicio de la acción. En este sentido, la determinación de la competencia material del Tribunal que conocerá sobre una acción concreta no puede resultar un tema de capricho o de plano secundario dentro del interés colectivo que genera la correcta aplicación de las normas atributivas de competencia, las cuales se rigen estrictamente bajo el principio de legalidad.

Ahora bien, a fin de determinar la competencia material de un Tribunal en específico, se hace menester verificar a su vez, cuál es la naturaleza jurídica material de la pretensión que se invoca como elemento objetivo de la acción, en tal sentido, si parte, ya sea de una relación jurídica preexistente, o de una situación de hecho en específico, habría que determinarse el rol que desempeñaron cada uno de los sujetos involucrados en la relación procesal dentro de dichas situaciones materiales, así como la naturaleza de las normas jurídicas sustanciales aplicables al caso concreto con el fin de, a partir de su definición, establecer cuál sería el Tribunal competente materialmente para conocer de la acción en cuestión.

Basado en ello, se pasará de seguidas a analizar cuales son las relaciones jurídicas que surgen del hecho social trabajo, como objeto de estudio del derecho laboral en Venezuela, con el fin de verificar, a partir de dicho estudio el título jurídico o la naturaleza jurídica de la *causa petendi* que deberá informar a toda acción de carácter laboral.

¹² Vid. Cuenca, H. *Ob. Cit.*, p. 158.

3. LA ACCIÓN LABORAL. FUENTE DE UNA RELACIÓN JURÍDICA DERIVADA DEL HECHO SOCIAL TRABAJO

Culminado el análisis acerca de la noción de la acción judicial, y claro como se encuentra que la misma constituye un poder jurídico para todo sujeto, de inminente carácter público por cuanto se encuentra en juego a través del ejercicio de la misma el interés de toda la colectividad, y que genera una relación procesal con el Estado distinta a aquella relación jurídica sustancial que le sirve de fundamento, debemos sostener que la acción laboral, en específico, parte de la existencia de las relaciones jurídicas que derivan del hecho social trabajo, y por tanto la *causa petendi*, objeto de estas acciones, deberá estar enmarcada a la actuación de la voluntad de la Ley especial que regula dichas relaciones sustanciales.

Tal como se desarrolló anteriormente, el derecho sustantivo del trabajo tuvo como origen un primer plano de regulación que partió de la situación precaria que derivaba del vínculo jurídico existente entre empresario y trabajador, cuyo objeto principal era la prestación de los servicios del segundo por cuenta y bajo dependencia del primero, enmarcado dentro de la regulación civilista del contrato de locación o arrendamiento de servicios. Su transformación y posterior desarrollo a partir de la intervención del Estado provocó toda una serie de normas que regulaban no sólo dicho vínculo jurídico, sino también otra serie de relaciones jurídicas que surgieron bajo el desarrollo y transformación del trabajo como hecho social en su proceso histórico.

A continuación se realizará un análisis de las relaciones jurídicas que derivan del hecho social trabajo, así como la forma como nuestro ordenamiento jurídico laboral regula cada una ellas.

3.1 *El hecho social trabajo y sus relaciones jurídicas subyacentes*

Resulta obvio que la relación jurídica principal que surge del hecho social trabajo es aquel que se genera de la interacción jurídica entre el empleador y el trabajador con ocasión de la ejecución del contrato individual de trabajo, por tanto, es a partir de dicha relación jurídica que surgen una serie de interacciones accesorias con otros sujetos que intervienen dentro de dicha

relación a los fines de conformar toda una esfera jurídica de exclusiva regulación por parte del Derecho del Trabajo.¹³

Por tanto, a fin de determinar dichas relaciones jurídicas accesorias será conveniente igualmente establecer quienes son dichos sujetos distintos al trabajador y al empleador, y de que manera actúan en la esfera jurídica objeto de regulación por parte del Derecho del Trabajo.

3.1.1 El Estado como ente controlador del fiel cumplimiento de la normativa legal imperativa que regula el contrato individual de trabajo

Con ocasión de la intervención del Estado, a fin de regular las condiciones que emergían del vínculo contractual entre empleador y trabajador, se genera toda una normativa tendiente a la construcción de un ordenamiento jurídico autónomo e independiente que da luz al derecho del trabajo como una rama especial dentro del contexto del resto de las disciplinas jurídicas.

En este caso, la intervención del Estado se puede dividir en tres perspectivas, tal como lo explica Bayón Chacón y Pérez Botija,¹⁴ las primeras dos, una intervención legislativa, con la creación del conjunto de normas jurídicas étáticas que hoy dan forma a la legislación laboral, luego una intervención jurisdiccional, referido a su deber de dirimir los conflictos originados de las relaciones sociales y de la aplicación de dicha normativa.

Ahora bien, el referido ordenamiento jurídico se encuentra compuesto de una serie de normas mayoritariamente de carácter imperativo y de inminente orden público, cuya garantía de fiel cumplimiento constituye un deber por parte del Estado, a través de potestades controladoras, registrales, reglamentarias, sancionatorias, e inclusive cuasijurisdiccionales, debidamente reguladas por la legislación especial del trabajo, y que dan vida a la intervención administrativa

¹³ “(...) el Derecho del Trabajo se integra de una serie de relaciones jurídicas, y de una serie paralela de normas que las disciplinan, cuyo objeto desborda el esquema atributivo de la relación básica de trabajo –esto es, del contrato de trabajo-. (...)” Cfr: Montoya, A. (1997) *Derecho y Trabajo*, Madrid: Cuadernos Civitas, p.38.

¹⁴ Bayón, G. y Pérez, E. (1969): *Manual de Derecho del Trabajo*, V-2, Madrid, pp. 847-848.

del Estado en las relaciones sociales provenientes del trabajo como su tercera forma de actuación.

La ejecución de las obligaciones del Estado, a los fines de garantizar el fiel cumplimiento de las normas de orden público que construyen nuestro ordenamiento jurídico laboral, a través de las referidas potestades, generan una serie de relaciones jurídicas entre el Estado, a través de sus órganos de especialidad, y los sujetos intervinientes dentro del contexto de la relación jurídico laboral, relaciones éstas reguladas por normas de Derecho Público que dan origen a lo que la doctrina denomina el Derecho Administrativo del Trabajo.¹⁵

De igual forma, se incluye dentro de este plano, la actuación del Estado en materia de seguridad social, donde no sólo reglamenta todo lo concerniente al establecimiento de las políticas sociales a fin de hacer frente a los contingentes sociales que posee todo ser humano dentro de su convivencia social, sino también se encarga de administrar los fondos que provienen de las cotizaciones aportadas tanto por empleadores como por trabajadores, con el fin de implementarlos dentro de los planes sociales creados para tal fin.

Sin embargo, ya en nuestros tiempos, por virtud de la ampliación del ámbito subjetivo protectorio de la seguridad social, ésta ha dejado de ser un beneficio exclusivo para trabajadores que prestan servicio de forma dependiente, constituyéndose en tal sentido como una obligación de Estado para beneficio de todo prestador de servicios, productivo o no, dependiente o independiente, todo ello inspirado bajo el principio de universalidad de la seguridad social, esta disciplina ha dejado de ser un campo exclusivo del derecho del trabajo, para convertirse de alguna forma en una materia autónoma de aquélla, manteniéndose, no obstante, una importante conexidad entre ellas.¹⁶

Es importante destacar, que la regulación jurisdiccional de la actuación del Estado en esta materia, en un principio era materia de los Tribunales del Trabajo, tal como lo había establecido la extinta Corte Suprema de Justicia en su Sala Político Administrativo en fecha 13 de febrero de 1992 en la resolución

¹⁵ *Vid.* Borrajo, E. *Ob. Cit.*, p. 46

¹⁶ *Vid. Ibidem*, p. 46-47

del célebre caso Corporación Bamundi, quienes a través de una competencia contenciosa administrativa especial, conocían acerca de la validez de la actuación del Estado en estos temas. Hoy en día, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha devuelto la competencia, a los fines del conocimiento de esta materia, a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, considerando que es a ésta a quien le compete, por virtud de su especialidad, el conocimiento de la actividad del Estado sobre las relaciones laborales.¹⁷

3.1.2 Las organizaciones sindicales como agrupación de fuerza reivindicadora de condiciones laborales más favorables

A partir del reconocimiento histórico de las organizaciones sindicales como fuerzas generadas en contra de las injusticias provenientes de la llamada “cuestión social”, y dada su función de representación del colectivo laboral en pro del favorecimiento de las condiciones de trabajo, surgieron una serie de relaciones jurídicas cuya regulación debió tomar para sí el Estado, dando lugar a un área dentro del ordenamiento jurídico laboral que hoy en día conocemos como derecho colectivo del trabajo, dentro del cual se encuadra el derecho sindical y las relaciones colectivas que surgen de la actuación de las organizaciones sindicales, enmarcadas como el marco regulatorio del derecho fundamental a la libertad sindical.¹⁸

Estas relaciones jurídicas propias del Derecho Colectivo del Trabajo, así como la materia que abarcan, pudiéramos esquematizarlas, sin pretender ser exhaustivo, de la siguiente manera:

- a. Relación Sindicato-Empleador: Negociación Colectiva, Convención Colectiva de Trabajo, Conflictos Colectivos del Trabajo, Derecho de Huelga, Fuero sindical, Representación en la Gestión de la Empresa.

¹⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 2 de agosto de 2001. Ponente: Magistrado Antonio García García, Caso: TRANSPORTES IVAN.

¹⁸ “La libertad sindical, esto es, el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, así como el derecho de los sindicatos ya constituidos al ejercicio libre de las funciones constitucionalmente atribuidas en defensa de los intereses de los trabajadores, constituye una de las piezas fundamentales del sistema de relaciones laborales propio del Estado social y democrático de Derecho” Cfr: Palomeque, M. (1991) *Derecho Sindical Español*, Madrid: Editorial Tecnos, p. 85.

- b. Relación Sindicato-Trabajadores: Constitución de Organizaciones Sindicales, Afiliación Sindical, Elecciones Sindicales, Estatuto Sindical, Autogobierno y Autogestión.
- c. Relación Sindicato-Otras Organizaciones Sindicales: Afiliación a Federaciones y Confederaciones Sindicales, Articulación de la negociación colectiva, Representatividad, Reunión Normativa Laboral, Conflictos por Solidaridad.
- d. Relación Sindicato-Estado: Constitución de Sindicatos, Negociación Colectiva, Conflictos Colectivos, Fuero Sindical, Elecciones Sindicales.

Las relaciones jurídicas que surgen de las materias expuestas, y en las cuales las organizaciones sindicales interactúan con los sujetos del Derecho del Trabajo, son materia de exclusiva regulación por parte del Ordenamiento Jurídico Laboral, y los conflictos que surgen de dichas interacciones son de conocimiento exclusivo por parte de los Tribunales del Trabajo, con las excepciones de las situaciones expresamente señaladas, en las cuales interviene el Estado, las cuales, tal como fue comentado con anterioridad, y de lo que se hará mayor explicación más adelante, hoy en día se han reservado a la jurisdicción contenciosa administrativa, el conocimiento de los conflictos que surjan de dichas circunstancias.

Sin embargo, por cuanto gran parte de los conflictos que surgen de las comentadas relaciones forman parte de los que la Ley denomina conflictos colectivos del trabajo, la determinación de la competencia de los tribunales del trabajo dependerá del objeto de cada conflicto en particular.

En tal sentido, el objeto de tramitación de los conflictos colectivos del trabajo en Venezuela se pudiera dividir en dos grandes grupos:

- a. Conflictos jurídicos o de derecho, los cuales tienden a dirimir situaciones referentes a la interpretación o aplicación de normas legales o contractuales, siempre y cuando el mismo afecte el interés colectivo;
- b. Conflictos económicos o de intereses, los cuales tienden a dirimir situaciones referentes a la creación de nuevas normas contractuales o a la modificación o cumplimiento de las ya existentes.¹⁹

¹⁹ Vid. Alfonzo-Guzmán, R. (1996). *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*, Caracas: Editorial Adriana Alfonzo Sotillo.

Los primeros, es decir los conflictos jurídicos o de derecho son de exclusivo conocimiento de los Tribunales del Trabajo, por corresponder a los asuntos contenciosos del trabajo, que no corresponden a la conciliación ni al arbitraje. Sin embargo, los segundos son de exclusiva tramitación por parte de las Inspectorías del Trabajo, ya que tal como lo comentan Bayón Chacón y Pérez Botija, estos casos “pretenden no tanto declarar el derecho, sino buscar la equidad, aproximar voluntades y aplicar la norma jurídica como complementaria o sustitutiva o sólo cuando reviste un carácter necesario e inderogable.”²⁰

3.1.3 Otros sujetos que actúan en la esfera jurídica tanto del empleador como del trabajador, y originan otras relaciones jurídicas reguladas por el derecho del trabajo

Por último, además del Estado y de las organizaciones sindicales, como entes que principalmente intervienen dentro del contexto jurídico que nace del contrato de trabajo, en compañía de los sujetos principales como lo son el empleador y el trabajador, igualmente dentro de dicha esfera jurídica interactúan otros sujetos, en donde surgen otras tantas relaciones jurídicas que son objeto de regulación por parte de la legislación laboral, dichos vínculos jurídicos podemos resumirlos de la siguiente manera:

- a. La relación que surge entre patrono y trabajador y otras empresas que constituyen con el patrono un grupo empresarial por conformar entre ellas una unidad económica.²¹
- b. La relación que surge entre patrono y trabajador y empresas intermediarias o empresas contratistas cuya actividad en beneficio del patrono sea inherente o conexo con su objeto jurídico.²²

²⁰ Bayón, G. y Pérez, E. *Ob. Cit.*, pp. 875.

²¹ Artículo 21º del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo: “Grupos de empresas: Los patronos que integren un grupo de empresas, serán solidariamente responsables entre sí respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores. (...) Se considerará que existe un grupo de empresas cuando éstas se encontraren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la explotación de las mismas.”

²² Artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo: “A los efectos de esta Ley se entiende por intermediario la persona que en nombre propio y en beneficio de otra utilice los servicios de

- c. La relación que surge entre patrono y trabajador y la empresa que haya sido subrogada por el patrono de conformidad con el régimen de sustitución patronal previsto en la Ley.²³

Las relaciones jurídicas que surgen de la vinculación de los referidos sujetos dentro del contexto jurídico de la relación de trabajo, son regulados expresamente por la legislación laboral vigente, ello mediante la creación de un régimen jurídico el cual genera derechos y obligaciones para estos sujetos que si bien, no forman parte directa de la relación jurídico laboral que se desprende de los contratos de trabajo, no obstante su interacción ante estos vínculos hace necesaria la actuación de la voluntad de la Ley Laboral, a los fines de regular dichas situaciones en favor de la protección del trabajador, y por tanto la acción que se genere de dichos vínculos, de acuerdo con el marco regulatorio de la legislación laboral, será materia de conocimiento por parte de la jurisdicción del trabajo.

uno o más trabajadores. El intermediario será responsable de las obligaciones que a favor de esos trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos; y el beneficiario responderá además, solidariamente con el intermediario, cuando le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada. Los trabajadores contratados por intermediarios disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario.”; Artículo 55 eiusdem: “No se considerará intermediario, y en consecuencia no comprometerá la responsabilidad laboral del beneficiario de la obra, el contratista, es decir, la persona natural o jurídica que mediante contrato se encargue de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos. No será aplicable esta disposición al contratista cuya actividad sea inherente o conexas con la del beneficiario de la obra o servicio. Las obras o servicios ejecutados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos se presumirán inherentes o conexas con la actividad del patrono beneficiario.”

²³ Artículo 90 de la Ley Orgánica del Trabajo: “La sustitución del patrono no afectará las relaciones de trabajo existentes. El patrono sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrono por las obligaciones derivadas de la Ley o de los contratos, nacidas antes de la sustitución, hasta por el término de prescripción previsto en el artículo 61 de esta Ley. Concluido este plazo, subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrono, salvo que existan juicios laborales anteriores, caso en el cual las sentencias definitivas podrán ejecutarse indistintamente contra el patrono sustituido o contra el sustituto.”

3.2 Relaciones jurídicas derivadas del hecho social trabajo que escapan de la óptica del derecho del trabajo

Por otro lado, existen una serie de relaciones jurídicas en donde interactúan los sujetos anteriormente mencionados con ocasión de su vinculación conexas con las relaciones sociales que surgen del contrato de trabajo, sin embargo basado en la naturaleza jurídica de dichas relaciones, las mismas no encajan dentro de la óptica protectora del derecho del trabajo, y por tanto, la resolución de los conflictos derivados de dichos vínculos serán conocidos por otras jurisdicciones distintas a la laboral.

Ya se había hecho mención anteriormente que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la resolución del caso Transportes Ivan del 2 de agosto de 2001 excluyó de los Tribunales del Trabajo aquellas controversias que surgieran de la actuación del Estado en el control de las relaciones laborales, específicamente nos referimos a la actividad desempeñada por las Inspectorías del Trabajo cuyas decisiones tuvieran carácter definitivo, y en tal sentido causaran estado dentro del ámbito administrativo, entre los cuales, los mas frecuentes se refiere a la resolución de conflictos derivados del fuero sindical.

Con anterioridad, la Sala Político Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia con fecha 13 de febrero de 1992, en la resolución del polémico caso Corporación Bamundi, había determinado que correspondía a los Tribunales del Trabajo la resolución acerca de la impugnación de las decisiones emanadas de los Inspectores del Trabajo, lo cual generó una especie de jurisdicción contenciosa laboral. Dicha sentencia había determinado que la resolución de dichos conflictos pertenecía al ámbito de competencia de los Tribunales del Trabajo de conformidad con los artículos 5 y 655 de la Ley Orgánica del Trabajo.²⁴

No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, determinó acerca de la competencia otorgada a los Tribunales del Trabajo por la extinta Sala Político Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, para el

²⁴ *Vid.* Verde, F. (2003) “Ensayo sobre la Eficacia de los Procedimiento de Inamovilidad previstos en la Ley Orgánica del Trabajo. Propuestas para una Reforma Legal”, en Fernando Parra Aranguren, Editor: *Estudios sobre Derecho del Trabajo, Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2003, V. II, p. 612

conocimiento de las acciones ejercidas en contra de las actuaciones de las Inspectorías del Trabajo, lo siguiente:

(...) se observa que la jurisdicción laboral ha venido conociendo de los juicios de nulidad de estas resoluciones, siguiendo el criterio sostenido en decisión dictada por la Sala Político Administrativa de la antes denominada Corte Suprema de Justicia, el 13 de febrero de 1992, en el juicio conocido como caso: Corporación Bamundi, C.A., sin que en realidad exista en la Ley Orgánica del Trabajo una norma que expresamente le asigne a los juzgados laborales el conocimiento de este tipo de juicios. Es preciso al respecto advertir, que la competencia de los órganos del Estado, viene determinada por una norma jurídica que de manera formal le atribuya competencia. De allí que, siendo que en los casos de los juicios de nulidad, a que se refiere la Ley Orgánica del Trabajo, ésta no le atribuyo dicha competencia de manera expresa a esta jurisdicción especial, sino que se limitó a señalar que contra estas decisiones se podían ejercer los recursos correspondientes ante los Tribunales, sin que indicara a cuáles se estaba refiriendo.

En el fragmento de la sentencia citada, la Sala Constitucional hace un desarrollo que se considera trascendental a los fines de determinar los criterios de competencia para la resolución de los conflictos derivados de la interposición de una acción en específico, y en tal sentido señala que dicha atribución de competencia debe regirse en base al principio de legalidad, en el sentido de la necesaria existencia de una norma formal que atribuya las competencias jurisdiccionales para la resolución de los conflictos.

Siendo ello así la Sala Constitucional concluyó su disertación sobre el tema textualmente de la siguiente manera:

La expresada omisión no autoriza a interpretar que la jurisdicción laboral es entonces la competente para conocer de dichos juicios, con base en lo dispuesto en los artículos 5 y 655 *eiusdem*, sino que lo razonable era establecer que como quiera que, la decisión provenía de un órgano de carácter administrativo, inserto en el Poder Ejecutivo, esto es, de las Inspectorías del Trabajo, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer y decidir este tipo de controversias era la jurisdicción contencioso administrativa, siendo consecuente con el principio del juez natural.

En este sentido, la Sala Constitucional determinó la prioridad del conocimiento especial que posee la jurisdicción contenciosa administrativo sobre la actuación

del Estado dentro del ámbito administrativo, no obstante que dicha actividad proviene directamente de una de las relaciones jurídicas sustanciales que derivan del hecho social trabajo, y por tanto objeto de regulación por parte del Derecho del Trabajo, como lo es el tema del fuero sindical como mecanismo protectorio que brinda nuestra legislación para el ejercicio de la libertad sindical.

La prioridad establecida por la Sala Constitucional esta basada, tal como se extrae del fragmento extraído de la sentencia comentada, en la prevalencia del derecho fundamental a ser juzgado por sus jueces naturales y al principio de legalidad en lo referido a las normas atributivas de competencia, a la hora de determinar quien es el Juez competente para el conocimiento de un caso concreto, esto último al establecer la sentencia que la legislación procesal del trabajo no establece de forma expresa la competencia de la jurisdicción laboral para el conocimiento de este tipo de acciones.²⁵

Tal como se recordará, el ámbito de competencia de los tribunales de trabajo se encuentra circunscrito a la resolución de los conflictos derivados de la aplicación de los contratos de trabajo y de la legislación especial de la materia, por lo que no cabe dudas que la Sala Constitucional aplicó un mecanismo de ponderación de derechos fundamentales, mediante el cual se le dio prioridad a un derecho de orden procesal común sobre aquellos que derivaban de la aplicación de la legislación procesal del trabajo de índole especial.

Así como se encuentra este caso específico, se puede observar que de la ejecución de los contratos de trabajo surgen otras relaciones jurídicas en las cuales, en caso de controversia, las acciones que surjan de dichas circunstancias necesariamente deberán ser atribuidas a otras competencias

²⁵ La Ley Orgánica Procesal del Trabajo no establece a texto expreso la competencia de los Tribunales del Trabajo para el conocimiento de este tipo de acciones, sin embargo es menester destacar que el proyecto de Ley que se presentó para primera discusión en la Asamblea Nacional, establecía en su artículo 30 la competencia de los Tribunales del trabajo para conocer de “Los recursos de nulidad interpuestos contra los actos administrativos emanados de las autoridades administrativas del trabajo, siempre y cuando esta competencia no esté atribuida por ley a la jurisdicción contencioso administrativa o a la jurisdicción contencioso electoral.” Dicha disposición fue posteriormente desechada por la Asamblea Nacional, eliminándose del texto vigente dicha competencia. *Vid.* Tribunal Supremo de Justicia. Sala de casación Social. Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Caracas 15 de marzo de 2001. Disponible: http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/proyecto_de_ley.htm

jurisdiccionales, por corresponder la materia debatida a un título jurídico distinto a aquél que la Ley atribuye a la jurisdicción del trabajo.

A modo de ejemplo, se podría señalar los casos de aplicación de sanciones penales en materia de infracción de las normas consagradas en la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, cuyo conocimiento necesariamente deberá ser atribuida a la jurisdicción penal, cuyos jueces devienen en jueces naturales para el conocimiento de las acciones provenientes de dichas conductas delictuales.²⁶

De igual manera corresponderá a la jurisdicción civil o mercantil dependiendo de las características propias de la situación prevista, la acción de regreso que tendría el empleador en contra de la empresa contratista, o de la empresa que con aquél constituya un grupo de empresa de conformidad con el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, cuando responda por vía de solidaridad por las obligaciones laborales que éstos tengan con sus respectivos trabajadores. En tal sentido surge en dichos casos una acción de naturaleza distinta a la laboral, no obstante que la misma provenga de la ejecución de un contrato de trabajo o de la aplicación de la legislación especial del trabajo.²⁷

Asimismo conocerá la jurisdicción penal de la acción proveniente de la perpetración de un delito cometido por un trabajador en la ejecución de los servicios provenientes de un contrato de trabajo, lo cual devendría en un incumplimiento de los deberes inherentes al contrato de trabajo y constituiría en consecuencia causal de despido de conformidad con lo previsto en el artículo 102 de la ley Orgánica del Trabajo.

En dicho caso, la única consecuencia que deriva de la aplicación de la legislación laboral es la facultad que se le otorga al patrono de poner fin de forma unilateral y justificada al vínculo contractual, sin embargo, el hecho de

²⁶ El Artículo 33 Parágrafo Décimo primero, consagra expresamente esta competencia a la jurisdicción penal.

²⁷ “(...) el deudor que ha pagado tiene acción de repetición contra los otros codeudores, pero sólo por la parte correspondiente a cada uno de éstos. La obligación se transforma de solidaria a mancomunada para todos los deudores”. Cfr: Maduro, E. (1989) *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, p. 268.

que el ordenamiento jurídico laboral no establezca consecuencia adicional a esta circunstancia, no obsta para que en dicho caso se aplique la normativa penal correspondiente, en cuanto se considere que la conducta incurrida por el trabajador posea naturaleza penal.

El análisis de los ejemplos anteriores, pretenden demostrar cómo sobre la base de las relaciones sociales que surgen del trabajo por cuenta ajena, los sujetos intervinientes, aún manteniendo su rol respectivo dentro de la relación de trabajo que sirve de base, son capaces de generar otras relaciones jurídicas, inclusive algunas reguladas por el propio ordenamiento jurídico laboral, que por el hecho de tener mayor conexión dentro del marco regulatorio de otras leyes distintas a las laborales, o por cuanto la legislación procesal laboral no prevé expresamente la norma atributiva de competencia, las acciones generadas de las mismas deben ser dirimidas fuera de la jurisdicción laboral.

Al tratar el tema acerca de la competencia de los Tribunales del Trabajo para conocer de la acción derivada de la responsabilidad civil patronal por el hecho ilícito derivado del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, o con igual efecto al tratar acerca de la acumulación de dicha acción de responsabilidad civil a otra cuyo objeto devenga de la aplicación de normas laborales, hace llamar la atención el hecho que la referida circunstancia no encuadre precisamente dentro de la esfera material que delimita a la acción laboral y a las relaciones jurídicas que le sirven de fundamento al elemento objetivo de dicha acción, es decir al título jurídico que se encuadra dentro de su *causa petendi*.

En tal sentido, la derogada Ley del Trabajo del 16 de julio de 1.936²⁸, estableció en su artículo 37 las indemnizaciones que correspondía cancelar al patrono en el caso de ocurrir la terminación de la relación de trabajo, la cual fue establecida como un derecho para todo trabajador cualquiera fuera la causa de dicha terminación, empero dicha norma no limitó las indemnizaciones con ocasión al término de la relación laboral a las allí previstas, y en tal sentido, el párrafo final del referido artículo establecía lo siguiente: “Lo dispuesto en este artículo no impide a los trabajadores el ejercicio de las acciones que puedan corresponderle conforme al derecho común”.

²⁸ Ministerio del Trabajo, *Leyes Sociales*, Edición Oficial, Resolución No. 39 del 5 de marzo de 1974.

La anterior disposición no ha perdido vigencia, y en tal sentido el párrafo cuarto del artículo 108 de la vigente Ley Orgánica del Trabajo, cuya norma regula el derecho del trabajador a percibir una prestación de antigüedad al término de la relación de trabajo, igualmente abre la puerta a todo trabajador o a sus causahabientes al ejercicio de las acciones que puedan corresponderle conforme al derecho común, dichas acciones en específico corresponden a la normativa que el Código Civil prevé acerca de la responsabilidad civil extracontractual, en específico aquel derivado del hecho ilícito.

Considerando que la legislación laboral constituye la normativa mínima que deberá estipular todo contrato de trabajo, y previendo a su vez que dicha normativa estipula una serie de tarifas que constituyen las indemnizaciones derivadas del daño del cual pueda ser víctima el trabajador como consecuencia del vínculo laboral, pasamos de seguidas a precisar las disposiciones que dicha legislación consagra al respecto.

En caso de despido injustificado la LOPT consagra un régimen de estabilidad en el trabajo, cuyo artículo 187 establece:

(...) el trabajador podrá ocurrir ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, cuando no estuviere de acuerdo con la procedencia de la causa alegada para despedirlo, a fin de que el Juez de Juicio la califique y ordene su reenganche y pago de los salarios caídos, si el despido no se fundamenta en justa causa, de conformidad con la ley

Por su parte, además de la citada obligación de hacer y dar, y como complemento al referido régimen de estabilidad la LOT establece una indemnización subsidiaria, en caso de que el patrono rechace cumplir con el reenganche de un trabajador despedido injustificadamente, e insista en consecuencia con dicho despido, no si antes advertir que lo dispuesto en la norma “no impide a los trabajadores o sus causahabientes el ejercicio de las acciones que puedan corresponderles conforme al derecho común”, dicha indemnización se encuentra consagrada en el artículo 125, el cual establece lo siguiente:

Si el patrono persiste en su propósito de despedir al trabajador, deberá pagarle adicionalmente a lo contemplado en el artículo 108 de esta Ley, además de los salarios que hubiere dejado de percibir durante el procedimiento, una indemnización equivalente a:

1. Diez (10) días de salario si la antigüedad fuere mayor de tres (3) meses y no excediere de seis (6) meses.
2. Treinta (30) días de salario por cada año de antigüedad o fracción superior de seis (6) meses, hasta un máximo de ciento cincuenta (150) días de salario.

Adicionalmente el trabajador recibirá una indemnización sustitutiva del preaviso previsto en el artículo 104 de esta Ley, en los siguientes montos y condiciones:

- a. Quince (15) días de salario, cuando la antigüedad fuere mayor de un (1) mes y no exceda de seis (6) meses;
- b. Treinta (30) días de salario, cuando fuere superior a seis (6) meses y menor de un (1) año;
- c. Cuarenta y cinco (45) días de salario, cuando fuere igual o superior a un (1) año;
- d. Sesenta (60) días de salario, cuando fuere igual o superior a dos (2) años y no mayor de diez (10) años; y
- e. Noventa (90) días de salario, si excediere del límite anterior.

El salario de base para el cálculo de esta indemnización no excederá de diez (10) salarios mínimos mensuales.

Igualmente, en caso de terminación de la relación de trabajo, y como consecuencia de la falta de disfrute de las vacaciones por parte del trabajador, la Ley Orgánica del Trabajo, en sus artículos 224, y 225 prevé sendas indemnizaciones, las cuales son establecidas de la siguiente forma:

Artículo 224. Cuando por cualquier causa termine la relación de trabajo sin que el trabajador haya disfrutado de las vacaciones a que tiene derecho, el patrono deberá pagarle la remuneración correspondiente.

Artículo 225. Cuando la relación de trabajo termine por causa distinta al despido justificado antes de cumplirse el año de servicio, ya sea que la terminación ocurra durante el primer año o en los siguientes, el trabajador tendrá derecho a que se le pague el equivalente a la remuneración que se hubiera causado en relación a las vacaciones anuales, de conformidad con lo previsto en los artículos 219 y 223 de esta Ley, en proporción a los meses completos de servicio durante ese

año, como pago fraccionado de las vacaciones que le hubieran correspondido.

En materia de accidente o enfermedad profesional, se encuentran dos regímenes que pretenden resarcir al trabajador víctima de tales infortunios, en primer lugar el ya referido régimen de responsabilidad objetiva o “sin culpa” previsto en la Ley Orgánica del Trabajo. Por su parte la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo²⁹, consagra un régimen de responsabilidad subjetiva o “con culpa”, específicamente aquél que se deriva del incumplimiento por parte del patrono de su deber de garantizar un medio ambiente de seguridad e higiene adecuado para sus trabajadores. En tal sentido el artículo 33 de dicha Ley dispone:

Cuando el empleador a sabiendas que los trabajadores corren peligro en el desempeño de sus labores y se ocasionase la muerte por no cumplir con las disposiciones ordenadas en la presente Ley, serán castigados con pena de prisión de 7 a 8 años.

Cuando el empleador actuando en las mismas circunstancias haya ocasionado:

1. La incapacidad absoluta y permanente del trabajador, la pena será de (6) años de prisión.
2. La incapacidad absoluta y temporal, la pena será de cinco (5) años de prisión.
3. La incapacidad parcial y permanente, la pena será de cuatro (4) años de prisión.
4. La incapacidad parcial y temporal, la pena será de dos (2) años de prisión.

Parágrafo Primero: Dadas las situaciones de hecho contempladas en este artículo y en el treinta y uno (31) de la presente Ley, cuando se hubiere ocasionado la muerte del trabajador, el empleador queda obligado a pagar a los parientes del difunto que aparecen en el artículo 148 de la Ley del Trabajo y en el mismo orden establecido en la citada disposición, una indemnización equivalente al salario de cinco (5) años contados por días continuos.

²⁹ Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 3850 Extraordinario del 18 de julio de 1986.

Parágrafo Segundo: Igualmente el empleador queda obligado, dadas las situaciones de hecho contempladas en este artículo y en el treinta y uno (31) de la presente Ley, a lo siguiente:

1. En caso de incapacidad absoluta y permanente para el trabajo, pagará al trabajador una indemnización equivalente, al salario de cinco (5) años contados por días continuos;
2. En caso de incapacidad absoluta y temporal para el trabajo, pagará al trabajador una indemnización equivalente al triple del salario correspondiente de los días continuos que hubiere durado tal incapacidad;
3. En caso de incapacidad parcial y permanente, para el trabajo, pagará al trabajador una indemnización equivalente al triple del salario de tres (3) años contados por días continuos;
4. En caso de incapacidad parcial y temporal para el trabajo, pagará al trabajador una indemnización equivalente al doble del salario correspondiente de los días continuos que le hubiere durado la incapacidad.

Parágrafo Tercero: Cuando la secuela o deformaciones permanentes, provenientes de enfermedades profesionales o accidentes del trabajo, hayan vulnerado la facultad humana del trabajador, más allá de la simple pérdida de su capacidad de ganancias, en las condiciones y circunstancias contempladas en el artículo treinta uno (31) de esta Ley, el empleador será castigado con cinco (5) años de prisión. Igualmente, el empleador queda obligado a pagar al trabajador, por concepto de indemnización, una cantidad de dinero equivalente al salario integral de cinco (5) años contando los días continuos.

Tal como se aprecia de las normas anteriormente transcritas, si bien nuestra legislación laboral sustantiva consagra un régimen protectorio de indemnizaciones frente a eventuales daños de los cuales pudiera ser víctima el trabajador por o con ocasión del trabajo, inclusive de aquél que provenga del incumplimiento por parte del patrono de ciertas condiciones que le impone el contrato de trabajo, éstas se encuentran limitadas a las tarifas expresamente previstas en su normativa.

Sin embargo, también es cierto que el sistema de responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito se encuentra previsto en la legislación laboral como aplicable dentro de las relaciones laborales, lo cual convierte al sistema

de responsabilidad que informan al derecho común como un régimen no excluyente de los sistemas de responsabilidad especial laboral, sin embargo concluir de forma ligera que por los motivos expuestos el régimen de responsabilidad civil extracontractual se encuentra inserto dentro de la esfera jurídica que define a las acciones de naturaleza laboral es como plantear la idea que el derecho del trabajo se encuentra conformado por un conjunto de sistemas, unos regulados expresamente por el ordenamiento jurídico laboral y otros disgregados dentro del marco regulatorio de otras leyes tanto generales como especiales.

En efecto, en materia laboral las normas del Código Civil en materia de obligaciones sólo son aplicables supletoriamente, en cuanto nada dispongan las leyes laborales y los contratos de trabajo en el marco de las obligaciones que surjan de la ejecución de los contratos de trabajo, considerando a su vez que las mismas favorezcan más al trabajador. Ahora bien, tal como se expresó anteriormente, en materia laboral el límite referido no implica la imposibilidad que coexista la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato con la responsabilidad derivada de la comisión de un hecho ilícito, y de tal manera lo determinó la propia casación civil en sentencia de fecha 10 de agosto de 1.960, en la cual estableció lo siguiente:

(...) No hay duda de que si la causa justificada del retiro del trabajador constituye un hecho ilícito enmarcado en el artículo 1.185 del Código Civil, el patrono tendrá, además de las obligaciones que le impone la Ley del Trabajo, por efecto del contrato celebrado, la de reparar todo el daño material y moral causado por el hecho ilícito. Lo mismo ocurre en caso de que los hechos cumplidos por el patrono para poner fin unilateralmente a la relación laboral configuren un hecho ilícito, al tenor de lo previsto en la disposición que acaba de ser citada (...)³⁰.

Sin embargo la misma Sala de Casación Civil había cerrado la posibilidad de resarcir el daño moral, fundado en el artículo 1.196 del Código Civil, en materia contractual, y en tal sentido, en sentencia de fecha 25 de junio de 1.981, estableció que el daño moral esta limitado sólo a los actos o hechos ilícitos, mientras que las obligaciones contractuales se rigen bajo el imperio de las

³⁰ Jurisprudencias *Ramírez & Garay*. 3er. Trimestre de 1960, Caracas: Ramírez & Garay, S.A. p. 91

normas contempladas en los artículos 1.274 y 1.275 del Código Civil. Este criterio fue reiterado mediante sentencia de fecha 24 de marzo de 1.983.³¹

La coexistencia de la responsabilidad contractual con la extracontractual, de acuerdo con la extinta Sala de Casación Civil, procede “cuando el daño experimentado por la víctima, con base a un hecho ilícito, se ha producido con ocasión o en relación a un contrato, y solamente no se le admite cuando el resultado dañoso es producto de la actividad que el contrato, en forma específica y propia, regula, en cuyo caso es meramente contractual.”³²

Por su parte, en relación con la identidad de competencia del tribunal por razón de la materia, como requisito para la posibilidad de accionar en jurisdicción laboral, con fundamento en normas derivadas de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito, la jurisprudencia ha venido atribuyendo, de una forma reiterada y pacífica, competencia a los Tribunales del Trabajo en estos casos, y en tal sentido, en sentencia de fecha 19 de junio de 1.997, la Sala de Casación Civil señaló lo siguiente:

(...) A juicio de esta Sala, lo importante para determinar la competencia por la materia no viene dado por las normas cuya aplicación piden las partes, sino por la relación o situación jurídica existente y sus nexos con determinada rama del derecho.

En el caso de autos, la recurrida consideró competente a la jurisdicción laboral ya que el abuso de derecho, fundamentado de la acción surgió con motivo de una relación laboral, siendo el derecho del cual se abusó, un derecho típicamente laboral cual es el de despido, que fue utilizado mas allá de los límites que establece la buena fe (abusivamente), y esta Sala comparte tal criterio, ya que si el derecho que se dice abusado, es un derecho propio del derecho del trabajo, la reclamación por la indemnización que tal abuso pudiera generar, no puede ser conocida sino por el juez del trabajo, quien sería el natural para conocer todo aquel asunto contencioso que se suscite con motivo de la relación laboral (...) ³³.

³¹ *Ibidem*, 1er Trimestre de 1983, pp. 87-91.

³² Sentencia de fecha 4 de junio de 1980, citada por la sentencia anterior. *Ibidem*. p. 93

³³ Pierre Tapia, O. (1997) *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* T-6, p.182

Las anteriores menciones hacen concluir que, en cuanto al criterio jurisprudencial predominante desde la desaparecida Corte Suprema de Justicia, el llamado “cúmulo de responsabilidades” en materia laboral es perfectamente factible dentro del ordenamiento jurídico venezolano, pero aún más, la jurisprudencia patria admite sin mayor tapujo que es posible acumular acciones de naturaleza civil con aquellas derivadas de la aplicación de las normas que regulan al trabajo como hecho social bajo un mismo procedimiento, y en específico bajo el procedimiento especial del trabajo.

Antes de la creación del Tribunal Supremo de Justicia, y con él, la de su Sala de Casación Social, y no obstante que el criterio de la extinta Sala de Casación Civil era reiterado y pacífico en cuanto a la posibilidad del cúmulo de acciones, la Sala Político Administrativo de la fenecida Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 30 de julio de 1998, realizó uno de los más relevantes acercamientos al problema del cúmulo de responsabilidades en materia laboral, al sostener un criterio excluyente de la aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil extra-contractual por hecho ilícito en materia de accidentes de trabajo en los siguientes términos:

(...) En este sentido, la actora ha alegado que Cadafe es responsable en el orden civil por los daños sufridos por sus representados, invocando a tal efecto los artículos 1.185, 1.193 y 1.273 del Código Civil.

Al respecto, la Sala observa que estamos en presencia de un caso típico de responsabilidad derivada de accidente de trabajo, cuya ley aplicable y fuero especial (atrayente) es el laboral previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, en la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo y en la Ley del Seguro Social.

Esta normativa prevé un tipo particular de responsabilidad objetiva que asume el Seguro Social (Ley Orgánica del Trabajo, artículos 560 y 585, y Ley del Seguro Social, artículos 1 y 99³⁴).

Sin embargo, recién instalada la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 2 de mayo de 2000, se dictó una de las más

³⁴ *Ibidem.* (1998) T-7, pp. 256-257

polémicas decisiones sobre la materia comentada, y en tal sentido, sobre el tema de la acumulación de acciones la sentencia referida expresó lo siguiente:

Por lo tanto como ya se señaló *supra*, son los Tribunales del Trabajo, los que deben conocer las acciones por indemnización de daños producto de un infortunio laboral, todo en protección de los intereses del trabajador accidentado, por ello, él podrá demandar la indemnización tanto de los daños materiales como de los morales, ejerciendo conjuntamente las acciones previstas tanto en la Ley Orgánica del Trabajo (responsabilidad objetiva), la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo por incumplimiento de la empresa o patrono de las disposiciones ordenadas en dicha Ley, o las provenientes del hecho ilícito del patrono de conformidad con el artículo 1.185 del Código Civil, por cuanto ésta última no está prevista en las leyes especiales, por lo que se aplica supletoriamente la normativa prevista en el Derecho Común³⁵.

La Sala de Casación Social fundamenta la posibilidad del cúmulo por el hecho de que el régimen de responsabilidad por daños prevista en el artículo 1185 del Código Civil, no se encuentra previsto en las leyes especiales, no obstante que tal como se ha referido a lo largo de los capítulos precedentes, el régimen laboral sobre infortunios del trabajo se encuentra previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, así como en el régimen indemnizatorio de la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, y en sistema de pensiones por invalidez previsto en la Ley del Seguro Social Obligatorio.

Sostener la acumulabilidad de las acciones derivadas tanto del sistema de responsabilidad patronal de inminente naturaleza laboral con aquellas generadas del sistema general de responsabilidad civil extra-contractual por hecho ilícito, atenta contra la unificidad y especialidad del derecho del trabajo, y es que resulta importante destacar que la especialidad del derecho del trabajo, así como de las acciones derivadas de dicho marco sustancial, deben ser conducidas ya en nuestros días con criterio de unidad, a fin de evitar la diversificación de regímenes aplicables a las relaciones laborales que se dirija en contrapelo a lo que históricamente surgió como un sistema necesario y

³⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, sentencia de fecha 17 de mayo de 2000. Ponente: Magistrado Omar Mora Díaz. Caso: José Francisco Tesorero Yáñez vs. Hilados Flexilón, S.A. Exp. 99-591.

excepcional, frente a un momento histórico que hizo que hoy en día se haya erigido como un régimen común para todas las relaciones laborales que surgen del trabajo por cuenta ajena.³⁶

En definitiva, la autonomía del derecho del trabajo debe buscar, si bien no una total separación del resto de las disciplinas jurídicas, basado en la tesis de la colaboración entre las distintas ramas del derecho, sin embargo su desarrollo como disciplina especial, si debe conseguir que la normativa que la nutra sirva de “*derecho común*” con respecto a la regulación de las relaciones sociales que surjan del trabajo por cuenta ajena, dejando al derecho civil, que en principio históricamente resultó injusta en su regulación, como materia de aplicación excepcional.³⁷

En la medida que se logre determinar cuál es el ámbito material de protección del derecho del trabajo, igualmente se sabrá determinar cuáles son los límites que demarcan a la acción laboral dentro del contexto jurisdiccional del trabajo, de manera que entre otras justificaciones, la jurisprudencia que emane sobre esta materia resulte cónsona y homogénea con todo el desarrollo legislativo que ha obtenido a través del tiempo el derecho del trabajo, y en pro del desarrollo de dicha disciplina jurídica como rama autónoma y especializada.

3.3 *La prescripción de la acción laboral como factor de importancia para su delimitación*

Distinguir la acción laboral de cualquier otra acción perteneciente a otra disciplina jurídica, no sólo es importante dentro del marco del problema

³⁶ “El Derecho del Trabajo nunca ha obedecido una lógica interna similar a la propia del racionalismo jurídico de las codificaciones del Derecho privado, surgió precisamente como una manifestación más de la crisis de los sistemas codicísticos reflejada en su incapacidad para servir al propósito de la juridificación global de la entera sociedad civil conforme a los postulados del liberalismo individualista que inspiró a las revoluciones burguesas.” *Cf*: Monereo, J. (1996) *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnica jurídica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Civitas., pp. 66.

³⁷ “El Derecho especial, por su fuerza expansiva, provoca una tensión en el Derecho Común: siempre y cuando se presente un problema similar al que suscitó aquella solución especial, se pretenderá generalizar ésta. Es decir, el Derecho especial se generaliza a costa del Derecho común, lo que visto desde otro ángulo, quiere decir que el Derecho especial tiende hacerse

planteado acerca de la acumulabilidad de acciones, sino también adquiere importancia capital para la determinación del lapso de prescripción aplicable para el ejercicio de la acción correspondiente. Sobre este punto de igual forma la jurisprudencia patria en muchas ocasiones ha incurrido en contradicciones graves que atentan en contra de todo criterio favorable a la unidad y especialización del derecho del trabajo.

De acuerdo con el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, todas las acciones provenientes de la relación de trabajo prescribirán al cumplirse un (1) año contado desde la terminación de la prestación de los servicios. Por otra parte el artículo 62 establece que la acción para reclamar la indemnización por accidentes o enfermedades profesionales prescribe a los dos (2) años, contados a partir de la fecha del accidente o constatación de la enfermedad.

Sin embargo, la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia venía estableciendo de forma reiterada que las acciones por daño moral derivados de la relación laboral corresponden su conocimiento a los Tribunales del Trabajo, pero por cuanto las normas sobre prescripción aplicables a dichos casos no se encuentran reguladas ni en la Ley Orgánica del Trabajo, ni en la derogada Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, resultaba menester aplicar las normas del Código Civil, y en tal sentido esta Ley contempla en su artículo 1.977 un régimen general de prescripción para las acciones personales de diez (10) años, el cual aplica íntegramente a dichos casos.³⁸

Ahora bien, si se considera que es posible la acumulación de las acciones laborales, con la acción que proviene específicamente de la responsabilidad civil por hecho ilícito bajo la óptica del nuevo procedimiento del trabajo, y con

Derecho común”. Cfr: Borrajo, E. (1996) *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid: Editorial Tecnos, p. 43.

³⁸ “En sentencia de este Alto Tribunal del 16 de junio de 1982, esta Sala sentó doctrina, que aquí se reitera, según la cual, con fundamento en que la acción de daño moral no estaba prevista en la entonces vigente Ley del Trabajo y, precisamente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 del Código Civil, la prescripción establecida en el artículo 288 de la derogada Ley del Trabajo, sólo concierne al valimento de los derechos consagrados en esa Ley y no a la acción por daño moral, respecto del cual la misma no trae norma alguna, por lo que le es aplicable la prescripción de diez años prevista en el artículo 1.977 del Código Civil”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 11 de diciembre de 1991.

el fin de establecer la uniformidad en la aplicación del derecho sobre esa materia, el lapso de prescripción establecido, por ejemplo, en el artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo debía extenderse, a todas las acciones derivadas de la enfermedad o accidente industrial, en las cuales necesariamente se debía incluir a las fundadas en las indemnizaciones que consagran los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, en los casos de mediar en dichos casos un supuesto de responsabilidad civil por hecho ilícito.

El fundamento de lo anteriormente referido, se explica en el hecho de que, no obstante que el Código Civil establece un lapso de prescripción para las acciones derivadas de la responsabilidad civil por hecho ilícito, es menester destacar que cuando una acción tiene como título jurídico una supuesta enfermedad derivada de una prestación de servicios, con ocasión de la ejecución de un contrato de trabajo, concatenados a supuestos hechos ilícitos cometidos por el empleador, los cuales ocasionaron dicha enfermedad, dichos supuestos de hecho encuentran una aplicación especial en la Ley Orgánica del Trabajo, y es ésta sólo la que ha de aplicarse a tales fines.

En tal sentido, tal como se desarrolló con anterioridad, la Ley Orgánica del Trabajo regula de manera especial y excluyente la relación jurídica patrono-trabajador, y la aplicación de sus normas, de inminente orden público, es preferente a cualquier otra normativa que regule situaciones similares, por tanto, en cuanto al régimen de prescripción, el lapso establecido en la Ley Orgánica del Trabajo prima sobre cualquier otro, incluso sobre el establecido en el Código Civil, el cual establece un régimen general de prescripción de las acciones personales que sólo es aplicable de manera supletoria en caso de que la Ley de la especialidad no regule nada al respecto.

Dicha afirmación encontró un sustento interesante en una sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, el cual echó por tierra la doctrina que venía sosteniendo la Sala de Casación Civil, en cuanto a la aplicabilidad del régimen de prescripción decenal para la acción derivada de enfermedad profesional y fundada en la responsabilidad civil por hecho ilícito, y en tal sentido dicha decisión dispone expresamente lo siguiente:

En criterio de la Sala, el problema central es determinar si la acción para reclamar los perjuicios que derivan de la ocurrencia de un accidente de trabajo se aplica el tiempo de prescripción que establece especialmente

el artículo 288 de la Ley del Trabajo de 1975, aplicable en este caso, o la prescripción ordinaria de diez años que para las acciones personales establece el artículo 1.977 del Código Civil.

En el caso de autos es obvia la especialidad de la materia tratada, esto es, se trata de un accidente laboral, y por ende, la normativa aplicable debe ser la especial.

Luego, estableciendo la ley especial un tiempo de prescripción específica para el ejercicio de la acción que apunta a reclamar los daños causados por un accidente de trabajo, ésta es la que debe aplicarse por su especialidad y no la ordinaria del Código Civil. En consecuencia, se declara la prescripción aplicable al caso que es del conocimiento de esta Sala, es la de dos años especialmente establecida en el artículo 288 de la Ley de Trabajo de 1975 y de conformidad con el artículo 62 de la vigente Ley Orgánica del Trabajo. Así se decide³⁹.

Posteriormente, el criterio anterior fue ratificado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia y el cual se ha convertido en la doctrina imperante en dicha Sala, y en tal sentido, en fecha 17/05/2.000 en la ya referida sentencia dictada en el caso Hilados Flexión, estableció textualmente lo siguiente:

Es por lo antes expuesto que esta Sala observa que cuando se acciona ante un Tribunal del Trabajo, quien es el competente para conocer de las acciones por indemnización de daños provenientes de infortunios laborales (accidente o enfermedad profesional), ya provenga del servicio mismo o con ocasión de él, regirá la prescripción establecida en la Ley Orgánica del Trabajo, por su especialidad, es decir, “la Ley es imperativa al expresar que en caso de conflictos de leyes, prevalecerán las normas del Trabajo, sustantivas o de procedimiento” (Sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 16 de marzo de 2000).

En otras palabras, todas las acciones que el trabajador intente por “indemnización de daños ocasionados por accidentes o enfermedades profesionales”, prescribirán a los dos (2) años contados a partir de la fecha del accidente, constatación de la enfermedad, o declaración de incapacidad, todo de conformidad con el artículo 62 de la vigente Ley

³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala Político Administrativa. 17 de diciembre de 1998. N° 876 caso: Felicia Navarez contra CADAPE

Orgánica del Trabajo (art. 288 de la derogada Ley del Trabajo). Así se declara...

(...) Por lo tanto como ya se señaló *supra*, son los Tribunales del Trabajo, los que deben conocer las acciones por indemnización de daños producto de un infortunio laboral, todo en protección de los intereses del trabajador accidentado, por ello, él podrá demandar la indemnización tanto de los daños materiales como de los morales, ejerciendo conjuntamente las acciones previstas tanto en la Ley Orgánica del Trabajo (responsabilidad objetiva), la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo por incumplimiento de la empresa o patrono de las disposiciones ordenadas en dicha Ley, o las provenientes del hecho ilícito del patrono de conformidad con el artículo 1.185 del Código Civil, por cuanto ésta última no está prevista en las leyes especiales, por lo que se aplica supletoriamente la normativa prevista en el Derecho Común.

Sin embargo, con relación a la prescripción de las acciones por indemnización de daños por accidente o enfermedad laboral, como bien se declaró *supra*, la Ley Orgánica del Trabajo expresamente establece un lapso de prescripción para estas acciones, el cual por estar contemplado en una Ley especial, se aplica preferentemente al lapso de prescripción establecido en el artículo 1.977 del Código Civil, aplicable inclusive a la acción por hecho ilícito del patrono.

Es por todo lo anterior que, contrariamente a lo señalado por el recurrente en casación en la denuncia *sub iudice*, la recurrida no infringió por falta de aplicación, el artículo 1.977 del Código Civil. Así se declara⁴⁰.

La anterior sentencia es fundamentada por la Sala de Casación Social tomando en consideración la doctrina extranjera, y en tal sentido Cabanellas opinó sobre el tema de la siguiente forma:

Se ha afirmado que reviste la máxima importancia, desde el punto de vista de la paz social resolver en el más breve plazo posible las cuestiones originadas por los accidentes industriales. La legislación laboral determina, para prescripción en materia de accidente de trabajo, un plazo más abreviado que los establecidos en el Derecho Común; para ello se tiene en cuenta, especialmente, la naturaleza de la acción y

⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 17/05/2.000. Ponencia: Magistrado Omar Mora Díaz. Caso: Hilados Flexilón

la necesidad en que el trabajador se encuentra de ejercer su derecho en un momento determinado, pasado el cual el amparo de la legislación, al formalizar diversas presunciones a su favor, deja de surtir efecto⁴¹.

Sin embargo la posición de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia no es del todo clara, ya que exactamente un año después de haber establecido el criterio anteriormente transcrito, y que derivó en una modificación sustancial de la jurisprudencia existente sobre la materia, en fecha 17 de mayo de 2001, la Sala vuelve nuevamente a tomar el viejo criterio sobre la aplicación de la prescripción decenal, al establecer textualmente lo siguiente:

Aprécia la Sala, que ciertamente, tal y como quedó establecido al resolverse la primera denuncia por infracción de ley, la presente acción por cobro de prestaciones sociales y pago de salarios caídos estaba prescrita, y en efecto, así se declaró.

No obstante lo señalado anteriormente, se observa, que de los hechos soberanamente establecidos por la recurrida, la acción correspondiente al reclamo de indemnización por daño moral no se encuentra prescrita, en razón de que dicha acción tiene un lapso de prescripción decenal, es decir, 10 años, por tratarse de una reclamación que deriva de un hecho ilícito del patrono, tal y como lo señaló el *ad quem*⁴².

Esta disociación demostrada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en el manejo de los criterios referidos a la prescripción de las acciones provenientes de la responsabilidad civil del empleador por hechos ilícitos, resulta desalentador para el sustento de la doctrina referida a la admisibilidad de la acumulación de esta acción con la responsabilidad especial derivada de la aplicación de la legislación laboral, ya que resulta absurda la posición de defender la competencia de los Tribunales del Trabajo para conocer de dichas acciones civiles partiendo de la posibilidad que la Ley otorga para su ejercicio, pero concluyendo a su vez que su lapso de prescripción se rige por la normativa de derecho común.

Se hace menester sostener que cuando la jurisprudencia atribuye la competencia para el conocimiento de dichas acciones a los Tribunales del

⁴¹ *Cfr.* Cabanellas, G. (1968) *Derecho de los Riesgos del Trabajo*, Buenos Aires: Editores Libreros, pp. 696 y 697.

⁴² Sentencia de fecha 17 de mayo de 2001, Sala de Casación Social, TSJ, ponencia Magistrado Omar Mora Díaz, Caso: Dinners Club.

Trabajo, no hace otra cosa que someterlas a un proceso de laboralización, es decir partir del hecho de que originariamente constituían acciones civiles, pero que por las circunstancias especiales que rodearon en la conducta de los sujetos en la verificación de los hechos que fundamentan la acción, la convierten en una acción de naturaleza laboral, con los consiguientes efectos que derivan de tal situación, entre las cuales se encuentre el hecho de que deberán ser conocidas por la jurisdicción laboral y a través del trámite procesal especial que la Ley prevé para esos casos.

Es por ello que mientras se mantenga la posibilidad de acumular ambas acciones bajo la esfera del procedimiento del trabajo, partiendo de la naturaleza laboral de cada una, pues entonces en cualquier caso deberá aplicarse los lapsos de prescripción previstos en la legislación laboral. Si no fuere así, se deberá concluir forzosamente la distintiva naturaleza de cada acción, así como la autonomía e independencia de las jurisdicciones a quienes se deberá atribuir la competencia material respectiva para el conocimiento de las acciones que provengan de cada caso en concreto.

En este sentido, lo que se busca es la prevalencia de la unidad de la legislación de cada especialidad para la tramitación procedimental de las acciones, así como para la resolución sustancial de éstas, de manera que cada acción, dependiendo de su naturaleza, posea de forma común en primer lugar un lapso de prescripción aplicable, una norma atributiva de competencia para la jurisdicción correspondiente, y un procedimiento judicial aplicable. Si estos elementos no coinciden en caso de coexistencia de acciones aplicables a un caso concreto, pues sencillamente estas jamás podrían yuxtaponerse bajo un criterio de uniformidad procedimental.

4. LAS NORMAS PROCESALES DE LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO COMO INSTRUMENTOS REGULADORES DE LAS RELACIONES DE CONFLICTO QUE SURGEN DEL HECHO SOCIAL TRABAJO

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁴³, surgió como un nuevo instrumento adjetivo del trabajo que derogó a la vieja Ley Orgánica de Tribunales y

⁴³ Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002.

Procedimiento del Trabajo promulgada el 16 de agosto de 1940, y reformada parcialmente el 30 de julio de 1956 y el 18 de noviembre de 1959, cuya aplicación a la solución de los conflictos derivados de las relaciones sociales que surgían del hecho social trabajo había perdido vigencia, en virtud del carácter obsoleto que presentaba el procedimiento laboral que allí se regulaba.

El viejo procedimiento laboral poseía características muy parecidas al procedimiento ordinario civil, salvo en la reducción de los lapsos, lo cual la hacía, por lo menos en apariencia, un procedimiento más breve que aquél. Sin embargo, la falta de unificación de los criterios procesales a ser aplicables a dicho procedimiento, lo cual hacía que el procedimiento civil ordinario aplicara por vía de supletoriedad para resolver cualquier incidencia no contemplada en la Ley Adjetiva especial, así como la vetusta organización de los tribunales del trabajo, hacía nugatoria la posibilidad de que dicho procedimiento realmente cumpliera su fin dentro de la óptica del derecho del trabajo.

Ahora bien, existe una discusión doctrinaria acerca de la autonomía e independencia del derecho procesal laboral, la cual la ubicaría desprendida de las demás reglas que informan tanto al procedimiento civil ordinario como a los demás procedimientos especiales previstos para otras legislaciones, sin embargo bajo los postulados de la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo pareciera confirmarse el afán del legislador de otorgar tal autonomía a las reglas adjetivas laborales, mas allá de la necesaria interacción de las normas procedimentales especiales a las reglas comunes que informan a todo procedimiento judicial.⁴⁴

Se analizará más adelante como el procedimiento laboral previsto en nuestra Ley Adjetiva especial se informa de principios y caracteres que lo distancia dilatadamente de las reglas comunes que presenta todo procedimiento judicial, es por ello que no es capricho cuando se pretende determinar cuándo nos encontramos ante una acción de inminente naturaleza laboral de manera que la misma sea tramitada de acuerdo con las celosas reglas que impone la espacialísima jurisdicción laboral.

⁴⁴ *Vid.* Meza Salas, Marlon M. “Autonomía del Derecho Procesal del Trabajo en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y la Aplicación Supletoria del Proceso Civil al Laboral”. En Fernando Parra Aranguren, Editor: *Estudios sobre Derecho del Trabajo, Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez*. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2003, V. II, pp. 91 y ss.

4.1 La competencia material del juez del trabajo

Al referirnos acerca de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, como base normativa de la relación procesal entre patrono y trabajador, y de estos con el Estado para la resolución de sus conflictos, así como de aquellas relaciones jurídicas que derivan del hecho social trabajo, y que encuentran su regulación sustantiva en la normativa laboral vigente, tenemos necesariamente que estudiar acerca de la competencia material del Juez del Trabajo a fin de conocer acerca de las disputas originadas de tales relaciones sociales, y cuyo conocimiento implique la aplicación del ordenamiento jurídico laboral vigente en su sentido tanto legal como convencional, a través de la tramitación del novedoso procedimiento laboral.

La competencia por la materia del Juez del Trabajo encuentra su fundamento legal en la disposición contenida en el artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el cual establece que los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir:

1. Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje;
2. Las solicitudes de calificación de despido o de reenganche, formuladas con base en la estabilidad laboral consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la legislación laboral;
3. Las solicitudes de amparo por violación o amenaza de violación de los derechos y garantías constitucionales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;
4. Los asuntos de carácter contencioso que se susciten con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo y de la seguridad social; y
5. Los asuntos contenciosos del trabajo relacionados con los intereses colectivos o difusos.

Trayendo a colación, a modo ilustrativo, el tema relativo a la competencia de los Tribunales del Trabajo para conocer de las acciones por indemnización de daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito vinculado a una relación laboral, como por ejemplo sería el abuso en el despido, ha sido ampliamente debatido

por nuestro mas Alto Tribunal, que de alguna manera se apartó del criterio sostenido por la extinta Corte Federal de Casación, quien sostenía que la competencia para conocer de estos casos pertenecía a los Tribunales Civiles Ordinarios.

En tal sentido, en sentencia de fecha 15/11/72, la Sala Político Administrativo estableció lo siguiente:

El conocimiento de las acciones por Daño Moral, derivadas del contrato de trabajo, corresponde a los Tribunales de la especialidad, ya se ejerzan conjuntamente con otras acciones laborales o independientemente de las mismas... En cuanto a la cuestión de si es de la competencia de los Tribunales del Trabajo conocer de una acción de indemnización de daños, de ello no puede haber la menor duda. Esa competencia surge de un modo claro de la correcta aplicación del artículo 67 del Código de Procedimiento Civil (actual artículo 28) y 235 de la Ley del Trabajo y 1º de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo. En efecto, la materia es una cuestión contenciosa derivada de una relación laboral y rigen al respecto, por imperativo del artículo 67 del Código de Procedimiento Civil, las normas de las leyes especiales, en este caso las laborales, sustantiva y procesal, antes citadas, aún cuando se trate de la acción a que se refiere el artículo 1.185 del Código Civil, siempre y cuando esta última demanda se fundamente en hecho derivado de una relación laboral⁴⁵.

La extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, mediante sentencia de fecha 19 de junio de 1.997 dictaminó que el artículo 1º de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo no limitaba la aplicación de las disposiciones legales a las contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo. Establece asimismo que lo importante para determinar la competencia por la materia, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil, no viene dada por las normas cuya aplicación piden las partes, sino por la relación o situación jurídica existente y sus nexos con una determinada rama del derecho. Adicionalmente a lo anterior citamos textualmente lo siguiente:

⁴⁵ Cfr: Jurisprudencias Ramírez & Garay, 1972, 4to Trimestre.

Los contratos producen relaciones jurídicas naturalmente contractuales, pero muchas veces el contrato se utiliza de manera tal que con él se causan daños a una de las partes de una manera ilícita, sin ser realmente un incumplimiento del contrato; o que siéndolo, por sus efectos desproporcionados con la relación contractual que le rebasan, obra como un hecho ilícito⁴⁶.

Además de desprender su favoritismo hacia el criterio del cúmulo de acciones en materia laboral, la Corte amplió su posición en cuanto a la aceptación de la competencia de los Tribunales del Trabajo en los casos de acciones derivadas de la responsabilidad del patrono por hecho ilícito, lo cual significaba de por sí un espaldarazo a la tesis del favorecimiento de la acumulabilidad de las acciones provenientes tanto de la responsabilidad civil por hecho ilícito como la derivada de la responsabilidad especial laboral por incumplimiento de las normas que regulan las condiciones de trabajo.

En efecto, si bien la antigua posición sostenida por la extinta Sala Político Administrativa provenía de una interpretación de los artículos 67 del Código de Procedimiento Civil derogado, 235 de la Ley del Trabajo derogada, y 1º de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento del Trabajo derogada, igualmente la extinta Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de Casación Civil, estableció que no son las leyes aplicables al caso en concreto las que determinaban la competencia del Juez del Trabajo, sino que es la relación jurídica existente y sus nexos con determinadas ramas del derecho las que así la establecían.

En el presente caso, el nexo viene dado en que el hecho ilícito se origina del daño que ocasiona a una de las partes el incumplimiento del contrato de trabajo, el cual se efectúa con abuso de derecho, y que si bien las disposiciones legales a aplicar no se encuentran contenidas en el contrato de trabajo, pero surgen de la relación jurídica emanada del ejercicio del mismo, por tanto, dicho supuesto se encuentra enmarcado dentro de la disposición contenida en el artículo 1º de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo (hoy artículo 29, ordinal 1º de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo), norma ésta que determina la competencia por razón de la materia de los Jueces del Trabajo.

⁴⁶ Cfr: Pierre Tapia, O. (1997) *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. N° 7. Caracas, pp. 181-183

Pero, por otra parte, si bien nuestros Tribunales han aceptado de una manera casi reiterada la competencia por razón de la materia de los Jueces del Trabajo en las acciones por indemnizaciones de daños, derivadas de la comisión de un hecho ilícito, con fundamento en el artículo 1.185 del Código Civil, basándose en el hecho de la conexidad entre el hecho ilícito y el ejercicio abusivo de los derechos derivados del contrato de trabajo, la doctrina se ha mostrado mas dividida en este campo.

En tal sentido Mélich⁴⁷ establece que la conexidad no debería ser el criterio de selección para determinar la competencia por razón de la materia de los Tribunales del Trabajo para conocer de acciones derivadas de un hecho ilícito durante la vigencia de la relación laboral. Asimismo, Hernández Rueda⁴⁸ establece que la atribución de competencia de los Jueces del Trabajo depende de la naturaleza de la acción, y considerando tal punto de vista son los Jueces civiles los que deberían conocer de las demandas derivadas de la responsabilidad delictual del patrono, en virtud que la naturaleza de dicha acción es meramente civil.

Por otra parte, Duque Sánchez⁴⁹ ha establecido que los Tribunales del Trabajo son los competentes para conocer este tipo de acciones fundando sus criterios en las posiciones emanadas de la Corte Suprema de Justicia, de la cual éste ha formado parte. De igual criterio, Mille Mille⁵⁰, establece que si la Corte Suprema de Justicia ha aceptado la posibilidad que estas acciones se acumulen a pretensiones derivadas del contrato de trabajo, necesariamente el Juez del Trabajo debe conocer de éstas.

⁴⁷ Vid. Mélich, J. (1998) *El Resarcimiento del Daño Moral en material laboral y la cuestión del Cúmulo de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual*, en *Indemnización de Daños y Perjuicios*, Caracas: Ediciones Fabretón., p. 114.

⁴⁸ Vid. Hernández, L. (1977) *El Proceso del Trabajo y sus Peculiaridades*, en *Estudios sobre Derecho Laboral Homenaje a Rafael Caldera*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1977, Tomo II, p. 1.619.

⁴⁹ Duque Sánchez, J. (1977) "Contribución al Estudio del Derecho Procesal Laboral", en *Estudios sobre Derecho laboral Homenaje a Rafael Caldera*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1977, Tomo II, pp. 1634-1635.

⁵⁰ Mille, G. (1989) *Doctrina Judicial sobre Derecho Procesal del Trabajo*, Caracas: Paredes Editores, p. 129

Ambas posiciones tienen puntos de vistas lógicos, aquellos que se encuentran a favor de la incompetencia de los Jueces del Trabajo tienen como planteamiento válido el hecho que no siempre la conexidad de la relación jurídica debe determinar la competencia de los jueces del trabajo, máxime cuando la propia Corte Suprema de Justicia (ahora Tribunal Supremo de Justicia) ha reconocido la no resarcibilidad de los daños morales en materia contractual, por ser éstos de naturaleza meramente extra-contratual, y por tanto la posibilidad de resarcimiento de daños fundado en un hecho ilícito surge de una responsabilidad colateral, y no de una superposición de responsabilidades, por tanto este criterio no hace mas que confirmar la especialidad y autonomía de cada plano de responsabilidad.

Por otra parte aquellos que defienden la competencia de los jueces del trabajo en estos casos encuentran su fundamento válido en el hecho que la derogada Ley del Trabajo del 16 de junio de 1.936, estableció en su artículo 37 que las indemnizaciones que correspondía cancelar al patrono, en caso de ocurrir la terminación de la relación de trabajo, no se limitaba a las indemnizaciones que dicha disposición tarifaba, y en tal sentido, el párrafo final del referido artículo establecía lo siguiente: "...Lo dispuesto en este artículo no impide a los trabajadores el ejercicio de las acciones que puedan corresponderle conforme al derecho común...".

Por tanto, la conexidad a la cual se refiere el criterio de la Corte se encuentra implícito en la propia viabilidad que da la Ley Orgánica del Trabajo de interponer este tipo de acciones, y por tanto su aplicación dentro del campo laboral se encuentra fundado en dicho artículo, al no excluir la responsabilidad civil de las pretensiones de naturaleza netamente laborales.

Ahora bien, lo que hasta ahora no ha percatado la doctrina ni la jurisprudencia acerca del tema es que a partir de la entrada en vigencia de la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo el procedimiento laboral cambia radicalmente su composición con respecto al procedimiento ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil, inspirado en una serie de principios cuya justificación jurídica se encuentra basada en motivos de justicia social, y en la protección del trabajador frente a la desigualdad provocada por el plano asimétrico por el cual se construye la relación jurídica sustancial que deriva del contrato de trabajo, lo cual alerta acerca de la necesidad de establecer con mayor

rigurosidad el tema referido a la delimitación de la acción laboral y del objeto de competencia que se le atribuye a la jurisdicción laboral, es por ello que se hace necesario desarrollar los principios que rigen al nuevo procedimiento laboral y su distinción del esquema procesal ordinario que rige las relaciones de derecho común.

4.2 Principios que caracterizan al proceso laboral especial previsto en la ley orgánica procesal del trabajo

El procedimiento especial del trabajo previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se encuentra inspirado en una serie de principios que, conjuntamente con las normas sustantivas del trabajo, tienen como finalidad garantizar una óptima materialización y regulación del trabajo como hecho social, sin olvidar su fin tutelar. En ese sentido, el artículo 1° de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece como su principal objetivo garantizar “la protección de los trabajadores en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, así como el funcionamiento, para trabajadores y empleadores, de una jurisdicción laboral autónoma, imparcial y especializada”.

Dicho objetivo tutelar deriva en el necesario distanciamiento de las normas procesales del trabajo de aquellas que inspiran al procedimiento civil, partiendo del principio de igualdad entre las partes, lo cual es rechazado de plano por la ley adjetiva laboral. Sin embargo, la LOPT, si bien difiere profundamente en sus aspectos procedimentales, así como en los principios que la erigen del proceso civil ordinario, toma para sí referencias importantes del mismo a fin de incorporarlos dentro de su reglamentación.

En tal sentido el proceso laboral, al igual que el procedimiento ordinario civil, se rigen bajo la égida del *principio dispositivo* en el cual el juez no puede iniciar el proceso sin la actuación de la parte interesada, sin embargo a partir de la interposición de la demanda, el procedimiento laboral toma un giro sustancialmente opuesto al que caracteriza al procedimiento civil ordinario, ya que a partir de la puesta en funcionamiento del aparato jurisdiccional, el proceso laboral toma un carácter en el cual predomina el *principio de dirección e impulso de oficio* mediante el cual el Juez es el director del

proceso y deberá impulsarlo de oficio hasta su conclusión, a menos que la causa se encuentre en suspenso por algún motivo legal.

También rigen en ambos procesos *el principio que las partes están a derecho*, y en tal sentido una vez ocurrida la notificación del demandado para la audiencia preliminar en el procedimiento laboral, así como la citación del demandado para la contestación de la demanda en el procedimiento civil ordinario, no se requerirá ninguna otra. Asimismo ambos son inspirados por el *principio de defensa*, el cual regula la garantía al derecho de la defensa que gozan las partes en todos los grados y estados del proceso, cuyo fundamento se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por su parte, principio universal que rige a ambos procesos es el *principio iura novit curia*, que no es otra cosa que el Juez conoce el derecho y en tal sentido las partes se encuentran dispensadas de probar las consecuencias jurídicas que fundamentan su pretensión a partir de las afirmaciones de hecho y su subsunción en las normas jurídicas. Así lo estimó la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil al señalar textualmente que “La máxima *iura novit curia* viene a ser la consecuencia natural del proceso lógico de la sentencia, que se traduce, según los tratadistas, en la otra expresión latina *da mihi factu, dabo tibi ius* (Dame los hechos, para darte el derecho).”⁵¹

Sin embargo, la máxima *iura novit curia* tiene importancia relevante cuando la consecuencia jurídica que se desprende de los hechos invocados por el actor se encuentran basadas en normas de orden público, tal como es el caso de las normas laborales, donde se le permite al Juez inclusive cambiar la calificación jurídica dada por el accionante a fin de adaptarlo al interés público que emana de la Ley Laboral dentro de un sentido inquisitivo, cuestión que le estaría proscrita de acuerdo con el proceso civil ordinario sobre todo cuando los derechos discutidos son de inminente interés privado.

⁵¹ Pierre Tapia, O. (1988). *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Pierre Tapia, Caracas, 1.988, Tomo III, p. 92

Y es que si bien el *principio inquisitivo* se encuentra presente en ambos procesos, sin embargo, la medida en que se presenta en la jurisdicción laboral hace menoscabar cualquier esfuerzo en el análisis de en cuáles breves disposiciones del procedimiento civil se encuentra presente tal principio. En efecto, el artículo 5 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, establece que “los jueces, en el desempeño de sus funciones, tendrán por norte de sus actos la verdad, están obligados a inquirirla por todos los medios a su alcance y a no perder de vista la irrenunciabilidad de derechos y beneficios acordados por las leyes sociales a favor de los trabajadores, así como el carácter tutelar de las mismas”.

El carácter inquisitivo del procedimiento laboral toma mayor impacto cuando el parágrafo único del artículo 6 establece textualmente que:

el Juez de Juicio podrá ordenar el pago de conceptos, como prestaciones o indemnizaciones, distintos de los requeridos, cuando éstos hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador de conformidad con esta Ley y con lo alegado y probado en el proceso, siempre que no hayan sido pagadas.

En tal sentido, de acuerdo con el anterior análisis, si un trabajador víctima de un accidente de trabajo obviara reclamarle al patrono alguna indemnización derivada del hecho ilícito que de cierta forma observa el Juez su procedencia, aunque así no haya sido invocada por el actor en el *petitum*, de acuerdo con la regla inquisitiva, el Juez estará facultado para condenar al pago de las mismas cuando éstos hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados. Esta situación difícilmente se presentaría en el procedimiento civil ordinario en donde el Juez en su sentencia deberá atenerse a lo alegado y probado en autos, con fundamento en el *principio de congruencia y exhaustividad* de la sentencia.

Sobre los *principios de congruencia y exhaustividad*, en el procedimiento civil ordinario Cuenca establece que en el proceso se integra una trilogía de elementos, los cuales se encuentran representados por personas, cosas y acciones cuya unidad van siempre juntas y no puede ser separada abruptamente por la sentencia. En tal sentido es menester que entre la problemática planteada en la demanda y su contestación, por una parte, y la sentencia, por la otra,

debe existir una relación de causa-efecto, considerada como una necesidad de congruencia.⁵²

Asimismo, el Juez no puede dejar de decidir sobre defensas opuesta por alguna de las partes, y en tal sentido, conforme a la exhaustividad que debe contener la decisión del Juez, esta deberá verificar tanto los alegatos establecidos por el actor como las defensas opuestas por el demandado, en su totalidad y sin suplir defensas y alegatos para la toma de su decisión. El fundamento de dichos principios, se encuentra establecido en el ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, con el ánimo de abrir el análisis de los principios propios que inspiran al nuevo procedimiento laboral, y que lo separan definitivamente del procedimiento civil ordinario tendríamos que comenzar por el *principio de oralidad* que se constituye como una particularidad dentro del procedimiento del trabajo, aunque en el procedimiento civil se encuentra recogido en la disposición contenida en el ordinal 2° del artículo 859 del Código de Procedimiento Civil, pero limitado a aquellos juicios cuya cuantía no excedan los doscientos cincuenta mil bolívars (Bs. 250.000,00), es decir que se consagra como un procedimiento especial dentro de la rama civil.

La oralidad pretende manifestarse dentro del procedimiento laboral como un método que conduce a la simplicidad del mismo, a fin de evitar el manejo burocrático que supone la tramitación de un juicio en forma escrita, situación que conduce inequívocamente a una mayor celeridad en su tramitación y a una resolución inmediata de los mismos.

Igualmente la oralidad busca imponer al Juez de forma directa de los hechos que fundamentan la acción pertinente y de las defensas con las cuales se fundamenta el contradictorio, y con el aporte de las pruebas sustanciadas durante la fase preliminar, así como aquellas que tenga a bien oír durante la etapa de juicio, tendría una noción directa de lo que representa el *thema decidendum*, lo cual le permitiría, en principio, y sin mayor dilación, dar una respuesta jurisdiccional a los planteamientos de las partes.⁵³

⁵² Cuenca, H. *Ob. Cit.* p.

⁵³ “El mayor incentivo que brinda la oralidad es la búsqueda de diseños procedimentales que procuren una administración de justicia rápida y equitativa (...) ante resultados producidos por

El *principio de simplicidad* en el procedimiento del trabajo se encuentra materializada no sólo con la noción de oralidad, sino también con una serie de circunstancias que se encuentran arraigadas dentro del trámite procesal del trabajo, considerando siempre que a falta de disposición expresa de cómo debe tramitarse el proceso, y conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo: “el Juez del Trabajo determinará los criterios a seguir para su realización, todo ello con el propósito de garantizar la consecución de los fines fundamentales del proceso”. Dicho fin no es más que la protección del más débil en la relación sustancial del trabajo, es decir la protección del trabajador.

Por tanto, no resulta excesivo afirmar que con el nuevo procedimiento laboral el Juez del Trabajo tramita un juicio donde, en un principio, presume que lo requerido por el trabajador resulta procedente, salvo que en su defensa el patrono demuestre lo contrario, sino qué sentido tendría la disposición que sigue del referido artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo cuando establece que: “el Juez del Trabajo podrá aplicar, analógicamente, disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el carácter tutelar de derecho sustantivo y adjetivo del derecho del trabajo”.

Otra de las consecuencias derivadas de la simplicidad del nuevo procedimiento del trabajo resulta del *principio de inmediación*, cuyo fundamento se encuentra establecido en el artículo 6 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el cual establece que “los Jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar el debate y la evacuación de las pruebas, de las cuales obtienen su convencimiento”; en este sentido si el juicio no se tramita con convicción de simplicidad, difícilmente el Juez del Trabajo pueda dictar su pronunciamiento con base en lo que ha observado durante el proceso, para lo cual necesariamente deberá hacerse presente.

Ahora bien, para que pueda existir intermediación en el nuevo procedimiento del trabajo, la lógica indica que el Juez no deberá enfrentarse a lapsos dilatados

una verdad aparente, planteados sobre una superfetación de las cuestiones teóricas de derecho, doctrinales, incorporadas atípicamente en las sentencias judiciales (...). Cfr: Henríquez, R. (2000) *El Nuevo Proceso Laboral*, Caracas: Ediciones Liber, pp. 20-21.

entre cada actuación de las partes, es por ello que cobra importancia el *principio de celeridad procesal*, que informa a este nuevo procedimiento del trabajo, que igualmente se apoya en *principio de concentración de los actos*, ello se demuestra entre otras disposiciones, en lo consagrado en el artículo 157 que establece que:

La audiencia de juicio podrá prolongarse en el mismo día, una vez vencidas las horas de despacho, hasta que se agotare el debate, con la aprobación del Juez. En todo caso, si no fuere suficiente la audiencia fijada para agotar completamente el debate, éste continuará el día hábil siguiente y así cuantas veces sea necesario, hasta agotarlo.

En tal sentido, lo normal es que una audiencia de juicio dure sólo un día, y excepcionalmente podría dilatarse cubriendo los sucesivos días hábiles siguientes, sin embargo, el conocimiento por parte del Juez de una causa que implique la aplicación de la normativa referida al hecho ilícito y a la responsabilidad civil que de él deriva, no resulta para nada sencillo, lo cual obviamente conduciría en un impedimento para las partes a fin de desarrollar las defensas y pruebas derivadas de tal complejidad, en favor de la simplicidad y la celeridad que informa a este nuevo procedimiento laboral.

Igualmente es propio del procedimiento laboral el *principio de la conciliación*, previsto en el artículo 6 de la nueva Ley Procesal del Trabajo, y el cual establece textualmente que “El Juez es el rector del proceso y debe impulsarlo personalmente, a petición de parte o de oficio, hasta su conclusión. A este efecto, será tomada en cuenta también, a lo largo del proceso, la posibilidad de promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, mediación y arbitraje.”

Es menester destacar que la conciliación durante el juicio, no representa una mera facultad para las partes durante el proceso, sino que su agotamiento constituye una obligación de imperterritible cumplimiento tanto para las partes como para el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, tan es así que durante la audiencia preliminar, de acuerdo con el artículo 133 de la Ley “el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá, personalmente, mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia que éstas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal.”

Consideramos sumamente difícil, que en caso de debate por la presunta responsabilidad civil patronal por hecho ilícito derivado de la muerte de un trabajador producto de un accidente de trabajo, que el Juez de Sustanciación pueda promover el encuentro amigable de la representación de cada parte a los fines de conciliar sobre la procedencia o no de la acción, absurdos como lo comentado es lo que surgiría de la tramitación de dicha naturaleza de juicio en el contexto del nuevo procedimiento laboral, sin embargo de acuerdo con la nueva Ley Adjetiva dicho trámite deberá necesariamente agotarse.

Por otra parte, al nuevo procedimiento laboral lo rige excepcionalmente el *principio de la informalidad*, en el sentido de que si bien toda demanda presentada por ante la nueva jurisdicción laboral deberá necesariamente hacerse por escrito, de acuerdo con el parágrafo único del artículo 123 de la Ley “también podrá presentarse la demanda en forma oral ante el Juez del Trabajo, quien personalmente la reducirá a escrito en forma de acta, que pondrá como cabeza del proceso”.

Ahora bien, que el trabajador desarrolle de forma oral que fue víctima de un accidente de trabajo mediante el relato de los hechos respectivos, constituye un acto mucho más simple que explicar que el patrono es el culpable de dicho infortunio. Ello demuestra como dicho proceso pareciera más adaptado a la idea de dirimir en materia de accidentes de trabajo, asuntos sobre la responsabilidad objetiva del patrono, donde sólo habría que demostrarse la causa del accidente, a fin de establecer su calificación, más que al juzgamiento de su responsabilidad civil, donde la demostración de los elementos que conforman el hecho ilícito revisten mucho mayor complejidad.

Y es que lo anterior resulta claro, cuando la propia Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece como requisito que debe llenar toda demanda por accidentes de trabajo elementos que del todo no representan mayor dificultad, la Ley lo establece de la siguiente manera:

Cuando se trate de demandas concernientes a los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, además de, lo indicado anteriormente, deben contener los siguientes datos:

1. Naturaleza del accidente o enfermedad.
2. El tratamiento médico o clínico que recibe.

3. El centro asistencial donde recibe o recibió el tratamiento médico.
4. Naturaleza y consecuencias probables de la lesión.
5. Descripción breve de las circunstancias del accidente.

Por otra parte, resulta importante destacar que el nuevo procedimiento laboral trae consigo un importantísimo principio, el cual resulta una novedad dentro de la jurisdicción laboral, y es el traslado de las normas sustanciales del trabajo a sus normas adjetivas del *principio in dubio pro operario*, principio éste que conduce al Juez del Trabajo a tomar decisiones favorables a los trabajadores cuando surge alguna duda, ya no sólo en la interpretación de una o varias normas jurídicas relacionadas con un caso en concreto, sino también “En caso de duda sobre la apreciación de los hechos o de las pruebas” de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.⁵⁴

El principio *in dubio pro operario*, no sólo influye dentro del sistema de apreciación y valoración de las pruebas aportadas en el proceso laboral, sino también dentro del espectro de la sana crítica del Juez, en el sentido que de acuerdo con el artículo 10 de la Ley, en caso de dudas que surjan del estudio y apreciación de las pruebas mediante la sana crítica, siempre se resolverá a favor del trabajador. Esto demuestra la peligrosidad de incluir dentro de la jurisdicción laboral temas de inminente carácter civil, cuyos sistemas de resolución de conflictos se encuentran perfectamente adaptados a los principios que rigen al procedimiento ordinario civil.

Luego, resulta importante destacar la prevalencia en el procedimiento laboral del principio de *contestación determinativa*, y de la consecuente inversión de la carga de la prueba, lo cual no es más que la necesaria fundamentación del contradictorio por parte del demandado, lo cual obliga a éste a complementar la negación de los hechos determinados por el actor en su libelo de demanda, con hechos o circunstancias que contraríen dichas afirmaciones de hecho, so pena de declararlo confeso en cuanto la demanda no sea contraria a derecho.

⁵⁴ El establecimiento del *in dubio pro operario* dentro de la valoración probatoria del procedimiento del trabajo significó una ruptura acerca de la posición tradicional que limitaba dicho principio única y exclusivamente a la interpretación de las normas laborales. *Vid.* Pla, A. (1998) *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: Editorial Depalma. p. 90-93

La obligación de fundamentar el contradictorio, genera para el demandado la carga de probar dichas afirmaciones, lo cual al no lograrlo generaría la procedencia de los fundamentos fácticos del actor, aunque éste no haya logrado probarlas, queda constituida así una inversión de la carga probatoria en el procedimiento laboral donde se debe concluir que quien ostenta la carga de probar en dicho procedimiento es el demandado y no el demandante, contrario a los que tradicionalmente impone las reglas del procedimiento ordinario.⁵⁵

En tal sentido, el artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece que una vez

⁵⁵ La Sala de Casación Social estableció en sentencia reciente lo siguiente: “Es por lo expuesto en el párrafo anterior, que esta Sala de Casación Social debe esclarecer que la contestación de la demanda en materia laboral debe hacerse en forma clara y determinada, estableciendo cuáles de los hechos alegados por el actor se admiten y cuáles se rechazan, estando obligada la parte demandada a fundamentar el motivo del rechazo o de la admisión de los hechos (...) Lo antes precisado, tiene su asidero en la circunstancia de que según como el accionado dé contestación a la demanda, se fijará la distribución de la carga de la prueba en el proceso laboral (...) Por lo tanto, el demandado en el proceso laboral tiene la carga de probar todos aquellos alegatos nuevos que le sirvan de fundamento para rechazar las pretensiones del actor (...) También debe esta Sala señalar que, habrá inversión de la carga de la prueba en el proceso laboral, es decir, estará el actor eximido de probar sus alegatos, en los siguientes casos:

1) Cuando en la contestación a la demanda el accionado admita la prestación de un servicio personal aun cuando el accionado no la califique como relación laboral. (Presunción iuris tantum, establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo).

2) Cuando el demandado no rechace la existencia de la relación laboral, se invertirá la carga de la prueba en lo que se refiere a todos los restantes alegatos contenidos en el libelo que tengan conexión con la relación laboral, por lo tanto es el demandado quien deberá probar, y es en definitiva quien tiene en su poder las pruebas idóneas sobre el salario que percibía el trabajador, el tiempo de servicios, si le fueron pagadas las vacaciones, utilidades, etc.

También debe esta Sala señalar con relación al mencionado artículo 68 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo, en lo referente a cuándo se tendrán por admitidos los hechos alegados por la parte actora, que en estos casos, se deberá aplicar la llamada confesión ficta (...) Es decir, se tendrán por admitidos aquellos hechos alegados por la parte accionante en su libelo, que el respectivo demandado no niegue o rechace expresamente en su contestación, o cuando no haya fundamentado el motivo del rechazo, aunado al hecho de que tampoco haya aportado a los autos en la oportunidad legal, alguna prueba capaz de desvirtuar dichos alegatos del actor (...) En otras palabras, la demandada tendrá la carga de desvirtuar en la fase probatoria, aquellos hechos sobre los cuales no hubiese realizado en la contestación el fundamentado rechazo, de lo contrario, el sentenciador deberá tenerlos como admitidos.” Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 15 de febrero de 2000. Ponente: Magistrado Omar Mora Díaz. Caso Administradora Yuruari. Exp. 98-819.

concluida la audiencia preliminar sin que haya sido posible la conciliación ni el arbitraje, el demandado deberá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, consignar por escrito la contestación de la demanda determinando con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuales niega o rechaza y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar. Se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en la demanda respectiva, de los cuales, al contestar la demanda, no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los motivos del rechazo, ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso.

Dicha diferencia del procedimiento laboral con respecto al procedimiento civil ordinario posee peligrosos efectos en lo que se debe considerar una correcta administración de justicia, y en tal sentido podemos hacer referencia a decisiones emanadas de la extinta Corte Suprema de Justicia en las cuales se condenó a un empleador por no haber realizado la debida determinación de su negativa con respecto a la improcedencia del daño moral alegado por el accionante, lo cual a todas luces desnaturaliza el correcto juzgamiento de ese tipo de situaciones.⁵⁶

Igualmente se extiende a la fundamentación del nuevo procedimiento laboral un principio propio de las normas sustantivas del trabajo el cual es denominado *principio del contrato realidad*, fundamentado en lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo y artículo 47 eiusdem. En tal sentido, si en un contrato de trabajo se señalan determinadas funciones para el trabajador, la mención documental no es suficiente para probar la situación alegada, pues será menester probar que en la realidad ese trabajador si realizó las funciones que se pretenden alegar.⁵⁷

⁵⁶ En sentencia de fecha 1º de septiembre de 1983 la Sala de Casación Civil estableció lo siguiente: “Tal como se desprende del escrito de contestación a la demanda, el defensor judicial de la empresa demandada no contradijo pormenorizadamente el daño moral alegado cuya indemnización se reclama en el escrito libelar razón por la cual a tenor de lo establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, admitió la existencia del mismo, esto es, quedó confeso con respecto a tales daños. Y consecuentemente no le corresponde al actor la prueba de ellos los que se tienen por ciertos (...)”. CFA. Meliá J. (1998) *Ob. Cit.* p. 111.

⁵⁷ “El principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”. *Cfr: PAL, A. Ob. Cit.*, p. 313.

Asimismo, El *principio de la unidad económica* es propio del procedimiento laboral, el cual se correlaciona con la responsabilidad solidaria existente entre los diferentes patronos integrados en el grupo económico, y de aquél que emerge en materia de intermediarios y contratistas, y cuyo fundamento legal se halla implícito en la norma contenida en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo en concordancia con el artículo 21 de su Reglamentación.

Sobre este principio resulta importante destacar las consecuencias que a la aplicación dentro del debate procesal le ha dado nuestro mas Alto Tribunal, específicamente aquél que emana de la jurisprudencia dictaminada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Transporte SAET de fecha 14 de mayo de 2004, en donde dicha Sala determinó que ante la existencia de un grupo empresarial, la sentencia definitivamente firme dictada por el Juez del Trabajo podrá ser ejecutada indistintamente ante cualquiera de los integrantes del grupo, sin menoscabo de aquéllos que no hayan sido parte en el juicio, decisión esta que deviene en excepción de los límites subjetivos de la cosa juzgada, en el sentido que la sentencia definitivamente firme sólo puede afectar como ley entre las partes intervinientes en la litis.

Otro principio propio del procedimiento laboral es el de la *irrenunciabilidad de derechos laborales*, inspirado en que son irrenunciables por el trabajador las disposiciones que la Ley establezca para favorecerlo o protegerlo, cuya fundamentación se encuentra en el artículo 85 de la Constitución de la República, lo cual se encuentra íntimamente relacionado al carácter de orden público de las normas laborales y las potestades inquisitivas que informan la actividad del Juez del Trabajo.⁵⁸

⁵⁸ La sentencia referida textualmente estableció lo siguiente: “En el caso de autos, la Sala observa que de los folios 17 y 35 del expediente, se evidencia que la Presidenta de **TRANSPORTE SAET, S.A.** y de **TRANSPORTE SAET LA GUAIRA, C.A.**, es la misma persona: Gordana Cirkovic Cadek, titular de la cédula de identidad n° 2.157.839, y que en los estatutos de **TRANSPORTE SAET LA GUAIRA, C.A.** se declara que su principal accionista es **TRANSPORTE SAET, S.A.** (folios 37 y 38), lo que demuestra que entre ambas sociedades, con la denominación común “**TRANSPORTE SAET**”, existe unidad de gestión y unidad económica, por lo que se está ante un grupo, que debe responder como tal a los trabajadores del mismo, así los servicios se presten a una de las sociedades que lo conforman. Siendo ello así, al condenarse al pago de una obligación laboral indivisible a la empresa controlante, el juez accionado en amparo no conculcó los derechos a la defensa y al debido proceso invocados por la presunta agraviada, ni actuó fuera de su competencia, contrariamente a lo declarado por el **a quo**”.

Por otra parte resulta importante destacar la consagración en el procedimiento laboral del principio de *Acumulación Subjetiva Impropia* previsto en el artículo 49 LOPT, y por medio del cual varios trabajadores podrán demandar sus derechos y prestaciones sociales, en un mismo libelo y a un mismo patrono siempre que sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto, o cuando la sentencia a dictar con respecto a una de ellas pueda afectar a la otra. Sobre este tema resulta importante destacar que una vez puesta en vigencia la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en agosto del año 2002, su aplicación inmediata quedó en suspenso a través de una *vacatio legis* de un (1) año, con excepción de ciertos artículos a los cuales se les otorgó aplicación inmediata, como lo fue precisamente el artículo 49 de marras.

Meses atrás, específicamente el 28 de noviembre de 2001, la Sala Constitucional había dictado una polémica decisión acerca de la acumulabilidad subjetiva de pretensiones en materia laboral, en donde se había determinado la improcedencia de la constitución de un litisconsorcio activo por carecer de los supuestos de admisibilidad previstos en el artículo 146 CPC, textualmente la Sala consideró en el caso particular lo siguiente:

- a. Que cada demanda acumulada tiene un demandante diverso. Dicho de otra manera, no hay co-demandantes;
- b. Que cada demanda contiene una pretensión diferente. Efectivamente, cada una de las actoras persigue el pago de sumas dinerarias diferentes;
- c. Que cada pretensión demandada se fundamente en una *causa petendi* distinta, a saber: en cuatro relaciones individuales de trabajo, singularmente diferenciadas una de la otra; y
- d. Que hay dos demandadas comunes en cada una de las demandas acumuladas.

De conformidad con la referida decisión, en materia laboral no se cumplían los supuestos de admisibilidad para la constitución de litisconsorcios de conformidad con las previsiones del artículo 146 CPC, lo cual limitaba la garantía que un grupo de trabajadores pudieran acumular tantas demandas como tuvieran en contra de un mismo patrono, todo ello obligó al legislador no sólo a la incorporación del artículo 49 en el cuerpo normativo de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, sino a su aplicabilidad inmediata no obstante la *vacatio legis* que se le concedió a la Ley, sobre todo a los fines de garantizar

una adecuada preparación a la venidera constitución de una nueva jurisdicción laboral.

No queda dudas pues que con la inclusión de dicho artículo se pretendió otorgar al proceso laboral un matiz distinto a aquél que informa al procedimiento civil ordinario, en búsqueda sobre todo de establecer la primacía a la simplicidad del proceso laboral en concordancia con el carácter tutelar que debería informar al nuevo procedimiento del trabajo, no obstante, ello no ha sido menoscabo para que un posterior desarrollo jurisprudencial limite la potestad que emerge del principio de *Acumulación Subjetiva Impropia*, de manera que los litisconsorcios en materia laboral no excedan de un número de veinte (20) trabajadores por causa, y con ello garantizar al demandado la idoneidad en el ejercicio de su defensa.

Por otra parte, resulta propio del procedimiento laboral el *principio de la presunción de laboralidad*, previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, mediante el cual la Ley presume la existencia de un contrato de trabajo entre la persona que presta servicios personal y aquel que lo recibe, presunción que permite ser desvirtuada cuando el patrono demuestre que la prestación del servicio personal que se trata obedecía a una causa jurídica diferente.

Por último también inspira al procedimiento del trabajo el *principio de la continuidad de la relación laboral*, el cual tiene su fundamento legal en varios sentidos:

1. En el caso de la sustitución de patronos, si bien da derecho al trabajador a obtener una causa justificada para su retiro, si no lo invoca dará lugar a la continuación de la relación laboral (artículo 90 Ley Orgánica del Trabajo);
2. Las prórrogas sucesivas de los contratos celebrados a tiempo determinado dará lugar a su conversión a contratos de duración indeterminada (artículo 74 eiusdem);
3. La celebración de un contrato de obra dentro del mes subsiguiente a la terminación del anterior que produce el efecto de tener a las partes como vinculadas por tiempo indeterminado (artículo 75 eiusdem);

4. La continuación de la relación de trabajo como consecuencia de la reincorporación ordenada por el Tribunal de Estabilidad en un procedimiento de calificación de despido (artículo 116 *eiusdem*);
5. Las causas de suspensión del contrato de trabajo y el efecto que ella produce sobre la relación de trabajo de conformidad con lo establecido en el artículo 93 *eiusdem*.

Los principios anteriores, si bien no constituyen caracteres informativos del procedimiento laboral, sin embargo si influyen notablemente en la actividad cognoscitiva que deberá seguir el Juez del Trabajo en su actividad jurisdiccional, los cuales deberán ser aplicados en cada caso que amerite, todo ello en concordancia a la protección especial al trabajador, cuyo objetivo fundamenta al procedimiento laboral tal como lo reconoce el artículo 1° LOPT.

Como se vio anteriormente, el procedimiento del trabajo presenta elementos y caracteres propios que lo distinguen sustancialmente del procedimiento ordinario, y se distancia de éste en cuanto su aplicación analógica vaya en contradicción de los fundamentos y objetivos que persigue este nuevo proceso, el cual no es otro, tal como lo hemos referido, que garantizar al trabajador medios sustantivos que le garantice la tutela que a su vez avale la existencia de las normas sustanciales del trabajo, como normas reguladoras de las relaciones jurídicas que surgen del hecho social trabajo.

Lo anterior demuestra claramente el fin que persigue la Ley Orgánica de Procesal del Trabajo, al establecer la aplicabilidad supletoria del juicio ordinario civil. El procedimiento del Trabajo tiene como objeto la resolución de conflictos originados entre trabajador y patrono y cuya resolución requiera de la aplicación de normas derivadas del contrato de trabajo, y en este caso juega papel preponderante las normas sustantivas del trabajo de carácter legal, que por virtud de su carácter de orden público sirven de base o piso mínimo en la regulación de los contratos de trabajo, en detrimento de la autonomía de la voluntad de las partes.

Los conflictos que se originan de la aplicación de los contratos de trabajo, normalmente tienen como objeto el cobro de prestaciones sociales, salarios retenidos, cumplimiento de obligaciones contractuales, obligaciones cuyo

fundamento devienen de presupuestos fácticos establecidos en las respectivas normas que las regulan, cuya prueba no requiere mayor labor de sustanciación. Es por ello que el legislador previó para el caso de este tipo de conflictos una tramitación procesal especial, fundado en el principio de orden público que inspira al trabajo como hecho social.

Esto no quiere decir que no existan otros temas laborales que igualmente devengan en conflictos y que su solución representan una labor compleja, en tal sentido las normas sobre prevención de riesgos del trabajo previstas en la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, en sí conllevan en un estudio complejo de ciertas situaciones, pero nunca tan subjetivas como por ejemplo el análisis y aplicación de los elementos que conforman la culpa en el marco de la responsabilidad civil por hecho ilícito u otros temas que resulten ajenos al contenido que debería limitar a la acción laboral.

Todo lo anteriormente expuesto denota indefectiblemente la incompatibilidad del nuevo procedimiento del trabajo con el procedimiento ordinario civil, así como la necesidad de distinguir a la acción laboral de otras especies cuya resolución y tramitación impliquen la aplicación de otros principios distintos a los que informa al procedimiento laboral, todo ello con el fin de garantizar a todo ciudadano un eficaz derecho a la defensa y al debido proceso. El fundamento de lo anterior se explica por el objeto de tramitación del juicio ordinario, en efecto, las obligaciones contempladas en el Código Civil, así como en la gran mayoría de las leyes, son normalmente las causas sustanciables a través del juicio ordinario, mientras que aquellas que provienen propiamente de las relaciones sustanciales laborales encontrarán seguramente una mejor recepción dentro del marco del procedimiento laboral, diseñado en todo caso para tal fin.

