



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

FUNDACIÓN
"JUAN GERMAN ROSCIO"
RIF: J-31361261-8
NIT. 04317058893

BOLETÍN

de la

Academia de Ciencias

Políticas y Sociales

ENERO-DICIEMBRE 2014 / N° 153

CARACAS / VENEZUELA

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Junta Directiva 2014-2015

Presidente	Dr. <i>Luis Cova Arria</i>
Primer Vicepresidente	Dr. <i>Eugenio Hernández-Bretón</i>
Segundo Vicepresidente	Dr. <i>Gabriel Ruan Santos</i>
Secretario	Dr. <i>Humberto Romero-Muci</i>
Tesorero	Dr. <i>Alberto Arteaga Sánchez</i>
Bibliotecario	Dr. <i>Jesús Ramón Quintero</i>

Individuos de Número

Luis Ugalde	James-Otis Rodner
José Guillermo Andueza	Ramón Escovar León
Aristides Rengel Romberg	Román J. Duque Corredor
José Muci-Abraham	Luis Ignacio Mendoza
Enrique Urdaneta Fontiveros	Carlos Ayala Corao
Luciano Lupini Bianchi	Gonzalo Parra Aranguren
Francisco López Herrera	Alberto Baumeister Toledo
Pedro Nikken	Emilio Pittier Sucre
Allan Randolph Brewer-Carías	Julio Rodríguez Berrizbeitia
Tomás Enrique Carrillo Batalla	Alfredo Morles Hernández
Humberto Njaim	Enrique Lagrange
Hildegard Rondón de Sansó	Carlos Leáñez Sievert
Rafael Badell Madrid	Luis Guillermo Govea U., h
Enrique Iribarren Monteverde	Luis H. Farías Mata
Josefina Calcaño de Temeltas	Oscar Hernández Álvarez
Enrique Tejera París	Fortunato González Cruz
René De Sola	Luis Napoleón Goizueta H.

Revista de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Nº 153 / enero - diciembre 2014

Caracas, Venezuela

Periodicidad anual

Hecho el depósito de Ley

Depósito Legal: pp193602DC482

ISSN: 0798-1457

1. Derecho-publicaciones periódicas

CONSEJO EDITORIAL

Alfredo Morles Hernández [Academia de Ciencias Políticas y Sociales]

Alberto Baumeister Toledo [Universidad Católica Andrés Bello]

Eugenio Hernández-Bretón [Universidad Monteávila]

El *BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES* se encuentra indizado en la base de datos del Catálogo LATINTEX (Folio Nº 15543)

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTE LIBRO
SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT

© Copyright 2012

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco,

Palacio de las Academias

Caracas 1121-A

Teléfonos: (0212) 482 88 45 - 482 86 34

Fax: (0212) 483 26 74

e-mail: acienpoli@cantv.net

Página web: www.acienpoli.org.ve

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.

Diagramación: Oralia Hernández

Impreso en Venezuela

LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES HACE CONSTAR QUE LAS PUBLICACIONES QUE PROPICIA ESTA CORPORACIÓN SE REALIZAN RESPETANDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO; PERO DEJA CONSTANCIA EXPRESA DE QUE ESTA ACADEMIA NO SE HACE SOLIDARIA DEL CONTENIDO GENERAL DE LAS OBRAS O TRABAJOS PUBLICADOS, NI DE LAS IDEAS Y OPINIONES QUE EN ELLA SE EMITAN.

ÍNDICE

PRONUNCIAMIENTOS

Manifestaciones públicas de protesta; represión y violencia. Pronunciamiento del Comité Interacadémico de las Academias Nacionales, 21 de febrero 2014.....	3
Pronunciamiento del Comité Interacadémico de las Academias Nacionales ante los hechos de violencia, represión, detenciones, tratos infamantes y denuncias sobre torturas por parte de funcionarios de los cuerpos de seguridad del estado, 13 de marzo de 2014.....	9
Pronunciamiento ante las recientes decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 10 de abril de 2014.....	13
Pronunciamiento en razón de los recientes Decretos-Ley dictados por el Presidente de la República, 2 de diciembre 2014.....	19

EVENTOS

PRESENTACIÓN DEL LIBRO: CURSO DE DERECHO PARLAMENTARIO DE RAMÓN GUILLERMO AVELEDO, 18 DE MARZO DE 2014

Palabras de apertura del Dr. Luis Cova Arria, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales	27
Palabras del Dr. Humberto Njaim, Individuo de Número de la Corporación.....	31

Palabras del Dr. Jesús María Casal Hernández, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.....	37
Palabras del Autor Dr. Ramón Guillermo Avelo.....	45

**ENTREGA DE LOS PREMIOS ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES 2013-2014**

Palabras de apertura del acto por el Dr. Luis Cova Arria, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	57
Lectura de las palabras del Bachiller Luis Fraga Lo Curto, ganador del premio versión estudiantes, por su trabajo, “La Inviabilidad del Sistema Venezolano de Planificación Centralizada de Precios”, por el académico Dr. Ramón Escovar León.....	61

**FORO: EL PROBLEMA DE LA GUAYANA ESEQUIBA:
PASADO, PRESENTE Y FUTURO. Miércoles 25 de junio de 2014**

Palabras de apertura a cargo del Dr. Luis Cova Arria, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	69
La ruta que llega a la Rebelión del Rupununi <i>Dr. Guillermo Guzmán Mirabal</i>	73
Guyana: El Acuerdo de Ginebra en la actualidad <i>Dr. Sadio Garavini di Turno</i>	91
Realidad socio-económica de la Guayana Esequiba <i>Lic. Rajihv Morillo Dager</i>	103

**JORNADA DE ARBITRAJE.
Jueves 3 de julio de 2014**

Palabras de apertura a cargo del Dr. Luis Cova Arria, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	115
El Arbitraje Marítimo <i>Dr. Luis Cova Arria</i>	117

**I JORNADAS VENEZOLANAS SOBRE DERECHO PARLAMENTARIO
18 de septiembre de 2014.**

Palabras del Dr. Luis Cova Arria, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	175
--	-----

**FORO: RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL
DEL ARRENDAMIENTO EN VENEZUELA CICLO DE FOROS
“HACIA EL CENTENARIO DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES (1915-2015)”.
JUEVES 13 DE NOVIEMBRE DE 2014**

Palabras de apertura por el Dr. Luis Cova Arria, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	141
---	-----

Régimen jurídico del arrendamiento de los inmuebles comerciales <i>Dr. Rafael Badell Madrid</i>	145
--	-----

OTROS EVENTOS

Presentación libro del Dr. James-Otis Rodner S.
“La transferencia del contrato”. Martes 8 de julio 2014

Foro el pluralismo informativo y la libertad audiovisual.
Miércoles 30 de julio de 2014

Presentación de la obra: “Empresas mixtas en el ámbito del régimen
de los hidrocarburos en Venezuela” de Hildegard Rondón de Sansó.
Viernes 19 de septiembre de 2014

Foro: Los graves problemas de la familia en un mundo global
ciclo de foros “Hacia el centenario de la Academia de Ciencias Políticas
y sociales (1915-2015)”. Jueves 6 de noviembre de 2014

Foro: El sistema de control de precios y la Ley de Precios Justos. Ciclo de foros “Hacia el centenario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1915-2015)”. Viernes 28 de noviembre de 2014.....	175
---	-----

DISCURSOS DE INCORPORACION

Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del Doctor Carlos Ayala Corao, el 8 de mayo de 2012	181
Discurso de Contestación al Doctor Carlos Ayala Corao por el recipiendario Doctor Pedro Nikken, Individuo de Número de la Corporación	201
Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del Doctor Rafael Badell Madrid, el 1 de julio de 2014.....	213
Discurso de Contestación del Académico Dr. Humberto Romero-Muci al Discurso de Incorporación del Dr. Rafael Badell Madrid a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales	277

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

El derecho privado internacional (de la familia y de las sucesiones) en el derecho internacional privado: La experiencia venezolana <i>Dr. Eugenio Hernández Bretón</i>	301
Apuntes para un estudio acerca de la flexibilización de los criterios atributivos de jurisdicción <i>Dr. Eugenio Hernández Bretón</i>	323
Comprar para cobrar o comprar para demandar. Una diferencia sutil del “Fondo Buitre” en los casos de deuda soberana (Comentarios breves sobre aspectos jurídicos, éticos y humanistas) <i>Dr. Román Duque Corredor</i>	341
Presupuesto y Petróleo, herramientas de combate contra la descentralización <i>Juan Cristóbal Carmona Borjas</i>	365
La imputación de pagos: un examen preliminar de la figura en el Código Civil Cubano <i>Leonardo Pérez Gallardo</i>	439
La transacción y su homologación en materia laboral <i>Juan García Vara</i>	471

Compétence-compétence y la Remisión al Arbitraje. <i>Francisco González de Cossío</i>	491
El principio competencia-competencia y la facultad del Tribunal Arbitral para decidir sobre su propia, existencia <i>Pedro Saghy</i>	499
Un discurso memorable <i>Dra. Hildegard Rondón de Sansó</i>	505

**TRABAJOS PREMIO
ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

La Inviabilidad del Sistema Venezolano de Planificación Centralizada de Precios. Luis Fraga Lo Curto. Premio versión estudiantes	511
---	-----

PRONUNCIAMIENTOS

**MANIFESTACIONES PÚBLICAS DE PROTESTA;
REPRESIÓN Y VIOLENCIA.
PRONUNCIAMIENTO DEL COMITÉ
INTERACADÉMICO DE LAS ACADEMIAS
NACIONALES, 21 DE FEBRERO 2014**

El Comité Interacadémico de las Academias Nacionales expresa al país su profunda preocupación por los acontecimientos violentos ocurridos a raíz de las manifestaciones públicas que, de manera pacífica, han sido convocadas en todo el país desde el 10 febrero de este año 2014. 1.- La irritación y descontento de muchos ciudadanos con relación a la inseguridad, la insuficiencia de medicamentos básicos y la falta de suministros adecuados a los hospitales públicos, así como la escasez de alimentos y de otros productos esenciales para la vida cotidiana, han sido y siguen siendo las razones fundamentales del descontento que se evidencia a escala nacional. También avivan el descontento de un amplio sector de venezolanos la negligencia del gobierno en investigar numerosas denuncias de hechos de corrupción, por más manifiestos que éstos sean, la ausencia de un Contralor General de la República debidamente designado, la permanencia de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y Rectores del Consejo Nacional Electoral, cuyos periodos se han vencido y el clima de violencia que se vive en la Asamblea Nacional, que ha llegado al extremo de la agresión física a parlamentarios de la oposición, entre otros asuntos. 2.- Ante los hechos de violencia a los que han sido sometidos los manifestantes, hay que reivindicar el derecho fundamental de los ciudadanos, consagrado constitucionalmente en el artículo 68 y amparado por el derecho universal, de manifestar pacíficamente y sin armas. Siendo así, el Estado a través de las autoridades policiales, tiene el deber de proteger y salvaguardar a los manifestantes y desarmar y controlar cualquier grupo violento. Por lo tanto el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas para ejercer cualquier tipo de control en una manifestación pacífica es inconstitucional. 3.- Por los motivos ante expuestos rechazamos de manera categórica: a.- todo intento de imponer un pensamiento único en la conducción del país, b.- la presencia de los grupos armados que han arremetido contra

ciudadanos que protestan pacíficamente y han ocasionado muertos y un número considerable de heridos, c.- la persecución y encarcelamiento de estudiantes y activistas políticos que ejercen su derecho a la protesta pacífica, d.- el uso desproporcionado de la fuerza pública para reprimir a los manifestantes, e.- las humillaciones y vejaciones físicas a las que han sido sometidos los estudiantes apresados por las FAB. Los autores de estos hechos abominables, algunos documentados por las víctimas, de ser confirmados, envilecen a la Fuerza Armada y merecen el más profundo desprecio de una sociedad civilizada, f.- el llamado del gobernador del Estado Carabobo a realizar una “contraofensiva fulminante”, que trajo como consecuencia la muerte de una joven de 22 años, g.- las medidas de represión contra estaciones de televisión internacionales, como NTN 24, y h.- la escasez de papel para los medios impresos y los intentos de censura y retrasos en la conexión a Internet. 4.- Por tanto exigimos: i.- que se establezca un dialogo constructivo, sin condiciones previas, entre gobierno y oposición, como vía para conducir el país de modo aceptable para todos los venezolanos, ii.- que el Estado reconozca y respete la diversidad de opiniones y planteamientos como elemento esencial de una sociedad democrática en un país civilizado, iii.- que los responsables de los atropellos, muchos de ellos plenamente identificados, sean llevados ante la justicia, iv.- que los órganos del Poder Público Nacional, como la Defensoría del Pueblo y Fiscalía General de la República cumplan con el rol que constitucionalmente les corresponde en defensa de los derechos de todos los ciudadanos. v.- La liberación de los manifestantes así como de los dirigentes que convocaron las manifestaciones, aprehendidos injustamente por ejercer el derecho constitucional a la protesta.

Caracas, 21 de Febrero de 2014

Rafael Muci Mendoza
Presidente de la Academia Nacional de Medicina.

Luis Cova Arria
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Claudio Bifano
Presidente de la Academia
de Ciencias Físicas Matemáticas y Naturales

Luis Mata Mollejas
Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas.

Manuel Torres Parra
Presidente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat.

Francisco Javier Pérez
Director de la Academia Venezolana de la Lengua.

**PRONUNCIAMIENTO DEL COMITÉ
INTERACADÉMICO DE LAS ACADEMIAS
NACIONALES, ANTE LOS HECHOS
DE VIOLENCIA, REPRESIÓN, DETENCIONES,
TRATOS INFAMANTES Y DENUNCIAS SOBRE
TORTURAS POR PARTE DE FUNCIONARIOS DE
LOS CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO**

El Comité Interacadémico de las Academias Nacionales, consciente de su responsabilidad ante los hechos de violencia, represión, detenciones, tratos infamantes y denuncias sobre torturas por parte de funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado, estima su deber pronunciarse al respecto y consideran: 1. En un Estado de Derecho y de Justicia, a tenor de lo establecido en la Constitución, debe preservarse a toda costa el derecho a protestar en forma pacífica y sin armas (art. 68). 2. Ante una manifestación ciudadana, connatural a un régimen democrático, la autoridad, encargada de velar por el orden público, tiene el deber de extremar su celo por garantizar y resguardar a quienes ejercen ese derecho. Asimismo, debe garantizar que el mantenimiento del orden público se lleve a cabo con medidas adecuadas y sin recurrir al uso indiscriminado e ilegal de gases tóxicos y al empleo criminal de armas con capacidad letal. 3. Las detenciones en presunta flagrancia, sin que se llenen los estrictos requisitos legales de la excepcional privación de libertad a la que puede dar lugar, la incomunicación y la sujeción a procesos penales con medidas cautelares que afectan derechos ciudadanos con las características de penas anticipadas, constituyen francos atropellos a los derechos humanos y desconocimiento absoluto de las leyes venezolanas, en un sesgo absolutamente condenable. 4. El Comité Interacadémico, rechaza de manera categórica el empleo de tortura y tratos crueles con el fin de obtener declaraciones de personas privadas de libertad, castigar, intimidar o doblegar la voluntad de perseguidos o detenidos con motivo de las protestas ciudadanas son hechos que, de ser comprobados, deben ser investigados exhaustivamente y los funcionarios responsables sancionados ejemplarmente. 5. Se impone, por parte del Estado y de sus órganos, en primer lugar, dar muestras claras y efectivas de diálogo que deben encontrar su concreción en medidas de indulto o amnistía para perseguidos y presos por motivaciones

predominantemente políticas y el cese de la represión indiscriminada contra manifestantes, quienes deben encontrar el camino abierto para canalizar sus protestas sin que se permita el recurso indiscriminado a la violencia y la tortura con el doloroso saldo de víctimas inocentes.

Caracas, 13 de marzo de 2014

Rafael Muci Mendoza
Presidente de la Academia Nacional de Medicina.

Luis Cova Arria
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Claudio Bifano
Presidente de la Academia
de Ciencias Físicas Matemáticas y Naturales

Luis Mata Mollejas
Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas

Manuel Torres Parra
Presidente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat

Francisco Javier Pérez
Director de la Academia Venezolana de la Lengua

**PRONUNCIAMIENTO ANTE LAS RECIENTES
DECISIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL
DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
10 DE ABRIL DE 2014**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se dirige a la comunidad jurídica nacional y mundial, así como a la opinión pública en todos sus estratos, niveles y orientaciones para, una vez más pero ésta con mayor urgencia, denunciar que las últimas decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en lo referente a los ciudadanos Enzo Scarano y Daniel Ceballos, Alcaldes de los municipios San Diego y San Cristóbal respectivamente, y a la diputada María Corina Machado, han revelado claramente que Venezuela ha dejado de ser un Estado Constitucional. Los criterios que orientan la forma jurídico-política, que así se ha engendrado, o en la que la Constitución venezolana ha mutado, podrán tener diversos nombres y calificativos, pero han dejado de ser los del Estado de Derecho. Esto es algo que debe tener claro la opinión internacional, que a menudo se muestra confundida por la existencia de una Constitución que si bien no ha sido formalmente derogada en la realidad sí lo ha sido, así como por la celebración de actos electorales que han devenido en un puro ritual donde no hay ocasión para una verdadera competencia democrática en igualdad de condiciones. En efecto, los actos electorales, de los cuales reclama el régimen su legitimidad de origen, han sido actos que la oposición ha calificado siempre de fraudulentos, por la ausencia de imparcialidad del árbitro, por el uso indebido de los recursos públicos y por las ventajas impropias del contendor oficial. A partir de las decisiones mencionadas cabe esperar, en Venezuela, cualquier actuación que avance aún más en la extirpación del contendor político y no esperar nada en cuanto a la reconstrucción de las instituciones en forma tal que permita la convivencia entre todos los ciudadanos cualquiera sea su concepción ideológica. Independientemente del contenido de las recientes sentencias de la Sala Constitucional, y si ese contenido sea o no discutible, tiene que llamar la atención aun al observador más

desprevenido como son expresión de un sistema implacable y contundente de sincronización de acciones y decisiones por parte de autoridades que se supone deberían ser independientes unas de otras, de conformidad con el principio constitucional de separación de poderes y funciones. Así, por ejemplo, con celeridad inaudita y con fundamentación deleznable, el Consejo Nacional Electoral una vez cesados los alcaldes por la Sala Constitucional, sin el debido proceso, ya anunció el cronograma electoral y convocó nuevos comicios para Alcaldes en dichos municipios. Son decisiones y procedimientos sumarios, incluso anunciados anticipadamente en cuanto a su sentido y resultado favorable al Poder Ejecutivo o a un Legislativo donde la oposición ha sido reducida a la impotencia. En efecto, la Presidente del Tribunal Supremo de Justicia un día antes de la sentencia que despojó de investidura parlamentaria a la diputada Machado “asomó” que se estudiaban las eventuales consecuencias jurídicas del caso. Tales consecuencias jurídicas no podían ser otras que las ya aplicadas arbitrariamente por el Presidente de la Asamblea Nacional de “retirarle la inmunidad parlamentaria a la diputada opositora María Corina Machado” por supuesta violación de los artículos 191 y 149 de la Constitución, con flagrante atropello de las garantías del debido proceso, como son del derecho a ser juzgado por el Juez natural y el derecho de defensa, así como los derechos de sufragio activo y pasivo y la inmunidad parlamentaria. Cabe resaltar, que José Miguel Insulza, Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA), señaló que la diputada Machado actuó según una práctica usual de dicha institución, tal como ocurrió en 2009 cuando la excanciller hondureña Patricia Rodas se dirigió al Consejo Permanente como representante de Venezuela. En nuestro país los poderes públicos actúan en una colusión que evidencia un desconocimiento sistemático del derecho como instrumento de libertad y pluralismo. Las decisiones de la Sala Constitucional no sólo son previsibles en su sentido favorable al proyecto político que proclama el Presidente de la República, sino que para lograr dicho objetivo usurpan atribuciones penales que no le corresponden (casos Scarano y Ceballos) o inventan procedimientos insólitos para desechar un recurso por inadmisibles y al mismo tiempo dar respuesta extraproceso, expedita y de fondo al Presidente de la Asamblea Nacional (caso Machado). En las actuales circunstancias

venezolanas la defensa de la Constitución queda abandonada a la sociedad pues ya no puede esperarse lamentablemente de los entes jurídicos concebidos institucionalmente para tal fin. En la realización del desig- nio político al cual sirve la Sala Constitucional no importa la violación del debido proceso, no importa no dar ocasión imparcial a los argumen- tos de la parte enjuiciada, no importa convertirse en juez y parte y en instancia única de decisión, no importa criminalizar la disidencia, no importa anular la voluntad popular o impedir la presentación en ins- tancias internacionales de visiones divergentes. Por el contrario, todo está permitido si asegura los propósitos y la continuación indefinida e ilimitada en el poder del grupo gobernante. En los casos de los alcaldes Scarano y Ceballos se ha aplicado de manera arbitraria que se asemeja a vías de hecho, sanciones penales e inhabilitaciones políticas, con la amenaza de extenderlas a los demás alcaldes de orientación opositora. Sobre la diputada Machado, además se cierne la amenaza de una causa por traición a la patria, carente de todo fundamento jurídico. En todo caso, observamos, que el Poder Judicial en Venezuela no es la víctima, a pesar suyo, de la influencia indebida del Poder Ejecutivo. El Poder Judicial, junto con el Poder Legislativo, actúa en deliberado y cons- ciente acuerdo con el Poder Ejecutivo, como miembro y participe de la misma ideología inconstitucional rechazada en el referéndum del 2 de diciembre de 2007. Esa actuación concertada es incompatible con la esencia de la separación y autonomía de los poderes públicos, garantía de la libertad de los ciudadanos y elemento esencial de toda democra- cia constitucional. Alertamos a la comunidad nacional y llamamos la atención a los pueblos del mundo sobre lo que ocurre en Venezuela, a fin de que comprendan que no se trata de hechos aislados o excén- tricos sino desarrollo y aplicación de toda una metodología perversa para manipular las instituciones jurídicas y crear falsas apariencias de juridicidad. Invitamos a las comunidades jurídicas del mundo a que se acerquen y estudien los abusos jurídicos de los que somos víctimas. A que observen que no hay tal democracia participativa y protagónica sino una contraposición que puede tener consecuencias trágicas entre organismos que deciden en nombre del pueblo y un pueblo al que se le impide decidir libremente. Podrán así prevenirse de lo que hoy lamen- tamos los venezolanos que no es sólo un mal nuestro sino el desarrollo

de una estrategia que está destinada a subyugar a las sociedades que se esfuerzan a realizar, así sea accidentadamente, y en medio de toda suerte de tropiezos, los ideales del Estado de Derecho y de la genuina democracia. Por último, consideramos que toda posibilidad de diálogo para superar la crisis debe iniciar por el compromiso sincero de todos los actores nacionales de restablecer la Constitución y el Estado de Derecho vulnerado. Acordado en sesión extraordinaria de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Caracas, el 10 de abril de 2014

Luis Cova Arria Presidente
Gabriel Ruan Santos Secretario Accidental

**PRONUNCIAMIENTO EN RAZÓN
DE LOS RECIENTES DECRETOS-LEY DICTADOS
POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
2 DE DICIEMBRE DE 2014**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales tiene el deber de dirigirse a la comunidad para manifestar su preocupación por el proceder inconstitucional seguido por el Presidente de la República, al recientemente dictar Decretos-Ley, anunciados en números ordinarios de la Gaceta Oficial los días 18 y 19 de noviembre de 2014 y publicados, efectivamente, a través de diversos números extraordinarios de la mencionada Gaceta, pero tan solo disponibles al público, a partir del día 24 de noviembre, fecha en la que ya había expirado el lapso de la delegación legislativa otorgada al Presidente de la República por la Asamblea Nacional. Advierte esta corporación a la comunidad que, independientemente de su contenido, esos Decretos-Ley son de dudosa constitucionalidad, por cuanto han excedido el límite de la facultad temporal que, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución, le concedió la Asamblea Nacional al Presidente de la República. De otra parte, expresa su rechazo la Academia de Ciencias Políticas y Sociales al uso que se ha dado a la facultad excepcional de legislar, a través de Decretos-Ley, previa habilitación de la Asamblea Nacional, con exceso de poder, pues ella de ninguna forma permite al Ejecutivo sustituirse en la labor parlamentaria de elaboración del ordenamiento jurídico conforme al Estado de Derecho que consagra la Constitución. A través de los mencionados Decretos-Ley han sido regulados, modificados, derogados y suprimidos importantes y sensibles sectores del ordenamiento jurídico nacional como son los relativos a la organización del Poder Público, al régimen tributario y al sistema económico, sin previa difusión y sin ningún tipo de consulta pública, deliberación o discusión, obviando la participación de los sectores interesados o afectados por los decretos y con íntegra sustitución de leyes preexistentes mediante la producción de nuevas leyes, en lugar de reformas parciales o puntuales. Deplora la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que de tal manera se haya

regulado, modificado, derogado o suprimido, parte muy importante del ordenamiento jurídico del País, más allá de toda urgencia, sin el previo conocimiento de los proyectos, sin el estudio y la meditación adecuada de las nuevas normas que gobernarán a la comunidad, lo cual es de la esencia de la democracia, llegándose a eliminar principios de derecho de larga tradición en el régimen democrático venezolano. La Ley que ha de regular a la sociedad debe ser la expresión de la voluntad general y eso sólo se logra por conducto de la Asamblea Nacional, con participación de la colectividad, previo el cumplimiento riguroso del proceso de formación de las leyes establecido en los artículos 202 al 215 de la Constitución, dentro del cual se incluye la necesidad y el deber de oír a otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada, nada de los cual ha ocurrido en el presente caso. Acordado en sesión ordinaria de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Caracas, el 02 de diciembre de 2014.

El Presidente, Luis Cova Arria
El Secretario, Humberto Romero-Muci

EVENTOS

**PRESENTACIÓN DEL LIBRO:
CURSO DE DERECHO PARLAMENTARIO
DE RAMÓN GUILLERMO AVELEDO,
18 DE MARZO DE 2014**

**PALABRAS DE APERTURA
DEL DR. LUIS COVA ARRIA,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

Señores miembros de la Junta Directiva de Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas presentes, Señores Académicos. Señores Académicos Miembros de otras Academias Nacionales; Señor Dr. Jesús María Casal, Ex Decano y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello Señor Dr. Ramón Guillermo Aveledo, Presidente del Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro. Señoras y Señores:

En nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, me complace darles la más cordial bienvenida a la presentación de la obra: “Derecho Parlamentario”, del Doctor Ramón Guillermo Aveledo.

Realmente fue un honor para mí recibir la llamada el pasado mes de Diciembre de quien fue uno de mis más destacados alumnos, solicitando los espacios de esta Academia para la presentación de su obra sobre Derecho Parlamentario.

El Dr. Ramón Guillermo Aveledo muy conocido actualmente por su importante labor al frente de la Mesa de la Unidad Democrática, no sólo ha destacado en la actividad política, como miembro y dirigente del partido COPEI, diputado en el Congreso de la República por el Estado Lara, jefe de la fracción parlamentaria socialcristiana en el Congreso y dos veces Presidente de la Cámara de Diputados. Sino que también se ha destacado en otras áreas como el deporte, habiendo sido presidente de la Liga Venezolana de Béisbol Profesional entre 2001 y 2002, y en la docencia universitaria en las Universidades Católica Andrés Bello y Metropolitana. Es además autor de otras numerosas obras sobre temas jurídicos, políticos o históricos.

El Derecho Parlamentario, tema del libro que hoy nos presenta, y del cual con detalle hablarán quienes intervendrán más adelante, representa gran importancia en la Venezuela actual, donde, en palabras de su propio autor “atraviesa una grave crisis”, la cual ha venido decantando

desde que la Constitución de 1999 eliminó la bicameralidad que existió durante años en nuestro sistema constitucional.

En el acto de hoy intervendrá a continuación nuestro numerario, el Académico Dr. Humberto Njaim, seguidamente el Dr. Jesús María Casal, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello para finalizar con las palabras del Autor Dr. Ramón Guillermo Aveledo.

A continuación se da inicio al acto.

**PALABRAS DEL DR. HUMBERTO NJAIM,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN**

El Dr. Ramón Guillermo Avelado ha sublimado en esencias intelectuales su largo oficio como político y, sobre todo, como parlamentario. Advertimos en él, al revisar su obra, no sólo este Curso de derecho parlamentario, que ahora presentamos, que el oficio lo lleva en la sangre, que se adecua especialmente a sus inclinaciones, idiosincrasia y estilo. Quisiéramos verlo otra vez en esas funciones parlamentarias, donde podría ejercitar nuevamente las facultades de negociación, *sindéresis* y reposado juicio que ha demostrado en esta época aciaga.

Como lo que ahora celebramos es un libro de texto, un Curso de Derecho Parlamentario, estas virtudes de Avelado no sólo se despliegan sino que se nota como son un ejercicio de moderación y equilibrio porque el autor está consciente de que en una obra de tal naturaleza está fuera de lugar la desmesura polémica. Así en la Cuarta Parte referida a El Parlamento en Venezuela las violaciones a la normativa y el espíritu del derecho parlamentario aparecen documentadamente registradas y criticadas pero con juicios prudentes que, a veces, parecen quedarse cortos pero, en realidad, provienen un ejercicio de prudencia intelectual. Oportuna es la obra que hoy se presenta porque si hay algo que está en la mira del proyecto político que disfruta del poder es el Parlamento. Olvidémonos de otras instancias de importancia fundamental pero más fácilmente controlables porque no se originan directamente de la soberanía democrática. Voy a fundamentar esta afirmación de la manera siguiente. Una de las características de nuestra época, en el mundo occidental, es que, habiéndose perdido el norte que proporcionaban las tradiciones o las religiones establecidas, esa actividad tan importante y prominente en nuestras vidas, aunque no queramos hacerle caso, como es la política, se convierte, a través de las ideologías, en el sustituto de las siempre presentes aspiraciones humanas a respuestas firmes y contundentes sobre el sentido de las cosas. Tales respuestas las proporcionan ideologías totales cuyo efecto en la sociedad es perverso.

En efecto, la política es importante pero la política es poder y quienes se encuentran en su ejercicio tienden a conservarlo. Ocurre, entonces, una combinación funesta en virtud de la cual la ideología refuerza al poder y el poder refuerza la ideología. Dado que existe una concepción que se considera verdadera, en cuantos aspectos muestre la existencia, habrá que imponerla a toda costa y los poderosos tendrán una justificación, más que conveniente, para aferrarse al poder. Es lo que confirmamos cuando constantemente se machaca nuestros oídos con las afirmaciones sobre la continuidad del proyecto revolucionario que, a ningún precio, se dejará sucumbir o con las fanfarronerías socarronas que afirmaban la permanencia en el poder del anterior Jefe de Estado por períodos insólitos de tiempo, ignorando como las intenciones pueden ser desmesuradas pero las limitaciones humanas se encargan de ponerles inesperadas restricciones. A su vez, necesita el poder asegurarse que la ideología penetra en los espíritus de forma inescapable que aun a sus partidarios debe causar hartazgo aunque no lo confiesen. Recuerdo que en mi época de estudios en Alemania me preguntaba al visitar Berlín Oriental para qué aquellas pancartas gigantescas, aquellos letreros monumentales, aquellas efigies de los gobernantes o de sus inspiradores ideológicos repartidos y colocados en todas partes, si el poder parecía tan consolidado y establecido. Más no, es que estas sociedades se mantienen en un estado permanente de guerra: la ideología necesita un enemigo interno y si este ya está domeñado existe el externo y si no hay ninguno habrá que inventárselo.

Alrededor de este magno recinto podemos presenciar en este momento las consecuencias que en el medio urbano caraqueño y en el de todas las poblaciones venezolanas produce este fenómeno. Frente a esta concepción ha venido desarrollándose, en forma accidentada, otra idea de la política llena de alternativas, percances pero también brillantes triunfos y sorprendente resiliencia, como ahora se acostumbra decir. No se opone, como a menudo se la critica, a la capacidad constructiva del poder sino a su capacidad destructiva que se exagera cuando hay un empeño de conservarlo a toda costa. No disminuye la dignidad de la política sino advierte el engaño de convertirla en sustituto de aspiraciones cuya realización debe buscarse de otra forma. Abandonada la cárcel de las ideologías totales toma el riesgo de considerar que en algún punto

las concepciones plurales y diversas propias de una sociedad compleja podrán solaparse en algún punto que permita acciones conjuntas y una discusión civilizada del inevitable residuo de diferencias. También es una ideología, ciertamente, pero es una ideología de la libertad que acepta sus riesgos pero no frustra sus enormes potencialidades. ¡Qué diferencia con las ideologías totales! No niega que se la discuta, no niega las implacables críticas a las que a menudo se la hace objeto y que tantas veces la hacen lucir precaria e inerme frente a esas críticas. Pues bien, el Parlamento es la institución donde de manera eminente se actualizan estas ideas, su grandeza, así como también sus miserias. En la dialéctica de las mayorías y las minorías se expresa la divergencia pero también se propicia un espacio para el entendimiento y, no sólo esto, sino que también se trata de un espacio de sociabilidad en el cual a través del intercambio por períodos de tiempo, a veces prolongados, se crean vínculos que disminuyen las fricciones y establecen posibilidades de intercambio más allá de esas divergencias. Los Parlamentos, sin embargo, no tienen buena prensa, sus mismas ventajas se convierten, al mismo tiempo, en flancos de ataque. Se trata de cuerpos colectivos que no disfrutan de la posibilidad del atractivo carismático de los líderes individuales; sus modos de actuación llegan a verse como caldo de cultivo y vitrina de las complicidades de la clase política; su trabajo más efectivo no es tan visible al público como las asambleas, donde el aburrimiento o la dispersión es más visible para los críticos que las brillantes intervenciones las cuales también lucen por su ausencia. El trabajo de un parlamentario de ley es arduo pero incomprendido como se refleja en el escándalo que suscita su remuneración, aspecto que es analizado en esta obra de Aveledo. No obstante, el Parlamento cuenta con tanta legitimidad, en el sistema presidencialista, como el Presidente. Su carácter de ámbito público hace que las manipulaciones del poder queden manifiestas o, por lo menos, más difíciles de ocultar que en otras instancias. Pero, sobre todo, es un aguijón incómodo contra los abusos de esas instancias por las facultades de control que posee. Es, pues, difícil de desarmar y, al mismo tiempo, vulnerable. No es extraño, así, que si no se puede arremeter directamente contra él, los proyectos totalitarios de nuevo cuño hayan emprendido la estrategia de anularlo en una primera etapa y sustituirlo en una segunda. Lo primera se ha

manifestado, entre muchas otras expresiones, con la celeberrima e infame sentencia de la Sala Constitucional que legitimó el llamado parlamentarismo de calle y lo segundo con el frustrado proyecto de reforma constitucional de 2007, con aquella significativa cláusula normativa según la cual el Poder Popular no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población.

Tuvimos así ocasión de conocer la sustancia y verdaderos propósitos de una doctrina para la que ya resultaba incómoda la Constitución que llamamos de 1999. Sin embargo, desde 2007 no hubo posibilidad de engaño y el que todavía está engañado es porque así lo quiere.

El actual Parlamento venezolano de acuerdo con tal ideología no es sino una etapa de transición, un residuo incómodo que, tarde o temprano habrá de ser reemplazado por asambleas que no nazcan de sufragio ni de elección alguna sino de la condición de los grupos humanos organizados, vaya usted a saber lo que esto quiere decir. Celebramos la obra de Aveledo. No sólo esta sino su dedicación sostenida al tema, realizada admirablemente en forma paralela con su actividad política, y este Curso de Derecho Parlamentario cuando más intensa se ha hecho dicha actividad. Nuestro deseo es que se convierta en factor que ilustre a los venezolanos sobre la importancia de la institución pero, más allá de ello, en razón de la fuerza de las ideas, se convierta en un baluarte intelectual que impida la destrucción final de la democracia y del Parlamento.

En esta corporación el tema parlamentario ha sido ocupación de sus individuos de número como lo revela la obra del académico José Guillermo Andueza sobre El Congreso o el trabajo de incorporación de Carlos Leáñez Sievert sobre el Control Parlamentario. Fuera de la Academia séame permitido recordar también al malogrado Orlando Tovar Tamayo y su obra pionera casi del mismo título que la que hoy festejamos. Existe, pues, una tradición de estudio en el país sobre el asunto parlamentario que con la obra de Aveledo se profundiza y prolonga.

No podemos menos que sentirnos satisfechos de esta feliz circunstancia y desear que, con el transcurso de las sucesivas ediciones que la constancia intelectual del autor nos asegura, llegue a convertirse en un monumental tratado, en un imprescindible clásico.

**PALABRAS
DEL DR. JESÚS MARÍA CASAL HERNÁNDEZ,
PROFESOR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE
LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO**

Honorables Miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Distinguidos invitados Muy estimado Prof. Ramón Guillermo Aveledo.

Es un inmenso honor pronunciar unas palabras con motivo de la presentación del libro Curso de “Derecho Parlamentario”, cuyo autor es el Dr. y Profesor Ramón Guillermo Aveledo. La obra del Profesor Aveledo representa un aporte fundamental a la bibliografía del Derecho Constitucional venezolano y a la ciencia jurídica.

El parlamento ha sido objeto de importantes estudios en nuestro país, siendo de obligada mención los trabajos de Orlando Tovar Tamayo y de José Guillermo Andueza Acuña titulados Derecho Parlamentario y El Congreso: estudio jurídico, respectivamente. Y el libro que hoy nos congrega viene a enriquecer las contribuciones de estos y otros autores, tales como el Individuo de Número Carlos Leáñez Siebert. Para la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello es motivo de orgullo que las clases allí impartidas por el Profesor Aveledo hayan servido de estímulo para la gestación de este Curso de Derecho Parlamentario, como también lo han sido las asignaturas dictadas sobre esta materia u otras afines en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Metropolitana.

Quisiera destacar dos aspectos generales de este libro, antes de aludir a algunos de sus contenidos específicos: el primero es que su lectura pone de manifiesto una formación y una experiencia que llevan al autor a considerar con la profundidad debida las distintas facetas de una institución tan compleja como el parlamento.

Se nos entrega un Curso de Derecho Parlamentario que se sostiene sobre un amplio conocimiento de la historia y de la Teoría del Estado, así como de la ciencia política y, en particular, del pensamiento y las teorías relativas a la democracia. Un conocimiento que, sin perder

abstracción, está notoriamente acicateado por las circunstancias concretas que afectan la institucionalidad de las democracias contemporáneas y, muy especialmente, de las latinoamericanas.

El segundo aspecto que debemos subrayar, derivado del anterior, es que el estudio del Profesor Aveledo tiene como hilo conductor la vinculación entre la democracia y el parlamento y sabe hacer visibles los fundamentos democráticos de los principios o reglas que gobiernan la estructura, organización, funcionamiento y cometidos del parlamento. Ello le permite además poner de relieve, dentro del universo democrático en que el parlamento se inscribe, determinados sistemas o subsistemas que se proyectan de manera decisiva sobre la vida parlamentaria, tales como los partidos políticos y su disciplina; los sistemas electorales; y el sistema de gobierno, principalmente.

Con enjundia y criterio certero el autor deja traslucir las conexiones o influencias que surgen en el ecosistema democrático entre las formas o sistemas de gobierno y la disciplina de los partidos políticos; así como entre el sistema electoral, el sistema de partidos y la conformación de las mayorías políticas, todo ello desde el prisma de la repercusión de estas interacciones sobre la actividad del parlamento.

En cuanto a los principios rectores de la institucionalidad parlamentaria, debe hacerse mención a la importancia que la obra atribuye al pluralismo político y a la deliberación, al igual que a la conexión que establece entre esta última y la representación. El autor defiende el concepto de representación en las democracias contemporáneas, al tiempo que lo considera abierto a exigencias asociadas a una participación más directa de la ciudadanía.

Si entramos en los distintos capítulos de la obra, hallaremos un examen riguroso del Derecho Parlamentario como disciplina que tiene rasgos de autonomía y entronca con el Derecho Constitucional. El valor académico del estudio emerge justamente desde el mismo tratamiento de los temas conceptuales de esta área del saber. La noción, naturaleza, objeto y método del Derecho Parlamentario son abordados con precisión y claridad, al igual que su inserción en la clasificación general de las ramas del Derecho.

El autor destaca con acierto que el Derecho Parlamentario se distingue por ser en buena medida fruto de la autonomía de regulación

del órgano parlamentario, lo cual se corresponde con la naturaleza del parlamento, pues de su seno deben surgir las normas que rigen su funcionamiento, mediante la deliberación entre sus integrantes. También aquí se hace palpable la esencia del parlamento, como instancia plural y representativa que debe partir del reconocimiento de la igualdad cualitativa entre sus miembros y del derecho de todos a participar en la construcción, ratificación, así sea tácita, o reforma de las reglas a las que han de someterse las discusiones que se desarrollen en la plenaria o en las comisiones. Del mismo pluralismo deben nacer, por tanto, las normas que han de encauzarlo dialécticamente. Lo distintivo de esta autonomía normativa es que no se circunscribe al ámbito meramente interno del funcionamiento del órgano, sino que tiene trascendencia exterior en virtud de la relevancia del reglamento parlamentario para la producción de la ley como fuente jurídica primaria. El propio concepto de ley formal no podría enunciarse sin la alusión a las disposiciones reglamentarias que disciplinan la formación de las leyes. Alude también el autor al consenso como fuente predilecta de la normativa que el parlamento se da para regir su vida interna. Los parlamentos suelen ser espacios para el disenso, para el conflicto racionalizado, pero al momento de elaborar sus normas de convivencia interna debe ciertamente prevalecer un espíritu distinto, lo cual se ve en parte reflejado en la mayoría exigida en algunos parlamentos para la modificación de su reglamento interno. Aunque el asunto no reside tanto en las mayorías calificadas requeridas como en los principios que han de orientar el funcionamiento de un cuerpo colegiado en el cual, si bien al final la mayoría puede imponerse, se procura fijar reglas para el debate y el trabajo parlamentario con las que el mayor número posible de representantes del pueblo estén de acuerdo.

Estas consideraciones acerca de la producción jurídica pueden enlazarse con el agudo análisis del autor sobre las funciones parlamentarias, el cual tiene la especial virtud de subrayar que estas no pueden estudiarse adecuadamente sin haber examinado antes los elementos constitutivos de la autonomía de los parlamentarios y del parlamento, como condición necesaria para el correcto ejercicio de tales funciones. Por otra parte, es digno de mención el tratamiento minucioso de la estructura parlamentaria, rico en comparaciones entre diversos

ordenamientos, como también lo es la indagación sobre las sesiones y comisiones parlamentarias, los grupos de opinión o fracciones políticas y la presidencia del cuerpo.

El estudio sistemático y comparado de la institucionalidad parlamentaria desemboca luego en el del parlamento venezolano. Por limitaciones de tiempo no entraremos en comentarios particulares sobre esta parte del libro, que confirma la brillantez y la orientación general del trabajo. El Profesor Aveledo deja allí planteados varios desafíos intelectuales, como el relativo a la regulación del referendo revocatorio de los Diputados elegidos bajo el principio de la representación proporcional de las distintas fuerzas favorecidas por el voto popular, también de las minoritarias.

Sí interesa aludir especialmente, para ser honestos con el contenido del trabajo y con su autor, nunca reacio al abordaje de los problemas concretos de las instituciones que analiza, a las reflexiones críticas allí vertidas en relación con la perversión del parlamento que se ha llevado a cabo en los últimos años como consecuencia de desafueros del Tribunal Supremo de Justicia, del Poder Ejecutivo Nacional y de la propia Asamblea Nacional o de sus órganos directivos. El lector hallará en esta sección del libro una valiosa exposición, desde la mirada del jurista y del demócrata, de los desmanes cometidos.

El texto del Prof. Aveledo confirma además, desde la perspectiva venezolana, la evidencia histórica de que el parlamento es la primera institución que sufre los embates de los movimientos antidemocráticos de diverso signo, o la que los sufre de manera más ostensible. Las críticas que conducen al despeñadero de las democracias, junto a las prácticas o concepciones que convierten a los parlamentos, en palabras del autor, en escenarios a lo sumo de una simple teatralidad, o en apéndices de procesos autoritarios de dominación, son síntomas de una seria enfermedad del sistema político democrático, cuando no de su aniquilación.

La reconstrucción constitucional del parlamento, a la que se ha referido Juan Miguel Matheus, es imprescindible. Y el Curso de Derecho Parlamentario que estamos presentando es una invitación a vitalizar la Asamblea Nacional desde sus raíces conceptuales democráticas. Diríase que se coloca en nuestras manos el reto de rescatar la democracia a

través del parlamento, es decir, de la reivindicación de los principios estructurales que lo definen, con el pluralismo político y la deliberación como postulados inderogables. Pareciera que al llegarse a ciertos estadios de degradación institucional las soluciones duraderas pasan por la recuperación de los compromisos más elementales de una democracia auténtica, antes que por el simple relevo de los liderazgos o el reemplazo de caudillos o modelos hegemónicos. Es prioritario entonces asegurar las condiciones para que la lucha y el pendulamiento o alternancia política ocurran en un marco democrático, en el cual el parlamento ha de ocupar un lugar central. Y ahora es preciso hacer referencia a una virtud singular de esta obra, merecedora del mayor encomio en nuestra Venezuela presente, como lo es la coherencia entre las ideas que ella enuncia y la vida de su autor.

Al Dr. Aveledo el estudio y la reflexión sobre el parlamento lo han acompañado por años, como él lo dice en la Introducción del libro, pero tan relevante como esto es que el mismo autor se ha dedicado por muchos años al trabajo parlamentario, y en ejercicio de sus funciones como Diputado, Jefe de Fracción o Presidente de la Cámara debió rendir tributo con los hechos a los principios sobre los cuales ha escrito en este y en otros textos. Buena prueba de ello es su libro *El Trabajo Parlamentario*, elaborado cuando ocupaba la Presidencia de la Cámara de Diputados y en el cual reflexionada sobre el parlamento a partir de las vivencias propias de una gestión en desarrollo.

De ese trabajo conviene rescatar el pensamiento y la confesión del autor sobre el ejercicio de la Presidencia de la Cámara. Aveledo venía de ostentar la jefatura de la fracción parlamentaria del partido Copei y estaba consciente de que al pasar a la Presidencia de la Cámara debía asumir una posición muy distinta a aquella. Como él lo afirma en sus libros, el Presidente debe facilitar el debate y la consideración de las opiniones de las distintas organizaciones política, asegurando un clima de respeto mutuo. Reconoce, sin embargo, que en su primera sesión como Presidente de la Cámara de Diputados, en 1996, la discusión en la plenaria se complicó varias veces, lo cual atribuye a sus frecuentes incursiones en la polémica que tenía lugar en esa sesión. Al respecto escribe: “Al concluir la sesión salí molesto. Estaba muy, muy inconforme con mi desempeño y, por un momento, llegué a dudar de mi capacidad

de adaptación desde el papel de jefe de fracción al de presidir la cámara”. Y Concluye relatando que, tras esta reflexión, no incurrió más en el error de volver a su papel anterior y supo mantener la moderación inherente a la función de Presidente del cuerpo, para la cual sería luego reelecto. A su juicio el primer deber de un Presidente de la Cámara, junto a la dirección equilibrada de los debates, era “preservar la independencia del parlamento”.

La lectura de estas páginas y la biografía del autor colocan ante nosotros la enorme brecha que separa momentos luminosos de la venezolanidad, en los que el poder compromete y es exigente, y colma de realizaciones por el cumplimiento del deber, de la desolación que en esta materia actualmente prevalece en el ejercicio de la autoridad en la Asamblea Nacional y en otros órganos del Estado. La coherencia a la que antes aludimos hace en todo caso aún más aconsejable el estudio de la obra que presentamos y es un sólido sustento para la senda de la constitucionalización y la democratización que juntos debemos abrir y transitar. El Profesor Aveledo alberga esperanzas sobre el futuro institucional, acompañadas nuevamente de las ejecutorias. Afirma que, si bien la adhesión a la constitucionalidad es débil en Latinoamérica y hay señales de una frustrada pretensión democrática, “Las décadas que van desde los años ochenta del pasado siglo parecen desmentir esta triste tendencia, y la desmentirán, si los ciudadanos de América Latina logran superar los nuevos populismos y los peligros de la epidemia del reeleccionismo”.

Estos y otros contenidos de su obra ayudarán a diseñar la hoja de ruta de la recuperación y la renovación institucional.

**PALABRAS DEL AUTOR
DR. RAMÓN GUILLERMO AVELEDO.
UNA DISCIPLINA JURÍDICA EN CRISIS**

Agradezco a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a su directiva e individuos de número, su hospitalidad para la presentación de este manual de postgrado, y a todos los presentes su compañía. La aspiración de este volumen es modesta: servir de guía para introducir en el estudio de esta rama del Derecho Constitucional. El respeto que inspira esta corporación, legalmente centenaria el año venidero, sin contar el antecedente de la Academia de Jurisprudencia; las palabras del Presidente Cova Arria, del académico Njaim y del profesor Casal, y la generosa, presencia de quienes están con nosotros, brindan auspicioso padrino a este manual. Gracias, también, a la Universidad Católica Andrés Bello y al Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro por la edición.

¿Es este un libro acerca de una disciplina en crisis? ¿Está el Derecho Parlamentario en crisis en Venezuela? Las preguntas son pertinentes y, muy probablemente, haya que planteárselas incluso en una perspectiva más general. ¿Sería válida si se la formulara con relación al Derecho Laboral, al Mercantil, al Administrativo, y, desde luego, al Constitucional.

Les confieso que me conmueve la cantidad de jóvenes que se interesan en el Derecho Constitucional en nuestro tiempo y que encuentro esperanzadores actos tan sencillos como abrir un aula de clases, empezar a escribir una cuartilla, introducir un libelo o leer un libro. En países como el nuestro, estudiar Derecho o ejercer nuestros derechos son actos de rebeldía.

La primera crisis del Derecho Parlamentario en Venezuela pudo haber ocurrido en 1811. En los debates del Congreso, el diputado por La Grita Manuel Vicente de Maya, plantea nada menos que el cuerpo no tiene facultades para declarar la Independencia, así mismo que él, como diputado, tenía que expresar el parecer de sus comitentes, los

electores por él representados, que eran opuestos a tal paso. Relata Gil Fortoul que cuando lo hizo en la sesión del 3 de julio, desde la barra lo increpan “los miembros más exaltados de la Sociedad Patriótica” y “Varios diputados –Miranda, Roscio, Quintana y Méndez- protestan acaloradamente; los unos contra Maya, los otros a favor de la libertad parlamentaria; convirtiéndose la discusión en desencadenado tumulto y vocerío”. El Presidente, Juan Antonio Rodríguez Domínguez restableció el orden y Maya salvó su voto, de lo cual quedó constancia. Rodríguez Domínguez, diputado por Nutrias, era suplente incorporado porque su principal Manuel María Pumar no asistió a las sesiones, y había sido electo para presidir el Congreso apenas el 28 de junio, dado que las directivas rotaban mensualmente. Nada de eso menoscabó su autoridad para resolver el conflicto planteado y evitar que se convirtiera en crisis. Lo cual debe ser visto como síntoma de apego a las normas por parte de los venezolanos reunidos en aquella que sería la primera legislatura en nuestro devenir republicano. No hubo crisis, pues, porque todo se condujo de acuerdo al orden parlamentario, al garantizarse el respeto a la opinión del diputado, que sería la única discrepante. En su registro de los hechos, Baralt, deja constancia de la mayoría republicana del Congreso y desmiente que los diputados hubieran actuado bajo presión al declarar la Independencia. Como prueba de ello invoca un dato irrefutable: la trayectoria posterior de los miembros del Congreso. De la relación del historiador marabino, vale la pena recordar un aspecto, en cuanto pueda valer más allá del instante: “Los partidos en todas partes son los mismos: impacientes por llegar a su objeto, violentos si se les resiste, crueles si se les inspira miedo, más y más exigentes si se les complace.

Por doquiera el hombre es el hombre, y en sus revoluciones, guerras y levantamientos se ha manifestado con los mismos errores y las mismas flaquezas.” Rafael Caldera, quien en vida integrara esta corporación, arroja una luz de comprensión sobre el voto salvado del diputado Maya y sus circunstancias: “...el respeto ejemplar de Congreso y pueblo por su voz fueron una magnífica lección que no ha sido suficientemente aprovechada para hacer entender a las generaciones jóvenes lo que en el momento culminante de nuestra integración nacional significó y lo que debe significar, como modo de vida, el respeto del derecho a

disentir...” Y trae a cuento la visión de Juan Vicente González, según quien la discrepancia y su constancia formal en el acta engrandecen “con su noble libertad aquel majestuoso espectáculo”. Maya estaba equivocado. No era sostenible la sujeción a la metrópoli española, ni posible prolongar la indefinición, pero su gesto valiente salvó al Congreso del unanimismo, “Y el Congreso ordenó se escribiese su protesta al pie del acta de la Independencia, tributando así un homenaje a los derechos de la conciencia, tomando una venganza digna de la libertad”. El alegato de Maya se basa en el mandato imperativo, de acuerdo al cual el parlamentario es un mandatario cuyo ámbito de actuación se restringe a lo que los electores le enviaron a hacer.

Hoy, la coincidencia más amplia es, al contrario, favorable a lo opuesto. Es decir, a la libertad del parlamentario, a despecho de lo dispuesto en la reforma a la Ley de Partidos Políticos, conocida comunicacionalmente como “ley antitalanquera”, sancionada en diciembre de 2010, en los últimos días de la anterior legislatura.

El año de 1848 comienza con una crisis entre el Congreso de mayoría paecista y el gobierno presidido por José Tadeo Monagas. En diciembre de 1847, la Diputación Provincial de Caracas plantea una acusación constitucional contra el Presidente ante el Congreso. El 23 de enero se instalaron las cámaras y se adelantaron los preparativos para el juicio por responsabilidad presidencial. El 24 en la mañana sesiona la Cámara de Representantes para conocer un mensaje del Ministro del Interior, que disputa el derecho constitucional de ésta a disponer su servicio de policía. En la tarde, mientras una multitud de partidarios del gobierno rodea la sede parlamentaria, el mismo ministro Sanabria se apersona a presentar el mensaje anual del Presidente Monagas. Se corre la voz de que el funcionario está preso o amenazado de muerte y la turba irrumpe en el edificio del Congreso. Cuatro representantes y dos ciudadanos acaban muertos. Al día siguiente se reúnen unas cámaras dóciles, domesticadas brutalmente. El miedo doblegó a la mayoría de Representantes y Senadores. Pero la violencia dominó el resto del siglo y la civilidad no se repuso hasta pasado el primer tercio del siglo siguiente. El 30 de noviembre de 1952 se realizaron elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente, una de las catorce que llevamos, nueve que así han sido denominadas y otras cinco que lo han sido. Público

y notorio el arrollador triunfo opositor en la tarjeta de URD, un fraude desconoció la voluntad del pueblo expresada en las urnas. En diciembre, la dirección nacional del partido vencedor es expulsada del país. Entre sus miembros hay varios constituyentistas electos. El 9 de enero de 1953 debía instalarse la ANC con un quórum de dos tercios, el cual no podía lograrse sin la presencia de representantes la oposición, un detalle que no habían tenido en cuenta. En un comunicado, la dirigencia de Copei plantea “exigencias mínimas e inaplazables” para incorporarse a la Asamblea proclamada. La primera de ellas es “Garantía efectiva de la inmunidad parlamentaria para todos los Representantes a la Asamblea Nacional Constituyente. En consecuencia: cesación inmediata de las medidas dictadas contra representantes ya proclamados” y la segunda “Absoluta libertad de prensa para informar todo lo referente a los Debates de la Asamblea Nacional Constituyente”. Y concluye: “Ojalá se impongan la reflexión y el patriotismo, y no se eche en el olvido la lección que dieron los resultados reales del 30 de noviembre, balance de los errores cometidos por el Ejecutivo colegiado en ejercicio del Poder”. Pero no se impuso la reflexión. La respuesta oficial llega el día 8, víspera de la instalación de la Asamblea. El gobierno alega que no puede “entrar a considerar los planteamientos de Uds.”, por cuanto sus términos “lo(s) colocan al margen de la serenidad requerida (...) así como del comedimiento que demandan las relaciones (...) entre un Partido Político y el Gobierno.” La dirección nacional socialcristiana decidió que sus representantes no colaborarían con su presencia en la instalación fraudulenta. Se instaló la Constituyente espúrea que dictó una Constitución y designó todos los poderes públicos. La crisis no se resolvió, se prolongó, aunque a veces pareció la situación controlada irreversiblemente por el régimen. Este se salió a la fuerza con la suya, y extendió su ocupación del poder por cinco años más. En enero de 1958 cae la dictadura y en el acta constitutiva de la Junta de Gobierno del 23 de enero, se declara la vigencia plena del ordenamiento jurídico nacional “en cuanto no colida” con el acta misma y con los fines del nuevo gobierno, el primero de los cuales es enrumbar al país “... hacia un Estado Democrático de Derecho...”. Ni en su origen ni en su ejecución la constitución de 1953 había adquirido legitimidad pero, al validarla, el gobierno provisional señalaba al Congreso que se eligió el

7 de diciembre el camino de la reforma constitucional. Lo cual, “Fue, con todo, un acierto” al ahorrarle a Venezuela un “proceso constituyente originario” en aquellas circunstancias de suyo convulsionadas, opinará Ambrosio Oropeza. Y conste que el jurista y senador constituyente, prefería, por razones de legitimidad, que se regresara a la vigencia de la carta de 1947, posición que compartía el titular del Senado y de la comisión redactora del proyecto constitucional Raúl Leoni, quien así lo dejaría claro el día de la promulgación de la Constitución, el 23 de enero de 1961. Para ello había buenos argumentos, pero prevaleció un criterio de prudencia política que a juzgar por la estabilidad de la carta de 1961, se demostró válido.

En los tempranos años sesenta la naciente democracia debe superar situaciones muy exigentes. A las conspiraciones típicamente militaristas vendrá a sumarse la insurrección armada urbana y rural de izquierda, y eventos donde ambas confluyen, como los alzamientos de Carúpano y Puerto Cabello. Por considerarlos participantes en los sucesos de Carúpano, en mayo de 1962 pidió el gobierno a la Corte Suprema el procesamiento de los diputados Simón Sáez Mérida y Eloy Torres. Al conocer de la solicitud de allanamiento de la inmunidad parlamentaria presentada en junio, la Cámara de Diputados aprobó el de Torres el 18 octubre, pero negó el de Sáez Mérida el 23, y declara a proposición de Casal que en el juicio militar se han transgredido normas procedimentales. En septiembre de 1963, ya en receso constitucional de las cámaras, (concluía su período), y a raíz del asalto al tren de El Encanto, del cual se deslindarían y condenarían, se ordena el enjuiciamiento de los parlamentarios y dirigentes de los partidos ilegalizados por su participación en la insurrección. Esta vez, se procederá de otro modo. El gobierno sostiene que el allanamiento es innecesario. La diferencia se presenta crudamente. Desde el Cuartel San Carlos, escriben al Congreso los diputados Machado, Casal, Villavicencio y García Ponce, y el senador Faría: “No es por eludir responsabilidades que invocamos la inmunidad parlamentaria. Lo hacemos porque estamos obligados a la defensa del CONGRESO NACIONAL y porque, como quedó dicho, no es nuestra la facultad de renunciar a estas prerrogativas.” Cuando en marzo de 1964 en el hemiciclo se plantea el problema, el diputado Calvani argumentará: “Sería una contradicción en los propios términos del sistema,

contradictio in terminis si este garantizara la inmunidad parlamentaria para que al través de esa misma inmunidad se conspirara para destruir el régimen que le dio vida. Es una contradicción lógica, total y absoluta. Si la inmunidad parlamentaria es sagrada, lo es porque la democracia es antecedente de ella y porque debe a la democracia ese carácter de sagrada...” El asunto se resolvió entonces, no sin heridas, pero el clima fue cambiando hacia una mayor tolerancia, y la pacificación fue reconciliando a los venezolanos para convivir en medio de sus diferencias y luchar cada uno por sus posiciones.

En 1978 Salom Mesa Espinoza, cuya inmunidad parlamentaria había sido allanada, y el dirigente político David Nieves, ambos detenidos y procesados por el “Caso Niehous”, fueron candidatos al Congreso. Tan pronto fueron proclamados diputados electos, fueron excarcelados en seguida por decisión de la Corte Marcial, pues desde ese momento gozaban de inmunidad parlamentaria.

Podemos decir, por lo tanto, que la actual no ha sido la primera crisis de Derecho Parlamentario en el país. También que ha sido la más amplia y profunda. El Reglamento Interior y de Debates, fuente de seguridad jurídica y garantía de los derechos de los miembros de la Asamblea ha estado signado por la inestabilidad. Varias veces fue modificado, las más con sentido restrictivo, entre 2000 y 2005. Y en la reforma crepuscular de 2010, realizada por la cámara saliente cuando una de correlación distinta ya había sido elegida, todo apuntó hacia la limitación de la deliberación. Sirva de ejemplo que se suprimió entero el título dedicado a los grupos parlamentarios.

Ha sido noticia periodística, nacional e internacional, la situación del fuero parlamentario. Tanto en lo relativo a la inmunidad, como la inviolabilidad, la libertad y la seguridad de los diputados. Los casos, tristemente, no escasean. Uno de los datos más protuberantes de la crisis lo constituye la noción de Presidencia parlamentaria al uso. En lugar de ser magistratura de serenidad y equilibrio que cuida del orden y garantiza el respeto en los debates, para que mayoría y minoría interactúen y produzcan legislación, control político del gobierno y hagan escuchar la voz plural de la República entera, se presenta desafiante como rincón oscuro propicio al reto pendenciero, a la procacidad y, al final, a la negación misma de la esencia del órgano representativo. La tensión entre

la Constitución democrática y la autoimagen revolucionaria de quienes, en el marco de sus disposiciones, han accedido al poder, de suyo peligrosa, es condimentada por el dramatis personae salpicado de tartufos y tarugos.

Venezuela ha tenido presidentes parlamentarios en revoluciones, como Andrés Eloy Blanco, y venezolanos de izquierda dirigiendo las cámaras como Luis Beltrán Prieto Figueroa. Evidentemente, no se trata de eso. En un debate encendido, y en la Asamblea Constituyente de 1947 hubo muchos, acaso demasiados, fue el propio Presidente Andrés Eloy Blanco quien alegó, en defensa de su papel: “Yo no tengo aquí más armas que esa campanilla que está allí y ésta que tengo en mi garganta. Y esas dos armas han sido impotentes muchas veces, y han sido tolerantes siempre, y no me arrepiento de haberlo sido...” Que la pedagogía humana y ciudadana implícita en esas palabras, nos sirva de recuerdo, de que el poder es deber hacia los valores que lo legitiman y que la tolerancia no es adorno, como el aplique dorado en las maderas o el filtro multicolor de la luz en los vitrales, sino muy democrática condición existencial del Parlamento. Si queremos que este sea la Casa del Pueblo. Como debe ser.

BIBLIOGRAFÍA

- Gil Fortoul, José: Historia Constitucional de Venezuela. Las Novedades. Caracas, 1952.
- Baralt, Rafael María: Historia de Venezuela. Universidad del Zulia. Maracaibo, 1960.
- Caldera, Rafael: Moldes para la Fragua. Dimensiones. Caracas, 1980.
- Aveledo R.G. en Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun. UCV-UCAB. Caracas, 2007.
- Calvani, Arístides: Sobre la Inmunidad Parlamentaria. Fracción Parlamentaria de Copei. N^o 19. Caracas, 1964.
- Velásquez, Ramón J. en Venezuela Moderna 1926-1976. Fundación Eugenio Mendoza. Caracas, 1976.
- Blanco, Andrés Eloy: Obras completas. Tomo III Discursos. Congreso de la República. Caracas, 1973.

**ENTREGA DE LOS PREMIOS ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
2013-2014**

**PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO
POR EL DR. LUIS COVA ARRIA,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

Señores miembros de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales presentes;
Señores Académicos;
Señores ganadores del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2013-2014;
Señoras y Señores:

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales siente especial complacencia al recibirlos esta mañana en la sesión ordinaria con ocasión de la entrega de su premio 2013-2014, Mención Profesionales y Estudiantes.

En los tiempos que vivimos en nuestro país, es sin duda de gran significación haber contado este año con nueve calificados trabajos para el premio en mención profesionales y cuatro para la de estudiantes, no sólo por las cantidades, sino por la calidad de los mismos y el perfil de quienes los han presentado.

Esta situación dificultó la labor del jurado, quien en arduo trabajo, habiendo aún premiado un solo trabajo en la mención profesionales, debió hacer mención de honor a otros tres premios.

En efecto, el día de hoy entregaremos el premio en mención profesionales otorgado por decisión unánime del jurado al trabajo de:

**Jheny Rivas Alberti sobre
“El principio del pluralismo informativo
y la libertad audiovisual en el área televisiva”,**

y mención de honor a los trabajos de:

- **Ivette Esis Villarroel**, sobre “Expropiación de inversiones foráneas,

- **Juan Miguel Matheus** sobre “La disciplina parlamentaria en España y Venezuela y
- **José Antonio Muci Borjas** sobre “La excepción de ilegalidad en el Derecho Administrativo.

Asimismo, se otorgará el premio en mención estudiantes al joven **Luis Fraga Lo Curto**, por su trabajo “**La inviabilidad del sistema venezolano de planificación centralizada de precios**”, presentado bajo el seudónimo: J. ROBINSON.

Felicitamos a todos los participantes y especialmente a los ganadores por su participación y dedicación al estudio de las ciencias jurídicas, políticas y sociales y a todos por acompañarnos en esta ocasión.

Luis Cova Arria

**LECTURA DE LAS PALABRAS
DEL BACHILLER LUIS FRAGA LO CURTO,
GANADOR DEL PREMIO VERSIÓN
ESTUDIANTES, POR SU TRABAJO,
"LA INVIABILIDAD DEL SISTEMA
VENEZOLANO DE PLANIFICACIÓN
CENTRALIZADA DE PRECIOS",
POR EL ACADÉMICO
DR. RAMÓN ESCOVAR LEÓN**

Señores miembros de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,
Señores integrantes del jurado del Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,
Demás académicos de número de esta corporación,

Hoy lamento profundamente no estar acá, en este histórico Salón de Sesiones del Palacio de la Academia. El impostergable compromiso de continuar mi formación académica, me ha imposibilitado salir de Francia, donde cursaré mis estudios de postgrado, con el ánimo indeclinable de regresar perentoriamente a mi país para coadyuvar, en la medida de mis modestas posibilidades, en la construcción de una Venezuela libre, digna y próspera. Tengo la fortuna, sin embargo, de transmitir estas breves palabras, gracias a la generosa intervención de uno de los más distinguidos Individuos de Número de esta Corporación.

Anida en mi una extraña combinación de sentimientos por el hecho de que el premio me haya sido otorgado en medio de una profunda crisis económica y social, causada entre otras razones por el obstinado deseo de algunos burócratas de intentar dirigir todos y cada uno de los aspectos de nuestra vida y en especial, con gran desatino, pretender dominar a las escurridizas fuerzas del mercado, que la Historia ha demostrado, una y otra vez, que no respetan otras leyes que las propias. Intelectualmente me siento complacido, puesto que luego de terminada la investigación, la profundización de la crisis inflacionaria y de escasez parece mostrar que en efecto, como concluimos en su momento, el sistema de controles no sólo fracasó en la estabilización de los precios, sino que además colaboró en su aumento y en la desaparición de bienes y servicios esenciales para las personas. Sin embargo, aunque desde el punto de vista intelectual estoy complacido por haber acertado,

no puedo sentirme satisfecho, pues ello sería un reprochable acto de soberbia y oprobiosa apatía, al ver el camino que transita mi país hacia la paulatina pero segura destrucción de la riqueza, la distribución de la miseria y el aplastamiento de la iniciativa privada.

Las últimas cifras (que vale decir, no se publican regularmente luego de que se hiciese un llamado abierto a los funcionarios del INE y el BCV para que cambiaran los indicadores que mostraban una realidad nada halagadora), dan cuenta de una inflación y escasez aún mayor que la mostrada en el período estudiado en mi investigación.

Debemos decir además, que según estudios realizados por el profesor Steve Hanke de la John Hopkins University, la inflación no llega al 60% anual que muestran las cifras oficiales, aferradas a los precios controlados, sino a un terrible 300%, tomando en cuenta los precios del mercado no controlado o “negro” de bienes y servicios¹, el cual ha crecido exponencialmente, contribuyendo en la destrucción de la economía formal y mermando la recaudación tributaria, tan necesaria para atender apropiadamente los gastos públicos y equilibrar las cuentas fiscales.

Por otro lado, es importante recordar que el indicador oficial de escasez refleja sólo la carestía de determinados bienes que el gobierno estima más importantes que otros, pero el problema, distinguidos señores, es muchísimo más profundo. Hay escasez de absolutamente todo, incluso de dignidad. La escasez de bienes tiene un único origen: el constante acoso a la propiedad privada, que bien sea mediante la expropiación de tierras en plena producción, o la nacionalización de medios de producción, o mediante el control del acceso a bienes de consumo, ha venido mermando en forma alarmante el aparato productivo, generando con ello un caos generalizado en la distribución de bienes y servicios.

Mientras el Estado siga desconfiando de los ciudadanos, llenándolos de trabas y controles, mientras el Estado continúe hipertrofiándose, absorbiendo cada vez más poder y asumiendo los incompatibles roles de empresario, consumidor y administrador, mientras no se acabe

¹ HANKE, STEVE (2014). *Measuring Misery around the World*. Cato Institute. <http://www.cato.org/publications/commentary/measuring-misery-around-world>

con la causa real de la inflación, que no es la especulación, sino la irresponsable expansión monetaria, mientras las medidas que se tomen sean correctas desde el punto de vista electoral pero catastróficas para la economía, la salida de la crisis se mantendrá, cuando menos, muy lejana.

Pero no todo es negativo. Iniciativas como la impulsada por esta noble Corporación, que alientan el estudio de los problemas jurídicos, políticos y sociales del país, colaboran enormemente en la solución de nuestras dificultades y mantienen viva la esperanza de salir adelante. Cómo me ha enseñado mi padre con su ejemplo, creo firmemente que es a través del estudio, la investigación y el debate de las ideas que lograremos construir un futuro mejor.

Para concluir debo agradecer a los distinguidos Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, por haberme permitido transmitir, a través de estas breves palabras, la enorme satisfacción que significa para mí haber obtenido esta invaluable distinción.

Este premio es un hito fundamental en mi formación académica y profesional y un gran incentivo para continuar con la investigación. Él se debe no sólo a mi esfuerzo, sino al apoyo moral e intelectual de mis padres Piera Lo Curto Coelles y Luis Fraga Pittaluga; la primera, que por su formación profesional me transmitió el amor por las ciencias económicas y el segundo, cuyas credenciales lo preceden, quien no sólo me encaminó por el estudio del Derecho sino que me inculcó con su ejemplo la pasión por investigar. También debo agradecer a los doctores Ignacio De León y José Miguel Azpúrua, quienes me orientaron y aconsejaron a lo largo de toda la investigación. Aprovecho pues para agradecerles a todos ellos por haberme acompañado en este gran logro.

Muchas gracias,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Fraga Lo Curto', with a stylized flourish at the end.

Luis Fraga Lo Curto

**FORO: EL PROBLEMA DE LA GUAYANA
ESEQUIBA: PASADO, PRESENTE Y FUTURO.
MIÉRCOLES 25 DE JUNIO DE 2014**

**PALABRAS DE APERTURA A CARGO
DEL DR. LUIS COVA ARRIA,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

Señor Presidente, Vice Director Secretario y demás miembros de la Academia Nacional de la Historia, Don Idelfonso Leal, Don Egdardo Mondolfi y Don Manuel Donís Ríos.

Señores miembros de la Junta Directiva y demás miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales presentes;

Señores miembros de otras academias nacionales presentes,

Ciudadano Vicealmirante Elías Daniels, Jefe de la Unidad Especial para Guyana del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores,

Ciudadano Coronel Pompeyo Torrealba Rivero, Jefe de la Unidad Especial para el Esequibo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Doctor Sadio Garavini di Turno, Ex Embajador de Venezuela en Guyana,

Dr. Guillermo Guzmán,

Licenciado Rajihv Morillo Dager,

Señoras y Señores:

La Academia Nacional de la Historia y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales se unen una vez más para tratar este agudo tema que ha sido recurrente desde la apertura del testamento del abogado Severo Mallet Prevost, revelando la negociación secreta que provocó la sentencia despojatoria, dando origen a la demanda de nulidad de Laudo de París y la posterior firma del Acuerdo de Ginebra.

Decimos una vez más pues ya en 1983 ambas Academias organizaron, bajo la iniciativa del Dr. Tomás Polanco Alcántara un ciclo de conferencias con relación a la Reclamación Venezolana Esequiba bajo la Presidencia y coordinación de los Doctores Blas Bruni Celli y Tomás Enrique Carrillo Batalla, conferencias que fueron publicadas en nuestra serie eventos bajo el número 2, ya con dos reimpressiones, una cuando se cumplieron 100 años del Laudo Arbitral de París, incluyendo la

conferencia que para tal ocasión dictara quien fuera Presidente de esta Academia y gran conocedor del tema, el Doctor Isidro Morales Paúl y la otra en el 2008.

Tal como lo expresara el Dr. Tomás Carrillo Batalla en la presentación de la publicación, *“Ambas Academias llevaron a cabo dichos eventos, animadas del más alto patriotismo y guiadas del sano propósito de reunir los aportes de un grupo calificado de expertos en nuestras relaciones internacionales y en nuestros problemas fronterizos, especial y señaladamente en el presente caso, en todo lo relativo a la mejor defensa de nuestros derechos y a la recuperación del territorio venezolano de la Guayana Esequiba”*.

Asimismo, nuestra Academia formó parte de la Comisión Asesora para la Reclamación de la Guayana Esequiba, durante la presidencia del Doctor Tomás Enrique Carrillo Batalla, con representantes de todos los sectores nacionales, Comisión que tuvo la virtud de integrar un frente unido de la opinión pública venezolana de respaldo al justo reclamo por la devolución de un territorio que es nuestro, por virtud de los títulos históricos sobre los cuales se apoya nuestra posición.

Pues bien, el tema no pierde vigencia, y tampoco dejar de ser objeto de estudio y preocupación en el seno de nuestras Academias, en efecto, en el mes de octubre del 2013, se suscribieron dos pronunciamientos, uno conjunto con las demás academias nacionales sobre el nuevo atropello a la Soberanía Nacional por el Gobierno de la República Cooperativa de Guyana y otro individual de nuestra Academia de Ciencias Políticas y Sociales ante las agresiones de la República cooperativa de Guyana, el abandono de la reclamación territorial frente a Guyana y el incumplimiento del Acuerdo de Ginebra por parte de Venezuela.

Pues bien, esos recientes acontecimientos obligan a retomar el tema y exponerlo ampliamente lo cual espero se concrete en esta mañana con los distinguidos oradores que me seguirán de inmediato, cuyos destacados conocimientos sobre el tema nos indicarán los distinguidos académicos de la Historia, Don Edgardo Mondolfi Gudat y Don Manuel Donís Ríos.

Sean todos bienvenidos.

Luis Cova Arria

LA RUTA QUE LLEGA A LA REBELIÓN DEL RUPUNUNI

*Guillermo Guzmán Mirabal**

* Abogado, Magister en Historia de Venezuela y candidato a Doctor en Historia por la Universidad Católica Andrés Bello; Profesor Agregado en esa misma universidad en pre y postgrado en las áreas de Historia Territorial de Venezuela, Historia Contemporánea de Venezuela e Historia de América; Magister en Ciencias de la Administración por Boston University; Miembro de la Junta Directiva de la Fundación Casa Arturo Uslar Pietri; miembro del Comité Ejecutivo de la Sección de Estudios Venezolanos de LASA –Latin American Studies Association–.

INTRODUCCIÓN

Desde el momento de la firma del Laudo Arbitral de París en 1899, la recuperación de la Guayana Esequiba ha estado gravitando en el ideario del venezolano. Tímidamente en un principio, y luego con más ahínco, debido a la aparición de nuevos elementos que hicieron ver que Venezuela fue injustamente despojada de una quinta parte de su territorio, la Cancillería fue trabajando para tratar de revertir los resultados del Laudo.

El establecimiento de la democracia en 1958 dio un vigoroso empuje a esta búsqueda. La llegada de Rómulo Betancourt a la Presidencia de la República, impulsó una nueva política con referencia a los límites con la Guayana Inglesa, y que incluía, como elemento fundamental, la búsqueda de sustentos documentales que apoyaran la reclamación venezolana. Parte de ese impulso sería orquestado por Ignacio Irribarren Borges, Embajador de Venezuela ante Gran Bretaña durante el quinquenio 1959-1964, quien coordinó un equipo de investigadores, algunos de ellos reputados historiadores venezolanos, que buscaron por Europa y América documentos que le dieran soporte a las demandas venezolanas.

El arribo del guayanés Raúl Leoni a la Presidencia de la República para cumplir el período 1964-1969, y el nombramiento de Irribarren como Canciller, dieron engranaje a un equipo en la Cancillería cuyas piezas esperaban el impulso decisivo para lograr una solución definitiva al asunto de los límites con la Guayana Inglesa. Esa política del Estado venezolano, cuyo nacimiento corre con la joven democracia, finalmente desemboca, en el segundo quinquenio de Acción Democrática en el poder, en la firma del Acuerdo de Ginebra en 1966. El Acuerdo de Ginebra le dará reconocimiento a la reclamación venezolana, negada hasta entonces por la Gran Bretaña, y sentará las bases para resolver

la controversia. El tratado abre un compás de cuatro años de negociaciones bilaterales, a través de la Comisión Mixta, tiempo que aprovechará Venezuela para emprender una serie de acciones tendientes a la recuperación del territorio despojado, dentro y fuera de lo previsto en el Acuerdo. En el marco de Acuerdo, Venezuela propondrá, entre otras opciones, políticas de desarrollo conjunto del territorio en disputa. En paralelo, y al margen del Acuerdo, la Cancillería desarrollará planes y acciones concretas con el fin de presionar a la recién independiente Guyana, para lograr una solución definitiva a la disputa territorial. Algunas de esas acciones incluirán operaciones que conllevarán la utilización de vías de hecho para recuperar la totalidad del territorio, o parte de éste. La ocupación de la Isla de Anacoco en octubre de 1966 y la declaración del Mar Territorial en julio de 1968 serán parte de estas acciones. Igualmente lo será la preparación de la Revuelta del Rupununi, prevista para enero de 1969.

Con el presente trabajo esperamos dar luces a un episodio brumoso de nuestra historia reciente. Los documentos estudiados, inéditos en su gran mayoría, están localizados en el archivo personal del Dr. Iribarren Borges.

CONSIDERACIONES PREVIAS AL ACUERDO DE GINEBRA

El 17 de febrero de 1966, en Suiza, se firma el Acuerdo de Ginebra entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en consulta con el gobierno de la Guayana Británica. El Acuerdo fue aprobado por el Congreso Nacional de Venezuela el 13 de abril de 1966. Dos días después, el presidente Raúl Leoni le dio su ratificación ejecutiva. Fue publicado ese mismo día, 15 de abril de 1966, en la Gaceta Oficial No. 28.088.

El 25 de enero de 1966, tres semanas antes de la firma del Acuerdo, el Canciller venezolano Ignacio Iribarren Borges circula en Consejo de Ministros un memorándum² en el cual da a conocer las impresiones

² *Memorándum para el Consejo de Ministros relativo a la próxima reunión en Ginebra*; Caracas, 25 de enero de 1966. Archivo Ignacio Iribarren Borges, Carpeta Acuerdo de Ginebra, Documento No. 13. El archivo Ignacio Iribarren Borges será denominado AIIB cuando sean citados documentos de su procedencia.

de la Cancillería sobre las posibilidades de lograr algún avance en las negociaciones sobre el territorio esequibo. Para la Cancillería,

La próxima Conferencia de Ginebra, aun en las más optimistas de las previsiones, terminará con la gestión diplomática de conversaciones directas con Gran Bretaña y Guayana Británica iniciadas en 1962.³

En concordancia con esta presunción, el Canciller añade que

(...) exige que el gobierno piense seriamente las consecuencias en que quedará la posición venezolana después de la Conferencia de Ginebra, la que, según toda razonable previsión, será la conclusión, sin ningún acuerdo positivo, de esa gestión diplomática.⁴

De este documento se deriva la presunción de que, a solo tres semanas de alcanzar el Acuerdo, la Cancillería venezolana tenía la certeza que todo el esfuerzo realizado hasta el momento se acababa en Ginebra. Consideraba que las posibilidades de llegar a un acuerdo satisfactorio para Venezuela eran remotas, y que las vías de negociación se cerrarían en la ciudad del lago.

Así mismo, al evaluar otras alternativas, concluye que

La acción dentro de la ONU fue ya cumplida y un pronunciamiento de las naciones allí presentes, según las opiniones más calificadas, será con toda probabilidad adverso a Venezuela, dado el número de los votos afro-asiáticos.⁵

Venezuela veía no solamente perdida las negociaciones directas con Gran Bretaña, sino que consideraba el recurrir a las Naciones Unidas como un callejón sin salidas aparentes.

El Canciller, al hacer un pequeño balance de las gestiones emprendidas durante su gestión, esboza lo que sería la alternativa de Venezuela después de proyectado fracaso en Ginebra:

³ *Ibidem*, pág. 4.

⁴ *Ibidem*, pág. 5.

⁵ *Ídem*.

La Cancillería cree haber utilizado todos los medios diplomáticos eficaces para lograr entre 1962 y 1965, la resurrección de un reclamo territorial que había sido enterrado hacía más de 60 años.

Pero al mismo tiempo considera que ha llegado al límite de sus posibilidades. Solo la aplicación de los otros medios propuestos por la Cancillería, o algunos similares, podría abrir un camino al éxito, o por lo menos garantizaría la continuación de la acción diplomática.⁶

Iribarren Borges señala que hay que recurrir a medios de acción distintos a los empleados hasta el momento para continuar con el reclamo territorial, que sirvan de soporte al ámbito diplomático.

SE LLEGA AL ACUERDO DE GINEBRA

Una vez firmado el Acuerdo, las expectativas de Venezuela cambian. El presidente Raúl Leoni, en su mensaje al Congreso Nacional del 11 de marzo de 1966, expresa que el Acuerdo de Ginebra

(...) reabre el caso de la Guayana Esequiba ofreciendo a Venezuela una oportunidad, como nunca tuvo antes, para hacer valer sus derechos y conseguir la reparación del daño que nos causara el doloso Laudo de París.⁷

Igualmente, Leoni se compromete a que, una vez aprobado el Acuerdo por el Congreso,

(...) el Gobierno Nacional quedaría comprometido ante la Nación y ante la Historia a trabajar con inteligencia, devoción, entereza y desvelada preocupación a recuperar para Venezuela el vasto territorio del que fuimos dolosamente despojados.⁸

⁶ *Ibidem*, pág. 6

⁷ Mensaje presentado por el ciudadano Dr. Raúl Leoni, Presidente Constitucional de la República, el 11 de Marzo de 1966; en *Mensajes Presidenciales. Recopilación, notas y estudio preliminar preparados por el doctor Antonio Arellano Moreno*; Caracas, Presidencia de la República, 1971. Tomo VI, pág. 388.

⁸ *Ibidem*, pág. 389.

Al someter a consideración del Congreso Nacional el Acuerdo de Ginebra para su aprobación el día 17 de marzo de 1966, el Ministro de Relaciones Exteriores deja entrever el criterio del Despacho sobre lo logrado en Ginebra.

El Acuerdo de Ginebra presenta un desafío al cual debe el país dar una adecuada respuesta. La creación y actuación de la Comisión Mixta, así como el proceso subsiguiente, si ésta no arribare a una solución satisfactoria, obligan a Venezuela a poner en marcha todas sus energías para consolidar la reclamación con serios y maduros estudios. El desafío de la cuestión guayanesa somete a nuestro país, que había visto con dolor como se iba escogiendo su territorio, a la hermosa tarea que no debe restringirse únicamente al estudio, orientada a la recuperación de nuestra legítima frontera oriental.⁹

Venezuela obtiene un instrumento capaz de revitalizar una reclamación que pocas semanas antes consideraba perdida.

LO QUE VERDADERAMENTE QUISO DECIR EL CANCELLER

Transcurridos casi dos años de la firma del Acuerdo de Ginebra, Venezuela tiene una visión más clara de las ventajas prácticas que le ha aportado el Acuerdo de Ginebra.

En febrero de 1968, en el informe *Política de la Cancillería sobre la recuperación de la Guayana Esequiba*¹⁰, en su segunda parte *El Acuerdo de Ginebra como instrumento para la recuperación de la Guayana Esequiba*, la Cancillería profundiza sobre el significado de las palabras del Canciller ante el Congreso, al momento de la presentación

⁹ Exposición al Congreso Nacional del Doctor Ignacio Iribarren Borges, Ministro de Relaciones Exteriores, sobre el Acuerdo de Ginebra, el día 17 de marzo de 1966; en *Mensajes Presidenciales y Discursos de Cancilleres*; Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas, 1967, pág. 93.

¹⁰ *Política de la Cancillería sobre la recuperación de la Guayana Esequiba, parte II, El Acuerdo de Ginebra como instrumento de la recuperación de la Guayana Esequiba*; Caracas, febrero de 1968. AIIB, Carpeta DO3.1, Documento No. 3.

del Acuerdo, señalando que

Las circunstancias en que estas palabras se pronunciaron, ante el Congreso Nacional, en sesión pública, y con la posible presencia de observadores extranjeros, no permitían hablar en términos más explícitos para dar a entender al país en qué sentido interpreta el Despacho como oportunidad histórica la que brinda el Acuerdo de Ginebra.¹¹

En el informe se aclara lo que, entre líneas, el Canciller ha dicho:

A simple vista se aprecia que el despacho considera que debe irse mucho más allá de la pura discusión histórico-jurídica. Explícitamente dijo el Ministro que Venezuela debe poner en marcha “todas sus energías para consolidar su reclamación con serios y maduros estudios”, pero a renglón seguido aclaró que esta tarea “no debe restringirse únicamente al estudio”, sino que ha de ser “orientada a la recuperación de nuestra legítima frontera oriental”.¹²

LOS OBJETIVOS DEL ACUERDO: PLANTEAMIENTO DE LAS VÍAS DE HECHO

El mismo mes, en el *Memorándum explicativo de la Sub-Comisión de Expertos*¹³, se ahonda en la postura de la Cancillería con referencia a la reclamación:

Nunca pensó la Cancillería que por medios puramente diplomáticos pudiera solucionarse satisfactoriamente el conflicto. La historia enseña que ninguna recuperación territorial se ha logrado por la simple vía diplomática.¹⁴

La Cancillería asume que por la vía estrictamente diplomática no es posible solucionar la disputa territorial con Guyana y que, por tanto,

¹¹ *Ibidem*, pág. 1.

¹² *Ibidem*, pág. 2.

¹³ *Memorándum explicativo de la Sub-Comisión de Expertos*; Caracas, 14 de febrero de 1968. AIIB, Carpeta DO3.1, Documento No. 4.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 1.

debe buscar escenarios distintos que le permitan a Venezuela recuperar el territorio reclamado. Se vuelve a plantear lo que a escasas tres semanas de la firma del Acuerdo se proyectó, en Consejo de Ministros¹⁵, como es la posibilidad de aplicar acciones distintas a las diplomáticas para robustecer y vigorizar la reclamación.

En este memorándum, la Cancillería apunta tres objetivos que se lograron con la firma del convenio:

El Acuerdo de Ginebra y la Comisión Mixta que creó se vieron desde el primer momento como un medio para alcanzar los siguientes objetivos: 1° Lograr de parte de Guyana, desde su independencia, el reconocimiento formal de la existencia de la controversia territorial; 2° Dar a Venezuela en caso de incumplimiento o intransigencia de parte de Guyana, elementos justificativos para el eventual recurso de las vías de hecho; a tal efecto, se dispone de las piezas documentales necesarias que integrarían el Libro Blanco ad-hoc; y 3° Dar a Venezuela tiempo para realizar los preparativos necesarios para imponer una solución definitiva del problema.¹⁶

Para el momento, la Cancillería ha considerado las ventajas que ha supuesto la firma del Acuerdo. En primer lugar, considera positivo el reconocimiento de Guyana de la existencia de la controversia limítrofe. En segundo término, la importancia de la recolección de pruebas del incumplimiento por parte de Guyana de lo previsto en el Acuerdo, y que pudiera dar lugar a la implementación de “vías de hecho”, es decir, acciones para recuperar el territorio en disputa distintas a las previstas en el Acuerdo de Ginebra y a margen de las gestiones diplomáticas. En tercer lugar, la posibilidad de ganar tiempo para una eventual “solución definitiva” de la controversia territorial.

LA COMISIÓN MIXTA COMO INSTRUMENTO DE LA RECUPERACIÓN

Con referencia a la Comisión Mixta, el informe señala que

¹⁵ *Memorándum para el Consejo de Ministros... Ob.Cit.*

¹⁶ *Memorándum explicativo de la Sub-Comisión de Expertos... Ob.Cit, pág. 1*

Es evidente que dada la composición paritaria de la Comisión Mixta, no se puede esperar que del simple intercambio de argumentaciones se vaya a producir entendimiento alguno, tratándose de una materia en la que, en el plano histórico-jurídico no caben sino posiciones extremas y contradictorias: la de Venezuela que afirma la nulidad del llamado Laudo de 1899 y la de Guyana que mantiene su validez.¹⁷

Así, el informe reconoce que en el seno de la Comisión Mixta no se encontrará la solución a la controversia territorial, pues su composición, dos delegados por Venezuela y dos por Guyana, harán que las posiciones contrapuestas de ambos países se mantengan sin posibilidad real de decisión. Debido a la naturaleza paritaria del organismo, cada parte ha de refugiarse en sus argumentos imposibilitando un desenlace favorable a alguna de ellas.

Por ello, la Cancillería anota que el asunto planteado en la Comisión debe ir asociada con iniciativas disuasivas:

También se advierte que es criterio del Despacho que aun la negociación diplomática no dará resultado alguno si ella no va acompañada de una serie de acciones convergentes para que la argumentación de nuestros Comisionados convenza al adversario en el terreno práctico.¹⁸

Se considera entonces que los asuntos planteados en el organismo deben ir acompañados de otras iniciativas que complementen lo planteado en su seno.

CUATRO AÑOS DE TIEMPO

El Acuerdo de Ginebra abre un compás de cuatro años para que, en el seno de la Comisión Mixta, Venezuela y Guyana negocien bilateralmente una solución práctica a la controversia territorial. Sin embargo,

¹⁷ *Ibidem*, pág. 2

¹⁸ *Ídem*.

por la naturaleza paritaria de la Comisión Mixta, no habría posibilidad de llegar a ningún acuerdo. Siendo así, la Cancillería plantea que

El Acuerdo de Ginebra, además de su trascendencia en el plano jurídico, ofrece la ventaja de prolongar por un período de cuatro años la oportunidad de realizar, bajo la apariencia de un proceso de negociación, múltiples acciones en orden al rescate de la Guayana Esequiba.¹⁹

Por tanto, la Cancillería considera que el período de cuatro años previsto en el Acuerdo de Ginebra le da a Venezuela la oportunidad de iniciar diversas acciones, a la par de las negociaciones en la Comisión Mixta, y amparadas en este compás de cuatro años, con el fin de lograr el “rescate” del territorio esequibo. Venezuela, escudándose en “la apariencia de un proceso de negociación” que le otorga el Acuerdo, puede emprender “múltiples acciones” tendientes a la recuperación del territorio reclamado. Como ejemplo, cita la acción emprendida en octubre de 1966:

En este sentido, la ocupación de Anacoco pudo realizarse al amparo de aquel convenio, y Venezuela salió airosa del incidente con la declaración de que cualquier reclamación territorial que Guyana deseara formular debía remitirla a la Comisión Mixta, donde - como es bien sabido - dado el carácter paritario de la misma, no produciría efecto alguno.²⁰

Así, parte de la estrategia de la Cancillería fue la de presionar a Guyana a negociar una solución práctica a la controversia, con las armas de negociación previstas en el marco del Acuerdo de Ginebra. Sin embargo, Venezuela consideraba que el período de cuatro años de vigencia de la Comisión Mixta le permitía emprender otro tipo de gestiones (para utilizar el léxico de la Cancillería “acciones convergentes”), es decir, otros medios distintos a los previstos en el Acuerdo, con el convencimiento de que todas las resultas de dichas acciones deberían

¹⁹ *Ídem.*

²⁰ *Ídem.*

ser discutidas por ambos países, de manera bilateral, en el seno de esa Comisión. Y que, dada la composición paritaria de ésta, no acarrearían ninguna consecuencia para Venezuela, pues los reclamos guyaneses no prosperarían. Los sucesos de Anacoco demostraron que lo previsto ocurría según el criterio venezolano pues una vez ocupada la isla, Guyana no tuvo más alternativa que plantear su reclamo en la Comisión Mixta, apegándose a lo pautado en el Acuerdo de Ginebra, y sin posibilidad de recurrir a instancias internacionales. El planteamiento guyanés fue oído, pero no tuvo ningún efecto. La Isla de Anacoco fue ocupada por Venezuela, por vías de hecho, como parte de las “acciones convergentes” planteadas por la Cancillería, y Guayana no pudo revertirlo.

EL MOMENTO DE LAS VÍAS DE HECHO

Para el momento, febrero de 1968, la Cancillería anota que

Después de casi dos años de negociaciones con Guyana, en los cuales Venezuela ha hecho todos los esfuerzos por explorar todas las posibles vías de entendimiento sin encontrar ni el más leve indicio de flexibilidad en el adversario, se ha llegado al estancamiento total...²¹

Por lo tanto,

(...) el Ministerio de Relaciones Exteriores y los Representantes de Venezuela en la Comisión Mixta de Límites tienen la convicción absoluta de que se han agotado ya, sin resultados positivos, las vías diplomáticas para llegar a una solución negociada del problema de límites.²²

Y, por ello, exponen que

No puede ya postergarse el momento en que el Estado venezolano adopte la grave decisión de llevar su reclamación a sus últimas consecuencias o de dejarla morir.²³

²¹ *Ibidem*, pág. 1

²² *Ídem*.

²³ *Ídem*.

El memorándum considera que de los tres objetivos primordiales que buscaba el Acuerdo de Ginebra se han cumplido dos: el reconocimiento formal por Guyana de la existencia de la disputa territorial, y tener suficientemente recabados elementos que justificasen el “recurso de las vías de hecho”²⁴. El tercer objetivo, preparar a Venezuela con suficiente tiempo para la realización de la “solución definitiva del problema”²⁵, la Cancillería concluye que es tarea que debe ser asumida también por otras instancias venezolanas:

Agotada ya la vía de la negociación, las medidas que en adelante deben adoptarse escapan del control exclusivo de la Cancillería y caen dentro del campo de responsabilidad principal de las Fuerzas Armadas Venezolanas.²⁶

En esta nueva etapa de la reclamación,

(...) la acción de la Cancillería consistiría en preparar el ambiente internacional y crear las coyunturas necesarias en las relaciones bilaterales con Guyana para que pueda realizarse eventualmente la acción militar en las mejores condiciones posibles.²⁷

LA CANCELLERÍA HABÍA PREVISTO ESTA SITUACIÓN

En un memorándum rotulado “Confidencial” del 28 de febrero de 1968²⁸, se revela que desde 1966 se había previsto como una opción ante la eventual negativa de Guyana a negociar, la recuperación del territorio esequibo por la fuerza. En el informe, elaborado cinco meses después de la firma del Acuerdo de Ginebra, se expresa que

²⁴ *Ibidem*, pág. 2

²⁵ *Ídem*.

²⁶ *Ídem*.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ *Memorandum: Proyectos relacionados con la recuperación de la Guayana Esequiba estudiados hasta ahora y aún no realizados*; Caracas, 28 de febrero de 1.968. LHM/cbb. AIIB, Carpeta DO3.1, Documento No. 6.

En fecha 11/7/66 una reunión del Canciller con los Representantes de Venezuela en la Comisión Mixta de Límites, la Dirección de Guyana y el Estado Mayor Conjunto recomendó la creación de un comando de área para la frontera, que se ocuparía de realizar todos los preparativos necesarios para una eventual recuperación del territorio reclamado por las vías de hecho. Esta proposición fue acogida por la reunión de alto nivel efectuada el mismo mes por los Ministros de Relaciones Interiores, Relaciones Exteriores, Defensa, Obras Públicas y Secretaría de la Presidencia (...).²⁹

Esto indica que el gobierno en pleno estaba al tanto, e involucrado, en la recuperación de la Guayana Esequiba, incluyendo la recuperación por medio de la fuerza.

A principios de 1967, otro memorándum³⁰, más extenso que el anterior, propone lo mismo cuando expresa que

Todo indica que, si Venezuela está verdaderamente decidida a recuperar el territorio del Esequibo, tiene necesariamente que iniciar los preparativos para ocuparlo por la fuerza.³¹

Estos preparativos deben ir enfocados en dos vertientes. El primer lugar, la preparación efectiva de los medios para realizar la ocupación del territorio esequibo, especialmente en el ámbito militar. En segundo término,

(...) la creación de circunstancias lo más propicias posibles para que dicha anexión se produzca con el mínimo factible de riesgos de una reacción internacional.³²

Estas circunstancias deben ser ejecutadas en estrecha colaboración con los planes de la Cancillería.

²⁹ *Ibidem*, pág. 1

³⁰ *Memorándum (Proyecto). Asunto: Política General acerca de la reclamación territorial. Estrictamente Confidencial.* LHM/nr:cbb, Caracas, 30 de enero de 1967. AIIB, Carpeta Guayana 1967, Documento No. 5.

³¹ *Ibidem*, pág. 1

³² *Ídem.*

Finalmente, se concluye que debe delimitarse el tiempo para ambas tareas

Venezuela debe fijarse un término, en principio, dentro del cual debe consumarse la recuperación del territorio. Se estima que ese término debe ser, a lo sumo, el de los cuatro años previstos para el funcionamiento de la Comisión Mixta (...).³³

Como vemos, el tiempo planteado en el Acuerdo de Ginebra es el preciso.

CONCLUSIONES

La firma del Acuerdo de Ginebra en 1966 abre para Venezuela una ventana de cuatro años para negociar bilateralmente una solución práctica a la disputa territorial sobre la Guayana Esequiba. Desde su firma, la Cancillería había previsto las consecuencias de la composición paritaria de la Comisión Mixta, y buscó la manera de aprovecharla a su favor. Con ello presente, Venezuela emprende una serie de acciones con el fin de recuperar el territorio en disputa que van más allá de lo enmarcado dentro del Acuerdo. Estas acciones de hecho, fuera del ámbito diplomático, obligarían a Guyana a tomar una decisión definitiva sobre el territorio en disputa, para beneficio de los intereses venezolanos y revertirían, en alguna medida, la injusticia cometida a nuestro país por el irrito Laudo de París de 1899.

FUENTES

Documentales inéditas:

Archivo Ignacio Iribarren Borges. Carpetas DO3.1, DO3.2, DO3.3, DO3.4, DO3.5, Guayana 1962-1965, Guayana 1966, Guayana 1967, Guayana 1968, Acuerdo de Ginebra, Comisión Mixta de Límites, Sucesos Anacoco. Legajos varios.

³³ *Ídem.*

Documentales éditas:

- El reclamo a la Guayana Esequiba*; Caracas, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1988.
- Falcón Briceño, Marcos: *Venezuela ante la ONU (Reclamación de la Guayana Esequiba)*; en *Notas Históricas*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1989.
- La reclamación venezolana sobre la Guayana Esequiba. Ciclo de conferencia de las Academias Nacional de la Historia y de Ciencias Políticas y Sociales. Presentación, organización y dirección de la edición por Tomás Enrique Carrillo Batalla*; Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1983.
- Mensajes Presidenciales y Discursos de Cancilleres: reclamación de la Guayana Esequiba*; Caracas, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1967.
- Mensajes Presidenciales. Recopilación, notas y estudio preliminar preparados por el doctor Antonio Arellano Moreno*; Caracas, Presidencia de la República, 1971.
- Reclamación de la Guayana Esequiba. Documentos 1962 – 1967*; Caracas, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1967.
- Reclamación de la Guayana Esequiba. Documentos 1961 – 1981*; Caracas, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1981.

Bibliográficas:

- Boersner, Demetrio: *Relaciones internacionales de América Latina*; Caracas, Grijalbo, sexta edición (primera edición 1982), 2007.
- _____ : *Venezuela y el Caribe: Presencia cambiante*; Caracas, Monte Ávila Editores, 1980, segunda edición.
- Donís Ríos, Manuel: *El territorio de Venezuela. Documentos para su estudio*; Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001.
- González Oropeza, Hermann, y Donís Ríos, Manuel: *Historia de las Fronteras de Venezuela*; Caracas, Cuadernos Lagoven, 1989.
- Iribarren Borges, Ignacio: *¡Guayana Esequiba nuestra!*; Caracas, Papeles públicos 3, Oficina Central de Información, 1965.
- _____ : *Por la paz y contra el colonialismo*; Caracas, Papeles públicos 7, Oficina Central de Información, 1965.
- _____ : *El Acuerdo de Ginebra*; Caracas, Papeles públicos 13, Oficina Central de Información, 1966.
- Núñez, Enrique Bernardo: *Tres momentos en la controversia de límites de Guayana*; Caracas, Consejo Municipal del Distrito Federal, 1976.

- Ojer, Pablo: *Robert H. Schomburgk, explorador de Guayana y sus líneas de frontera*; Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1968
- _____: *Sumario Histórico de la Guayana Esequiba*; Maracaibo-San Cristóbal, Biblioteca Corpozulia, Universidad Católica del Táchira, Fondo Editorial del Estado Táchira, 1983.
- Rojas, Armando: *Venezuela limita al este con el Esequibo*; Caracas, Cromotip, 1968.
- Romero, María Teresa: *Política exterior venezolana el proyecto democrático, 1959 – 1999*; Caracas, Libros El Nacional, 2009, segunda edición.
- Serbin, Andrés: *Nacionalismo, etnicidad y política en la República Cooperativa de Guyana*; Caracas, Brugera, 1980.
- Sequera Tamayo, Isbelia; Mejías, Luis Alfonso; Fermín de Mejías, Irma y Morales, Faustino: *Guayana Esequiba. Espacio geopolítico*; Caracas, Academia Nacional de Ciencias Económicas, 1992.
- Sequera de Segnini, Isbelia (coordinadora): *Venezuela y su espacio fronterizo. El problema del esequibo*; Caracas, Instituto de Geografía y Desarrollo Regional, 1987.
- Rout Jr., Leslie B.: *Which way out? An Analysis of the Venezuela-Guyana Boundary Dispute*; Michigan State University, 1971.
- Singh, Jai Narine: *Diplomacia o Guerra. Análisis de la controversia fronteriza entre Venezuela y Guyana*; Caracas, Eduven, 1982.
- Sureda Delgado, Rafael: *Betancourt y Leoni en la Guayana Esequiba*; Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.
- _____: *Venezuela y Gran Bretaña. Historia de una Usurpación*; Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1980.
- _____: *La Guayana Esequiba. Dos etapas en la aplicación del Acuerdo de Ginebra*; Caracas, Academia Nacional de la Historia, Ediciones Faces – Universidad Central de Venezuela, 1990.
- Valery Salvatierra, Rafael: *La territorialidad de Venezuela. Origen, formación, y cambios de nuestro patrimonio territorial*; Caracas, Fundación Empresas Polar, Fundación Juan José Aguerrevere, 2006.
- Velázquez, Bonifacio: *Isla de Patos. Otro agravio de la Gran Bretaña a Venezuela*; Caracas, Imprenta Universitaria, 1973.
- Zambrano Velasco, José Alberto: *Sumario Jurídico de la Territorialidad*; Maracaibo-San Cristóbal, Biblioteca Corpozulia, Universidad Católica del Táchira, Fondo Editorial del Estado Táchira, 1983.

GUYANA: EL ACUERDO DE GINEBRA EN LA ACTUALIDAD

Sadio Garavini di Turno

En 1962, dada la anunciada inminencia de la independencia de Guyana, en el marco del proceso de descolonización británico en el Caribe, Venezuela reactiva su reclamación sobre el territorio despojado de la Guayana Esequiba. Después de 4 años de negociaciones el 17 de febrero de 1966, Venezuela, Gran Bretaña y Guayana Británica, que con la independencia adquirió el nombre de Guyana, firmaron el Acuerdo de Ginebra. A partir de esa fecha, la reclamación venezolana sobre el territorio esequibo tiene como marco jurídico y político fundamental ese tratado.

En el preámbulo del Acuerdo de Ginebra, se afirma que cualquiera controversia entre las partes “debe ser amistosamente resuelta en forma que resulte aceptable para ambas partes”. En el artículo I del mismo leemos: “ Se establece una Comisión Mixta con el encargo de buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo Arbitral de 1899 sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica es nulo e irritó.” Desde 1966, oficialmente, Venezuela y Guyana mantienen dos interpretaciones mutuamente excluyentes del Acuerdo de Ginebra y parecen “enredadas” en dos equívocos monólogos. Guyana sostiene que el objeto del Acuerdo es, en primer lugar, establecer la validez de la contención venezolana de que el Laudo es nulo e irritó. Se trataría, por tanto de una disputa esencialmente jurídica y los posibles resultados de la controversia así definida serían o el de la afirmación de la validez del Laudo y con ello el cese de la reclamación venezolana y la consiguiente consagración del “status quo” existente o el del reconocimiento de la nulidad del Laudo y con ello la apertura de un nuevo proceso de delimitación. Tal nuevo proceso debería entonces, según Guyana basarse en el Compromiso Arbitral originario, el Tratado de Washington de 1897. Venezuela, por

su parte, afirma que no tiene sentido proponer una solución “práctica y mutuamente satisfactoria” a una controversia estrictamente jurídica. Además una Comisión Mixta es una institución puramente política y difícilmente podría esperarse de ella un dictamen jurídico, sobre todo siendo las partes mismas los miembros de la Comisión. De ser jurídico su mandato los Comisionados se verían en la insostenible posición de ser juez y parte. Negociar la validez o nulidad de un Laudo, más aún en una Comisión Mixta paritaria, es inconcebible. La razón jurídica no es negociable: se tiene o no se tiene. Y difícilmente se confiaría a negociadores diplomáticos la función de adjudicar derechos. Por lo tanto, para Venezuela “el Acuerdo pone de lado el fraudulento Laudo de 1899” y su objeto es el arreglo práctico de la controversia.

Efectivamente sí, como lo plantea la posición guyanesa, la controversia se limita a establecer la validez o nulidad del Laudo, a primera vista, no se entendería la razón por la cual Guyana aceptó firmar el Acuerdo de Ginebra. Simplemente, se debería haber ido a la Corte Internacional de la Haya.

Es indudable que, jurídicamente, para Guyana, el acuerdo de Ginebra es innecesario y deletéreo. Cheddi Jagan, el ya desaparecido ex Presidente de la república y líder fundador del Partido Progresista del Pueblo (PPP), actualmente en el gobierno, como jefe de la entonces oposición guyanesa, se opuso a la firma del Acuerdo de Ginebra y, en su obra “The West on Trial”, escribe al respecto: “El gobierno de coalición PNC-UF firmó conjuntamente con los gobiernos venezolano y británico el Acuerdo de Ginebra...y creó una Comisión Mixta (Guyana-Venezuela). Así se concedió reconocimiento a la espuria reclamación territorial venezolana y lo que era un caso cerrado desde 1899 fue reabierto.” Es interesante destacar que estas palabras del líder fundador del actual partido de gobierno guyanés admiten claramente que, con la firma del Acuerdo de Ginebra, Guyana concede reconocimiento a la reclamación venezolana y acepta reabrir el caso que, supuestamente, había sido cerrado con el Laudo de 1899. Para subrayar la debilidad sustantiva de la posición oficial guyanesa sobre el Acuerdo de Ginebra, considero relevante reproducir aquí un comunicado sumamente claro de otro importante partido político en la historia guyanesa, la Working People’s Alliance (WPA): “La firma del Acuerdo de Ginebra, por parte

de Guyana, pone a nuestro país en una situación que limita considerablemente nuestra libertad de acción. Para Guyana insistir ahora en interpretar el acuerdo como un mero instrumento para ratificar el Laudo de 1899, el cual fue puesto en duda en Ginebra, en 1966, probará severamente la paciencia de todos los interesados. Es tiempo ya de decirle al mundo que Guyana está llevando a cabo una enorme autodecepción al afirmar que su posición es la firme defensa del laudo Arbitral de 1899. (El gobierno Burnham) debe explicarle al pueblo guyanés y al mundo, especialmente al Caribe, qué intención tenía al acordar en 1966 que la disputa debería ser resuelta en una forma satisfactoria tanto para Venezuela como para Guyana. Ya que, en 1966, el Laudo de 1899 no satisfacía más a Venezuela y por la propia evidencia del Acuerdo de Ginebra eso era bien conocido por Guyana, es el gobierno guyanés que debe decir qué es lo que entendía por una solución práctica de la controversia. Para el gobierno guyanés decir que considera al Laudo de 1899 como una solución definitiva y después ofrecer, en el Acuerdo de Ginebra, de trabajar para una solución práctica aceptable para ambas partes fue muy poco inteligente. Ningún encubrimiento puede ocultar el hecho que el régimen cometió un serio error.” Estos argumentos del fundador del Partido de gobierno y de la oposición de izquierda guyaneses deberían ser utilizados y recordados por Venezuela.

Las razones de la firma del Acuerdo de Ginebra por parte de Burnham hay que buscarlas en el plano político. La Gran Bretaña, veía en el acuerdo de Ginebra una fórmula elegante para “lavarse las manos” y dejar a las partes más directamente involucradas la solución de la controversia. Por tanto, el gobierno británico ejerció una fuerte presión sobre Burnham, especialmente al vincular la concesión de la Independencia a la aceptación del Acuerdo de Ginebra por parte del gobierno guyanés. Burnham, por su parte, percibía a la Independencia como un objetivo prioritario en función del mantenimiento del poder. En primer lugar, lograr la Independencia era un objetivo que obviamente produciría jugosos dividendos políticos para su partido (PNC). En segundo lugar, Burnham, desde el primer momento, resintió la limitación a su autonomía de acción que implicaba la continuada presencia del gobierno británico en su papel de árbitro supremo de las “reglas del juego”, en el sistema político guyanés. La desaparición, con la Independencia,

de la Gran Bretaña del escenario, permitiría la modificación de esas “reglas del juego”, especialmente las electorales, en un sentido “favorable” a los intereses del PNC. Para Burnham, el “costo” político de la firma del Acuerdo de Ginebra era muy inferior a los “beneficios” de la Independencia.

Es importante mencionar que, en 1970, se firmó entre los dos países un acuerdo llamado el Protocolo de Puerto España, que suspendía, por doce años, el funcionamiento del Artículo IV del Acuerdo de Ginebra que, después de cuatro años de negociaciones, en caso de no haber acuerdo sobre el arreglo definitivo de la controversia, y no haber acuerdo tampoco sobre la selección de uno de los medios de solución pacífica de controversias, previstos en el art. 33 de la Carta de la ONU, obligaba a las partes a acudir al Secretario General de la ONU, para que escogiera uno de esos medios. En ese año de 1970 se estaba recalentando la controversia de Venezuela con Colombia, sobre la delimitación de las aguas adyacentes al Golfo de Venezuela y el Gobierno venezolano consideró inconveniente tener que enfrentar con urgencia las dos controversias a la vez. Además, la suspensión del funcionamiento del Artículo IV, no significaba la congelación, como se ha afirmado erróneamente, de las negociaciones entre los dos países y en efecto, durante esos años, particularmente en los 70, hubo conversaciones muy relevantes al respecto.

Efectivamente, durante las últimas décadas, el gobierno guayanés, manteniendo su posición oficial, en diferentes oportunidades, en privado, ha aceptado explorar hipótesis de solución sustantiva de la controversia, con la esperanza de obtener a cambio algunas ventajas económicas, como, en los 70, el apoyo venezolano para el proyecto hidroeléctrico del Alto Mazaruni, la interconexión eléctrica y la financiación de la factura petrolera. Esto, por cierto, en buena parte, hoy en día se lo estamos dando de todas maneras, junto con otros subsidios, como la compra de arroz a precios superiores a los que rigen en el mercado internacional.

Las negociaciones bilaterales, a partir de 1989, siguen bajo los auspicios de un “buen oficiante”, que debe ser nombrado por el Secretario General de la ONU, con el consenso de las partes. Después del fallecimiento de Oliver Jackman, en enero de 2007, el Secretario General

de la ONU y las partes tardaron tres años para nombrar el nuevo buen oficiante: el jamaiquino Norman Girvan, recientemente fallecido.

El Acuerdo de Ginebra tiene el mérito de reabrir el caso y acabar con la invulnerabilidad jurídica del Laudo de París de 1899 y la presunción de cosa juzgada. Sin embargo, mientras no se logre la solución de la controversia, el Acuerdo deja a Guyana la ocupación y el dominio del territorio en reclamación, con las consecuencias y ventajas que eso significa. No obstante, basándose en el artículo V del Acuerdo, todos los gobiernos venezolanos desde 1966, se habían opuesto a que Guyana otorgara unilateralmente concesiones y contratos en la zona en reclamación. El propio presidente Chávez, el 19 de marzo y el 1 de abril de 2000, expresó su enérgica oposición al otorgamiento de una concesión a la empresa estadounidense Beal Aerospace Technologies, para construir una plataforma de lanzamiento de satélites en el Esequibo. Obviamente, el mantenimiento del “status quo” es, para Guyana, una alternativa preferible a un acuerdo negociado, que implicaría algún tipo de concesión territorial a Venezuela. Por tanto, la posibilidad de desestimular los proyectos de inversión foránea en el Esequibo era una de las escasas herramientas que Venezuela tenía, para deteriorar las ventajas que la posesión del territorio le concede a Guyana. En marzo del 2004, en cambio, el Presidente Chávez declaró que Venezuela no se oponía a que Guyana otorgara unilateralmente concesiones y contratos a compañías multinacionales en el Esequibo, con lo cual acabó con casi 40 años de diplomacia venezolana y entregó unilateralmente y, a cambio de nada, una de nuestras pocas armas de negociación. Desde entonces, Guyana tiene una poderosa razón más para no negociar.

En febrero del 2007, el Presidente Chávez afirmó que la reactivación de la reclamación venezolana sobre el territorio Esequibo en 1962, por parte del Gobierno de Rómulo Betancourt, fue producto de la presión de los Estados Unidos, supuestamente interesados en desestabilizar el gobierno autónomo de izquierda (pero todavía no independiente) del Primer Ministro de la entonces Guayana Británica, Cheddi Jagan. Al parecer, el Presidente Chávez repitió una declaración similar del entonces embajador guyanés en Caracas, Odeen Ishmael, a un periódico de su país. El mismo embajador, en una entrevista concedida a *El Nacional*, sustentándose, en esa declaración presidencial, afirmó

que el Presidente Chávez debería “dar un paso al frente para retirar el reclamo venezolano”. En realidad, la posición guyanesa es una absoluta falsedad histórica, que, en privado y me consta, no se la creen los mismos guyaneses. La reactivación de la reclamación fue un proceso absolutamente autónomo, dentro del gobierno venezolano, provocado por la inminencia de la independencia de Guyana. Además, es obvio que, siendo Guyana en 1962 todavía una colonia británica, para evitar que, en el futuro Estado independiente, surgiese un gobierno filocomunista no fue necesario “utilizar” la reclamación venezolana, sólo bastó que el Gobierno Británico postergara la independencia hasta que Burnham y sus aliados anticomunistas ganaran las elecciones.

En septiembre del 2011, la Canciller de Guyana, Carolyn Rodrigues Birkett, presentó, una solicitud para extender la plataforma continental, incluyendo la correspondiente a la Guayana Esequiba, de 200 millas a 350 millas, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Además, la Cancillería guyanesa, en un comunicado oficial, informa que Guyana, entre 2008 y 2010, ha consultado con los países limítrofes, Barbados, Suriname y Trinidad Tobago sobre la mencionada solicitud. Es grave que, al respecto, la Cancillería guyanesa no mencione a Venezuela, país limítrofe adyacente, y en cambio, mencione a Trinidad y Barbados, que no son países limítrofes de Guyana, estando Venezuela y su plataforma continental en el medio. El Almirante Daniels les analizará estos temas, con mayor detenimiento. Por mi parte lo que me interesa destacar es que el Gobierno, frente a la reacción de los medios y de los expertos en la materia, reaccionó con un primer comunicado, el 26 de septiembre, realmente lamentable, que evidencia apresuramiento y una ignorancia realmente impresionante.

En efecto, el comunicado, manifiesta “su preocupación al constatar que el gobierno de la República Cooperativa de Guyana no informó previamente” de la acción ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de la ONU. El día después de conocerse el comunicado, Guyana desmiente a la Cancillería demostrando que, en mayo de 2009, había informado, que no es lo mismo que consultado, a la Embajada de Venezuela en Guyana, sobre la solicitud a la ONU. Se conoció también que el embajador venezolano inmediatamente había informado al

respecto y advertido de la gravedad del tema. Más de dos años después, la Cancillería demostraba desconocimiento de una nota diplomática relevante y, por tanto hace el ridículo protestando por algo que no tenía el derecho de protestar, porque se debía a su propia incompetencia.

En cambio, no protesta por algo que es sumamente grave y de lo cual tampoco estaban enterados aquellos que redactaron el comunicado.

En el documento oficial de agosto del 2011, en el cual Guyana presenta su solicitud de ampliación de la plataforma continental, Guyana afirma, en su punto cuarto, que: “no hay disputas en la región correspondientes a esta presentación, relativa a los límites exteriores de la plataforma continental”. Con esta declaración, Guyana desconoce la misma existencia de nuestra reclamación y parecería desconocer también el propio Acuerdo de Ginebra de 1966, en el cual Guyana se compromete a negociar “una solución satisfactoria para el arreglo práctico de la controversia”. Frente a estos lamentables acontecimientos, la reacción en los medios de aquellos que estamos algo enterados de estos temas, provocó que el Gobierno buscara una urgente reunión con la Canciller Rodríguez en Trinidad. En la reunión se negoció un Comunicado Conjunto, que afortunadamente, no se compara con el poco serio comunicado anterior. Se nota que el Gobierno, esta vez fue mejor asesorado, sin embargo, también se cometió un grave error. Veamos: En la Declaración Conjunta se lee:”Reconociendo que la controversia en relación con el Laudo Arbitral de 1899 en cuanto a la frontera entre Guyana y Venezuela sigue existiendo”.

Con estas palabras, Venezuela está admitiendo, como recordarán de la primera parte de esta charla, la tesis guyanesa de que el objeto del Acuerdo de Ginebra es, en primer lugar, establecer la validez o nulidad del Laudo Arbitral de 1899. Para Venezuela, el acuerdo de Ginebra es el único instrumento jurídico vigente, que norma la negociación sobre la controversia y su objetivo es lograr una solución satisfactoria y práctica a la misma.

La Canciller Rodríguez-Birkett anunció en febrero de este año que Guyana reactivó la solicitud que presentó en septiembre del 2011, de extender su plataforma continental, incluyendo la correspondiente a la Guayana Esequiba. La solicitud de Guyana afecta considerablemente nuestros derechos soberanos no sólo en la fachada atlántica que

proyecta la Zona en Reclamación del Esequibo sino también la correspondiente al estado Delta Amacuro. Recordemos que el 9 de marzo del 2012, el Gobierno, respondiendo al clamor de la opinión pública venezolana, expresado en forma reiterada durante varios meses, envió una nota diplomática reafirmando nuestros derechos dirigida al Secretario General de la ONU, quien la transmitió a la Comisión de Límites de la Convención del Mar, que decidió suspender el proceso de la solicitud, pasando el tema a una subcomisión. Esta todavía no se ha pronunciado. Hay que mencionar que en el Reglamento de la Comisión de Límites de la ONU, se establece que no se puede presentar una solicitud de ampliación de la plataforma continental, si hay una disputa territorial en el área correspondiente. La Canciller Rodríguez, como respuesta a la carta venezolana envió otra carta al Secretario general de la ONU, manifestando que el Acuerdo de Ginebra de 1966 tiene que ver sólo con definir la validez o nulidad del laudo de 1899, desconociendo que existe una controversia territorial con Venezuela que debe ser resuelta a través de una “solución satisfactoria para el arreglo práctico de la controversia”. Esta carta, por cierto, todavía no ha sido respondida, públicamente, por parte del gobierno venezolano.

El 17 de octubre del 2013, después del incidente del buque Teknic Perdana, apresado por la Armada venezolana en la Zona Económica Exclusiva de la fachada atlántica que proyecta el estado Delta Amacuro, los cancilleres Jaua y Rodrigues en un comunicado conjunto, “acordaron explorar mecanismos en el marco del derecho internacional para abordar el tema de la delimitación marítima y que en los próximos cuatro meses un equipo técnico se reúna para intercambiar opiniones al respecto”. El 17 de febrero se vencieron los cuatro meses. ¿Qué pasó con los equipos técnicos? ¿Quiénes son los técnicos venezolanos? Han pasado ocho meses y Guyana no sólo ha reactivado su solicitud a la ONU, sino que El 24 MAR 2014 la canciller guyanesa Carolyn Rodrigues-Birkett declaró sobre una represa hidroeléctrica a ser construida conjuntamente con el Gobierno del Brasil en la Zona en Reclamación, y se refirió a la Reclamación Territorial venezolana; señalando, que aunque ella no puede predecir el futuro, ella no visualiza ninguna consecuencia con la nación vecina ya que esa área no es más considerada como “disputada”.

Además en mayo, hace pocos días, en otra declaración Rodrigues-Birkett afirma que Punta Playa, en la línea del Laudo, será el punto terrestre a partir del cual se negociará con Venezuela en las próximas negociaciones técnicas con Venezuela sobre la delimitación marítima. ”. En una reciente entrevista para la televisión guyanesa sobre la controversia con Venezuela y el incidente del buque *Tecnik Perdana* el líder de la oposición guyanesa David Granger ni siquiera menciona al Acuerdo de Ginebra, dice que la controversia fue cerrada con el Laudo Arbitral de 1899 y para colmo afirma que el incidente se debe a que Venezuela “busca” una salida libre al Atlántico. En otras palabras, desconoce el Acuerdo de Ginebra y que Venezuela tenga derecho a su salida libre al Atlántico.

Que Guyana diga y haga todo esto para afirmar sus intereses es normal, lo que no es normal es que el Gobierno de Venezuela calle. En Derecho Internacional el silencio otorga derechos, por vía de la “aquiescencia”.

Estos hechos, así como el interés de Guyana en ampliar su plataforma continental y sus recursos en sus áreas marinas y submarinas demuestran la necesidad y la oportunidad de reactivar la negociación bilateral.

Frente a la reciente reiteración de la solicitud guyanesa de negociar el tema de la delimitación marítima y de ampliar “su” plataforma continental, Venezuela debe:

- 1) Reafirmar públicamente que la salida libre al Atlántico no es negociable
- 2) El patrullaje tradicional de la Armada en nuestra fachada atlántica debe mantenerse.
- 3) Es indispensable y urgente nombrar un negociador-facilitador por Venezuela a tiempo completo, apoyado además por un pequeño equipo de apoyo que le permita hacer un adecuado “lobby” en la ONU y en la comunidad internacional en general, particularmente en el Caribe. El actual negociador Roy Chaderton es también Embajador en la OEA, representante de Venezuela en las negociaciones de paz entre las FARC y el gobierno colombiano, miembro del Consejo de Estado, Diputado principal en el Parlamento Latinoamericano y para colmo hace poco lo encargaron también

de negociar con EEUU el restablecimiento de las relaciones diplomáticas a nivel de embajadores. Esto demuestra la falta de interés del gobierno en la reclamación.

- 4) La reciente muerte del buen oficiante de la ONU Norman Girvan crea las condiciones para el nombramiento de un nuevo buen oficiante o de reflexionar sobre la conveniencia de buscar vías alternativas para la solución de la controversia, en el marco del Acuerdo de Ginebra.
- 5) La reclamación del Esequibo y la defensa de nuestros derechos en la fachada atlántica del delta del Orinoco son dos temas distintos pero íntimamente relacionados. Se debe exigir que las negociaciones, anunciadas en el comunicado conjunto de los Cancilleres Jaua-Rodrigues-Birkett del 12-10-2013, deben darse en un ambiente de transparencia, los nombres de los técnicos por Venezuela deben ser conocidos.

Guyana buscará negociar una línea de delimitación marítima, dejando de lado la negociación sobre la zona en reclamación y aunque teóricamente no sería imposible delimitar, reservando nuestros derechos sobre la zona en reclamación, en la práctica entregaríamos uno de los pocos mecanismos de presión que Venezuela tiene sobre Guyana para que negocie un arreglo práctico a la controversia, porque una vez logrado un acuerdo sobre una línea de delimitación de áreas marinas y submarinas entre el estado Delta Amacuro y la zona en reclamación, aunque nos reservemos los derechos sobre la misma, Guyana se sentiría en libertad de reiniciar el otorgamiento de concesiones a transnacionales sobre la base de la delimitación acordada con Venezuela. Además, obviamente, se haría mucho más difícil encontrar un arreglo práctico a la controversia, porque Guyana tendría todavía menos interés en negociar. Recordemos que el status quo favorece a Guyana.

El gobierno, a este respecto debería buscar un gran consenso nacional, a través de la consulta y el diálogo con los diversos actores y expertos nacionales, para explorar los caminos más convenientes para avanzar en nuestra reclamación.

En la defensa de la soberanía nacional la Unidad de todos los venezolanos debería ser un imperativo insoslayable. Muchas gracias.

LA REALIDAD SOCIO-ECONÓMICA DE LA GUAYANA ESEQUIBA

Rajihv Morillo Dáger

Buenos días a todos, quiero agradecer a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y a la Academia Nacional de la Historia por realizar este necesario evento, acogiendo la propuesta que hice al respecto. También agradecer el apoyo de la Profesora Elisa Escovar y del señor Juan Alucema, y un saludo también a las personas que se han dedicado al tema que hoy nos reúne en este ilustre salón.

Por lo general existe gran confusión en las personas cuando mencionan a la región donde se encuentra la Guayana Esequiba, así como también a la gente que allí habita, eso se debe a que los términos para referirse tanto a la región como a la gente son similares; Por tanto para contribuir a erradicar esa confusión, aquí se hará la diferencia de forma clara y sencilla de esos términos.

En primer lugar debe aclararse lo que es Guayana, y lo que es Guyana; en el que Guayana se refiere a una extensa región al noreste de América del Sur, específicamente entre el caño Casiquiare, el río Negro, el río Amazonas, el océano Atlántico y el río Orinoco. Que tiene una división político-administrativa en 5 partes: Guayana Francesa (departamento de ultramar francés), Surinam (antigua Guayana Holandesa), el norte de Brasil (Guayana brasileña), el sureste de Venezuela (Guayana venezolana) y Guyana (ex colonia de Guayana Inglesa). De lo anterior puede decirse que Guyana es un país enclavado dentro de la región Guayana, teniendo su origen a partir de 1814 cuando Inglaterra compra los establecimientos de Demerara, Berbice y Esequibo, para fundar algunos años después la colonia de Guayana Inglesa (o Británica), nombre que mantuvo hasta 1966 cuando los ingleses le conceden la independencia, con el nuevo nombre de República Cooperativa de Guyana, país que tiene la administración y posesión, pero no la soberanía de la Guayana Esequiba, Territorio Esequibo o Zona en Reclamación (sus 3 nombres oficiales), que tiene una superficie de 159.550 km².

Dicho esto, se podrá diferenciar entre guyanés y esequibano; en el que el guyanés es aquella persona nacida en Guyana; y esequibano es aquella persona nacida en el Territorio Esequibo, considerado por Venezuela como parte de su territorio y que por lo tanto el esequibano es venezolano por nacimiento, ya que así está expresado en el artículo 32 de la vigente Constitución Nacional, donde textualmente dice que: “Son venezolanos y venezolanas por nacimiento: Toda persona nacida en el territorio de la República”.

Por lo general al leer, estudiar, revisar o analizar este problema, la mayoría de las personas se enfocan en los aspectos históricos, geográficos, jurídicos y políticos, así como también en la inmensa cantidad de recursos naturales (oro, diamantes, agua, petróleo, uranio, gas, coltán, tierra fértil, biodiversidad, etc.) que posee la Guayana Esequiba, pero rara vez se incluye en esos estudios a la gente que vive allí (aproximadamente 200 mil personas) y la realidad que hay allá, de manera que eso ha hecho creer que es una zona deshabitada, que se trata de algo abstracto, o simplemente unas rayas en el mapa de Venezuela; y esto se debe a que es un territorio poco conocido por los venezolanos, los mapas rayados o sin el Territorio Esequibo contribuyen al desconocimiento de sus ríos y poblaciones, además son pocos los venezolanos que hemos estado en aquella extensa región irredenta de Venezuela. En mis 5 viajes a la zona, he podido comprobar la dura realidad que allí existe, los problemas sociales, económicos y ambientales, para lo cual les mostraré fotos y videos tratando de ilustrarlos sobre esta situación.

En cuanto a Guyana se refiere, ellos poseen y administran los 159.550 km², pero en los que no tienen un control ni tampoco presencia absoluta en ese espacio geográfico, ya que hay amplias zonas inhóspitas, lo que favorece la existencia de grupos que se dedican a actividades ilegales (garimpeiros, narcotraficantes, contrabandistas, etc.), acarreando con esto daños ambientales considerables, carencia de servicios básicos, y lugares donde hay poca presencia de los servicios de seguridad del Estado, ya que las fuerzas armadas guyanesas, Guyana Defence Force (GDF) cuenta con solo 3 mil efectivos aproximadamente, que resultan insuficientes, con el agravante de poseer un escaso y obsoleto armamento.

Las concesiones que el gobierno guyanés ha entregado a empresas transnacionales para que exploten los recursos naturales, generan contradicciones dentro de la política guyanesa, ya que por un lado se permite a dichas empresas explotar sin mayores controles o regulaciones ambientales, los recursos que allí existen, pero por otro lado, habla en foros internacionales sobre la protección y la importancia de las selvas para la humanidad e incluso recibe financiamiento internacional para que mantenga intactas las zonas selváticas; pero el impacto ambiental que está ocurriendo es muy profundo principalmente por la concesiones, pero también los daños causados por la minería ilegal, donde en ambos casos se destruyen por medio de la tala y la quema miles de hectáreas de árboles y demás especies vegetales, se contaminan gravemente los ríos y los suelos con mercurio, cianuro y otras sustancias tóxicas que, matan progresivamente a la fauna y a las personas, haciendo que el agua no sea apta para el consumo humano, ni los suelos sean aprovechables para la agricultura. Esto obviamente tiene consecuencias en lo social, porque las condiciones de vida se dificultan y la calidad de vida disminuye en demasía, ya que pocos cuentan en la región con agua corriente y electricidad, hay graves carencias de carreteras, servicios sanitarios, escuelas, entre otras cosas; también y por esas acciones de la minería ilegal y las transnacionales, la mayoría de las veces hay pugnas con los habitantes de la región, que principalmente son comunidades indígenas, que se ven desplazadas de sus tierras originarias o palpan como son degradadas, contaminadas o destruidas; lo cual nos hace pensar en las declaraciones del difunto presidente Chávez en el año 2004, cuando decidió que nuestro país no se opondría a que Guyana ejecutara proyectos, o diera concesiones que beneficiaran directamente a sus habitantes, pero lamentablemente en la mayoría de los casos no ha habido ni tampoco hay beneficio directo en los habitantes, sino más bien de un pequeño grupo de personas involucradas en la minería ilegal, de funcionarios del gobierno guyanés y de las empresas transnacionales que tienen concesiones.

En el mismo orden de ideas debe destacarse, que Guyana es un país con fuertes problemas socio-económicos porque alrededor del 80% de los profesionales guyaneses emigran en pos de mejores condiciones

de vida; además por su herencia Anglosajona (fue colonia inglesa hasta 1966) es un país con fuertes divisiones y tensiones raciales tal como Sudáfrica o Estados Unidos que incluso definen la composición de los partidos políticos, donde los grupos étnicos mayoritarios, los afro-guyaneses e indo-guyaneses (de la India), ejercen el dominio político y económico, que lo utilizan en contra de los demás grupos, principalmente los indígenas o amerindios como se denominan allá, y que se ubican en la más baja escala o estrato social dentro de la sociedad guyanesa; situación que es más común dentro de la Guayana Esequiba porque las tribus indígenas Pemones, Waraos, Macushis, Wapishanas, Kariñas, Akawaios, entre otras representan los más numerosos habitantes en la región.

También en los últimos años se está presentando el fenómeno social, económico y también político, de brasileros que sobre todo a raíz de la inauguración del puente sobre el río Tacutú al sur de Guayana Esequiba, han venido penetrando por toda la región involucrándose en actividades mineras (garimpeiros), delictivas (prostitución, tráfico de drogas, comercio ilegal de combustible, etc.), pero también en inversiones y otras actividades lícitas. Esta influencia que tiene un sentido estratégico para Brasil apuntalado en el impulso que le otorga su sólida economía, su ágil y bien formada diplomacia, busca controlar y dominar la Guayana Esequiba y a Guyana, para expandir sus mercados hacia esas zonas, hacia el mar Caribe y facilitar sus exportaciones a través del Océano Atlántico, estando todo esto contemplado en el “Plan Calha Norte”. Siendo una realidad geopolíticamente negativa para Venezuela porque se produce un desplazamiento del mercado caribeño, la importancia y la presencia de Venezuela en la zona disminuye, y la reclamación y una posible recuperación de la Guayana Esequiba se vuelven más complejas, e incluso con nuestra inacción podemos perder dicho territorio “de facto” a manos de los brasileros en pocos años, porque lo que deberíamos estar haciendo nosotros que tenemos derechos históricos y títulos jurídicos, lo está haciendo Brasil.

Ejemplo de ello es la población de Eterimban, que hace 4 años era solo una decena de casas dispersas a lo largo de varios centenares de metros, pero con el pasar del tiempo hoy es un caserío con aproximadamente 50 casas, lo que revela un crecimiento notable y a mi parecer

deliberado por parte de Guyana, Brasil ,o ambos a pesar de que la mayor parte de los productos que se comercializan son venezolanos (desde el combustible a la comida, pasando por licores), que la compraventa de los mismos se puede hacer en bolívares pero, tienen un impacto en el lugar los brasileros que se están asentando allí desde fechas muy recientes, lo cual debe ser tomado en cuenta por el gobierno venezolano. En este sentido Venezuela posee una ventaja sobre Brasil, y es el combustible (gasolina, gasoil, aceites lubricantes, etc.) que son necesarias para embarcaciones, plantas eléctricas y maquinarias, sin embargo el comercio que se hace en esos lugares está casi totalmente descontrolado.

También autoridades del Estado venezolano, que se encuentran en las cercanías de la región o en ciudades como Puerto Ordaz, en la mayoría de los casos no saben que esas tierras son según nuestra histórica posición oficial y la Constitución Nacional, venezolanas, sino que más bien dicen que es una frontera y que la gente que allí vive son guyaneses, por tanto extranjeros, incurriendo muchas veces en abusos y maltratos para con estas personas ya que por lo general no tienen cédulas o algún otro documento de identidad, y no los tienen porque el Estado venezolano no les da la nacionalidad por nacimiento que es la que legítimamente les corresponde, los pocos que si la tienen son de naturalizados, o porque durante ciertos momentos el Estado entregó unos pocos documentos, quedando más bien como casos aislados y momentos excepcionales.

En cuanto a la presencia de venezolanos en las zonas cercanas a nuestra Guayana Esequiba está San Martín de Turumbán, un pueblo que posee aproximadamente 1000 habitantes, y a pesar de haber estado varias veces allí, generalmente he sido recibido como un extraño, un forastero, como si siempre fuera la primera vez que estoy en ese lugar; caminar por sus calles da la sensación de ser observado con curiosidad, temor y hasta con intención de espiar al visitante, que en mi caso era proveniente de Caracas, a mil kilómetros de distancia; esto se debe a la situación de semi-aislamiento por el pésimo estado de la carretera, haciendo que los que viven aquel remoto paraje estén poco o nada acostumbrado a las visitas, allí existe un puesto de la GNB y una casa del Ministerio de Relaciones Exteriores donde he conocido a varios encargados de ella en mis visitas, y sus funciones han sido variables con

el pasar del tiempo. Sin embargo y a pesar de estas singularidades, es una población que sirve como uno de los puntos de venezolanidad más próximos a la Guayana Esequiba y que permite enlazar con ella.

Existe presencia militar en la zona, como la base del Ejército venezolano en la Isla de Anacoco que está en condiciones precarias al igual que el puesto de la GNB ubicado en la desembocadura del río Venamo por estar ubicados en sitios inhóspitos, pero a pesar de ello he recibido de los soldados venezolanos que custodian ambos lugares, hospitalidad, buen trato y apoyo al desplazarme por la zona.

Por último, para mí siempre es emocionante volver, pisar las tierras irredentas de Venezuela y compartir con sus habitantes, los esequibanos, nuestros compatriotas que esperan por nosotros allá en la selva, de la Guayana profunda ¡Muchas gracias y buenos días!

**JORNADA DE ARBITRAJE
JUEVES 3 DE JULIO DE 2014**

**PALABRAS DE APERTURA A CARGO
DEL DR. LUIS COVA ARRIA,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

Señores miembros de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales presentes;

Señores Académicos,

Dr. Román Duque Corredor, Individuo de Número de esta Corporación y Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Dr. José Gregorio Torrealba R., Vicepresidente de Asuntos Académicos de la Asociación Venezolana de Arbitraje

Dr. Luis Alfredo Araque y Profesor Marcos Carrillo, vocales de la Asociación Venezolana de Arbitraje

Señoras y Señores:

Me complace recibirlos esta mañana, así como celebrar que nuestra Academia de Ciencias Políticas y Sociales lleve a cabo este evento conjuntamente con la Asociación Venezolana de Arbitraje a fin de promover y difundir el arbitraje en nuestro país, así como la experiencia de nuestros árbitros.

El desarrollo de estos programas académicos forman parte de los objetivos de ambas instituciones por lo que auguro será esta la primera de muchas jornadas que estaremos realizando para llevar el tema del arbitraje a la comunidad comercial nacional.

El programa de hoy incluye un estudio de los diversos arbitrajes, a saber, en materia contractual, en la contratación pública, el arbitraje de inversión y el arbitraje marítimo a cargo de distinguidos expertos no sin antes contar con una presentación de la AVA, sus objetivos y proyectos.

Sean todos bienvenidos.

EL ARBITRAJE MARÍTIMO.

*Luis Cova Arria**

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ARBITRAJE MARÍTIMO. III. LOS CENTROS DE ARBITRAJE MARÍTIMO. 3.1. EL ARBITRAJE MARÍTIMO DE LONDRES: LA ASOCIACIÓN DE ÁRBITROS DE LONDRES. 3.2. EL ARBITRAJE EN NUEVA YORK: LA SOCIEDAD DE ÁRBITROS MARÍTIMOS. 3.3. EL ARBITRAJE EN PARÍS: LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE ARBITRAJE MARÍTIMO. 3.4. EL ARBITRAJE EN LATINOAMÉRICA: EL CENTRO PERMANENTE DE ARBITRAJE MARÍTIMO (CEAMAR) DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO MARÍTIMO (IIDM). 3.5. EL ARBITRAJE EN OTROS FOROS: ALEMANIA, CANADÁ, CHINA, EGIPTO, ESPAÑA Y JAPÓN. 3.5.1. ASOCIACIÓN ALEMANA DE ARBITRAJE MARÍTIMO. 3.5.2. LA ASOCIACIÓN DE ÁRBITROS MARÍTIMOS DE VANCOUVER. 3.5.3. COMISIÓN DE ARBITRAJE MARÍTIMO DE CHINA (CMAC). 3.5.4. EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE MARÍTIMO ALEJANDRÍA (EGIPTO). 3.5.5. ESPAÑA. 3.5.6. LA CÁMARA JAPONESA DE ARBITRAJE MARÍTIMO (MARITIME ARBITRATION OF THE JAPAN SHIPPING EXCHANGE, INC.) IV. CONCLUSIONES.

* Presidente e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Ex-Miembro del Consejo Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional (CMI). Miembro de la Organización Internacional de Arbitrajes Marítimos Internacionales (IMAO) del CMI y de la Cámara Internacional del Comercio de París (ICC). Ex - Director del Centro de Arbitraje Marítimo (CEAMAR) y Ex - Vice-Presidente por Venezuela del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM). Coordinador y Profesor del Curso de Derecho de la Navegación y Comercio Exterior de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Ex-Presidente Fundador de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Socio Principal de la firma de abogados marítimos de Caracas- Venezuela, Luis Cova Arria & Asociados.

I. INTRODUCCION

El tema sobre el cual me han pedido disertar en esta oportunidad, es un tema que muchas veces suena en abstracto o de poco uso, particularmente en nuestros países, donde no hemos desarrollado totalmente una cultura en materia de arbitraje.

Sin embargo, la práctica del arbitraje tiene en el campo del comercio en general y, en el marítimo en particular, un papel destacado y ya largamente acreditado a nivel mundial.

II. EL ARBITRAJE MARÍTIMO

No puede decirse que el Arbitraje Marítimo sea una “especialidad” entre los arbitrajes de derecho privado, ni que presente diferencias notables frente al Arbitraje comercial, del que es sólo una modalidad en razón de la materia de la controversia.

Los únicos rasgos de personalidad propia le vienen atribuidos, además del aspecto material de las controversias surgidas en el marco del negocio marítimo, por una práctica de resolver cuestiones litigiosas mediante procedimientos de corte anglosajón instaurados en el medio mercantil por asociaciones de árbitros marítimos líderes en el tráfico como son la LONDON MARITIME ARBITRATORS ASSOCIATION (LMAA) de Londres y la SOCIETY OF MARITIME ARITRATORS (SMA) de Nueva York y por métodos flexibilizados en arbitrajes tipo ad hoc e incluso por ciertas peculiaridades destacables en reglamentos de arbitraje institucional dictados por Cámaras o Cortes de Arbitraje Marítimo. Además de estas diferencias mínimas, los juicios arbitrales marítimos se sitúan y encuadran plenamente en la esfera del Arbitraje comercial.

Contribuyen además a esa personalidad propia, otros factores de experiencia, como son la mayor antigüedad de su uso en campo del comercio marítimo; una frecuencia destacada a nivel internacional (solamente en Londres se formulan, mediante designación de árbitros, unos 4.000 encargos de arbitraje marítimo y se emiten de 600 a 800 Laudos arbitrales cada año); una figuración del Arbitraje en la normativa marítima de corte internacional (por ej., en Las Reglas de Hamburgo de 1978); y, sobre todo, una muy activa publicidad desplegada por la comunidad internacional de árbitros marítimos en los foros mundiales de opinión, tal como las reuniones de las llamadas Conferencias Internacionales de Árbitros Marítimos (ICMA) cada dos años, además de la resonancia, cada vez mayor, de las voces de los centros nacionales y regionales de arbitraje marítimo. Los Árbitros Marítimos son conocidos a nivel internacional y sus opiniones son seguidas siempre con interés por todos aquellos que intervienen en el comercio marítimo (los laudos norteamericanos son publicados regularmente y los laudos ingleses también en forma sinóptica y sin identificación de las partes).

Hay, en definitiva, una literatura de obras publicadas sobre Arbitraje Marítimo ya superabundante y más rica, comparativamente hablando, que otras relativas al Arbitraje Comercial Internacional.³⁴

Por lo demás, el arbitraje marítimo, supone frente a la solución judicial, un arreglo más rápido, más económico y más técnico. El arbitraje da mayor confianza a las partes, pues ellas saben que dominan de común acuerdo el procedimiento arbitral: por ello eligen a la persona o personas en quienes tienen absoluta confianza.

A diferencia de foros de tradición comercial como Londres, Nueva York, París, Hamburgo, Tokio, Copenhague, y últimamente Hong Kong, Singapur y Vancouver, el uso generalizado del arbitraje marítimo en los países iberoamericanos no ha sido frecuente, a pesar de que la institución arbitral se encuentra incorporada en nuestras legislaciones, tanto por códigos procesales civiles de vieja data, como por recientes

³⁴ Véase el artículo de José María Alcántara González, titulado "Arbitraje Marítimo. El juicio arbitral marítimo contado por un árbitro" y publicado en la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Cuaderno 3, Sept/1993.

leyes inspiradas en la Ley Modelo de UNICITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Nuestros comerciantes marítimos acuden pocas veces al arbitraje en el seno de nuestro ámbito cultural y, por el contrario, por voluntad y por inercia de un pasado aún reciente someten sus controversias a los árbitros en Londres o Nueva York, de forma destacada, por medio de compromisos contractuales. No significa ello que el arbitraje haya decaído en nuestros países sino, muy por el contrario, que sus nacionales buscan el desarrollo progresivo del arbitraje, pero no han encontrado aún instituciones administradoras o centros de arbitraje que les inspiren semejante confianza y crédito, por la profesionalidad, conocimiento y experiencia de sus árbitros, como para abandonar gradualmente su clientelismo con los foros anglosajones.

Otro factor que, no dudamos, afecta la aplicación del arbitraje administrado en la región, es la opinión muy generalizada de que, es preferible el arbitraje ad hoc, ya que el mismo configura la solución del eventual conflicto en una forma personalizada, al acudir directamente a una o varias personas de su confianza, a cuya decisión se someten, mientras que el arbitraje administrado, encomendado a una institución sin experiencia, no crea la confianza necesaria en estos casos.

No podemos negar que, los Centros de Arbitraje de la región están en una clara desventaja en su nivel de aceptación en relación con los centros ya existentes de administración del arbitraje internacional, los cuales centran su conducta y, en parte en su aceptabilidad por los empresarios, no por la aplicación de leyes de conducta elaboradas por Organizaciones Públicas o Privadas Internacionales, sino más bien, como se ha dicho al comienzo, por la aplicación de usos y costumbres internacionales que, en virtud de la reiteración de las decisiones de los laudos arbitrales, se convierten en una “*opinio iuris*”, creadora de una “*Lex mercatoria*” internacional.

En consecuencia, tenemos en nuestros países una misión definida que cumplir en esa coyuntura, y es la de promover y celebrar arbitrajes marítimos.

III. LOS CENTROS DE ARBITRAJE MARÍTIMO

Para la solución de conflictos marítimos, por vía del arbitraje administrado, existen diferentes centros a nivel mundial. Trataremos de hacer un breve resumen de los más destacados e importantes, a saber:

3.1. El Arbitraje Marítimo de Londres: La Asociación de Árbitros de Londres. (The London Maritime Arbitrators Association). <http://www.lmaa.org.uk/>

Dada la importancia que sigue teniendo Londres como centro mundial del comercio y de los seguros marítimos, los conflictos arbitrales allí resueltos han tenido una importancia fundamental en la aplicación de usos y costumbres internacionales ya que, en virtud del razonamiento jurídico de las decisiones de los laudos arbitrales londinenses, convierten, como hemos dicho arriba, los mismos en “*opinio iuris*”, creando así una verdadera “*Lex mercatoria*” internacional

El arbitraje marítimo en Londres es administrado por la *London Maritime Arbitrators Association (LMAA)*

En los contratos marítimos, en los cuales está inserta la cláusula compromisoria de arbitraje en Londres, usualmente se establece que cada parte designará su propio árbitro, pudiéndose luego designar un tercer árbitro o “*umpire*”. La designación del “*umpire*”, es sólo necesaria si las partes han acordado un procedimiento oral o, si los árbitros originalmente designados por las partes no se han puesto de acuerdo en la decisión arbitral.

Si la cláusula compromisoria establece la designación de un árbitro único (lo cual es implícito si la misma no establece como debe constituirse el tribunal arbitral) y las partes no pueden ponerse de acuerdo en la persona a ser escogida como tal, deben entonces acordar la modificación de la cláusula para establecer “dos árbitros y un *umpire*”, o “tres árbitros”, o bien, será necesario solicitar a un Juez de la “*High Court*” la designación del árbitro único.

La Ley Inglesa, concede al tribunal arbitral una amplia discreción en el manejo del arbitraje, con el fin primario de asegurar la brevedad y economía del proceso.

En los arbitrajes de dos árbitros con poder de designar un “umpire”, éste sólo lo designarán si no se ponen de acuerdo en el laudo arbitral y será quien decida la controversia. Cuando se haya acordado un panel de tres árbitros (como se establece, por ejemplo, en el formulario del contrato de fletamento, llamado “*New York Produce Exchange*”), el tercer árbitro es designado por los árbitros designados originalmente por las partes y la decisión será la de un panel de tres jueces.

Si se solicita un laudo razonado, es imperativo que el tribunal sea debidamente notificado al respecto antes del pronunciamiento del laudo. A menos que tal solicitud sea requerida, el tribunal puede, salvo en circunstancias excepcionales, negarse a dar las razones del laudo, evitándose que puedan las partes acudir en apelación del laudo ante los tribunales ordinarios.

La Ley de Arbitraje inglesa de 1996, concede un derecho de apelación ante los tribunales ordinarios solo en cuestiones de derecho.

En 1989 se estableció un procedimiento sencillo para decidir arbitrajes en base a documentos únicamente, es decir, donde no se oyen testigos, ni pruebas distintas a las documentales, definidos como reclamaciones que no excedan de US\$ 25.000,00 (*Small Claims Procedure*). En Enero de 2002 se enmendó el procedimiento para controversias de hasta \$50,000, aún cuando las partes pueden acogerse al mismo incluso si el monto en disputa excede de esa suma.

Recientemente, la *London Maritime Arbitrators Association*, ha venido promoviendo las llamadas Reglas “*FALCA*” (Fast and Low Cost Arbitration), un procedimiento disponible para solucionar controversias cuya cuantía es mayor a las de los *Small Claims Procedure*, pero cuando las partes no desean sujetarse al procedimiento ordinario de la LMAA, más largo y costoso.

**3.2. El Arbitraje en Nueva York:
La Sociedad de Árbitros Marítimos
(Society of Maritime Arbitrators, Inc.).
<http://www.smany.org/>**

Aún cuando, desde la independencia, los tribunales estadounidenses reconocían y ejecutaban laudos arbitrales, solo fue en 1925 que se dictó la Ley Federal de Arbitraje (U.S. Federal Arbitration Act, 9 U.S.C.

§§ 1-14), la cual estableció un procedimiento para el ejecución de los acuerdos y laudos arbitrales.

Usualmente, New York ha sido elegida como lugar de arbitraje en los contratos de fletamento y los contratos de transporte de mercancías por agua, iniciándose con el contrato de fletamento por tiempo “*New York Produce Exchange*” de 1913. Aún cuando el original *New York Produce Exchange*, nacido en 1861, ya no está en uso, esa forma de fletamento tiene un uso generalizado a nivel mundial. Ese formulario de fletamento establece el arbitraje de equidad en Nueva York por tres comerciantes. Igualmente, muchos otros formularios de fletamento, tanto de buques tanqueros, como de otras características, someten sus controversias a un arbitraje en Nueva York.

A comienzos de 1963, un pequeño grupo de personas activas en arbitraje marítimo vio la necesidad de constituir una organización para la solución de conflictos nacidos de contratos marítimos y para establecer estándares de ética de conducta para sus miembros. Para ello crearon la “*Society of Maritime Arbitrators, Inc. (SMA)*”, Sin embargo, esta organización no participa en los arbitrajes ad-hoc individuales.

Al comienzo de 1963, la *SMA* promulgó sus reglas, estableciendo los procedimientos generales para administrar los arbitrajes, reglas concordantes con la Ley Federal de Arbitraje de 1925. Las partes que han optado por un arbitraje en Nueva York, frecuentemente convienen en aplicar esas reglas como normas generales en la conducción de los procedimientos, incluso cuando esas reglas no están contenidas en sus contratos.

Conforme a estos contratos, si nace una controversia, la misma se refiere a tres árbitros en Nueva York, uno a designarse por cada una de las partes y el tercero por los dos escogidos por las partes. Su decisión será definitiva y a fin de ejecutar cualquier laudo, el mismo se regulara por la Ley Federal Marítima de los Estados Unidos de América El procedimiento se rige por las Reglas de la *SMA* y los árbitros deben ser miembros de la *Society of Maritime Arbitrators, Inc.*

Con la cooperación del Comité de Arbitraje de la Asociación de Derecho Marítimo de los Estados Unidos (USMLA), la *SMA* efectuó una revisión de sus reglas en mayo de 1994 con la finalidad de mejorar la eficacia del proceso arbitral. Los cambios a las reglas incluyeron tres

mejoras significantes: una provisión para la acumulación de controversias, una manera más eficaz de compeler a la contraparte renuente para someterse al arbitraje y la sentencia arbitral sobre honorarios de abogados. Muchos contratos de fletamento, incorporan una cláusula compromisoria estableciendo la cláusula modelo de arbitraje de la SMA.

La característica principal de los laudos arbitrales en Nueva York es que los mismos son muy escuetos y sencillos ya que no dan las razones, de hecho y de derecho de sus conclusiones. Ello es una ventaja pues se ajusta al principio de celeridad procesal, pero tiene la desventaja que no crean, por esa razón, una doctrina arbitral creadora de precedentes para futuros casos.

3.3. El Arbitraje en París: La Organización Internacional de Arbitraje Marítimo. **<http://www.iccwbo.org/>**

Debido al incremento del volumen y complejidad de los casos marítimos, y como una forma de dar respuesta a las necesidades del sector sobre una vía alternativa a los costos de un litigio, la Cámara de Comercio Internacional (ICC) y el Comité Marítimo Internacional (CMI) trabajaron conjuntamente para producir un conjunto de reglas de arbitraje marítimo. Estas reglas fueron preparadas por expertos del CMI y la ICC y fueron adoptadas por la Asamblea de CMI en Marzo de 1978 y por el Comité de la ICC en Junio del mismo año. Desde entonces, la administración de los casos de arbitraje marítimo sometidos bajo las Reglas de Arbitraje ICC/CMI se confía a una organización común a ambas instituciones, La Organización Internacional de Arbitraje Marítimo, conocida por sus siglas en inglés IMAO (International Maritime Arbitration Organization)³⁵. Esta organización tiene su sede en Paris, en la sede donde funciona la Cámara Internacional de Comercio.

Las Reglas están diseñadas especialmente para las disputas arbitrales relativas a asuntos marítimos incluyendo fletamentos, contratos de transporte de mercancías por agua o transporte combinado, seguro marítimo, salvamento y averías, construcción y reparación de de buque,

³⁵ http://www.iccwbo.org/court/english/maritime/all_topics.asp

compraventa de buques, y otros contratos que generan derechos sobre las naves.

Debido a la cohesión global de intereses marítimos, una característica importante del arbitraje marítimo, en comparación con el arbitraje comercial, es que deja un grado mayor de libertad de acción a las partes. La flexibilidad es impulsada por las Reglas: ellas expresamente requieren a las partes que decidan el lugar de arbitraje, la ley aplicable, el número de árbitros y el idioma ser usado. Sólo si las partes no pueden alcanzar acuerdo en estos puntos o en otros asuntos que puedan surgir durante el procedimiento, el Standing Comité interviene para alcanzar las decisiones necesarias.

Por otra parte, en París funciona una Cámara de Arbitraje Marítimo, la cual no tiene relación alguna con el Centro de la ICC-CMI. Esta Cámara, conforme al Artículo 1° de su reglamento de arbitraje se ocupa de organizar el arbitraje en materia de comercio y seguro marítimo.

**3.4. El Arbitraje Marítimo en Latinoamérica:
El Centro Permanente de Arbitraje Marítimo
(CEAMAR) del Instituto Iberoamericano
de Derecho Marítimo (IIDM) .
<http://www.iidm.net>**

En Latinoamérica, muchas Asociaciones Nacionales de Derecho Marítimo tienen su Centro y Reglas de arbitraje marítimo, aunque su funcionamiento ha sido muy limitado.

Por ejemplo, en Venezuela, su Asociación de Derecho Marítimo creó en Marzo de 1990, un Centro de Arbitraje con sus propias Reglas de procedimiento, las cuales posibilitan a las partes que desean ejecutar un arbitraje marítimo, realizarlo bajo patrocinio institucional, haciéndoles disponible un cuerpo de árbitros autorizados por la Asociación de libre escogencia, una tasa de costos del proceso cuyos fondos distribuye y unas reglas procesales, que las partes pueden o no aplicar.

Igualmente, las asociaciones de Derecho Marítimo de Argentina y Perú han creado sus Centros de Arbitraje.

Sin embargo, el que se ha creado como Centro Permanente de Arbitraje Marítimo de la región es el “*CEAMAR*” del Instituto

Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM), creado en la II Asamblea del IIDM en Palma de Mallorca, España, en 1991, teniendo como función primordial la de promover el uso del arbitraje administrado en los países iberoamericanos, estableciéndose inicialmente su sede en la ciudad de Caracas, Venezuela y desde el 2004, funciona en Montevideo, Uruguay.

Desde su creación se han realizado varias presentaciones del mismo en VANCOUVER, LONDRES, LIMA, SANTA FE DE BOGOTA, NUEVA YORK y BUENOS AIRES, a los fines de procurar su más amplia divulgación y conocimiento.

Las Reglas del CEAMAR datan de la Asamblea del IIDM de Junio de 1992 del Puerto de Santa María, España, en la cual se presentó un proyecto de Reglamento revisado para la administración de los arbitrajes marítimos, basado en el reglamento CCI/CMI, de modo que pudiera tener una amplia aceptación dentro de nuestro ámbito regional.

El reglamento contempla normas claras de procedimiento para la constitución del Tribunal Arbitral y para la designación de los árbitros, lo cual recae en el CEAMAR cuando así lo dispongan las partes o no se pongan de acuerdo en la designación del tercer o único árbitro.

En dicho reglamento se establecen normas diversas acerca de la demanda de arbitraje, la contestación de la parte demandada, los efectos del convenio de arbitraje, constitución del tribunal de arbitraje, sede del arbitraje, el procedimiento, derecho aplicable, laudo arbitral, gastos de arbitraje, y los emolumentos y gastos administrativos. Dicho reglamento incluye una cláusula modelo.³⁶

La cláusula compromisoria arbitral del CEAMAR, desafortunadamente no ha sido incorporada en los formularios de contratos marítimos utilizados por los comerciantes del área iberoamericana y, desde su fundación el CEAMAR únicamente ha tenido participación en un arbitraje marítimo ad-hoc efectuado en la ciudad de Caracas en 1997, en el cual las partes se acogieron al procedimiento del CEAMAR.

Esta situación del CEAMAR, se ha debido a la innegable realidad de que los foros por excelencia para el arbitraje marítimo siguen siendo New York y Londres.

³⁶ Véase la Cláusula Modelo del Reglamento Internacional de Arbitraje Marítimo (CEAMAR-IIDM): ANEXO "C"

3.5. El arbitraje en otros foros: Alemania, Canadá, China, Egipto, España y Japón.

Finalmente, en otros países funcionan diversas Asociaciones dedicadas al arbitraje marítimo, las cuales poseen sus propios centros de arbitraje y reglas de procedimiento. Entre otras, podemos mencionar las siguientes:

3.5.1. Asociación Alemana de Arbitraje Marítimo ***<http://www.gmaa.de>***

En 1983, un grupo de armadores y abogados especializados en derecho marítimo de Hamburgo y Bremen fundaron la Asociación Alemana de Arbitraje Marítimo (GMAA). Ellos fueron motivados por las fuertes críticas a la efectividad y los costos de los arbitrajes en Londres. El objetivo común de los miembros fundadores fue el de promocionar las bases de un sistema de arbitraje nacional e internacional en los puertos de Hamburgo y Bremen. A los fines de lograr tal objetivo, fueron diseñadas reglas claras y fácilmente comprensibles junto con costos moderados.

Para tal propósito la GMAA durante el periodo inicial de su existencia, realizó varios seminarios en los que surgieron numerosas cuestiones prácticas. Adicionalmente, las sentencias arbitrales dictadas conforme a las reglas de la GMAA fueron regularmente publicadas en la revista legal Alemana “*Zeitschrift für Transportrecht*”, si ambas partes en la disputa así lo convenían.

El procedimiento arbitral bajo las reglas de la GMAA se realiza ante un tribunal arbitral ad-hoc. Los árbitros generalmente no son designados por la GMAA y las partes tienen la libertad de escoger un árbitro que no sea miembro de la GMAA.

El arbitraje de la GMAA recibió reconocimiento internacional al organizar el IX Congreso de Árbitros Marítimos en Hamburgo en 1989 con la participación de 250 árbitros marítimos de 32 países.

3.5.2 *La Asociación de Árbitros Marítimos de Canadá y la de Vancouver. (The Association of Maritime Arbitrators of Canada and the Vancouver Maritime Arbitrators' Association VMAA)*
<http://www.vmaa.org>
<http://www.amac.ca>

La Asociación de Arbitros Marítimos de Canadá (Association of Maritime Arbitrators of Canada) tiene el propósito de promover y facilitar todo tipo de disputas marítimas, dentro y fuera de Canadá. Su sede está en Montreal, Canadá. Sus miembros son especialistas provenientes de todos los sectores de la industria y el comercio interesados en forma voluntaria en el arbitraje de asuntos marítimos internacionales. La última versión de las Reglas de procedimiento de esta Asociación fueron enmendadas el 6 de Junio de 2001. Se consideran formando parte de cualquier compromiso arbitral donde se remitan a dichas Reglas. El Código de Arbitraje Comercial de Canadá, basado en la ley modelo de UNCITRAL del 21 de Junio de 1985, forma parte de las Reglas, estableciéndose que en caso de conflicto entre las mismas, ellas prevalecerán.

Esta Asociación, conjuntamente con el Centro de Arbitraje Internacional de la Provincia canadiense de British Columbia, la Asociación de Árbitros Marítimos de Vancouver, organizan y dirige un programa de arbitraje marítimos.

3.5.3. *Comisión de Arbitraje Marítimo de China (CMAC).*
<http://www.cmac.org.cn>

Esta Comisión china de arbitraje marítimo procura resolver de manera independiente e imparcial, a través de árbitros pertenecientes a la Comisión, disputas marítimas de tipo contractual o no contractual originadas por el proceso de transportación, producción o navegación, que ocurran en zonas marítimas o costeras, pero siempre con una visión proteccionista de los legítimos derechos e intereses de las partes involucradas en el conflicto.

La Comisión China de Arbitraje Marítimo del Comité para la Promoción del Comercio Internacional fue creada el 22 de enero de 1959, como una organización permanente de arbitraje para manejar conflictos internacionales y nacionales que involucren asuntos marítimos.

3.5.4. El Centro Internacional de Arbitraje Marítimo Alejandría, (Egipto)

En Alejandría, Egipto, funciona un Centro Internacional de Arbitraje Marítimo (ACIMA), el cual es un Capítulo del Centro Regional de Arbitraje Comercial Internacional del Cairo. Fue fundado en 1992 por un acuerdo de cooperación entre el Centro Cairo y la Academia Árabe de Ciencias, Tecnología y Transporte Marítimo (una afiliada a la Liga de los Países Árabes). ACIMA está dedicada a atender exclusivamente disputas marítimas. Se añade al significado e importancia del ACIMA que éste goza de una ubicación geográfica estratégica por estar localizado en Alejandría, uno de los puertos más importantes del Mediterráneo.

3.5.5. España

El 23 de Junio de 1982 nace el Instituto Marítimo de Arbitraje y Contratación (IMARCO). Su fin primordial es promover el arbitraje comercial en el marco del negocio marítimo español, en la modalidad de arbitraje de equidad, amparada en la Ley española de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953.

El Instituto tiene entre sus funciones preparar y emitir dictámenes, estudios, informes y evacuar consultas de índole relacionada con la contratación marítima y los aspectos sustantivos y técnicos que concurren en la actividad diaria de astilleros, fletadores, corredores y agentes marítimos, exportadores, armadores, importadores, aseguradores, etc.

Conforme al artículo primero de las Reglas de IMARCO, su cometido es promover los arbitrajes de equidad dentro del sector marítimo, aportando cláusulas arbitrales adecuadas y sugerencias de procedimientos tipo que permitan en forma adecuada resolver, con la agilidad que exige el mundo marítimo, las controversias que se susciten en este

sector, evitando las salidas litigiosas y los recursos de los Tribunales Ordinarios.

3.5.6. *La Cámara Japonesa de arbitraje marítimo (Maritime Arbitration of the Japan Shipping Exchange, Inc.)*
<http://www.jseinc.org>

La historia del arbitraje comercial en Japón se remonta a 1889-90 cuando una controversia cuando la compra de la línea naviera Johan por Alemania fue sometida a arbitraje. Entre el 1 de Enero de 1891 y el 31 de Diciembre de 1983 hubo un total de 209 laudos arbitrales depositados en los tribunales japoneses. Puede observarse que el arbitraje marítimo tuvo un rol importante en el desarrollo del arbitraje comercial en Japón. Esto se debió a que el desarrollo del comercio marítimo japonés estuvo basado en las costumbres británicas, desde que los comerciantes establecían las cláusulas compromisorias de arbitraje en Londres.

Internamente, debido a de que la costumbre marítima sobre la cual se decidían los arbitrajes marítimos se basaba en la Ley inglesa, hubo la tendencia de someter los litigios al arbitraje, en lugar de someterlos a la jurisdicción civil, debido a que algunos aspectos de la práctica del comercio marítimo japonés estaban fundamentados en el Código Marítimo japonés, basado a su vez en el derecho civil. En respuesta a eso, se creó la Cámara Japonesa de arbitraje marítimo (JSE), la cual se expandió su ámbito de aplicación después de la II Guerra Mundial, para abarcar las disputas sobre salvamento, conocimientos de embarque, transporte combinado, remolque, abordajes, pesca, seguro, etc.

En Diciembre de 1948, la JSE fue autorizada para manejar los arbitrajes marítimos, de conformidad con la Ley Marítima de Arbitraje.

El sistema de la JSE ha contribuido altamente al establecimiento y desarrollo del arbitraje marítimo en Japón, aún cuando no tiene la importancia que tiene en Londres y Nueva York.

IV. CONCLUSIONES

Los abogados, comerciantes e interesados en el comercio marítimo en nuestros países debemos hacer uso de todos los recursos a nuestro alcance para incorporar en los contratos el acuerdo de dirimir las eventuales controversias que surjan en la vida contractual a través del sistema de arbitraje administrado.

Para lograr que el arbitraje administrado pueda generalizarse en la región, debe seguirse incansablemente con una campaña de información dirigida a los empresarios, públicos y privados, haciéndoles saber de las bondades de la institución y de la existencia y confiabilidad de los centros permanentes de arbitraje.

Por ello, debemos recomendar que, cuando su poder negocial lo permita, incluyan en sus contratos las respectivas CLAUSULAS COMPROMISORIAS que imponen el arbitraje.

Adicionalmente, debe ofrecerse el arbitraje como un verdadero recurso que ofrece confianza, equidad, imparcialidad, celeridad, agilidad y economía para la solución de controversias.

Señores y Señoras,

Luis Cova Arria

ANEXO

Reglamento Internacional de Arbitraje Marítimo (CEAMAR –IIDM)

Cláusula Modelo: “Las partes acuerdan que toda disputa resultante de la interpretación o ejecución del presente contrato (incluso cualquier controversia en cuanto a su existencia, validez o terminación), se resolverán definitivamente mediante arbitraje en el Centro Permanente de Arbitraje Marítimo (CEAMAR) del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo y de conformidad con lo que dispone su Reglamento de Arbitraje vigente para esta fecha. El arbitraje se celebrará en la ciudad de ... ante un árbitro único (un tribunal de tres árbitros según el Artículo 6 del reglamento), en el idioma..., y conforme al derecho de...”

**I JORNADAS VENEZOLANAS SOBRE
DERECHO PARLAMENTARIO.
18 DE SEPTIEMBRE DE 2014**

**PALABRAS DE APERTURA
DEL DR. LUIS COVA ARRIA ,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

Señores miembros de la Junta Directiva de Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas presentes,

Dr. Carlos Ayala Corao, Individuo de Número de esta Corporación. Señores Académicos.

Señores Académicos Miembros de otras Academias Nacionales;

Señor Dr. Jesús María Casal, Ex Decano y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello

Señor Dr. Ramón Guillermo Aveledo, Presidente del Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro.

Señor Dr. José Ignacio Hernández González, Director del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila.

Señores Doctores Gerardo Fernández Villegas, Manuel Rachadell y Carlos García Soto.

Señor Dr. Juan Miguel Matheus,

Presidente del Comité Organizador de estas Jornadas.

Señoras y Señores:

En nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, me complace darles la más cordial bienvenida a las Primeras Jornadas Venezolanas de Derecho Parlamentario sobre el “Parlamento y Siglo XXI” que ofrecemos esta mañana conjuntamente con dos distinguidas instituciones como son el Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro y el Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila.

Ya nos hemos reunido anteriormente en este recinto a debatir sobre el tema del Derecho Parlamentario, con ocasión de la presentación de las obras de dos destacados ponentes del día de hoy, como son, “La Asamblea Nacional: cuatro perfiles para su reconstrucción

constitucional”, de Juan Miguel Matheus y “Curso de Derecho Parlamentario” de Ramón Guillermo Aveledo, y ambos encuentros han coincidido en un punto común: la grave crisis constitucional que atraviesa nuestro país y en particular el Parlamento, la cual ha venido decantando desde que la Constitución de 1999 eliminó la bicameralidad que existió durante años en nuestro sistema constitucional.

Es por ello que surge la necesidad de realizar jornadas como la de hoy, a fin de generar profundas, serias y destacadas reflexiones sobre este tema de gran relevancia y actualidad destinadas a generar las soluciones que el país requiere para superar esta grave crisis.

En efecto, el programa de esta mañana nos presenta al Dr. Jesús María Casal, con una disertación sobre el Parlamento y Constitución, seguidamente el Dr. Ramón Guillermo Aveledo nos ilustrará sobre el Derecho Parlamentario venezolano y el Dr. Juan Miguel Matheus nos presentará sus Ideas para un nuevo Reglamento de Interior y Debates de la AN.

Posteriormente se desarrollará un Panel sobre la “La Asamblea Nacional: presente y futuro” bajo la moderación del Dr. Carlos García Soto en el que intervendrán nuestro numerario el Dr. Carlos Ayala Corao, el Dr. Gerardo Fernández Villegas y el Dr. Manuel Rachadell debatiendo sobre las potestades legislativas, de control y presupuestaria de la Asamblea Nacional.

El cierre de las Jornadas estará a cargo de los doctores Ramón Guillermo Aveledo y José Ignacio Hernández González.

A todos agradecemos su distinguida presencia, así como a los participantes por su interés y asistencia.

A continuación les dejo con el Dr. Juan Miguel Matheus, Presidente del Comité Organizador de estas Jornadas, quien hará la salutación de rigor.

Muchas gracias.

Luis Cova Arria
18 de septiembre de 2014

**FORO: RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL
DEL ARRENDAMIENTO EN VENEZUELA
CICLO DE FOROS
"HACIA EL CENTENARIO DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
(1915-2015)".
JUEVES 13 DE NOVIEMBRE DE 2014**

**PALABRAS DE APERTURA
POR EL DR. LUIS COVA ARRIA,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES**

Señores miembros de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales presentes;

Señores Académicos,

Dr. Alfredo Morles Hernandez, Ex – presidente e Individuo de Número de esta Corporación,

Dr. Rafael Badell Madrid, Individuo de Número de esta Corporación,

Doctores Domingo Sosa Brito, Guillermo Gorrín y Rosa Taricani.

Señoras y Señores:

En nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales me complace darles la más cordial bienvenida al ya tercer Foro de una serie preparatoria hacia la celebración de nuestro Centenario en junio de 2015.

El tema escogido para hoy, surge de la problemática desarrollada actualmente en nuestro país con la promulgación de una nueva Ley de regulación del arrendamiento inmobiliario para uso comercial y la coexistencia de dichas normas con el régimen de Código Civil y otras leyes especiales, y el surgimiento de nuevos entes administrativos, así como el régimen de arrendamiento de viviendas y la situación de los desalojos.

Todo ello en estrecha relación con la afectación del derecho de propiedad, la libertad contractual de las partes y en forma global el desarrollo económico de nuestro país.

Los distinguidos ponentes en la mañana de hoy, expondrán sus sabias consideraciones al respecto. Así comienza esta jornada con una conferencia sobre los aspectos generales del contrato de arrendamiento, su naturaleza y el derecho de propiedad, a cargo del Dr. Domingo Sosa Brito, jurista de destacada y larga trayectoria en el Derecho regulador

de los contratos de arrendamiento y, con quien tengo una antigua y afectuosa amistad. Seguidamente veremos la regulación legal del arrendamiento de viviendas por el Dr. Guillermo Gorrín, también un destacado especialista en la materia; continuando con la regulación legal del arrendamiento de los inmuebles comerciales a cargo de nuestro individuo de número, el Dr. Rafael Badell Madrid; para luego oír, a la Dra. Rosa Taricani, otra destacada profesional en la materia, quien hablará sobre la incidencia de la actividad administrativa en la relación privada arrendaticia y las competencias de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos. Finalizaremos con las palabras de clausura de nuestro apreciado, Dr. Alfredo Morles Hernandez, Ex – presidente e Individuo de Número de esta Corporación.

Quiero expresar nuestro agradecimiento a nuestro novel académico, Dr. Rafael Badell Madrid, por la coordinación de este su primer evento, como individuo de número de esta Corporación, evento al que le auguro el mejor de los éxitos.

Reiterándoles nuestra complacencia al recibirlos.

Luis Cova Arria
Presidente
Academia de Ciencias Políticas y Sociales

RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARRENDAMIENTO DE LOS INMUEBLES COMERCIALES

*Rafael Badell Madrid**

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. PUNTO PREVIO: EL INCONSTITUCIONAL DECRETO 602. III. LEY DE REGULACIÓN DEL ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO PARA EL USO COMERCIAL. 1. OBJETO. 2. ÁMBITO SUBJETIVO. 2.1 INMUEBLES EXCLUIDOS. 3. CARÁCTER IRRENUNCIABLE DE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS EN LA LEY. 4. ÓRGANO COMPETENTE. 5. RELACIÓN ARRENDATICIA. DEBERES Y DERECHOS. 5.1 DEBERES Y DERECHOS DEL ARRENDADOR. 5.2 DEBERES Y DERECHOS DEL ARRENDATARIO. 5.3 CULMINACIÓN ANTICIPADA. 5.4 DAÑO MALICIOSO. 6. GARANTÍAS. 6.1 DEPÓSITO EN EFECTIVO. 6.2 FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO. 6.3 GARANTÍAS AL FINALIZAR LA RELACIÓN ARRENDATICIA. 6.4 OBLIGACIONES INSOLUTAS. 6.5 NEGACIÓN AL REINTEGRO DEL DEPÓSITO. 7. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. 7.1 VENCIMIENTO DEL CONTRATO Y PRÓRROGA LEGAL. 8. LOS CÁNONES, SU PAGO Y FIJACIÓN. 8.1 PRESCRIPCIÓN. 8.2 FACTURA LEGAL POR CONCEPTO DE PAGO RECIBIDO. 8.3 FIJACIÓN DEL CANON DE ARRENDAMIENTO. 8.4 REVISIÓN DE LOS CÁNONES DE ARRENDAMIENTO. 9. SOBREALQUILERES Y GASTOS CONDOMINALES. 9.1 REGULACIÓN SOBRE LOS REINTEGROS. 9.2 COMITÉ PARITARIO DE ADMINISTRACIÓN DEL CONDOMINIO Y LOS GASTOS COMUNES. 10. PREFERENCIA OFERTIVA Y EL RETRACTO LEGAL ARRENDATICIO. 11. DESALOJO Y PROHIBICIONES. 11.1 CAUSALES DE DESALOJO. 11.2 PROHIBICIONES. 12. PROCEDIMIENTO JUDICIAL. 13. SANCIONES. IV. CONCLUSIONES.

* Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Doctor en Derecho. Master en Derecho Administrativo. Abogado. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau. Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (pregrado y postgrado). Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford durante el año académico 1998-1999. Profesor Asociado (Senior Associate Member) de la Universidad de Oxford durante el año académico 2006-2007.

I. INTRODUCCIÓN

El arrendamiento, regulado por el Código Civil de Venezuela³⁷ en los artículos 1579 y siguientes, es (...) *un contrato por el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble, por cierto tiempo y mediante un precio determinado que ésta se obliga a pagar a aquélla*".

Por su parte, la Ley de Arrendamiento Inmobiliario³⁸ reguló de manera especial los contratos de arrendamiento cuyo objeto fueran los bienes inmuebles. A partir de esa Ley se concertó por primera vez en un solo texto normativo toda la regulación concerniente al arrendamiento inmobiliario, lo que reflejó el avance y especialización de nuestro Derecho en esta materia. Esta ley fue derogada parcialmente por la Ley de Regularización y Control de Arrendamientos de Viviendas³⁹ y por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el uso Comercial⁴⁰, en los cuales se desarrollaron de una manera especializada las materias sobre arrendamiento de viviendas y de inmuebles comerciales respectivamente.

De otra parte, debe tenerse en cuenta también el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación arbitraria de viviendas⁴¹, según el cual se prohíbe el desalojo forzoso y la desocupación coactiva ejercida contra los arrendatarios sin que medie procedimiento previo.

Me corresponde referirme en este foro, organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales dentro del marco de la celebración

³⁷ Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

³⁸ **Gaceta Oficial N° 36.845 del 07 de diciembre de 1999.**

³⁹ Gaceta N° 6.053 Extraordinaria del 12 de noviembre de 2011.

⁴⁰ Gaceta Oficial N° 40.418 del 23 de mayo de 2014.

⁴¹ Gaceta Oficial N° 39.668 del 06 de mayo de 2011.

de su primer centenario, sólo al régimen jurídico del arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial. Sin embargo, una breve referencia me permitirá respecto de la normativa que con carácter transitorio se dictó en forma previa hasta tanto se promulgara como en efecto se hizo la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el uso Comercial (LRAIUC), la cual debe precisarse, es un decreto ley dictado por el Presidente de la República, en uso de las facultades que le fueran atribuidas por Ley habilitante. La necesidad de Ley en esta materia viene dada por la circunstancia de que se trata de normas limitativas de derechos constitucionales: la propiedad y la libertad contractual, entre otras, como se verá a lo largo de nuestra exposición.

En este sentido, un primer aspecto que debe llamar a nuestra reflexión es que a los fines de regular una materia que forma parte del ámbito de la reserva legal, el Presidente dictó un Decreto ejecutivo, la aludida normativa transitoria, la cual estuvo contenida en el Decreto 602⁴² vigente desde el 29 de noviembre de 2013 hasta el 23 de mayo de 2014 cuando se publicó la Ley, y con este que no tenía el rango de Ley intervino transitoriamente la materia que regularía posteriormente por ley sobre la protección a los arrendatarios de inmuebles destinados al desempeño de actividades comerciales, industriales o de producción, en los términos que se exponen a continuación.

II. PUNTO PREVIO: EL INCONSTITUCIONAL DECRETO 602

La materia arrendaticia en el ordenamiento jurídico venezolano ha tenido un particular desarrollo en los últimos años, en los que hemos sido testigos de la transformación del Derecho inquilinario en un medio de reivindicación social, mediante el cual se busca proteger, en algunos casos de manera desmedida, los derechos del arrendatario, el cual se ha convertido en una suerte de débil jurídico frente al arrendador, a quien quedan anulados en buena parte los atributos de su derecho de propiedad. Ciertamente este desarrollo afecta directamente uno de los elementos más importantes del derecho de propiedad, la libre disposición de la cosa.

⁴² Decreto N° 602. Publicado en Gaceta Oficial N° 40.305 del 29 de noviembre de 2013.

El propietario de inmuebles arrendados se ha visto sometido a disposiciones legales que disminuyen y en ciertos casos eliminan el principio de la libertad de contratación al establecerse regulaciones que determinan el contenido de los contratos de arrendamiento no sólo en cuanto a la fijación del canon sino además respecto de las condiciones y obligaciones de las partes dentro de la relación, incluida la facultad de recuperar el pleno uso del bien al término de la relación contractual.

Mediante ese Decreto transitorio se derogó entonces provisionalmente el principio de la libre voluntad de las partes en materia de arrendamiento de estos inmuebles. De manera que estuvieron sujetos a este régimen transitorio los arrendamientos sobre inmuebles destinados al uso comercial e industrial o de producción “...*hasta tanto se dictare un régimen definitivo...*” (Artículo 1).

El paralelismo de las formas nos permite además construir la premisa de que lo que con carácter definitivo requiere una regulación legal, también lo exigiría en lo transitorio. Si bien es cierto que el Presidente tiene asignada una competencia genérica de reglamentación de las leyes, esa competencia no puede invadir la reserva legal ni alterar el “espíritu, propósito y razón” de las leyes reglamentadas. De manera que este Decreto estaba sin dudas viciado de inconstitucionalidad.

El régimen transitorio previsto en el Decreto reguló y estableció prohibiciones relacionadas con el canon de arrendamiento y los gastos de condominio, como son la fijación del canon de arrendamiento a un máximo de doscientos cincuenta bolívares (Bs. 250,00) por metro cuadrado y la fijación del monto correspondiente al pago del condominio por debajo del veinticinco por ciento (25%) del canon de arrendamiento; finalmente, suspendió en forma automática cláusulas contenidas en los vigentes contratos de arrendamiento, tales como: cánones en moneda extranjera, ajustes periódicos de canon, multas al arrendador por no abrir el local, por abrir fuera del horario o por cierre anticipado, y las imposiciones de arreglo de fachadas y vitrinas, y la resolución unilateral. Además, se prohibió la aplicación de medidas cautelares judiciales de secuestro de bienes comerciales o inmuebles vinculados con la relación del arrendatario, así como el arbitraje comercial, y atribuyó al Ministerio de Comercio la competencia para resolver controversias relacionadas con su aplicación.

La materia señalada deja en evidencia la flagrante inconstitucionalidad de esta medida porque, como se ha expuesto, se trataba de un Decreto Ejecutivo que establecía unas obligaciones y prohibiciones a las partes de la relación arrendaticia. A través de un acto administrativo sublegal el Ejecutivo dictó una serie de disposiciones limitativas de la libertad de contratación de los particulares, su derecho de propiedad y hasta la justicia arbitral, interviniendo así en unas materias que son de la estricta reserva legal, y suplantando a su vez las disposiciones legales contenidas en la ley por disposiciones contenidas en un acto administrativo⁴³.

Cabe destacar que muchos de estos aspectos fueron regulados de forma definitiva con la Ley, a cuyo estudio nos referiremos de seguidas.

III. LEY DE REGULACIÓN DEL ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO PARA EL USO COMERCIAL

1. Objeto

La Ley regula y controla la relación entre las partes de un contrato de arrendamiento de **inmuebles destinados al uso comercial**, rigiendo las condiciones y procedimientos que envuelven a dicho contrato (art. 1 LRAIUC).

2. Ámbito Subjetivo

Se definen como “*inmuebles destinados a uso comercial*”, aquellos en los cuales se desempeñen actividades comerciales o de prestación de servicios como parte del giro ordinario del establecimiento que allí funciona, independientemente de que constituya una unidad inmobiliaria, forme parte de un inmueble de mayor magnitud, o se encuentre

⁴³ Este proceder, de acuerdo con Jorge Kiriakidis, constituye, además de un supuesto de invasión de la reserva legal, un claro caso de usurpación de funciones, que aparece la nulidad conforme a la previsión contenida en el artículo 138 de la Constitución. Kirikiakidis L., Jorge C., “El régimen inquilinario venezolano luego de las recientes incorporaciones normativas”, Cuadernos de Derecho Público N°10, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2013. P.36.

anexado a éste e independientemente de que con tal actividad los arrendatarios generen lucro o no (artículo 6). Lo que importa es la naturaleza comercial de la actividad, es decir, es el uso comercial del inmueble lo que determina la aplicación del régimen contenido en la Ley.

Se establece además una presunción salvo prueba en contrario sobre los que son inmuebles destinados a uso comercial, incluyéndose los locales ubicados en centros comerciales, en edificaciones de viviendas u oficinas, o en edificaciones con fines turísticos, de uso médico asistencial destinados a consultorios, laboratorios o quirófanos, o educacional, así como los inmuebles que forman parte, sin ser solo depósitos, de un galpón o estacionamiento, los quioscos, stands, y establecimientos similares, aun cuando éstos no se encuentren unidos de manera permanente al inmueble donde funcionan o se ubiquen en áreas de dominio público (art. 2 LRAIUC).

2.1. Inmuebles excluidos

Están excluidos de la aplicación de la ley, por disposición expresa del artículo 4, y por considerarlos que no encuadran dentro de la categoría a la que se refiere la ley como inmuebles destinados a uso comercial.: las viviendas, pensiones, habitaciones, residencias estudiantiles⁴⁴; los inmuebles destinados a oficinas, industrias, consultorios laboratorios, quirófanos⁴⁵; los alojamientos turísticos o de temporada vacacional, tales como hoteles, moteles, posadas, etc., (regidos por las previsiones de la legislación de Turismo); y, las fincas rurales y terrenos no edificados, a los que, dentro de una generalidad, le resultan aplicables las normas del Código Civil.

Dentro de la clasificación de inmuebles no destinados al uso comercial, debemos agregar también, en nuestra opinión, los depósitos,

⁴⁴ A este tipo de inmuebles les resulta aplicable lo dispuesto en la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, publicada en gaceta Oficial n°. 6.053 extraordinario de fecha 12 de noviembre de 2011.

⁴⁵ Cuyo arrendamiento, de acuerdo con la opinión de Jorge Kiriakidis, debería regirse por las normas aun parcialmente vigente de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (dejando a salvo que el Decreto Ley del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial "suprime" a la Dirección de inquilinato). Kiriakidis L., Jorge C., Ob. Cit. p.41.

que si bien no se les hace una mención expresa en esta disposición (artículo 4), están previstos en la otra norma ya mencionada (artículo 2), donde se dispone que se presumen legalmente inmuebles destinados a uso comercial, salvo prueba en contrario, los locales: “(...) *que forman parte, sin ser sólo depósitos, de un galpón o estacionamiento, (...)*”. En este sentido, los inmuebles destinados exclusivamente a depósito tendrían que considerarse igualmente excluidos de la aplicación de la Ley.

3. Carácter irrenunciable de los derechos establecidos en el Decreto

Los derechos establecidos en la Ley son de carácter irrenunciable, por ende, todo acto, acuerdo o acción que implique renuncia, disminución o menoscabo de alguno de ellos, se considera nulo.

Se contempla en la Ley el principio de prevalencia del negocio o la realidad sobre la forma jurídica escogida cuando se prevé que los órganos o entes administrativos y los tribunales podrán desconocer la constitución de sociedades, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y negocios jurídicos, mediante los cuales se pretenda evadir bien (i) la naturaleza jurídica arrendaticia de la relación o bien (ii) el carácter comercial del inmueble arrendado (art. 3).

Es necesario solamente comentar que esta facultad desde la perspectiva administrativa resultará siempre supeditada al control judicial, que es el órgano que en definitiva deberá decidir sobre la aplicación de este principio.

4. Órgano competente

El órgano competente a los efectos de la rectoría en la aplicación de la Ley es el Ministerio con competencia en materia de Comercio, con asistencia de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE) (art. 5). Esta competencia comprende:

1. Resolver los conflictos o dudas respecto de los arrendamientos por suscribir.

2. Resolver conflictos y dudas cuando las partes no logren un acuerdo en cuanto a la metodología para la determinación de los cánones de arrendamiento.
3. Determinar el monto del depósito que debe reintegrar el arrendador al arrendatario a la finalización del contrato.
4. Autorizar al arrendador a retener parte o la totalidad del depósito en caso de que, a la finalización del arrendamiento, el arrendatario se encuentre en mora en el pago de sus obligaciones.
5. Supervisar y acordar la metodología de avalúo a ser aplicada a la determinación del valor del inmueble.
6. Modificar mediante providencia administrativa los porcentajes de rentabilidad anual establecidos.
7. Imponer sanciones.

5. Relación Arrendaticia. Deberes y Derechos

La relación arrendaticia se establece entre arrendador y arrendatario pero cuando el propietario del inmueble no fuere su arrendador, éste será solidariamente responsable con el administrador, gestor, mandante, recaudador o subarrendador, respecto de las obligaciones de la relación arrendaticia.

La Ley define las fuentes para la regulación de la relación arrendaticia en el orden siguiente (art. 6):

- a) Las disposiciones de esa Ley.
- b) Los reglamentos que la desarrollen.
- c) Las disposiciones contenidas en instrumentos normativos de rango sublegal, de carácter general, que fueren dictadas por el Ministerio con competencia en materia de comercio, de conformidad con lo dispuesto en la Ley.
- d) Los contratos, acuerdos o convenciones establecidos de mutuo acuerdo por las partes, mediante la manifestación fehaciente de voluntad de las mismas, en base a esta exigencia se dispone que no tendrán validez alguna las disposiciones establecidas en contratos de adhesión, por cuanto en ellos no habría esta manifestación fehaciente del consentimiento.

Como hemos visto, en caso de dudas o controversias, cualquiera de las partes podrá solicitar la intervención de la SUNDDE (art. 7), quien actuará como una especie de árbitro. No se aclara el alcance de esta intervención pero obviamente no podría este organismo considerarse un árbitro de derecho en el sentido judicial del arbitraje, a lo sumo podrá dictar un acto administrativo sujeto al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

5.1. Deberes y derechos del Arrendador:

- a) Los arrendadores de inmuebles de uso comercial, están en la obligación de entregarlos en buen estado de mantenimiento y conservación, y solventes en servicios públicos domiciliarios, al inicio de la relación arrendaticia (art. 8 ‘).
- b) Tiene la obligación de garantizar el uso y goce pacífico del inmueble al arrendatario durante el tiempo del contrato (art. 10).
- c) Cubrir los costos de las reparaciones mayores de locales, a menos que el daño sea imputable al arrendatario (art. 11).
- d) No puede cobrar cánones de arrendamientos que no sean aquellos calculados según los métodos que la Ley ofrece (art. 17).
- e) Abrir y mantener una cuenta en la que el inquilino pueda depositar el monto del arrendamiento mensualmente, y no cerrarla, sin justificación, durante toda la vigencia de la relación arrendaticia (artículo 27).
- f) Entregar al arrendatario una factura legal por cada pago recibido a cuenta del canon de arrendamiento (artículo 30).
- g) Suscribir contrato por escrito y notariado, si se lo requiere el arrendatario (artículo 13).
- h) Devolver al arrendatario los montos dados en depósito (más sus intereses) o liberar la fianza, hechas las deducciones necesarias, dentro de los 15 días continuos siguientes a la finalización del contrato (artículo 21).
- i) Dar en arrendamiento por periodos de un año o más, siempre que arriende, dejando a salvo aquellos que por la naturaleza de la actividad sea temporal (artículo 24).

5.2. Deberes y derechos del Arrendatario:

- a) No estará obligado a pagar primas por cesión, traspaso, arriendo, por venta de punto comercial, o aceptar como condición para la celebración del contrato la compra de bienes muebles que se encuentren en el local que se pretende arrendar, a menos que lo desee. (art. 15).
- b) Debe pagar al arrendador el canon de arrendamiento, según la cantidad y oportunidad que se haya fijado en el contrato (art. 14).
- c) No podrá modificar el uso, rubro comercial, denominación o marca establecidos en el contrato de arrendamiento pero cuando el inmueble arrendado acarree la obligación de vender o prestar ciertos bienes y servicios, no está obligado a vender productos o prestar servicios de determinadas marcas comerciales o adquirirlos de determinados proveedores (art. 16).
- d) Debe notificar al arrendador en los tres (3) días siguientes a la detección de la falla, los daños que afectaren al inmueble en caso de que éstos no fuesen conocidos por el arrendador (art. 11).
- e) Debe pagar los gastos por las mejoras que se realicen en el inmueble comercial para adecuarlo al uso, previo acuerdo con el arrendador. (art. 12).
- f) Culminada la relación arrendaticia, el arrendatario deberá entregar el inmueble en las mismas condiciones en que lo recibió, salvo lo originado por casos fortuitos o de fuerza mayor (art. 8).
- g) Tiene derecho a que le otorgue un contrato escrito y autenticado (art. 13).
- h) Debe constituir garantías (a solicitud del arrendador y a su favor) que, alternativamente pueden ser: depósito de una suma de dinero equivalente a un máximo de tres meses de alquiler o fianza de fiel cumplimiento emitida por una "institución reconocida" (artículo 19).
- i) Pagar los gastos comunes conforme a lo establecido en el contrato en la proporción a la alícuota de condominio (artículos 36 y 37).

- j) Arrendará por periodos superiores a un año, siempre que tome en arrendamiento, dejando a salvo aquellos que por la naturaleza de la actividad sea temporal (artículo 24).

5.3. Culminación Anticipada:

El contenido y vigencia del contrato de arrendamiento no sufrirán derogación o modificación por el cambio de arrendador, como consecuencia de la transferencia de propiedad o administración del inmueble, salvo que el arrendatario invoque la culminación anticipada del contrato por motivos imputables al arrendador (art. 18). De igual forma, la Ley de Arrendamiento de 1999 establecía que en casos en donde el inmueble arrendado pasaba a ser propiedad de una persona distinta al propietario-arrendador, el nuevo propietario estaba en la obligación de respetar la obligación arrendaticia en los mismos términos pactados (art. 20).

5.4. Daño malicioso:

La parte que causare un daño malicioso al bien inmueble arrendado durante la vigencia de la relación arrendaticia, estará obligada a efectuar las reparaciones que se originen por estos daños. En caso de comprobarse el daño malicioso, el afectado podrá acudir a la vía jurisdiccional o administrativa y solicitar el inicio del procedimiento correspondiente (art. 9).

6. GARANTÍAS

El arrendador podrá exigir al arrendatario garantías en respaldo de las obligaciones asumidas por éste. Estas podrán ser mediante depósito en efectivo o fianza. En ningún caso podrán coexistir ambos tipos de garantías (art. 19).

El artículo 21 de la Ley de Arrendamiento de 1999 contemplaba el derecho del arrendador de recibir garantías reales o personales por parte del arrendatario en respaldo de sus obligaciones, en ningún caso pudiendo coexistir ambos tipos de garantías.

6.1. Depósito en dinero:

Cuando se constituya depósito en dinero, éste no podrá exceder del equivalente a tres (3) meses del canon de arrendamiento, y deberá acreditarse en una cuenta bancaria exclusiva para esos fines a nombre del arrendador. Los intereses que se produzcan corresponderán al arrendatario, a menos que sean requeridos en ejecución de la garantía (art. 19). La presente disposición difiere de la contenida en la Ley de Arrendamiento de 1999, en la cual el depósito en dinero no puede exceder del equivalente a cuatro (4) meses del canon de arrendamiento acordado (art. 22).

6.2. Fianza de fiel cumplimiento:

Cuando se constituya una fianza de fiel cumplimiento, ésta no podrá exceder el equivalente a tres (3) meses del canon de arrendamiento establecido, y deberá ser emitida por una institución debidamente reconocida (art. 19).

6.3. Garantías al finalizar la relación arrendaticia:

Finalizada la relación arrendaticia, el arrendatario restituirá la posesión del inmueble arrendado al arrendador en las mismas condiciones en que lo recibió, considerando la depreciación y desgaste propios del uso normal del inmueble. Si al momento de la recepción del inmueble hubieren obligaciones insolutas por parte del arrendatario, las partes podrán acordar de manera consensuada la forma de cumplimiento o pago de tales obligaciones, pudiendo acudir al proceso jurisdiccional de no alcanzar un acuerdo (art. 20).

Dentro de los quince (15) días continuos siguientes al término de la relación arrendaticia, o del día del cumplimiento de la última de las obligaciones pendientes, si las hubiere, el arrendador deberá reintegrar al arrendatario la suma recibida como garantía, más los intereses que se hubieren causado hasta la fecha del reintegro, o liberar la fianza de fiel cumplimiento, en caso de incumplimiento se acudirá a la vía jurisdiccional (artículo 21).

Bajo el régimen de la Ley de Arrendamiento de 1999 el lapso que tenía el arrendador para reintegrar la suma recibida en garantía, mas intereses, era de sesenta (60) días continuos (art. 25).

6.4. Las obligaciones insolutas:

En caso de que la relación arrendaticia no pudiera ser culminada por obligaciones insolutas de cualquiera de las partes, se procederá de la siguiente manera (art. 22):

- a) Si el arrendador omitiere o se negare injustificadamente a restituir la garantía o liberar la fianza de fiel cumplimiento al arrendatario dentro del plazo legalmente establecido, se generarán, intereses a la tasa activa más alta del sector bancario de conformidad con la Información del Banco Central de Venezuela, los cuales se calcularán sobre la base del monto de la garantía. Si la garantía se hubiere consignado en efectivo y no hubiera sido depositada en cuenta bancaria que genere intereses, el arrendador tendrá la obligación de devolver al arrendatario el monto consignado más los intereses generados, aplicando la tasa activa más alta del sector bancario.
- b) Si las obligaciones insolutas fueren imputables al arrendatario, los montos calculados corresponderán al arrendador, el cual podrá solicitar a la SUNDDE que autorice su retención o acudir a la vía judicial requiriendo la ejecución de la fianza.
- c) Cuando el arrendatario se negare a desocupar el inmueble una vez culminada la relación arrendaticia, el arrendador tendrá derecho a percibir por cada día transcurrido, el precio diario del arrendamiento, mas una cantidad adicional equivalente al cincuenta por ciento (50%) del mismo. El monto podrá ser imputado a la garantía, ejecutándose conforme a lo establecido en la Ley.

6.5. Negación al reintegro del depósito:

En los casos donde el arrendador se negare injustificadamente y sin razón a reintegrar el depósito con sus respectivos intereses, el

arrendatario podrá acudir a la vía jurisdiccional para hacer valer sus derechos (art. 23).

7. El Contrato de Arrendamiento

El contrato de arrendamiento contendrá:

- a) Las especificaciones físicas del inmueble arrendado y de la edificación que lo contiene.
- b) La duración del contrato, la cual será de un (1) año como mínimo, excepto cuando la actividad a desarrollar esté enmarcada en temporadas específicas, en cuyo caso no se podrá ajustar el canon de arrendamiento si se diera continuidad o prórroga, a menos que ésta supere un año.
- c) El valor del inmueble, el canon de arrendamiento y la modalidad de cálculo adoptada.
- d) Las obligaciones del arrendador y del arrendatario.
- e) Además, las partes deberán declarar su apego a las consideraciones establecidas en la Ley (art. 24).

7.1. Vencimiento del contrato y Prórroga legal:

Si el propietario pretende una vez terminado el contrato mantener al inmueble en condición de arrendamiento, en el mismo rubro comercial, el arrendatario tiene **derecho de preferencia para arrendarlo** siempre y cuando esté solvente en el pago de los cánones de arrendamiento y condominio, y haya cumplido con las demás obligaciones derivadas del contrato y de las leyes (art. 25).

Así mismo, si el contrato finalizado estaba sujeto a tiempo determinado, operará de pleno derecho la prórroga legal del mismo, la cual será obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario y se aplicará según las siguientes reglas:

- a) Cuando la duración de la relación arrendaticia sea de hasta un (1) año, la prórroga máxima será de seis (6) meses.
- b) Cuando la duración de la relación arrendaticia sea de más de un (1) año y menos de cinco (5) años, la prórroga máxima será de un (1) año.

- c) Cuando la duración de la relación arrendaticia sea de más de cinco (5) años y menos de diez (10) años, la prórroga máxima será de dos (2) años.
- d) Cuando la duración de la relación arrendaticia sea de más de diez (10) años, la prórroga máxima será de tres (3) años.

Durante la prórroga legal, la relación arrendaticia se considerará a tiempo determinado, y permanecerán vigentes las mismas condiciones, estipulaciones y actualizaciones de canon, convenidos por las partes en el contrato vigente, salvo las variaciones del canon de arrendamiento que sean consecuencia de un procedimiento de regulación (art. 26).

8. Los Cánones, su Pago y Fijación

El pago del canon de arrendamiento se efectuará en una cuenta bancaria cuyo titular sea el arrendador y la cual no podrá ser clausurada durante la relación arrendaticia. Los datos correspondientes a dicha cuenta deberán ser establecidos en el contrato de arrendamiento. En caso de cambio o modificación, el arrendador deberá participarle al arrendatario los datos de la nueva cuenta, o las modificaciones hechas según sea el caso, con quince (15) días de anticipación de la fecha de pago. Si el arrendatario no pudiese efectuar el pago a la entidad bancaria por causas imputables al arrendador o por fuerza mayor, podrá consignar los montos correspondientes en la cuenta que a tal efecto pondrá a disposición de los arrendatarios la SUNDDE. Estos montos sólo podrán ser retirados a solicitud expresa del arrendador (art. 27).

8.1. Prescripción:

Vencido el plazo de dos (2) años sin que el arrendador requiriera las cantidades consignadas por el arrendatario a su favor en la cuenta dispuesta por la SUNDDE, prescribirá su derecho a solicitarlas, quedando dichas cantidades a la disposición del organismo para ser utilizadas de acuerdo a lo establecido en el reglamento respectivo (art. 28).

El cálculo del plazo de prescripción está sujeto a un conjunto de normas sobre suspensión e interrupción de la prescripción, las cuales señalaremos a continuación (art. 29):

El cómputo del plazo de prescripción se interrumpe cuando:

- a) Por cualquier actuación del arrendador ante la SUNDDE, solicitando las cantidades a su favor.
- b) Por cualquier acto formal del arrendador que pretenda ejercer el derecho de recibir las cantidades a su favor, ante la jurisdicción contenciosa.
- c) Interrumpida la prescripción, comenzará a computarse nuevamente al día siguiente de aquél en que se produjo la interrupción.

Por otro lado, el cómputo del plazo de la prescripción se suspende:

- a) Por la interposición de solicitudes o recursos administrativos o judiciales, que tengan por objeto la relación arrendaticia con ocasión de la cual fueron consignadas las cantidades a su favor, hasta sesenta (60) días después que se adopte resolución o sentencia definitiva sobre los mismos, u opere el silencio administrativo, de ser el caso.
- b) Por decisión o auto judicial que ordene la suspensión del plazo de prescripción hasta el cumplimiento de un plazo o condición.

8.2. Factura legal por concepto de pago recibido:

El arrendador queda obligado a entregar al arrendatario una factura legal por concepto de pago recibido a cuenta del arrendamiento contratado. La factura deberá contener detalladamente la discriminación del pago, el periodo al que corresponda, así como dar cumplimiento a la normativa que establezca el órgano con competencia en materia tributaria (art. 30).

8.3. Fijación del canon de arrendamiento:

La fijación del canon de arrendamiento de los inmuebles sujetos a la Ley la determinarán el arrendador y el arrendatario, aplicando uno de los siguientes tres métodos, seleccionado de común acuerdo (artículo 32):

1. Canon de arrendamiento fijo (CAF) se toma como base el valor actualizado del inmueble, dividido entre doce (12) meses y entre el área arrendable, obteniendo el canon por metro cuadrado, luego se multiplica este valor por el área a arrendar y por el porcentaje de rentabilidad anual, establecido en 12% para el primer año de la relación arrendaticia. Cuando se trate de centros comerciales y/o locales comerciales completamente nuevos, el porcentaje de rentabilidad anual establecido, podrá ser como máximo de 20% sólo para el primer año.

2. Canon de arrendamiento variable (CAV) el cual se determinará sobre la base de las ventas brutas expresadas en la declaración regular del Impuesto al Valor Agregado del mes anterior y en caso de haber declaración sustitutiva se deberá sumar al porcentaje que allí se refleje, el porcentaje del monto reflejado en la declaración del mes siguiente.

Las partes acordarán el porcentaje a aplicar, el cual oscilará en general, entre el 1% y el 8%, y, cuando se trate de comercio de entretenimiento como actividad principal, entre el 8% y 15%.

3. Canon de arrendamiento mixto (CAM) compuesto por porción fija más porcentaje de ventas: La porción fija no podrá ser superior al 50% de la que correspondería si se utilizará el CAF, es decir que se aplica la fórmula prevista en el numeral 1 del artículo 32, y sobre ese resultado la porción fija del CAM sería no mayor al 50% de lo que arroje el cálculo del CAF. El porcentaje, no superior al 50%, deberá ser acordado por las partes.

La parte variable, está constituida por un porcentaje sobre las ventas, como en el método CAV, hasta su límite máximo. El CAM será entonces la combinación de la porción fija más el porcentaje de las ventas.

En caso de no poder acordar arrendatarios y arrendadores conjuntamente el canon o de tener dudas en cuanto a su cálculo, deberán solicitar a la SUNDDE su determinación. La SUNDDE podrá modificar mediante providencia administrativa los porcentajes de rentabilidad anual establecidos en este artículo, cuando así lo determinen razones de interés público o social.

La fijación del canon de arrendamiento en el régimen establecido por la Ley de Arrendamiento de 1999 estaba basada en el porcentaje de rentabilidad anual, que variaba según el valor del inmueble expresado en Unidades Tributarias, pudiendo el Ejecutivo Nacional modificar los porcentajes de rentabilidad por razones de interés público o necesidad social (art. 29). Para la determinación del valor del inmueble se tomaban en consideración factores como el uso, clase, calidad, situación, dimensiones aproximadas del inmueble, así como el valor fiscal declarado por el propietario y el valor establecido en actos de transmisión del inmueble previos a su regulación. También se toma en consideración los precios en que se hayan enajenado inmuebles parecidos (art. 30).

8.4. Revisión de los cánones de arrendamiento:

Los cánones de arrendamiento de los inmuebles sujetos al Decreto, serán revisados en los casos siguientes (artículo 33):

1. Cuando hubiere transcurrido un año después de firmado el contrato de arrendamiento, y su ajuste se hará tomando como tope máximo la variación porcentual anual del grupo “Bienes y servicios diversos” considerado en el índice Nacional de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior, de acuerdo con lo publicado por el Banco Central de Venezuela.

2. Cuando el arrendador haya realizado mejoras o reparaciones mayores cuyo costo excedan cuarenta por ciento (40%) del valor del inmueble establecido como base de cálculo para determinar el canon de arrendamiento.

En el régimen de la Ley de Arrendamiento de 1999 la revisión del canon de arrendamiento, por parte del órgano encargado de su regulación, procedía cuando se traspasaba la propiedad del inmueble arrendado y bajo los siguientes supuestos:

- a) Cuando hubieren transcurrido dos (2) años después de cada fijación del canon máximo de arrendamiento mensual.
- b) En caso del cambio total o parcial del uso o destino para el cual fue arrendado el inmueble.

- c) Cuando el arrendador o propietario hayan ejecutado en el inmueble mejoras que sobrepasen en su costo del veinte por ciento (20%) del valor del inmueble.

9. De los Sobrealquileres y Gastos Condominiales

9.1. Regulación sobre los reintegros

Todo cuanto se cobre en exceso del canon máximo establecido, o lo cobrado por conceptos contrarios al Decreto, quedará sujeto a reintegro por parte del propietario, arrendador o recaudador. La acción para reclamar el reintegro de sobre alquileres prescribe a los dos (2) años, los montos por este concepto serán objeto de actualización con base en la variación del índice nacional de precios al consumidor, de acuerdo con lo publicado por el Banco Central de Venezuela, y podrán ser compensables con los cánones de arrendamiento que el arrendatario deba satisfacer (art. 34).

9.2. Comité Paritario de Administración del Condominio y los gastos comunes

En los inmuebles destinados al uso comercial, que formen parte de otros inmuebles bajo régimen de condominio u otro régimen de propiedad colectiva o de comunidad, la administración del condominio será coordinada por un “Comité Paritario de Administración del Condominio”, integrado paritariamente por representantes seleccionados por los propietarios y por los arrendatarios respectivamente.

La representación de los arrendatarios será escogida por los mismos arrendatarios de inmuebles destinados al uso comercial. El Comité Paritario de Administración del Condominio” podrá establecer de común acuerdo con propietarios e inquilinos las normas o reglamentos de condominio, así como la aplicación de sanciones por incumplimiento de lo acordado entre las partes (art. 35).

Los gastos comunes que deba pagar el arrendatario de cada inmueble destinado al uso comercial se calcularán sobre la base de la alícuota

que corresponda a dicho inmueble, del valor total del inmueble que le sirve de asiento.

A efectos de la Ley, se entiende por gastos comunes las erogaciones que deban realizarse para atender el mantenimiento y conservación del inmueble que sirve de asiento al establecimiento comercial, así como los servicios de aseo y limpieza, recolección y disposición de desechos sólidos, agua potable, energía eléctrica, vigilancia, reparación y mantenimiento de maquinaria y equipos, gastos de administración y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios para el buen funcionamiento del inmueble.

El “Comité Paritario de Administración del Condominio”, podrá establecer contribuciones y/o fondos adicionales para atender gastos de mercadeo o propósitos especiales, cuando así se requiera para el mejor funcionamiento de las actividades comerciales (art. 36).

Los gastos comunes serán cancelados por los arrendatarios cuando así lo disponga el respectivo contrato de arrendamiento y deberán ser fehacientemente demostrados por el administrador y descritos en la correspondiente factura, emitida según las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente sobre el particular. Las reparaciones mayores serán por cuenta del arrendador.

Los honorarios contratados por concepto de administración o gestión de los gastos comunes o de condominio en ningún caso serán superiores a diez por ciento (10%) del monto total de los gastos comunes (art. 37).

10. Preferencia Ofertiva y el retracto Legal Arrendaticio:

En caso de que el propietario del inmueble o su apoderado, tuviere intención de venderlo, la preferencia ofertiva la tendrá el arrendatario que lo ocupa, siempre y cuando concurren los siguientes aspectos:

- a) Que el arrendatario que tenga más de 2 años como tal;
- b) Que el arrendatario se encuentre solvente en el pago de los cánones de arrendamiento, de condominio y demás obligaciones contractuales, legales y reglamentarias, y satisfaga las aspiraciones del propietario.

El propietario deberá informar al arrendatario su voluntad de vender el inmueble, mediante notificación escrita a través de Notaría Pública, expresando su derecho de preferencia, e indicando el precio, condiciones de venta, plazo de sostenimiento de la oferta no menor a tres (3) meses, procedimiento y dirección de notificación de la correspondiente respuesta, documento de propiedad del inmueble, documento de condominio o propiedad colectiva y certificación de gravámenes.

El arrendatario deberá notificar por escrito su aceptación o rechazo, al oferente a través de Notaría Pública dentro de los quince (15) días calendarios siguientes al ofrecimiento; si el arrendatarios rechazo la oferta o se abstiene de pronunciamiento, el propietario quedará en libertad de dar en venta el inmueble a terceros bajo las mismas condiciones (art. 38).

En caso de violación de la preferencia ofertiva, o de que la venta a un tercero haya sido en condiciones más favorables que las ofrecidas al arrendatario, éste tendrá derecho al **retracto legal arrendaticio**, que deberá ejercer dentro de un lapso de seis (6) meses, contado a partir de la fecha de la notificación que de la negociación celebrada deberá hacerle el adquirente, junto con copia certificada del documento contentivo de la negociación (art. 39).

11. Desalojo y Prohibiciones:

El Decreto Ley prevé en su Capítulo VIII, De los desalojos y prohibiciones, los distintos supuestos de hecho que acarrearían la terminación del contrato y hacen exigibles las distintas obligaciones que nacen a la terminación del contrato.

11.1 Causales de desalojo

De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del Decreto Ley, son causales de desalojo:

- a) Que el arrendatario haya dejado de pagar dos (2) cánones de arrendamiento y/o dos (2) cuotas de condominio o gastos comunes consecutivos.

- b) Que el arrendatario haya destinado el inmueble a usos deshonestos, indebidos, en contravención con el contrato de arrendamiento o las normas que regulen la convivencia ciudadana.
- c) Que el arrendatario haya ocasionado al inmueble deterioros mayores que los provenientes del uso normal, o efectuado reformas no autorizadas por el arrendador.
- d) Que sea cambiado el uso del inmueble, en contravención a la conformidad de uso concedida por las autoridades municipales respectivas o por quien haga sus veces, y/o a lo estipulado en el contrato de arrendamiento, y/o en las normas o reglamento de condominio.
- e) Que el inmueble vaya a ser objeto de demolición o de reparaciones mayores que ameriten la necesidad de desocupar el inmueble, debidamente justificado.
- f) Que el arrendatario haya cedido el contrato de arrendamiento o subarrendado total o parcialmente el inmueble, salvo en los casos previamente acordados con el propietario y/o arrendador en el contrato respectivo.
- g) Que el contrato suscrito haya vencido y no exista acuerdo de prórroga o renovación entre las partes.
- h) Que se agote el plazo para el ejercicio del derecho de preferencia adquisitiva del arrendatario y se realice la venta a terceros.
- i) Que el arrendatario incumpliera cualesquiera de las obligaciones que le corresponden conforme a la Ley, el contrato, el documento de condominio y/o las Normas dictadas por el “Comité Paritario de Administración de Condominio”.

Las causales “d”, “g” y “h”, no estaban previstas en la Ley de Arrendamiento Inmobiliario derogada.

11.2 Prohibiciones

De conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Ley, en los inmuebles regidos por queda taxativamente prohibido:

- a) El cobro por exhibir o mostrar inmuebles en oferta para el arrendamiento;

- b) El arrendamiento de inmuebles con condiciones físicas inadecuadas;
- c) El subarrendamiento, salvo en los casos previamente acordados con el propietario y/o arrendador en el contrato respectivo;
- d) Establecer cánones de arrendamiento según procedimientos ajenos a lo estipulado en el Decreto;
- e) Establecer cánones de arrendamiento en moneda extranjera;
- f) El cobro por activos intangibles tales como relaciones, reputación y otros factores similares;
- g) El ajuste al canon de arrendamiento durante la vigencia del contrato, salvo por lo previsto en el propio contrato y en el Decreto;
- h) El cobro de multas por parte del arrendador por la no apertura del local comercial, por incumplimiento en el horario de apertura y/o cierre, por incumplimiento de imposiciones por el arreglo de fachadas y vitrinas y demás normas de convivencia; salvo que estas hayan sido establecidas de común acuerdo en las normas o reglamento de condominio por parte del Comité Paritario de Administración del Condominio;
- i) El cobro por parte del arrendador de cualquier otras penalidades, regalías o comisiones parafiscales, salvo por lo previsto en el contrato y en el Decreto;
- j) El arbitraje privado para resolver los conflictos surgidos entre arrendador y arrendatario con motivo de la relación arrendaticia⁴⁶;

⁴⁶ Sobre este literal fue incoado recurso de interpretación ante la Sala Constitucional, quien luego remitió expediente a la Sala de Casación Civil como tribunal competente para conocer del mismo, decidiendo, conforme a sentencia previa de la Sala Políticoadministrativa, N° 800, publicada en fecha 02 de julio de 2015, expediente N° 2015-000248, caso: Agropecuaria Ponce y Asociados, C.A. contra Alimentos G.F.M.P.C., C.A., donde se señaló que: "Ante este escenario conviene destacar, que en fecha 23 de mayo de 2014, fue publicado en Gaceta Oficial No. 40.418, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación de Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, en cuya Disposición Transitoria Primera se expresa: "(...) Todos los contratos vigentes a la fecha de entrada en vigor de este Decreto Ley, deberán ser adecuados en un lapso no mayor a seis (6) meses a lo establecido en este Decreto Ley."; de donde se infiere que es voluntad del legislador someter a las condiciones establecidas en dicho instrumento normativo todas las relaciones arrendaticias que versen sobre locales comerciales. Así el artículo 41 literal j eiusdem establece expresamente

- k) La resolución unilateral del contrato de arrendamiento;
- l) Dictar o aplicar medidas cautelares de secuestro de bienes muebles o inmuebles vinculados con la relación arrendaticia, sin constancia de haber agotado la instancia administrativa correspondiente, que tendrá un lapso de 30 días continuos para pronunciarse. Consumido este lapso, se considera agotada la instancia administrativa;
- m) La administración del contrato de arrendamiento por parte de empresas extranjeras no radicadas en el país.

Asimismo, el artículo 42 establece que quedan prohibidos los avisos o anuncios de publicidad ofreciendo inmuebles en arrendamiento comercial en los cuales se considere una o más de las siguientes condiciones:

- a) Se limite por condiciones de preferencia sexual, política o religiosa, identidad de género, origen étnico, estado civil, clase social, profesión o condición social, discapacidad, enfermedades crónicas y/o terminales, para el arrendamiento de inmuebles destinado a uso comercial;
- b) Se oferten montos de rentas falsas o engañosas;
- c) Su texto contenga expresiones que violen o inciten a la infracción de las normas contenidas en el Decreto.

12. Procedimiento Judicial

En lo relativo a la impugnación de los actos administrativos emanados de la SUNDDE, la competencia judicial en el Área Metropolitana de Caracas corresponde a los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo, y en el resto del país, la competencia corresponde a los Juzgados de Municipio, a los cuales se les atribuye la competencia

lo siguiente: “Artículo 41.- En los inmuebles regidos por este Decreto Ley queda taxativamente prohibido: (...) j.- El arbitraje privado para resolver los conflictos surgidos entre arrendador y arrendatario con motivo de la relación arrendaticia. (...)”. Norma esa que sin dudas deja ver, la existencia de una prohibición expresa que impide la utilización del arbitraje en materia de arrendamiento comercial”. Sentencia de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 11 de diciembre del año 2015.

especial Contencioso Administrativo en materia de Arrendamientos Comerciales.

El conocimiento de los demás procedimientos jurisdiccionales en materia de arrendamientos comerciales, de servicios y afines será competencia de la Jurisdicción Civil ordinaria, por vía del procedimiento oral establecido en el Código de Procedimiento Civil hasta su definitiva conclusión (art. 43).

13. Sanciones

De conformidad con lo previsto en el artículo 44 del Decreto, los propietarios, administradores, arrendadores o arrendatarios que incumplan con las estipulaciones previstas en el Decreto, serán sancionados por el órgano rector en la materia, o la instancia bajo su adscripción que este designe, que deberá señalar la forma en que el sancionado podrá satisfacer el pago de la multa impuesta, utilizando todos los medios legales a su alcance. Asimismo, el Decreto estableció mediante el referido artículo que las multas podrán ser las siguientes:

- a) Quinientas Unidades Tributarias (500 UT), a quienes incumplan con cualquiera de las estipulaciones previstas en los artículos 30, 41 (en sus literales “a” y “b”) y 42.
- b) Un mil quinientas Unidades Tributarias (1.500 UT), a quienes incumplan con cualquiera de las estipulaciones previstas en los artículos 10, 11, 15, 16, 18, 19, 24, 26, 38 y 41, en sus literales “d” “f”, “g”, “i”, y “j”.
- c) Dos mil quinientas Unidades Tributarias (2.500 UT), a quienes incumplan con cualquiera de las estipulaciones previstas en los artículos 8, 13, 17, 31, 32, 34, 35, 36, 37 y 41 en sus literales “c”, “e”, “h”, “k”, “l” y “m”.

CONCLUSIONES

1. El Derecho Inquilinario dentro de nuestro ordenamiento jurídico atraviesa un proceso de transformación, en el cual se ha convertido en un medio de reivindicación social.

2. Las nuevas tendencias en el Derecho inquilinario venezolano apuntan a una mayor tutela de los derechos del arrendatario frente al arrendador, lo que afecta la libre disposición del inmueble por parte de su propietario.
3. Mediante Gaceta Oficial N° 40.418 del 23 de mayo de 2014 el Presidente de la Republica publicó el Decreto Nro. 929, mediante el cual se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el uso Comercial (LRAIUC). Derogando todas las disposiciones relacionadas con el arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial, contenidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley No. 427 de Arrendamiento Inmobiliario de 1999, así como el Decreto No. 602 de fecha 29 de noviembre de 2013.
4. La LRAIUC fue promulgada en vista de la necesidad de ordenar las relaciones entre comerciantes y propietarios de inmuebles destinados a uso comercial, a fines de hacer “*claras, transparentes y estables las reglas de tales relaciones*”.
5. La LRAIUC busca regular y controlar la relación entre las partes de un contrato de arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial, es decir, aquellos en los cuales se desempeñen actividades comerciales o de prestación de servicio como parte del giro ordinario del establecimiento que allí funciona.
6. Los derechos establecidos en la Ley, son considerados irrenunciables, en consecuencia, todo acto, acuerdo o acción que implique renuncia, disminución o menoscabo de alguno de ellos, se considera nulo.
7. El órgano competente para la ejecución de las disposiciones contenidas en la Ley es el Ministerio competente en materia de comercio, con asistencia de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Económicos y Sociales (SUNDDE).
8. A efectos de la LRAIUC, la relación arrendaticia es el vínculo de carácter convencional que se establece entre el arrendador del inmueble destinado al comercio, en su carácter de propietario, administrador o gestor del mismo, y el arrendatario, quien toma dicho inmueble en arrendamiento para ejecutar en él actividades de naturaleza comercial, generen lucro o no.

9. Cuando el propietario del inmueble no fuere su arrendador, será solidariamente responsable, respecto de las obligaciones de la relación arrendaticia, conjuntamente con el administrador, gestor, mandante, recaudador o subarrendador, sin perjuicio de los negocios jurídicos que éstos hubieren celebrado o acordado.
10. El cambio de propietario o de administrador del inmueble arrendado, no afecta el contenido ni la vigencia del contrato de arrendamiento suscrito, a menos que el arrendatario declare su voluntad de dar por terminada la relación arrendaticia, invocando la culminación anticipada del contrato por razones imputables al arrendador.
11. La parte que causare un daño malicioso al bien inmueble arrendado durante la vigencia de la relación arrendaticia, estará obligada a efectuar las reparaciones que se originen por estos daños.
12. El arrendador podrá exigir al arrendatario garantías en respaldo de las obligaciones asumidas por éste. Estas podrán ser mediante depósito en efectivo o fianza, cuyo monto no podrá exceder del equivalente a tres meses de cánones de arrendamiento.
13. Finalizada la relación arrendaticia, el arrendatario restituirá la posesión del inmueble arrendado al arrendador en las mismas condiciones en que lo recibió. Por su parte el arrendador deberá reintegrarle al arrendatario la suma recibida como garantía, más los intereses que se hubieren causado hasta la fecha del reintegro, o liberar la fianza de fiel cumplimiento.
14. El contrato de arrendamiento contendrá las especificaciones físicas del inmueble arrendado y de la edificación que lo contiene, la duración del contrato, el valor del inmueble, el canon de arrendamiento, la modalidad de cálculo adoptada y las obligaciones del arrendador y del arrendatario.
15. Una vez culminada la relación arrendaticia, y en caso de que el arrendador pretenda mantener destinado a arrendamiento el inmueble, el arrendatario tiene derecho de preferencia para arrendarlo, siempre y cuando esté solvente en el pago de los cánones de arrendamiento y condominio, y haya cumplido con las demás obligaciones derivadas del contrato y de las leyes.
16. Si el contrato finalizado estaba sujeto a tiempo determinado, operará de pleno derecho la prórroga legal del mismo, la cual será obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario.

17. El pago del canon de arrendamiento se efectuará en una cuenta bancaria cuyo titular sea el arrendador. Si el arrendatario no pudiese efectuar el pago a la entidad bancaria por causas imputables al arrendador o por fuerza mayor, podrá consignar los montos correspondientes en la cuenta que a tal efecto pondrá a disposición de los arrendatarios la SUNDDE.
18. El derecho del arrendador para requerir las cantidades depositadas a su nombre en la cuenta dispuesta por la SUNDDE, prescribe a los dos años, pudiendo dicho organismo disponer de los montos no reclamados. Dicho plazo de dos años puede ser interrumpido o suspendido.
19. La fijación de canon de arrendamiento está sujeta a tres modalidades de entre las cuales las partes de mutuo acuerdo pueden elegir: Canon de arrendamiento fijo (basándose en el valor actual del inmueble arrendado), Canon de arrendamiento variable (el cual se determina sobre la base de las ventas brutas del mes anterior) y Canon de arrendamiento mixto (compuesto por porción fija más porcentaje de ventas).
20. Los cánones de arrendamiento podrán ser revisados transcurrido un año de la celebración del contrato, o cuando el arrendador haya ejecutado mejoras en el inmueble cuyo costo sobrepase el cuarenta por ciento del valor del inmueble establecido como base para el cálculo del canon de arrendamiento.
21. Se crea el “Comité Paritario de Administración del Condominio”, integrado paritariamente por representantes seleccionados por los propietarios y por los arrendatarios respectivamente, el cual podrá establecer de común acuerdo con propietarios e inquilinos las normas o reglamentos de condominio, así como la aplicación de sanciones por incumplimiento de lo acordado entre las partes.
22. En caso de que el propietario del inmueble o su apoderado, tuviere intención de venderlo, la preferencia ofertiva la tendrá el arrendatario que lo ocupa, siempre y cuando éste tenga más de dos años ocupando el inmueble y se encuentre solvente en cuanto al pago del canon de arrendamiento, y demás obligaciones.

23. En caso de violación de la preferencia ofertiva, o de que el propietario haya vendido el inmueble a un tercero en condiciones más favorables que las ofertadas al arrendatario, éste tendrá derecho al retracto legal, es decir, podrá subrogarse en el lugar de quien adquiere la propiedad del inmueble.
24. En la presente Ley se agregaron como causales de desalojo el cambio del uso del inmueble contrariando la conformidad de uso otorgada por las autoridades municipales, la inexistencia de acuerdo prórroga o renovación una vez culminada la relación, y la venta a terceros del inmueble arrendado una vez terminado el plazo para el ejercicio del derecho de preferencia.
25. En lo relativo a la impugnación de los actos administrativos emanados de la SUNDDE, tendrán conocimiento dentro del Área Metropolitana de Caracas los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo, por otra parte, en el resto del territorio nacional, serán competentes los Tribunales de Municipio, a los que les atribuye competencia contencioso administrativa en materia de arrendamientos. El conocimiento de los demás procedimientos jurisdiccionales en materia de arrendamientos comerciales corresponderá a la Jurisdicción Civil ordinaria, por vía del procedimiento oral establecido en el Código de Procedimiento Civil.

OTROS EVENTOS

PRESENTACIÓN LIBRO DEL DR. JAMES-OTIS RODNER S.
“LA TRANSFERENCIA DEL CONTRATO”.

Martes 8 de julio 2014.

FORO EL PLURALISMO INFORMATIVO
Y LA LIBERTAD AUDIOVISUAL.

Miércoles 30 de julio de 2014.

PRESENTACIÓN DE LA OBRA:
“EMPRESAS MIXTAS EN EL ÁMBITO DEL RÉGIMEN
DE LOS HIDROCARBUROS EN VENEZUELA
DE HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ.

Viernes 19 de septiembre de 2014.

FORO: LOS GRAVES PROBLEMAS DE LA FAMILIA
EN UN MUNDO GLOBAL CICLO DE FOROS
“HACIA EL CENTENARIO DE LA ACADEMIA DE
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES (1915-2015)”.

Jueves 6 de noviembre de 2014.

FORO: EL SISTEMA DE CONTROL DE PRECIOS Y LA LEY
DE PRECIOS JUSTOS. CICLO DE FOROS
“HACIA EL CENTENARIO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES (1915-2015)”

Viernes 28 de noviembre de 2014.

DISCURSOS DE INCORPORACION

**DISCURSO DE INCORPORACIÓN
A LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
DEL DOCTOR CARLOS AYALA CORAO,
EL 8 DE MAYO DE 2012***

* Una versión más extensa del Discurso de Incorporación con las citas bibliográficas fue impresa y distribuida en el Acto Protocolar de Incorporación del Académico, cuyas copias reposan en la Biblioteca de la Academia.

1. Señor Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
2. Señores Académicos
3. Señores Presidentes y demás Miembros de las Academias Nacionales aquí presentes,
4. Señores Rectores y Decanos de las Universidades venezolanas,
5. Señor Nuncio Apostólico y demás Embajadores y representantes diplomáticos,
6. Profesores universitarios,
7. Señoras y señores familiares de los académicos José Andrés Octavio y Juan Porras Rengel,
8. Mi querida esposa Carmen, y mis queridos hijos Carlos Alfredo, Corina Isabel y Juan Pablo,
9. Mamá, Purificación Beltrán, hermanos, hermanas y demás familiares,
10. Integrantes de las organizaciones no gubernamentales, defensoras y defensores de derechos humanos
11. Señoras y señores,
12. Amigos y amigas hoy presentes,

Me ha tocado el honor de suceder en el sillón número 28 de esta ilustre Academia de Ciencias Políticas y Sociales, al jurista y filósofo *Juan Francisco Porras Rengel*, quien nació en 1929, en el seno de una familia caraqueña. Desde su temprana edad, desarrolló la pasión por sus tres diosas: La docencia, la filosofía y su mujer, Edilia Efigenia Santana de Porras.

Para dedicarse a la filosofía su hermano, con el pragmatismo característico le dijo: primero tienes que tener con qué vivir para luego cogitar. Y en respuesta, cinco años después, Juan Porras le entregó en

1954 el título de Doctor en Ciencias Políticas y Abogado con mención *Summa Cum laude* de la Universidad Central de Venezuela (UCV).

En el ínterin de este propósito, cuando cerraron la UCV, se dedicó a estudiar filosofía con el maestro Juan David García Bacca, y entre 1962 y 1963 realizó un curso de Filosofía del Derecho de la Universidad de Roma. Juan Porras comenzó a dictar clases en la UCV aun antes de graduarse y allí permaneció prácticamente hasta sus últimos días. Porras fue así un abogado de profesión y un filósofo de vocación. Su cátedra de *Filosofía del Derecho* es una referencia para varias generaciones de abogados, y para profesionales de las más diversas disciplinas en sus cursos de doctorado.

Su obra sobre la *jurisprudencia laboral*, constituye un aporte singular a esta disciplina. En fin, Juan Francisco Porras Rengel, “ninguno como él” como se presentaba jocosamente, expresaba la integridad, seguridad y sentido del humor con las que vivió este jurista, filósofo, músico, intelectual y humorista caraqueño.

El profesor Porras electo como individuo de número de esta ilustre Academia en el año 2009, no pudo llegar a incorporarse ya que sorpresivamente murió al año siguiente. No obstante, ello nos permite que hagamos también una merecida referencia al académico causahabiente anterior en este sillón número 28.

Se trata del *Dr. José Andrés Octavio*, nacido en Boconó en 1919. En 1943 se graduó de Doctor en Ciencias Políticas y de Abogado con mención “Sobresaliente” en la UCV. EL Dr. Octavio pronto se convirtió en uno de los juristas más importantes del Derecho Tributario Venezolano y Latinoamericano. Su aporte se complementó como miembro de institutos y profesor de diversas especialidades del Derecho Tributario, las cuales incluyeron su condición de Profesor de Impuesto sobre la Renta en los cursos del Ministerio de Hacienda, Profesor de Finanzas Públicas de la UCV; Profesor de Derecho Tributario en el Post-Grado de la UCV; Individuo de Número de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario de la cual fue nombrado Presidente Honorario; y Miembro del Directorio del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario y Presidente del mismo.

Su vasta obra en materia tributaria comenzó con su tesis de grado, la cual versa sobre la Ley de Impuesto Sobre la Renta de 1943, que luego

profundizó en su *Curso elemental de impuesto sobre la Renta*. Entre finales de los años ochenta y principios de los noventa, actuó como Consejero del grupo redactor del Modelo de *Código Tributario para la América Latina* que sirvió de base, entre otros, para el Código Orgánico Tributario de Venezuela. Posteriormente publicó sus *Comentarios Analíticos al Código Orgánico Tributario*.

Su contribución al país incluyó su dedicación a la función pública como Controlador General de la República entre 1976 y 1979; y como Ministro de Estado, Presidente de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, entre 1992 y 1993.

Por todo ello, la incorporación del Dr. Octavio a esta Academia representó un aporte valioso por sus conocimientos y la experiencia en el área del Derecho Tributario.

*

Hoy agradezco a los miembros de esta Corporación Académica el honor que me hicieran al elegirme como Individuo de Número para suceder en el sillón número 28 a estos ilustres juristas. Recibo este reconocimiento con sincera humildad y confirma mi compromiso con el país y con nuestra profesión. Esta elección tiene además para mí un emotivo significado familiar, ya que varios de mis tíos abuelos Ayala Duarte fueron miembros de las ilustres academias venezolanas, entre ellos, José Ramón Ayala Duarte, quien regentó el sillón número 9 de esta misma Academia entre los años 1933 y 1966, el cual ocupa actualmente Pedro Nikken, mi gran amigo y ductor en derecho internacional de los derechos humanos, quien hoy me hora al recibirme con sus palabras en mi incorporación a esta Academia.

*

Las regulaciones de la Academia exigen que el nuevo miembro elabore y presente un trabajo académico con ocasión de su incorporación. En mi caso he presentado una investigación original titulada *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de la Convencionalidad*, el cual trata sobre un fascinante fenómeno jurídico contemporáneo en pleno desarrollo, relativo a la construcción del Derecho con base en los principios y valores que emanan de la convergencia de la jurisprudencia de las diversas jurisdicciones, que lejos de dispersarlo está permitiendo su integración en un nuevo Derecho Universal.

Dicho intercambio se fundamenta en una sólida base de un *ius commune universalis* o derecho común universal, que nos recuerda al propio derecho natural ya que se fundamenta en los valores que emanan de la dignidad de la persona humana, expresados en los derechos humanos.

Los derechos han sido el motor fundamental de las luchas de la humanidad por un orden más justo. El nacimiento del Derecho Constitucional estuvo impulsado y motivado por la idea de que sólo un estado y un gobierno sujetos a la regla del derecho objetivado con una separación de poderes y fundado en el respeto a la soberanía popular, podían garantizar la libertad y los derechos.

Ese constitucionalismo de los derechos, inicialmente de corte liberal, va a evolucionar a comienzos del siglo XX, hacia un constitucionalismo de contenido social, con la influencia particularmente relevante de la Constitución de la República Alemana de Weimar y la Constitución de la Revolución Mexicana.

Pero las atrocidades cometidas contra la humanidad por los regímenes nazistas, fascistas y comunistas, en nombre de la *soberanía estatal absoluta*, así como la consecuente incapacidad de la Liga de Naciones para impedir la guerra civil española y sobre todo, la Segunda Guerra Mundial, acabaron con los viejos paradigmas y provocaron el nacimiento de un nuevo orden mundial. Este se encuentra reflejado en los propósitos de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas relativos al “respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”

Esta *internacionalización de los derechos* va a producirse tanto en los ámbitos regionales europeo, americano y africano, como en el universal de las Naciones Unidas

Lo novedoso de este movimiento jurídico internacional fue atribuirles a los individuos la cualidad de sujetos de derecho internacional para reclamar ante las correspondientes jurisdicciones nacionales e internacionales, el cumplimiento de las obligaciones de los estados derivadas de los derechos humanos. En este sentido, los tratados de derechos humanos se convierten en un “instrumento constitucional de orden público”.

Este fenómeno no habría sido posible sin la apertura y *universalización* a su vez del Derecho Constitucional, para configurar un nuevo Derecho Constitucional Universal, con una soberanía sujeta a la democracia, al estado de derecho y a los derechos humanos.

Este nuevo constitucionalismo democrático se abre así a las fuentes internacionales de los derechos, mediante diversas técnicas normativas ya sean declarativas, de complemento, de interpretación e incluso de constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos. Esta ampliación democrática de los derechos en ese doble sentido, ha llevado a Norberto Bobbio a afirmar que estamos viviendo la “edad de los derechos”. En definitiva, el Derecho Constitucional democrático y universal ha venido paulatinamente configurándose como un *Derecho Constitucional de los derechos*, que converge y se refuerza en el orden interno con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se está configurando así un nuevo *Estado no sólo de Derecho sino de los derechos*. De allí que estemos ante una nueva concepción democrática de la soberanía, que podemos denominar también la *soberanía de los derechos*, la cual limita y obliga al poder de los Estados, desde una doble fuente: la constitucional y la internacional, con el objeto y propósito de proteger nacional y universalmente a la persona humana.

Como consecuencia de ello, los tribunales nacionales realizan las interpretaciones judiciales de esos derechos de doble fuente normativa. Estas interpretaciones, particularmente cuando emanan de las jurisdicciones constitucionales, son fuentes de Derecho. Y por su lado, los tribunales internacionales competentes, al aplicar las normas internacionales sobre derechos humanos contenidas en los tratados, igualmente establecen interpretaciones de los mismos, que se convierten en fuente autorizada de Derecho (*Derecho interpretado*).

Se trata en definitiva de valores constitucionales universales, que son compartidos por las democracias contemporáneas y que permiten hablar de un *espacio común de los derechos*. Esa recepción por los tribunales nacionales del derecho internacional interpretado judicialmente, responde así al principio de la *fiel adecuación* de la jurisprudencia nacional a la jurisprudencia internacional de los derechos.

Sin embargo, el hecho de que un tribunal simplemente haga referencia a la jurisprudencia de otro tribunal, no constituye un diálogo

jurisprudencial. Éste solamente ocurre cuando el tribunal receptor de la jurisprudencia la analiza razonadamente (*reasoning*), y explica y aplica su significado y alcance en la decisión del caso (*ratio decidendi*).

Esa confrontación con sus propios antecedentes que debe hacer el tribunal que recibe la jurisprudencia, a través de un proceso de argumentación, es la que va a permitir el verdadero diálogo jurisprudencial (*dialogical interpretation*). De esta forma, la jurisprudencia “recibida” produce una verdadera “fertilización” en la jurisprudencia “receptora” (*cross fertilization*).

EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ENTRE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

En el trabajo desarrollamos un primer nivel de diálogo jurisprudencial que es el que tiene lugar entre las altas jurisdicciones constitucionales de los estados.

Si bien en este supuesto se trata de una jurisprudencia “extranjera”, tanto las normas constitucionales como los principios que subyacen en ellas justifican la búsqueda y la ponderación de soluciones convergentes a problemas comunes.

Este diálogo jurisprudencial entre tribunales constitucionales es particularmente relevante en Europa, muy particularmente en la zona centro-occidental, lógicamente incentivado por la existencia de un espacio jurídico común europeo.

Pero sin lugar a dudas, en el mundo actual el tribunal constitucional más abierto al diálogo jurisprudencial con otros tribunales equivalentes es el de Suráfrica. Dicha apertura está incluso exigida por su propia Constitución, la cual establece que la interpretación de los derechos constitucionales (*Bill of Rights*) por sus cortes y tribunales promoverá los valores propios de una sociedad democrática basados en la dignidad humana, la igualdad y la libertad, tomando en consideración el derecho internacional y considerando el derecho extranjero. Esta cláusula ha sido aplicada por la Corte Constitucional surafricana de manera extensa, para darle recepción a la jurisprudencia constitucional comparada, especialmente la alemana, canadiense, norteamericana, india, británica, australiana y la neozelandesa, así como la de diversos países africanos.

En el ámbito latinoamericano, los tribunales constitucionales y sus equivalentes, suelen hacer abundantes referencias a la jurisprudencia constitucional comparada, particularmente a la española, norteamericana, francesa, alemana e italiana. Un buen ejemplo de ello ha sido la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal brasileño a partir del caso *Siegfried* en materia de libertad de expresión, con una amplia referencia a la jurisprudencia constitucional comparada coincidente de Alemania, España y Estados Unidos de América. Sin embargo, no es común el diálogo entre los altos tribunales latinoamericanos, ya que como hemos dicho sus sentencias comúnmente sólo invocan a la jurisprudencia europea y a la norteamericana.

En el caso de Venezuela, es notorio cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia recurre con frecuencia a las citas de la jurisprudencia constitucional extranjera, tanto europea como incluso norteamericana, pero sin que la integre en el razonamiento para su decisión y sin realizar un ejercicio de ponderación. En el trabajo de incorporación se hace mención a sentencias en este sentido, como fue el caso *Ascander Contreras del año 2000*.

EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ENTRE EL *TEDH* Y CORTE *IDH*

Un segundo nivel de diálogo jurisprudencial que desarrollo en mi trabajo de incorporación es el que está teniendo lugar entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual se ha reforzado mediante diversos acuerdos, intercambios y otros mecanismos de cooperación.

La Corte Interamericana desde su primera sentencia ha recurrido con naturalidad y frecuencia a la jurisprudencia de su par europeo. Así, en el caso *Velásquez Rodríguez*, para resolver un vacío interpretativo respecto a la aplicación de oficio de disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que no habían sido invocadas por las partes, la Corte hizo referencia razonada a la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el caso *Handyside*. A su vez esa jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Velásquez Rodríguez* ha sido recogida por el Tribunal Europeo, entre otros en el caso *Akdivar*.

En el caso *Apitz Barbera y otros de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo contra Venezuela*, relativo a los estándares sobre la independencia e imparcialidad de los jueces, la Corte Interamericana citó y aplicó al caso, los criterios jurisprudenciales del Tribunal Europeo en los casos *Pullar, Fey, Daktaras, Piersack y De Cubber*.

Por su parte, el Tribunal Europeo ha continuado dialogado con la Corte Interamericana en otros temas de su jurisprudencia. Así, en el caso *Stoll*, el Tribunal Europeo dialogó con la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Claude Reyes*, para razonar su recepción en materia de acceso a la información pública.

El diálogo jurisprudencial entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales nacionales

Un tercer nivel de diálogo jurisprudencial es el que tiene lugar entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales de derecho interno, particularmente con las altas jurisdicciones nacionales. Sin embargo, este diálogo es diferente, ya que en la interpretación de los derechos fundamentales y constitucionales en general, los tribunales nacionales deben asumir la armonización conforme a la interpretación final y auténtica dada por el tribunal internacional regional respectivo.

De allí que, la eficacia de las interpretaciones de esas normas de textura abierta sobre los derechos, realizada por los tribunales internacionales respectivos, termine teniendo el valor de “norma interpretada”, ejerciendo un efecto *armonizador* en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Se trata de una relación de enriquecimiento mutuo (*cross-fertilization*) para ambas jurisdicciones, producto de un evolucionado *pluralismo constitucional* que algunos han referido como *un constitucionalismo en red*.

Como bien lo ha dicho García Roca, el objetivo es transitar de un sistema *binario* a un sistema *integrado* de derechos, en la búsqueda de un *espacio común de los derechos*, consistente en unos “mínimos comunes” definidos por el tribunal internacional, más allá de los cuales, las jurisdicciones nacionales pueden expandir sus interpretaciones, conforme al principio de progresividad.

EL CASO EUROPEO

La jurisprudencia del Tribunal Europeo desde su creación en 1959 ha sido de gran impacto tanto por la calidad como por la cantidad de sus sentencias. Esta labor ha tenido un apreciable efecto en el diálogo y en la recepción de su jurisprudencia por las altas jurisdicciones nacionales europeas, especialmente por sus tribunales constitucionales.

En ese sentido, Vergottini ha llamado la atención de una tendencia manifiesta por parte del Tribunal Europeo, a considerar su jurisprudencia válida, “no sólo para los casos expresamente decididos, desplegando por tanto efectos *generales* incluso para los Estados no implicados en el procedimiento”, o incluso respecto al mismo Estado con efectos hacia casos futuros.

En los países de Europa centro-oriental, sus recientes democracias han establecido ordenamientos jurídicos en los cuales se reconoce la jerarquía constitucional o supra legal del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y como consecuencia de ello, sus tribunales se sujetan normalmente a esa normativa y adecúan su jurisprudencia a la del Tribunal Europeo.

EL CASO INTERAMERICANO

En las Américas, el diálogo entre sus altas jurisdicciones nacionales con la Corte Interamericana, comenzó progresivamente desde los años noventa en países como Argentina, Colombia y Costa Rica.

Esta evolución ha llegado hoy en día a un nivel de recepción de la jurisprudencia interamericana por parte de la mayoría de los Estados partes de la Convención Americana que han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana, la cual ha permitido el desarrollo de un diálogo jurisprudencial maduro. Sin embargo, este proceso no ha sido fácil, ya que como lo advierte Sagüés, la justicia doméstica a veces se ha resistido a la justicia internacional, debido a una diversidad de factores gnoseológicos de falta de información, psicológicos y de inadaptación, incomprensión, hedonismo y narcisismo, además de los ideológicos y políticos relativos al techo de la soberanía nacional.

No obstante, este diálogo jurisprudencial en marcha ha permitido desarrollar por parte de los tribunales nacionales, diversas categorías mediante las cuales estos últimos fundamentan la amplia recepción de la jurisprudencia interamericana.

EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

En la evolución hacia un grado mayor de intensidad en la recepción de la jurisprudencia interamericana, los tribunales nacionales han venido otorgándole el carácter jurídico “vinculante”, incluso en los casos en los cuales el Estado no fue parte del proceso ante la Corte Interamericana.

Entre otros ejemplos, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el *caso Radilla*, estableció como jurisprudencia el *carácter y los efectos vinculantes* de las sentencias internacionales dictadas por la Corte Interamericana, para todos los órganos del Estado cuando éste ha sido parte en los procesos concretos; y como “criterio orientador” ineludible en todos los demás casos.

En esta categoría podemos ubicar también a la Corte Suprema de Justicia Argentina con ocasión de los casos *Videla* y *Simón*, en los cuales declaró que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye una “pauta imprescindible de interpretación”, cuya aplicación resulta “imperativa”.

El *carácter y efecto vinculante* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para los tribunales constitucionales ha sido igualmente desarrollado con gran profundidad y amplitud por el Tribunal Constitucional peruano en el caso *Colegio de Abogados del Callao*.

Así mismo, la Corte Constitucional colombiana ha declarado la naturaleza *vinculante* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en diversas sentencias desde 1999, llegando recientemente a establecer en el caso *de inconstitucionalidad Parcial del Código de Procedimiento Penal*, el desconocimiento de la cosa juzgada cuando las sentencias internacionales determinen que ha habido impunidad en los casos de

violaciones a los derechos humanos. El Consejo de Estado colombiano ha extendido los efectos obligatorios de la “cosa juzgada internacional” a casos sustancialmente similares a los contenidos en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia chilena en el caso *Manuel Rojas*, calificó de *obligatorio* el derecho internacional de los derechos humanos.

EL DIÁLOGO JUDICIAL TRANSNACIONAL

El diálogo judicial entre los diversos tribunales internacionales y nacionales, no sólo tiene lugar en las modalidades antes referidas, sino que además, las altas jurisdicciones nacionales también le vienen dando recepción a la jurisprudencia sobre los derechos, elaborada por otros tribunales internacionales incluso fuera de la esfera de su jurisdicción. A ese diálogo lo hemos denominado “transnacional”, en virtud de trascender las naciones y jurisdicciones propias. Ello confirma en definitiva, la tesis de que estamos ante la presencia de un derecho universal, cosmopolita y común, basado en los mismos valores, donde el desarrollo de los contenidos y proyecciones de los derechos es una tarea compartida en la cual convergen todos los tribunales del mundo.

Ya hemos visto, el ejemplo del Tribunal Constitucional surafricano, y en Latinoamérica, la apertura a ese tipo de diálogo ha sido llevada a cabo, entre otros, por el Tribunal Supremo Federal Brasileño, en la citada sentencia del caso *Siefried*.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia de México fundamenta sus sentencias en una gran pluralidad y diversidad de sistemas jurídicos, pero que coinciden en el razonamiento ponderado acogido por la decisión. Éstos se refieren, no sólo al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sino entre otros, al Tribunal Europeo y a varios casos nacionales de países europeos y de otros como Canadá, Israel y Sudáfrica.

HACIA EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD

Esa rica y maravillosa evolución que ha venido desarrollándose a nivel nacional e internacional sobre la base de un diálogo jurisprudencial en los términos expuestos, ha permitido que cada vez más los tratados sobre derechos humanos y su interpretación judicial internacional, se conviertan en el parámetro obligatorio de base mínima, en la aplicación e interpretación de los derechos por el derecho interno de los estados.

De esta evolución ha nacido recientemente el concepto del *control de la convencionalidad*, que consiste en la obligación de los órganos del Poder Público del Estado de adoptar y adaptar sus actos al parámetro a la Convención Americana *en los términos interpretados por la Corte Interamericana*. De allí, que todos los actos y actividades del Estado estén sometidos a este control, comenzando con la propia Constitución y continuando con las leyes, los actos administrativos, las sentencias y los demás actos estatales. Se trata en definitiva de la aplicación práctica del principio de *ius cogens* de derecho internacional codificado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual, un Estado no puede alegar su derecho interno para pretender excusarse del cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Se trata así de la consecuencia de la *supremacía del tratado* sobre derechos humanos y de las obligaciones que de éste se derivan para el Estado. De manera similar a la *supremacía de la Constitución* tanto formal como de sus contenidos materiales en el orden interno en los términos interpretados por el tribunal constitucional, el tratado sobre derechos humanos es norma superior del ordenamiento jurídico, en los términos interpretados auténticamente por el tribunal internacional competente, en este caso, por la Corte Interamericana.

De esta forma, esos tratados sobre derechos humanos integran el *bloque de la convencionalidad* constituido por las normas contenidas en dichos instrumentos que junto con la interpretación judicial internacional auténtica sobre su contenido, configuran el parámetro mínimo de referencia de la conformidad del derecho interno.

EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL INTERNACIONAL

Si bien el término *control de la convencionalidad* fue por primera vez acuñado por la Corte Interamericana en su sentencia en el caso *Almonacid Arellano*, la Corte siempre había ejercido implícitamente este control.

Como antecedente debemos mencionar que desde las sentencias de la Corte Interamericana contra Perú en el caso *Castillo Páez* en 1997 y 1998, y más precisamente desde la sentencia en el caso *Barrios Altos* en 2001, todos los Estados partes en la Convención Americana habían tomado conocimiento que las *leyes de amnistía*, que impiden la investigación, procesamiento y sanción de los responsables de crímenes graves contra los derechos humanos, son violatorias de dicho tratado.

Sin embargo, en el 2006 es decir, a nueve y ocho años respectivamente de las citadas decisiones del caso *Castillo Páez* y cinco años después del caso *Barrios Altos*, la Corte Interamericana tuvo que decidir de nuevo en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, lo concerniente a la validez de las *leyes de autoamnistía* en ese Estado.

La Corte Interamericana le reiteró al Estado chileno que la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana ya había sido expresamente determinada desde el caso *Barrios Altos*, por lo cual, su Decreto Ley de Autoamnistía carecía de efectos jurídicos y no podía seguir representando un obstáculo para la investigación y sanción de los responsables de crímenes de lesa humanidad.

La aplicación del control de la convencionalidad en el derecho interno ha sido recientemente desarrollado por las altas jurisdicciones latinoamericanas, dando lugar a un interesante *diálogo bidireccional* con la Corte Interamericana ahora por parte de esos tribunales de derecho interno, como ha ocurrido en el Tribunal Constitucional peruano, y de manera notable en la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso líder *Mazzeo*, el cual, afirmó con meridiana claridad el deber de los jueces de los Estados de ejercer el “control de convencionalidad” con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Es relevante constatar, cómo estas respuestas jurisprudenciales al diálogo por parte de los tribunales estatales, han sido a su vez escuchadas y tomados en cuenta por la propia Corte Interamericana. En

efecto, más recientemente, a partir de los años 2008 y 2009, la Corte Interamericana ha comenzado a invocar la jurisprudencia de los propios tribunales de los Estados que le han dado recepción a su jurisprudencia.

Así, el diálogo jurisprudencial en ejercicio del control de la convencionalidad, se ha desarrollado bidireccionalmente en torno a *temas sustanciales*, por parte, entre otros, de La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el caso *Simón*, por la Corte Suprema de Justicia de Chile en el caso *Sandoval*, por el Tribunal Constitucional de Perú en el caso *Martín Rivas*, por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en el caso *Sabalsagaray*, por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en el caso *de la Ley de Amnistía*, y por la Corte Suprema de Justicia de Colombia en el caso de *la Masacre de Segovia*.

EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD Y EL LÍMITE A LAS MAYORÍAS EN UNA DEMOCRACIA

Un tema esencial sobre el cual se ha pronunciado la Corte Interamericana en el ejercicio del control de la convencionalidad tiene que ver con la cuestión de si una ley incompatible con los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, puede justificarse en virtud del principio de las mayorías en una democracia. Es decir, si el pueblo en una democracia puede “validar” esas leyes mediante una decisión “soberana”. La Corte Interamericana abordó el tema en el caso *Gelman* desde una posición magistral, en primer lugar, al afirmar que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. Y, en segundo lugar, que en todo caso, la aprobación popular de una ley incompatible con la Convención Americana, no le concede legitimidad ante el Derecho Internacional.

Es admirable cómo esta solución interpretativa fundamental a la cual llegó la Corte Interamericana en el caso *Gelman*, se encuentra respalda por las soluciones dadas por varios tribunales alrededor del

mundo, que han decidido excluir del voto popular aquellas materias que disminuyen o degradan los derechos, como han sido los casos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la Corte Constitucional de Colombia, de la Confederación Suiza, varios tribunales de Estados Unidos de América incluida la Corte Suprema de California y la Corte Suprema Federal, y la Corte Constitucional de Suráfrica.

De allí resulta claro un concepto fundamental: que la democracia no es sólo el gobierno de las mayorías, ya que éstas en todo caso tienen como límite a los derechos humanos. Esta noción nos recuerda en definitiva, que los derechos nacieron como una protección de la persona frente al poder y a las propias mayorías.

UN DIÁLOGO INTERRUMPIDO UNILATERALMENTE

El diálogo jurisprudencial supone por ello, el funcionamiento del Estado de Derecho con la garantía de la independencia de los poderes. En el caso de Venezuela, el diálogo del Estado y particularmente de su Tribunal Supremo de Justicia con la Corte Interamericana, no solamente no ha comenzado, sino que ha sido *interrumpido a priori* por el primero. En la sentencia internacional del caso *López Mendoza*, la invitación formulada por la Corte Interamericana para desarrollar un diálogo jurisprudencial con el Estado venezolano para que sus tribunales ejercieran el control de la convencionalidad, sobre la incompatibilidad de la ley interna relativa a las inhabilitaciones políticas por vía administrativa, fue respondida con un desplante por el propio tribunal nacional.

En efecto, con un razonamiento errado inexcusablemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró “inejecutable” el fallo de la Corte Interamericana, al igual que lo había hecho antes respecto al fallo de la misma Corte en el caso *Apitz Barbera*, relativo a destitución arbitraria de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, citando increíblemente como precedentes, las sentencias dictadas por los tribunales militares peruanos durante el régimen de Fujimori. Esta sentencia en realidad lo que hizo fue formalizar los desacatos e incumplimientos de los fallos internacionales que

vienen ocurriendo desde el año 2.000. Pero esta sentencia del Tribunal Supremo venezolano no se quedó allí, sino que le solicitó al Ejecutivo Nacional que procediera a “denunciar” la Convención Americana. Ello evidencia, que al menos desde el año 2008 los poderes públicos nacionales estaban atentando contra la Constitución de 1999 para pretender arrebatarles a las personas su derecho a la protección internacional. En este sentido, la propuesta formulada en días pasados por el Presidente de la República y aplaudida sin recato por las cabezas de los poderes nacionales, de salirse de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, confirma que estamos ante el peligro una grave e inaceptable regresión inconstitucional de los derechos de todos y todas.

En efecto, la falta de independencia del poder judicial que ha venido siendo denunciada por juristas nacionales, así como reconocidas ong’s nacionales e internacionales, colegios de abogados, diversos órganos y organismos internacionales tanto en el ámbito interamericano como de las Naciones Unidas, y que ha sido ratificada por decisiones de nuestro Tribunal Supremo y por declaraciones de sus integrantes, ha generado, por un lado, la *impunidad* de los delitos en general y en especial de las violaciones a los derechos humanos; y por el otro, casos de injustas persecuciones a la disidencia por motivaciones políticas. En ambos casos, tanto las víctimas que no pueden obtener justicia en el país como las víctimas de la injusticia de la llamada justicia, sólo les queda el recurso de acudir a las instancias de protección internacional. Y una instancia fundamental como es la Comisión Interamericana es la que el Gobierno pretende arrebatarle a la gente, en vulneración a la Constitución especialmente a sus artículos 19, 23, 31 y 329, así como a los compromisos adquiridos en diversos instrumentos internacionales, incluida la Carta Democrática Interamericana.

Pero permítanme decirles, que a pesar de todos estos peligros y asechos soy optimista. Estoy convencido de que al final prevalecerá la democracia, la paz y la justicia, y que esta experiencia hará que los derechos y su protección efectiva tanto nacional como internacional, se convierta en una cláusula pétrea que nos permitirá preservarlos para las futuras generaciones.

En todo caso, el Tribunal venezolano representa una excepción a la corriente mayoritaria, de un diálogo contemporáneo, maduro, fluido

y respetuoso que actualmente existe entre la Corte Interamericana y los tribunales latinoamericanos. Un diálogo que no es un monólogo y que obviamente espera y admite las críticas jurídicas. Un diálogo judicial que tiene por objeto, no sólo el cumplimiento de compromisos formales, sino la búsqueda de la protección de la persona humana conforme a valores y estándares universales comunes.

EPÍLOGO: HACIA UN DIÁLOGO JUDICIAL MUNDIAL MULTIDIRECCIONAL

El mundo actual, en medio de algunas contradicciones y algunos reveses, continúa en una tendencia mayoritaria progresiva a la democratización y a la vigencia universal de los derechos. En esta tendencia el Derecho ha jugado y jugará un rol fundamental. El mundo se ha “juridificado” y a la vez se ha *judicializado* democráticamente.

En la actualidad existen más de cincuenta tribunales y órganos cuasi-judiciales internacionales, la mayoría de los cuales se han creado en los últimos veinticinco años. Ante esta realidad se ha planteado que estamos ante un emergente “sistema judicial internacional”.

Esos tribunales internacionales entre sí como los tribunales nacionales, forman parte de una “red”, donde muchas veces interpretan los mismos instrumentos jurídicos internacionales. De allí la responsabilidad de todos los tribunales de contribuir a ese sistema mediante el diálogo y el razonamiento responsable de sus decisiones.

Esa responsabilidad en la argumentación de las decisiones judiciales, no sólo se debe a que en la misma se basa la legitimidad de sus decisiones, sino también porque cada tribunal tiene una responsabilidad no sólo local sino mundial, de hacer sus aportes a la construcción de ese *Derecho Judicial Universal*.

Un tribunal que razona y decide arbitrariamente en contra de los valores y principios comunes universalmente aceptados sobre los derechos, se deslegitima ante todo el mundo. Sólo si el abandono de una interpretación universal responde a un razonamiento articulado, que resista los test rigurosos derivados de las exigencias de una sociedad democrática, como son el de la progresividad más favorable de los

derechos, de lo razonable y en definitiva, de lo justo, ese cambio podrá entrar en el círculo virtuoso de aportar a su vez a la evolución creciente del sistema de derechos mundial.

Ese emergente diálogo judicial mundial multidireccional con una tendencia ordenada y convergente, sólo será posible si se desarrolla sobre los valores comunes universales, libres y democráticos, liberadores y justos, proyectados en torno a los atributos esenciales de la dignidad de la persona humana, contenidos en los derechos humanos como la mayor conquista de la humanidad.

El mundo incluida Venezuela, se ha enfrentado a dos modelos antagónicos: el primero, es el de la democracia, los derechos, la transparencia, la libertad, la diversidad, el pluralismo, el progreso, la inclusión social, la igualdad, la paz y la tolerancia; el otro es el del poder centralizado y sin límites, la autocracia, la hegemonía, los privilegios, los abusos, las restricciones, la corrupción, los monopolios, el estatismo agobiante, la pobreza, la discriminación, la violencia y la intolerancia. Pero los derechos y el diálogo jurisprudencial sólo son posibles bajo el primer modelo, por ello los juristas no podemos ser indiferentes, sino que tenemos que luchar por sus valores, ya que en el segundo modelo desaparecen el Derecho y los derechos.

Por ello, terminamos estas palabras recordando la advertencia que nos hizo en 1825 el Libertador y sus consecuencias para el día de hoy: ““La justicia, sola, es la que conserva la República””; de lo que se colige también lo contrario, es decir, ¡que la injusticia, sola, es la que termina con la República!

Señoras y señores,

Muchas gracias.

**DISCURSO DE CONTESTACIÓN
AL DOCTOR CARLOS AYALA CORAO
POR EL RECIPIENDARIO
DOCTOR PEDRO NIKKEN, INDIVIDUO
DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN**

Señor Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Señores Académicos
Señores Presidentes y demás Miembros de las Academias Nacionales aquí presentes,
Señores Rectores
Señoras y señores familiares de los académicos José Andrés Octavio y Juan Porras Rengel Señores Carmen Quintero de Ayala, Carlos Alfredo, Corina y Juan Pablo Ayala Quintero, y demás familiares del académico recipiendario
Señor Doctor Carlos Ayala Corao,
Señoras y señores,

Nos reunimos hoy, con la solemnidad de estilo, para recibir en el seno de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales al brillante jurista Carlos Ayala Corao, profesor de Derecho Constitucional de varias generaciones de egresados de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Central de Venezuela, tanto en pregrado como en postgrado, y por encima de ello, a un colega que puede exhibir una trayectoria al servicio de los más altos principios que inspiran al Derecho como instrumento esencial para la más digna convivencia entre los seres humanos, que es firme en sus convicciones y que las practica con rectitud, aun en momentos en los que esa práctica supone un riesgo para su libertad, su integridad y su tranquilidad.

Ocupará el Dr. Ayala el Sillón N° 28 de esta Academia, que quedó vacante por el lamentable fallecimiento del insigne jurista y filósofo del Derecho Juan Porras Rengel, quien había sido elegido para ocuparlo por el fallecimiento su predecesor en esta Corporación, el no menos ilustre jurista y preclaro ciudadano doctor José Andrés Octavio.

Nacido en Caracas el 1 de marzo de 1957, Carlos Ayala Corao casó con doña Carmen Quintero, con quien concibió a Carlos Alfredo, Corina y Juan Pablo Ayala Quintero.

La trayectoria del académico que hoy recibimos en la Universidad venezolana, en el foro y en el ámbito internacional, así como su aporte a la doctrina jurídica fundamentan sobradamente su presencia en esta Corporación.

Graduado de abogado con la mención cum laude en la Universidad Católica Andrés Bello, en 1979, cursó sus estudios de postgrado en Georgetown University, en Washington, donde obtuvo, en 1981, el Master in Government, luego de lo cual inició su fecunda carrera como docente en reputadas universidades venezolanas y extranjeras.

El Dr. Ayala es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica “Andrés Bello” y en la Universidad Central de Venezuela, así como en los Cursos de Postgrado de esta última Universidad. También enseña desde la Cátedra de “Derechos Humanos” en las Escuelas de Derecho en las universidades Metropolitana y Católica Andrés Bello. Fue Jefe de la Cátedra de Derecho Constitucional en la UCAB, donde actualmente desempeña la Jefatura del Departamento de Derecho Público. Fue Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, de la cual es ahora Presidente Honorario.

Ha sido igualmente docente en la Universidad de Oxford, en Inglaterra; en los postgrados de Georgetown University y de American University en Washington, así como en los de la Universidad Iberoamericana, en la Ciudad de México. Es también profesor en los Cursos para graduados que regularmente dicta el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en San José, Costa Rica.

Carlos Ayala Corao es una muy distinguida personalidad en el ámbito internacional, reconocido en numerosas responsabilidades en la que se ha desempeñado en Venezuela y en el exterior. Ha sido miembro de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores de Venezuela y Facilitador por el Estado Venezolano ante el Buen Oficiante del Secretario General de la ONU, en el proceso del Acuerdo de Ginebra relativo a la controversia sobre el Territorio Esequibo con el Reino Unido y Guyana. Fue Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

cargo en el que marcó una reconocida impronta. También integró, por designación del Alto Comisionado para Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Internacional de Veedores para el proceso de selección y nombramiento de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, en 2005; y consultor de la ONU para el nombramiento de la Corte Suprema de Justicia en Guatemala, en 2009. Fue asimismo miembro y Presidente de la Comisión Andina de Juristas y es miembro de Consejo Directivo del “International Human Rights Institute” con sede en el Reino Unido. El doctor Ayala Corao ha sido elegido recientemente para integrar la Comisión Internacional de Juristas y su Comité Ejecutivo, continuando así la dinastía de venezolanos que hemos sido miembros de esa Comisión y de esta Corporación, iniciada hace ya cerca de treinta años por el nunca suficientemente recordado y admirado doctor Andrés Aguilar Mawdsley, quien también brilló, por cierto, en la Presidencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Carlos Ayala Corao es autor de una fecunda obra jurídica, que ha enriquecido la doctrina venezolana e internacional, especialmente en las áreas de Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ha sido autor o coautor de numerosos libros y monografías, entre los cuales destaco *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*; *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*; *El Referendo Revocatorio: “Una herramienta ciudadana de la democracia”*; *Defensa Colectiva de la democracia: definiciones y mecanismos*; y *La “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*. Ha escrito asimismo más de cien artículos sobre temas jurídicos, editados en reconocidas publicaciones y revistas nacionales y extranjeras. El último libro al que he aludido se relaciona íntimamente con el Trabajo de Incorporación que ha sometido a esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales. En él se pone de manifiesto cómo, a contrapelo de las tendencias universales y en incumplimiento de las obligaciones internacionales de la República y de un clarísimo mandato constitucional, el Tribunal Supremo de Justicia ha venido ignorando y explícitamente inejecutando sentencias y otras decisiones obligatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Trabajo de Incorporación del Dr. Ayala lleva por título *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de la Convencionalidad*. Es un concienzudo y detallado análisis de la interacción de la jurisprudencia nacional e internacional relativa a la protección de los derechos humanos reconocidos en las distintas Constituciones de los Estados y en relevantes convenciones internacionales. Es una interacción o diálogo mediante el cual los tribunales constitucionales nacionales se nutren entre sí con métodos propios del Derecho Comparado, pero a la vez suministran insumos jurisprudenciales a las cortes internacionales de derechos humanos, que a menudo los citan como nutrientes de sus propias decisiones. A la inversa, las cortes internacionales regionales, en especial la europea y la interamericana, se inspiran recíprocamente suministrando criterios de interpretación para resolver situaciones análogas suscitadas en una y otra jurisdicción, pero a la vez, son inspiradoras de los tribunales constitucionales en el ámbito del Derecho Interno, los cuales a menudo orientan sus decisiones invocando explícitamente los estándares de Derecho Internacional aplicados por aquellas cortes supranacionales.

Es un fenómeno que se explica, en parte, por el carácter universal de los derechos humanos y el principio de justicia que ordena que situaciones iguales sean resueltas aplicando los mismos criterios, abstracción hecha de la naturaleza nacional-constitucional o internacional de la fuente del Derecho que regula la materia del litigio. Sin embargo, adicionalmente, entre los tribunales nacionales e internacionales se impone adicionalmente una relación materialmente, aunque no procesalmente, jerárquica, que obliga a las instancias nacionales, en cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales del Estado, a aplicar los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los casos sometidos a su conocimiento, sujetos por esa vía, a lo que se ha denominado control de convencionalidad.

Esta relación de jerarquía material es evidente cuando se trata de la aplicación, en el ámbito interno, de lo decidido por una instancia internacional en un litigio en el cual el Estado en cuestión ha sido parte, pues se trata pura y simplemente de dar cumplimiento a la obligación internacional del Estado de cumplir cabalmente con las decisiones de las cortes internacionales en los casos que ha litigado ante ellas. Cuando el Estado condenado por un tribunal internacional incumple la sentencia,

con cualquier pretexto, incurre en una nueva infracción del Derecho Internacional y en una nueva causal de responsabilidad internacional, que agrava sustantivamente su posición jurídica. Los Estados comprometen el honor nacional al obligarse por un tratado, de cuya ejecución son los garantes últimos, de modo que, al deshonorar ese compromiso se colocan fuera de la ley, resquebrajan en orden internacional y se exponen a las consecuencias jurídicas y políticas de tal proceder. Por lo demás, tratar de justificar el incumplimiento en argumentos traídos del Derecho Interno, incluso de la Constitución, como ha pretendido hacerlo el Estado venezolano, es insustentable, pues es un principio inalterable de Derecho Internacional consuetudinario que jamás puede invocarse una disposición de Derecho Interno como justificación para el cumplimiento de un tratado, como ha quedado recogido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Hay, sin embargo, como lo destaca el Trabajo de Incorporación sometido por el Dr. Ayala Corao, otra perspectiva aun más rica y relevante en el diálogo jurisprudencial entre los tribunales constitucionales y las cortes internacionales de derechos humanos, que deriva de la naturaleza erga omnes de las obligaciones internacionales de respetar y garantizar de esos derechos, de consuno con la obligación de cumplir las de buena fe. Como muy bien lo destaca el Dr. Ayala Corao, se puede identificar una jurisprudencia de vanguardia que ha establecido que la interpretación acordada por un tribunal internacional respecto de una convención de derechos humanos en la cual un Estado es parte, es obligatoria para ese Estado incluso si no ha sido parte en el litigio en el cual esa interpretación se ha producido, de manera que la sentencia de un caso determinado impondría el deber jurídico de atenerse a ella, no sólo a las partes en el litigio, sino a todos los Estados Partes en el tratado al cual la interpretación se refiere. Se trata entonces de sentencias sobre un caso particular que surten efectos generales con respecto a los principios que establecen, obligatorios no sólo para las partes en ese caso particular sino para todos los Estados partes en el tratado sobre el que versó el litigio.

El Trabajo de Incorporación del Dr. Ayala Corao cita acertadamente numerosos ejemplos de cortes constitucionales o supremas que han seguido esta orientación. Paradigmática ha sido la decisión de la Corte

Suprema de la Nación Argentina, citada en el Trabajo de Incorporación, que aplicó explícitamente a las leyes argentinas de amnistía (llamadas leyes de “Obediencia Debida” y de “Punto Final”), la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso peruano, en el cual ésta, declaró que, son inadmisibles las disposiciones de amnistía y, en general, las excluyentes de responsabilidad “que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”⁴⁷, de manera que las leyes peruanas de amnistía que estaban en causa, “son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.”⁴⁸

Sobre esa base, la Corte Suprema argentina sancionó la nulidad de las leyes nacionales de amnistía, pues ... la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en “Barrios Altos” al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales.⁴⁹

Este fenomenal diálogo jurisprudencial, que conduce a la integración pretoriana de los derechos humanos nacionales e internacionales y que queda empíricamente registrado en el Trabajo de Incorporación, mueve, por lo menos, a dos tipos de reflexiones. El primero tiene que ver con la función del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en general, de su protección internacional. Se trata de un régimen que es subsidiario y complementario del pautado en el Derecho Interno. Primero, porque un componente esencial del Estado de Derecho es el respeto y la garantía de los derechos humanos, lo que comporta el establecimiento, en el ámbito interno de la jurisdicción de cada Estado, de mecanismos y órganos capaces de prevenir las violaciones de los

⁴⁷ Corte IDH: Caso Barrios Altos, Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; pág. 41.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 51(4).

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina. Caso Simón. Sentencia de 14 de junio de 2005.

derechos humanos y de asegurar su protección, de medios idóneos para la investigación de las infracciones que pudieran producirse y de un sistema judicial apto para hacer valer la responsabilidad por sus violaciones, comprendida la reparación integral a la víctima y la sanción, si fue del caso, a los responsables. Se trata de un deber primario del Estado con respecto a los seres humanos bajo su jurisdicción, de modo que sólo cuando el Estado falla cobra sentido la protección internacional. El interés de la víctima y el del Estado coinciden en que lo natural es que las controversias sobre derechos humanos se ventilen en el ámbito doméstico. Segundo, porque es materialmente imposible que el orden internacional pueda ofrecer remedio a las numerosísimas violaciones, más o menos graves, a los derechos humanos que se producen en el planeta. Lo razonable de un orden jurídico subsidiario es que opere cuando naufraga el ordenamiento principal; y, de un orden jurídico complementario, que suministre insumos que enriquezcan el orden primario y contribuyan a universalizar los estándares aplicables a la protección de bienes también universales, como lo son los derechos humanos. La primera línea de universalización está en la letra de los tratados y se ha revelado con su entrada en vigor; la segunda es más sutil y aluvional, surge de la lectura de los mismos por tribunales internacionales que trasladan sus conclusiones como pautas jurisprudenciales obligatorias a los tribunales nacionales. Un mérito excepcional que el Trabajo de Incorporación del Dr. Ayala Corao exhibe es la revelación empírica, y no sólo la teoría jurídica, de esta progresiva integración de los órdenes de protección a la dignidad de la persona humana.

Otro grupo de reflexiones apunta hacia el desarrollo progresivo como componente esencial de la protección a los derechos humanos. La interacción entre los tribunales internacionales y los nacionales se traduce en la aplicación ya no sólo de la norma en sí, sino de la interpretación más favorable a la persona humana, lo que ofrece posibilidades ilimitadas a la interpretación pro homine y a lo que se ha llamado la cláusula del individuo más favorecido⁵⁰ en las instancias nacionales e internacionales de protección.

⁵⁰ Cfr. Karel VASAK, *Les dimensions internationales des droits de l'homme*. UNESCO, París, 1978, pág.710.

Más allá de la técnica jurídica y de los mecanismos concretos a los que el Dr. Ayala Corao ha pasado revista en su excelente Trabajo, esa debe ser la consecuencia inevitable de que, cualquiera sea la esfera jurídica donde se los reconozca o proteja, los derechos humanos emanan de la dignidad inherente a la persona humana, la cual está más allá de las formas y las esferas legales y porta una jerarquía que desborda la escala jerárquica formal de las normas jurídicas. Es la dignidad humana y no la técnica jurídica la que impone la plena recepción en la jurisdicción interna de los preceptos y obligaciones que emanan de los instrumentos de Derecho internacional. Más que de Derecho constitucional de los derechos humanos y de Derecho internacional de los derechos humanos, como ya lo propuso el mismo Dr. Ayala Corao en 1996, deberíamos hablar de Derecho de los derechos humanos, a secas,⁵¹ con dimensiones y medios de protección en la esfera nacional y en la internacional, que tienden no sólo a complementarse sino a integrarse, en la dirección única de preservar la dignidad de la persona humana.

En nuestro tiempo, la dignidad humana merece protección universal y se alza por encima del poder y más allá de las fronteras del Estado. La soberanía dejó de ser un pretexto legítimo para justificar la impunidad frente a la opresión. Es quizás el encuentro entre el planeta y el ser humano, que sugiere El Medio Divino de Teilhardt de Chardin. Al Dr. Ayala agradezco que la lectura de su Trabajo de Incorporación ratifique la convicción o, al menos, la más viva esperanza, de que la transnacionalización de los derechos humanos será anotada por los historiadores del futuro como uno de los signos más destacados de la espléndida prerrogativa que se nos ha brindado de ser testigos y protagonistas de lo que no es sólo la planetización del ser humano, sino más bien, con empuje de idealismo y de esperanzas, el de la humanización del planeta.

La incorporación del Dr. Ayala se produce en una hora aciaga, cuando el gobierno de nuestra patria ha anunciado su propósito ya

⁵¹ 5 AYALA, C.: La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano. Konrad Adenauer Stiftung. Fundación Pensamiento y Acción. CIEDLA. Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. COPRE. Caracas, 1996. Volumen II, págs. 740-763. 742. El autor afirma que en los próximos años es previsible “la formación de un «Derecho de los derechos humanos» como disciplina y rama jurídica autónoma.

no sólo de ignorar las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino de abandonar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el confesado propósito de escapar al control internacional del incumplimiento reiterado de las obligaciones internacionales en derechos humanos. Es una pretensión incalificable contra derechos que son inherentes al pueblo de Venezuela y a todos y cada uno de los venezolanos. Se trata de situar al país a contrapelo de la historia y de nuestra Constitución que, al proclamar explícitamente el principio de progresividad y la supranacionalidad de los derechos humanos, prohíbe toda regresividad. Se trata de una nueva violación de la Constitución contra homine, cuya reiteración jamás se traducirá en que nos habituemos a ellas, sino que más bien vigorizará nuestra determinación para continuar la lucha por su pleno restablecimiento, en las instancias nacionales y en todas las internacionales que permanezcan abiertas. La internacionalización de los derechos humanos es una conquista histórica de la humanidad, que no se disminuye por la conducta errática de un gobierno que pretende desconocerla. Como si se tratara de desconocer la existencia de la atmósfera a través del expediente insensato de no respirar. La asfixia o la rectificación no tardarán en llegar.

Dr. Ayala Corao, hoy ingresa Usted a la casa de sus convicciones sobre el Estado de Derecho, sobre los valores de una sociedad democrática y sobre la primacía de la dignidad de la persona humana sobre el poder público. Su alto y reconocido nivel académico y su testimonio de hombre que pone en práctica sus convicciones y que lucha por ellas, más allá de la mera elaboración intelectual lo han hecho natural merecedor del Sillón en esta Academia que desde hoy ocupará. La Academia también esperaba por Usted. Me ha honrado responder su discurso de incorporación, reafirmando los principios e ideales que compartimos y que son vitales en estos tormentosos tiempos por 14 los que trajinamos. Sea, pues, bienvenido a esta Casa que es ahora también la suya.

Caracas, 8 de mayo de 2012.

**DISCURSO DE INCORPORACIÓN
A LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES
DEL DR. RAFAEL BADELL MADRID
1 DE JULIO DE 2014**

Señor doctor

Luis Cova Arria

Presidente de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Señores doctores

Eugenio Hernández-Bretón, Alberto Arteaga Sánchez, Humberto Romero-Muci y Jesús Ramón Quintero Prieto, integrantes de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Señoras y señores individuos de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Señoras y señores académicos de otras instituciones académicas

Excelentísimo señor embajador del reino de España en Venezuela D. Antonio Pérez-Hernández

Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello

Señora Directora de la Facultad de Derecho, autoridades del Posgrado y profesores de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Central de Venezuela

Señora María Teresa Petersen de Pérez Luciani

Honorables miembros de la familia del doctor Gonzalo Pérez Luciani

Señora Olga Petersen de Melich

Señoras y señores:

PREÁMBULO

Concurro a este Paraninfo a fin de incorporarme al sillón N° 17 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, sucesivamente

ocupado por los doctores José Loreto Arismendi⁵², Juan B. Bance⁵³, Jesús Leopoldo Sánchez⁵⁴, José Gabriel Sarmiento Núñez⁵⁵ y, finalmente, por el maestro doctor Gonzalo Pérez Luciani.

Con toda humildad me presento en este recinto académico, con el primer propósito inicial de manifestar mi agradecimiento a todos los miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por el inmenso honor que me han dispensado al abrirme las puertas de esta institución llena de sabios y sobresalientes ciudadanos, todos los cuales han sido mis maestros, o en las aulas de las universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela, o por medio de sus libros, conferencias y también a través de sus ejecutorías personales y profesionales.

Quiero agradecer a los señores académicos, doctores René De Sola, Tomás Enrique Carrillo Batalla, José Muci-Abraham, Luis Henrique Farías Mata, Román Duque Corredor y al R.P. Luis Ugalde, s.j., por haberme postulado para ocupar el sillón N° 17 de esta institución, y a todos los señores académicos que generosamente le dieron acogida favorable a esa propuesta y hoy me reciben como uno de sus pares.

Es para mí un extraordinario honor ingresar a esta Academia y encontrarme con quien siempre será mi maestro, el doctor Luis Henrique Farías Mata, quien tanto en los estudios de pregrado en la Universidad Católica Andrés Bello como en el posgrado en la Universidad Central de Venezuela, marcó, sin duda, mi orientación profesional y quien a través de sus publicaciones, escritos, sentencias, votos salvados,

⁵² Nació en el estado Sucre. Comenzó estudios filosóficos en la ciudad de la Asunción y terminó su carrera en 1890 al recibir el grado de Doctor en Ciencias Políticas, en la Universidad Central de Venezuela. Fue electo, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915, Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y ocupó por primera vez el sillón N° 17. Murió el 24 de mayo de 1925.

⁵³ Nació en Barcelona, estado Anzoátegui, el 2 de septiembre de 1865. Cursó latinidad en el Seminario de Ciudad Bolívar. Se graduó en la Universidad Central de Venezuela en 1894. Fue electo Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en 1925 y designado su Presidente en 1927, 1937 y 1940. Murió en 1965 en Caracas.

⁵⁴ Nació en la ciudad de Maracaibo. Se graduó de abogado en La Universidad del Zulia en 1942. Fue designado Numerario el año 1971. Murió el 26 de marzo de 1991.

⁵⁵ Nació en Caracas el 28 de enero de 1919. En 1943 obtuvo el título de Doctor en Ciencias Políticas y Sociales en la Universidad Central de Venezuela. En 1991 fue electo Individuo de Número. Murió el 13 de noviembre de 1996.

discursos, palabras y vida ejemplar no ha dejado de ser inspiración en mi comportamiento profesional y personal.

Mi mensaje de admiración y agradecimiento a mis profesores, miembros de esta Academia: doctores José Guillermo Andueza, Allan Brewer-Carías, James Otis Rodner, Román Duque Corredor y Enrique Urdaneta Fontiveros, así como a quien fuera el Decano de la Facultad de Derecho de mi Alma Mater, la Universidad Católica Andrés Bello, el señor doctor Luis Alfredo Morles.

Quiero hacer una mención especial de orgullo y satisfacción por incorporarme a esta Academia en la que con tanto brillo destacan distinguidos amigos de mi vida universitaria, brillantes abogados y profesores, los doctores Humberto Romero-Muci y Henrique Iribarren Monteverde.

Mi gratitud queda empeñada con todos ustedes, señores académicos, y quedo severamente comprometido con el deber de extremar mis esfuerzos para corresponder a la generosidad de haberme dado un puesto al lado de ustedes.

Me alegra también, en este día tan especial, tener la oportunidad de expresar mi amor por mi adorada esposa, y por tantas diferentes razones admirada, María Amparo Grau, la luz de mi camino y el centro de mi mundo y de mis esperanzas. No hay forma de agradecerle suficientemente lo que ha sido ella para mí. Vengo a recibirme en esta Academia, conciencia jurídica y política del país, con el renovado empeño de contribuir, en todo cuanto pueda, en la construcción del pensamiento jurídico de un país mejor para los jóvenes y las futuras generaciones; jóvenes como mis queridos hijos Jessica, Rafael Andrés y María Amparo, fuente de inspiración de todo cuanto hacemos y quienes me han dado ya todas las alegrías y satisfacciones que esperaba de esta vida. De ellos soy hijo, pues todos los días me rehacen y renuevan.

En este momento mi testimonio de agradecimiento y admiración lo dirijo hacia mis padres. También a mis hermanos y familiares en general, y de manera muy especial a mi hermano Álvaro Badell Madrid y mi sobrino Nicolás Badell Benítez, quienes me han acompañado desde muy cerca en mi vida profesional, de manera incondicional e invaluable.

Tengo la admiración más profunda por la Universidad Católica Andrés Bello y por la obra que ella ha realizado en 60 años. A ella debo

mi licenciatura en Derecho y mi Doctorado. A ella me he dedicado en labor de investigación y docente, en pregrado y posgrado, por más de 30 años. Pero también guardo admiración, respeto y agradecimiento a la gran Universidad Central de Venezuela, donde hice mis estudios de posgrado en Derecho Administrativo y en donde he realizado función docente en pregrado, posgrado y doctorado. De modo que, además de mis profesores, hoy académicos ya mencionados y nunca suficientemente ponderados, quiero hacer especial mención de recuerdo, agradecimiento y admiración a varios profesores de ambas universidades: el R.P. Luis María Olasso, S.J., R.P. Gustavo Sucre, S.J. y a los profesores Hermes Harting, Nelson Chacón Quintana, Salvador Yanuzzi, Nelson Socorro Caldera, Manuel Rachadell, Raúl Arrieta y Cecilia Sosa Gómez, con quien trabajé, todavía en mi condición de estudiante, cuando ella dirigía el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello y luego en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y en la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

En la Procuraduría General de la República inicié mis actividades profesionales. Allí Judith Rieber, directora de Asesoría del Estado, tuvo la generosidad de confiar en mí cuando la credencial más evidente que tenía era la inexperiencia profesional. Ella, Aymara Morales Maita y José Araujo-Juárez, con quienes tuve la suerte de trabajar, fueron verdaderos maestros de la aplicación práctica del derecho administrativo. Esa primera oportunidad nunca la olvidaré. Luego, el señor procurador general de la República, doctor Luis Beltrán Guerra, me hizo su asistente y tuve la oportunidad de trabajar con él directamente en delicados e importantes asuntos referidos a la asesoría del Estado. Sus enseñanzas y ejemplo de trabajo contribuyeron enormemente a mi formación en el área del derecho público.

Durante mi ejercicio profesional y la actividad académica he tenido la fortuna de hacer contacto y tener amistad con extraordinarias personas, alumnos, clientes, amigos, que me han ayudado en mi oficio y quienes me han servido también de ejemplo para modelar nuestra conducta profesional y personal: Humberto D'Ascoli Centeno, Diana Trías Bertorelli, Luis Fraga Pittaluga, Pedro Mezquita Arcaya, María Carrillo Lucas de Romero, Juan Garrido Rovira, María Gabriela Medina, Perkins Rocha y Emilia Soto, son algunos de ellos.

No hay manera de recompensar a todos aquellos que nos han ayudado, con su generosidad, sabiduría y ejemplo, a ingresar hoy como miembro de esta institución, que tiene la importante misión de propender al desarrollo de las ciencias jurídicas y políticas del país. No son, por cierto, esos dos menesteres los que se hallan en una crisis de dimensiones extraordinarias en este trágico momento y cuya onda expansiva afecta todo el acontecer nacional. El doctor Jesús Leopoldo Sánchez, quien ocupó, como ya lo señalé, el sillón N°17 al que hoy me incorporo hoy, citado por el doctor Brewer-Carías en su discurso de Incorporación como Numerario de esta corporación, señaló: “Esta Academia es la ‘de los hombres del Derecho y del Gobierno’”. Y es que no solo el derecho es una ciencia, sino que el gobernar también lo es, y a esta Academia corresponde, por tanto, además de propender al progreso y desarrollo de las ciencias jurídicas, hacerlo también respecto de la ciencia política, es decir, de la ciencia relativa a las decisiones que afectan a la sociedad; en definitiva, de la ciencia del gobierno, del poder y del Estado.⁵⁶

Estoy consciente del serio compromiso que han puesto sobre mí los señores numerarios, al designarme para ocupar un sillón en esta corporación. No se me escapa que las dramáticas dificultades jurídicas, sociales, políticas y económicas por la que atraviesa la patria, quizá las más serias en su historia de la República, agravan el reto. Reitero mi compromiso de agotar todas mis energías en colaborar, dentro de las funciones que corresponden a esta Academia, a procurar ayuda para su solución.

Estoy también en cuenta de que, por otro motivo, este es un momento especial para esta Academia, cuando se haya ya preparando la celebración de su primer centenario, teniendo en cuenta que fue fundada el 16 de junio de 1915. ¡Qué buena oportunidad para voltear la mirada a las gestiones que ha realizado esta Academia en estos primeros 100 años! Qué conveniente resultará resaltar la figura de venezolanos eminentes que han estado haciendo vida académica en estos 100 años y tratar de que su ejemplo sirva como fuente de inspiración para la atención de los problemas jurídicos y políticos del país, en especial,

⁵⁶ Brewer-Carías, Allan. *Discurso de Incorporación como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas, 3 de noviembre de 1978.

personajes como Pedro Manuel Arcaya, uno de los 30 integrantes iniciales de la Academia. En la medida en que estudiemos con mirada apacible el camino andado por esta institución y sus valiosos integrantes durante estos 100 años, valoraremos con exactitud la importancia de la faena realizada.

PANEGÍRICO DEL DOCTOR GONZALO PÉREZ LUCIANI

Hay una dificultad adicional en este compromiso que asumo el día de hoy como numerario de esta corporación: suceder en el sillón N° 17 al doctor Gonzalo Pérez Luciani, a este ciudadano, por tantas razones, sobresaliente. Gonzalo Pérez Luciani nació en la ciudad de Caracas el 26 de octubre del año 1924. Fue el sexto hijo del doctor Manuel Pérez Díaz y de doña Lucila Luciani de Pérez, dos personas excepcionales, con vocación académica ambos. Su padre, doctor Manuel Pérez Díaz, eminente médico venezolano especializado en París, fundador, a su regreso a Venezuela, de la Cátedra de Clínica Dermatológica de la Universidad Central de Venezuela y miembro fundador, en 1904, de la Academia Nacional de Medicina; y su madre, Lucila Luciani de Pérez, hermana de Domingo Luciani, también miembro de la Academia Nacional de la Medicina, profesor y escritor. Ella, doña Lucila, distinguida intelectual, escritora, historiadora, pianista y educadora, quien enviudó de forma prematura. Con una vocación religiosa especial tuvo el honor de ser la primera mujer en Venezuela a la que la Academia invitó a formar parte de su seno, al ser designada Individuo de Número de la Academia Nacional de la Historia, en reconocimiento a su valiosa obra sobre personajes y hechos sobre la historia de Venezuela.

La huella del brillo y talento del doctor Manuel Pérez Díaz y de doña Lucila Luciani de Pérez se traspasó a sus ocho hijos. Gonzalo Pérez Luciani, uno de ellos, cursó sus estudios de primaria en el Colegio San Ignacio de Loyola y posteriormente se graduó de Doctor en Ciencias Políticas Summa Cum Laude en la Universidad Central de Venezuela en 1949. Permaneció en la docencia por más de 55 años, en la cual comenzó en 1947 como auxiliar de la Cátedra de Derecho Administrativo. Fue profesor de Derecho Administrativo en pregrado,

posgrado y doctorado. Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo. En la Universidad Católica Andrés Bello, donde también fue Secretario, fue profesor de Derecho Administrativo y de Derecho Mercantil. Tengamos en cuenta que Pérez Luciani fue un profundo conocedor, además, del derecho privado y del derecho procesal.

El doctor Gonzalo Pérez Luciani se casó en 1952 con doña María Teresa Petersen Rutman, valenciana, cuya familia era originaria de Hamburgo por un lado y de la Bavaria por el otro. Doña María Teresa, contraparte intelectual del doctor Pérez Luciani, se interesó por el derecho, los idiomas, la literatura, la filosofía, la poesía y la música. Ejemplar esposa y madre, dulce y firme, esta culta, inteligente y elegante dama es, después de fallecido el doctor Pérez Luciani, el centro de una familia que hoy se extiende a través de los cinco hijos que procreó el matrimonio, y sus cónyuges; cuatro hembras y un varón: Beatriz, María Teresa, Ana María, Gonzalo e Irene, quienes ahora juntos con sus esposos e hijos forman una notable familia. Gonzalo Pérez Luciani fue el patriarca de esta honorable familia, en la que se ven reflejados los mismos principios religiosos y valores éticos en los que él mismo fue educado. El doctor Pérez Luciani profesó un amor enorme por su madre y hermanos, y aunque era el menor de ellos, fue siempre el ángel protector de todos, consejero y factor de conexión que alcanzó a muchos de sus sobrinos y hasta sobrinos-nietos; así lo expresa su hijo, el distinguido abogado Gonzalo Pérez Petersen.

El doctor Gonzalo Pérez Luciani tuvo un dilatado y reconocido ejercicio profesional. Trabajó entre 1952 y 1964 con los ilustres juristas Gustavo Herrera y Luis Gerónimo Pietri en el Escritorio Herrera Pietri. En 1964 fundó, junto con el gran maestro José Mélich Orsini, el muy reconocido Escritorio Mélich, Pérez Luciani y Asociados. Parte importante de su trabajo jurídico fue realizado en la organización del Banco Caribe, donde se desempeñó como Consultor Jurídico y Segundo Vicepresidente, y fue Vicepresidente y representante judicial de Seguros Bancaribe, C.A. En el sector público ocupó posiciones diversas: fue Secretario del Banco Obrero, Juez de Primera Instancia en lo Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda y Asesor de la Procuraduría General de la República.

Hay unidad de criterio respecto de los atributos académicos excepcionales del doctor Pérez Luciani, demostrados en cada una de sus clases y conferencias. Los más de 55 años de docencia del doctor Pérez Luciani no solo beneficiaron a sus privilegiados estudiantes, fueron sin duda una de las contribuciones más sólidas y consistentes a la formación del derecho público en Venezuela. El agudo pensamiento del doctor Pérez Luciani, gracias a su elegante y profunda pluma, quedó plasmado en una gran variedad de publicaciones y libros.

De sus abundantes producciones bibliográficas quiero referirme a su trabajo de incorporación presentado a esta Academia, el 1° de diciembre de 1998: “Noción del acto administrativo”. Ese estudio es una obra jurídica extraordinaria, tanto por su profundidad como por la variedad de doctrina, jurisprudencia y legislación analizada.

Partiendo de las primeras definiciones que sobre el acto administrativo formuló la doctrina francesa, y de las primeras referencias legislativas al acto administrativo, el estudio pasa por analizar la doctrina clásica francesa: Merlin, Laferriere, Jeze, Duguit, Hauriou, Bonnard, Waline, Benoit, Eisenmann, Vedel, Rivero, Liet-Veaux, Moreau, Devolve, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y los tribunales administrativos. Analiza, con detalle que impresiona, la doctrina italiana de finales del siglo XIX; luego la de inicios del siglo XX: Orlando, Cammeo, Ranelletti, Santi Romano y Zanobini. Los modernos de Italia: Sandulli y Massimo Severo Giannini, este último quien, según Pérez Luciani, cierra la ciencia del derecho administrativo del siglo XX con la más perfecta y completa obra escrita sobre el tema. Por supuesto, analiza la doctrina española Rollo Villanova, Gascón y Marín, Garrido Falla, Entrena Cuesta, García de Enterría, Parada, Villar Palasí y Boquera Oliver. Luego se refiere a la noción del acto administrativo en Venezuela, para lo cual revisa la legislación: Constituciones y leyes relacionadas con el acto administrativo y en especial la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981. Estudia los fallos más importantes de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre el concepto de acto administrativo.

Aunque nunca los buscó, y por el contrario siempre fue de una humildad particular, durante su brillante trayectoria profesional y académica, Gonzalo Pérez Luciani fue objeto de muchos y merecidos

homenajes a través de la edición de libros, obras colectivas, cursos, seminarios y congresos. Fue padrino de muchas promociones de abogados y recibió placas y condecoraciones por su abnegada actividad académica. Yo tuve el privilegio de participar, con un estudio sobre el derecho de propiedad, en el libro que en su homenaje editó el Tribunal Supremo de Justicia en el año 2002.

Entre las muchas publicaciones destinadas a resaltar las excepcionales condiciones de este gran personaje, téngase muy especialmente en cuenta, por su calidad, utilidad y oportunidad, la recientemente publicada por la Fundación Bancaribe para la Ciencia y la Cultura, que recoge los artículos del doctor Gonzalo Pérez Luciani, publicados en diversas revistas, obras colectivas y numerosas publicaciones.

Apenas dos semanas antes de su sensible fallecimiento, fueron dedicadas al doctor Gonzalo Pérez Luciani las acreditadas “Jornadas Anuales José Domínguez Escovar”, en su edición del año 2013, y cuyo contenido programático giró en torno al Contencioso Administrativo, dirigidas por el profesor Luis Enrique Farías Mata.

Durante su vida fue reconocido también a través de diversas condecoraciones, como las órdenes José María Vargas y Luis Sanojo, ambas de la Universidad Central de Venezuela, la Orden Arminio Borgas, otorgada por la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, la Orden Andrés Bello y la Orden al Mérito del Trabajo.

El nombre de este venezolano ilustre, de cuya andadura personal, académica y profesional venimos hablando, Gonzalo, es exclusivo para el sexo masculino, proviene del alemán, *Gonzalvus*, en el que *GON* significa dispuesto y *ZALVUS* luchar. Su nombre alude entonces a la disposición a luchar del guerrero. Durante 88 años estuvo luchando este guerrero de las ciencias jurídicas, este soldado, que batalló 55 años en las aulas de la Universidad Central de Venezuela. En la misma ciudad que lo vio nacer, habría de morir don Gonzalo Pérez Luciani, el 23 de marzo del año 2013. Este sabio venezolano enalteció nuestro gentilicio. Honró a la Universidad Central de Venezuela, donde obtuvo su sobresaliente formación, y a la que le dedicó más de la mitad de su vida de actividad académica. Patriarca de una muy honorable familia. Rindo un respetuoso tributo a este a este hombre-institución, brillante y ejemplar venezolano, extensivo a su honorable familia.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN VENEZUELA

I. INTRODUCCIÓN

Como estudio de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales he escogido el tema de la *responsabilidad del Estado*. La materia no es de importancia secundaria o de interés exclusivo para quienes nos ocupamos de las ciencias jurídicas. Antes, y por el contrario, atañe a todos y cada uno de los ciudadanos, que dejaríamos de ser tales para convertirnos en súbditos si un sistema de responsabilidad por los daños que causa el Estado no existiere. Es cierto lo que digo; el tema se vincula al nacimiento del Estado de derecho, junto con los principios de separación de los poderes y el de la legalidad, conforma el presupuesto del Estado moderno, aquel que admite someterse al imperio de la ley. Tal sumisión comprende, de manera principal, el control de la legalidad de todos los actos, actuaciones y omisiones de los órganos que ejercen el poder —interdicción de la arbitrariedad—, y por vía de consecuencia la obligación de resarcir los daños causados por la actividad del Estado.

El estudio se refiere a cómo ha evolucionado esta institución, desde un orden de cosas conforme al cual el Estado se proclamaba irresponsable frente a los daños que causaba a los súbditos, fundamentado en los principios de la Edad Media: “La soberanía no está limitada ni en poder ni en cargas” (Bodin) y en el Estado absolutista *The King can do not wrong* (El Rey no se equivoca) y el cual se mantuvo, incluso, en la etapa inmediata a la Revolución Francesa, hasta las tesis más modernas, que predicán la responsabilidad patrimonial extracontractual objetiva, es decir, la que pivota en el daño causado al administrado, sin importar la culpa del agente que la ha causado y en el que la responsabilidad es producto de las actuaciones de cualquier órgano del Estado: Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y Control. Pasando, claro está, por las intermedias modulaciones que fueron abriendo camino, unas veces por suerte de la jurisprudencia —Francia—, o a través de la ley, como es el caso de Inglaterra y España.

Se trata de un tema en el que históricamente venimos de una posición claramente insatisfactoria, *irresponsabilidad absoluta*, para llegar al límite opuesto, *responsabilidad objetiva*, que podría desbordarse si no se atiende con la debida moderación. De la irresponsabilidad absoluta a la responsabilidad, sin culpa, objetiva. Dentro de esos linderos, los dos extremos de este tema, ajustaremos nuestros comentarios.

1. Orígenes

La noción de “responsabilidad patrimonial del Estado” es de reciente creación, ya que en los orígenes de los Estados este concepto no era reconocido ni aplicado; antes y por el contrario, el Estado se consideraba *irresponsable*. Entonces imperaba el criterio de que las consecuencias dañosas de los actos en ejercicio de la soberanía no daban lugar a indemnización, siendo que lo propio era imponerse a todos los ciudadanos sin derecho a compensación. La impunidad del Estado se explicaba como una consecuencia del ejercicio de soberanía.¹ Se invocaba en la mayoría de los casos al principio del derecho anglosajón, propio del Estado absolutista, conforme al cual “El Rey no comete errores” (*The King can do no wrong*) y, por tanto, no podía ser responsable.

Esta irresponsabilidad absoluta fue flexibilizándose con el transcurrir del tiempo hasta la consagración clara y definitiva del principio de responsabilidad patrimonial en la mayoría de los países. Como lo señala Rivero, «había razones prácticas evidentes que condenaban el mantenimiento de la irresponsabilidad. La amplitud de los daños causados por la Administración, crecientes con el desarrollo de su acción y la potestad de sus medios, hacía de su reparación una necesidad social».

Como no habrían de haber razones para aceptar la responsabilidad, si como señalaron los clásicos del siglo XIX la acción del Estado nos acompaña desde la cuna —diríamos hoy desde el vientre materno— hasta la sepultura. En todas esas actuaciones, intervenciones, prohibiciones, regulaciones, autorizaciones previas, cargas, obligaciones, el Estado, a través de sus variados órganos, de derecho público o privado, llena todos los espacios de la vida de los administrados y ocasiona, por acción u omisión, daños, incluso morales, de manera frecuente.

Aun en aquellos Estados en los que la gestión de sus órganos tienen el propósito y compromiso de someterse meticulosamente al imperio de

la ley, y a prestar solo los servicios públicos indispensables, salud, educación, transporte, vialidad e infraestructura física, seguridad, y otros de esa esencial naturaleza, dentro de altos y encomiables niveles de calidad, acontecen accidentes, acciones u omisiones, incluso lícitas, que hacen que el Estado deba incurrir en la reparación del daño causado.

Tanto más, por supuesto, puede ello ocurrir en aquellos Estados –muchos todavía lamentablemente– en los que el apego a la legalidad se maneja con mayor laxitud y descuido y donde, además, el Estado decide no solo prestar los servicios públicos indispensables e importantes, sino que interviene en la economía, de manera concurrente con los administrados, o peor aun, excluyente, es decir, que impide a los empresarios realizar muchas actividades de naturaleza económica y se las reserva monopólicamente.

Este modelo de Estado que ocupa asfixiantemente esferas propias del libre desenvolvimiento de la personalidad humana, Estado empresario en petróleo, siderúrgica, energía eléctrica, hierro, bancos, seguros, telecomunicaciones, hoteles, agricultor, importador de bienes, vendedor de televisores, cocinas, comida, motos y carros, entre otras muchas cosas, y que además regula todas las esferas de actuación de los particulares, es el Estado que a través de sus órganos, fácilmente causa daños, personales y morales, por acción u omisión.

La transición al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado ha recibido tratos distintos en el derecho comparado. En algunos países la responsabilidad del Estado ha sido la consecuencia de la labor jurisprudencial y en otros ha quedado consagrada por vía legislativa. El establecimiento del sistema general de responsabilidad del Estado en Francia, que ha inspirado e influido determinadamente la mayoría de los sistemas de derecho administrativo y, entre ellos, el derecho administrativo venezolano, fue fruto de la labor jurisprudencial del Consejo de Estado francés y del Tribunal de Conflictos.

No fue sino hasta el 8 de febrero de 1873, cuando por vía jurisprudencial el Tribunal de Conflictos, en el caso resuelto por el juez Jules Dufaure, conocido como *Arret Blanco*, estableció y reconoció en Francia la existencia de un sistema especial de responsabilidad. Esta decisión, dictada con ocasión del conflicto de competencias planteado sobre una demanda de daños y perjuicios, ejercida contra el Estado por

el padre de una niña de 5 años de edad, Agne Blanco, arrollada y gravemente atropellada por un vagón que transportaba materia prima de una empresa manufacturera de tabacos, situada en Bordeaux, propiedad de la Administración, estableció que la responsabilidad del Estado no podía ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones particular /particular, pues esta responsabilidad “tiene reglas especiales que varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados”.⁵⁷

Como lo destaca el profesor Henrique Iribarren, numerario de esta corporación, en su interesante y muy completo estudio sobre la materia, “el inmenso paso que se dio con este fallo en la historia misma del derecho comparado en el mundo occidental civilizado, fue de dimensiones incalculables por dos principios clave. Por primera vez se admitió la posibilidad de los ciudadanos comunes de atacar el patrimonio del Estado administrador, a los efectos de satisfacer por indemnización los daños que este les hubiera causado por motivos no contractuales. He aquí un principio fundamental del derecho moderno. Pero, al mismo tiempo, y como necesario elemento de equilibrio, en atención a la naturaleza pública, de origen colectivo, del ente cuyo patrimonio sería afectado por las demandas de indemnización, se consideró, con toda justicia y en aras del interés general, que la responsabilidad patrimonial, cuya puerta se estaba abriendo, estaba sometida a un régimen especial distinto del contemplado en el Código Civil para las relaciones entre particulares”.⁵⁸

En Inglaterra y España la configuración de la responsabilidad del Estado fue determinada por vía legislativa, a través de la aplicación de normas especiales en la materia. En Italia esa evolución partió de la aplicación de las normas de derecho común, que regulan la responsabilidad extracontractual. En Alemania se trata de un sistema complejo integrado por una variedad de pretensiones, cuyos orígenes, fundamento, tratamientos, son también variados. En algunas oportunidades

⁵⁷ Esta decisión “Arret Blanco” tuvo como antecedente el “Arret Rotschild” del Consejo de Estado francés del año 1855 y que fue desarrollada a través de “Arret Pelletier”, del mismo Consejo en el año 1873.

⁵⁸ Iribarren Monteverde, Henrique. *Estudios de derecho administrativo*. Caracas, Ediciones Liber, 2004, pp. 381 y 382.

hallan su fundamento en leyes; en otras, son producto del desarrollo jurisprudencial. Pueden incluso ser la consecuencia de la aplicación de los principios generales del derecho o de principios reconocidos por la Constitución.⁵⁹

La Constitución de 1961 consagró normas fundamentales del Estado de derecho que estimularon el desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial respecto del tema de la responsabilidad del Estado. En este sentido, la separación de los poderes, el principio de legalidad, el control de la actividad de la administración y su responsabilidad, así como la consagración con rango constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa, permitieron, sin duda, un importante desarrollo de la responsabilidad del Estado.

2. La responsabilidad del Estado en Venezuela

Desde 1811 se estableció en Venezuela el principio de responsabilidad del Estado con la consagración de normas atributivas de competencias jurisdiccionales al Poder Judicial de la Confederación para conocer de «las diferencias en que el Estado Federal tenga o sea parte» (Art. 115).⁶⁰ En la Constitución de 1830 se incluyó la declaración genérica según la cual el gobierno de Venezuela «es y será siempre republicano, popular, representativo, *responsable* y alternativo» (énfasis añadido). El carácter *responsable* del gobierno venezolano fue siempre establecido en las Constituciones sucesivas e incluido en todas las que se dictaron en el curso del siglo xx.^{61,62,63}

⁵⁹ Parés Salas, Alfredo. *Una –muy breve– aproximación al sistema alemán de pretensiones por responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. 100 años de la enseñanza del derecho administrativo en Venezuela. 1909-2009*. Tomo I. Caracas, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávilla, Funeda, p. 489.

⁶⁰ En el ordenamiento jurídico venezolano la ruptura del principio de irresponsabilidad del Estado encuentra su antecedente más remoto en las leyes de Indias de la época de la Colonia, que consagraban la figura de la Intendencia como órgano que ejercía una jurisdicción especial sobre las controversias surgidas en materia de hacienda y economía de guerra, y a quien correspondía conocer de los perjuicios causados a los particulares por los funcionarios de la Colonia.

⁶¹ Sin embargo, fue en la Constitución de 1901 –antecedente inmediato del artículo 47 de la Constitución de 1961– cuando se consagró, ya no como norma atributiva de competencia del máximo tribunal, el primer precepto rector de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La Constitución de 1961 consagró normas fundamentales del Estado de derecho que estimularon el desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial respecto del tema de la responsabilidad del Estado. En este sentido, la separación de los poderes, el principio de legalidad, el control de la actividad de la Administración y su responsabilidad, así como la consagración con rango constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa, permitieron, sin duda, un importante desarrollo de la responsabilidad del Estado.⁶⁴

Esa redacción es similar a la acogida en la Constitución venezolana de 1901 y encuentra explicación en las sucesivas guerras de la época, lo cual imponía regular que la responsabilidad solo se admitiría ante los actos de autoridades legítimas. Además, fue en esa misma Constitución de 1961, cuando por primera vez se reguló, en el artículo 206, la jurisdicción contencioso-administrativa, jueces especiales con competencia para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, y para condenar al pago de los “daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración” y “disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

⁶² En efecto, el párrafo único del artículo 14 de la Constitución de 1901 establecía: «[...] En ningún caso podrán pretender, tanto los nacionales como los extranjeros, que la Nación ni los Estados les indemnicen daños, perjuicios o expropiaciones que no se hayan ejecutado por autoridades legítimas, obrando en su carácter público». Esa regulación se mantuvo prácticamente incólume en las Constituciones posteriores: 1904 (Art. 15); 1909 (Art. 21); 1914 (Art. 17); 1922 (Art. 17); 1925 (Art. 39); 1928 (Art. 39); 1929 (Art. 39); 1931 (Art. 39); 1936 (Art. 39); 1945 (Art. 40); 1947 (Art. 24); 1953 (Art. 31). También en la Constitución de 1901 se estableció la responsabilidad individual del funcionario por extralimitación de funciones en el ejercicio del Poder Público.

⁶³ Esta responsabilidad fue consagrada de manera idéntica por todas las Constituciones dictadas con posterioridad, a excepción de la Constitución de 1953.

⁶⁴ Esa Constitución de 1961, en sus primeras disposiciones, establecía la responsabilidad del Estado cuando se refería a que el “gobierno de la República de Venezuela es y será siempre democrático, representativo, *responsable* y alternativo” (énfasis añadido). Asimismo, el artículo 47 de la Constitución de 1961 consagraba en forma expresa la responsabilidad patrimonial del Estado en términos muy particulares, pues se reconocía la responsabilidad, señalando que ella no podía en ningún caso ser pretendida si los daños no hubiesen sido causados por autoridades legítimas de la República o las demás entidades locales. Así el artículo 47 disponía: «En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública».

El principio de la tutela judicial efectiva, derivado del artículo 68 de la Constitución de 1961)⁶⁵, sirvió igualmente de fundamento a la jurisprudencia, no solo para el establecimiento de la responsabilidad estatal, sino además para garantizar la efectividad de los fallos, tanto en lo relativo a las potestades cautelares del juez como para superar los escollos de las dificultades en la ejecución de la sentencia. En lo que se refiere a la responsabilidad por actividad lícita, el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas⁶⁶ y la garantía de la indemnización expropiatoria constituyeron también base para el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.

La Constitución de 1999 reconoce el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado en el artículo 140, el cual establece: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”.

De otra parte la Exposición de Motivos, respecto del tema, se establece:

Finalmente, en las disposiciones generales, se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna, la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, *normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones* (énfasis añadido).⁶⁷

⁶⁵ El artículo 68 preveía el derecho de acceso a la justicia, pero fue utilizado como sustento del principio de la tutela judicial efectiva. La norma, en concreto, disponía: «Todos pueden utilizar los órganos de la Administración de Justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidas 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».

⁶⁶ Artículo 56: «Todos están obligados a contribuir a los gastos públicos». Artículo 223: «El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas según la capacidad económica del contribuyente atendiendo al principio de la progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida del pueblo».

⁶⁷ Artículo 101: «Sólo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y pago de justa indemnización podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase

La interpretación de la norma constitucional y de la exposición de motivos lleva a considerar, incluido en la Constitución de Venezuela de 1999, la responsabilidad del Estado por cualquier actuación de los órganos del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, de control o electoral, de los entes públicos o privados en ejercicio de tales funciones.⁶⁸

Además de las normas citadas precedentemente, el principio de responsabilidad patrimonial del Estado se ve respaldado por las disposiciones referentes al derecho a la tutela judicial efectiva,⁶⁹ el principio de igualdad ante las cargas públicas –fundamento moderno de la responsabilidad–,⁷⁰ así como la garantía indemnizatoria en la expropiación. Por su parte, la norma que consagra la jurisdicción contencioso-administrativa, incluye ahora su competencia para conocer de los reclamos por la prestación de servicios públicos.⁷¹

La tesis de la responsabilidad objetiva del Estado ha sido establecida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a través de la decisión del 19 de noviembre de 2002 (sobre el caso Viuda Carmona).

II. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Como señalamos anteriormente en virtud del complejo conjunto de funciones que a la administración le corresponde, puede incurrir en

de bienes. En la expropiación de inmuebles, con fines de reforma agraria o de ensanche y mejoramiento de poblaciones, y en los casos que por graves razones de interés nacional determine la ley, podrá establecerse el diferimiento del pago por tiempo determinado o su cancelación parcial mediante la emisión de bonos de aceptación obligatoria con garantía».

⁶⁸ Debe tenerse en cuenta que el nuevo texto constitucional venezolano abandona la clásica tripartición del poder público para definir un Estado en el que el poder se divide en cinco ramas. Además de las tradicionales ejecutiva, legislativa y judicial, se agregan una rama electoral y otra denominada ciudadana, que agrupa los órganos constitucionales de control (Contraloría General de la República, Ministerio Público y Defensoría del Pueblo).

⁶⁹ Por lo que se refiere al principio de tutela judicial efectiva, la Constitución de 1999 lo prevé en forma expresa en el artículo 26 el cual dispone: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de Administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

⁷⁰ Artículos, 21, 133 y 140 de la Constitución.

⁷¹ Artículo 115 de la Constitución.

responsabilidad. En un intento de ordenar el tema, podemos decir que este régimen de responsabilidad ha sido explicado por la doctrina a través de la teoría de la responsabilidad por falta, responsabilidad por sacrificio particular, responsabilidad por riesgo creado y responsabilidad por inactividad.

1. La responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del servicio

La responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del servicio encuentra justificación en el derecho que tienen todos los particulares a obtener un funcionamiento normal y adecuado de los servicios públicos. De manera que cuando la Administración no cumple con esta obligación, causa un daño y actúa ilícitamente, deberá indemnizar al particular. En efecto, los administrados tienen derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo caso de fuerza mayor, culpa de la víctima o la intervención de un tercero, siempre que la lesión sea la consecuencia del funcionamiento defectuoso o anormal del servicio público.

Son supuestos de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del servicio, entre otros, los siguientes:

- *Actuaciones administrativas materiales* que se llevan adelante para la prestación de los servicios públicos. Entra aquí todo el catálogo de daños que puede producir la administración por la prestación defectuosa de los servicios públicos o, peor aun, la falta de prestación. Tengamos en cuenta los daños que el defectuoso servicio de salud ocasiona en los pacientes que reciben o dejan de recibirlo: la falta total y absoluta de un sistema nacional de salud; el desastroso sistema carcelario que deja víctimas, muertos, violaciones y otras desgracias; daños sufridos por los reclusos, daños ocasionados por los reclusos en las relaciones que pudiesen mantener con el exterior durante el cumplimiento de su pena; la falta de prestación total y absoluta del servicio de seguridad ciudadana, que nos deja al descubierto frente a una delincuencia galopante. En todos estos supuestos el Estado es responsable y debe indemnizar a las víctimas; daños que ocasiona la administración tributaria a los contribuyen-

tes, multas indebidas, cierre de establecimientos comerciales, etc. Hay abundantes casos en el derecho comparado de responsabilidad del Estado por daños producidos en el servicio educativo; daños a los alumnos en pasillos o escaleras de los centros escolares, en el patio de recreo, derivados del mal estado de las instalaciones escolares, agresiones físicas o sexuales a los alumno o profesores, daños sufridos en clases de educación física, daños causados durante el comedor escolar, robos en los centros escolares –tengamos en cuenta que ocurren todos los días en la Universidad Central de Venezuela, entre otros–; responsabilidad de la Administración Pública por daños en el medio ambiente. Me apena decir que estos ejemplos son ejemplos de sentencias comentadas en los boletines del ilustre Colegio de Abogados de Madrid y no del de Caracas.

- *Vías de hecho.* Nos referimos, principalmente, a las violaciones al derecho de propiedad, no producto de la expropiación por causa de utilidad pública y social, que es lícita y con rango constitucional, sino a la perversa figura de lesionar, a través de la fuerza y muchas veces por retaliación política, el derecho de propiedad. En estos casos la jurisprudencia ha dispuesto que los principios indemnizatorios consagrados constitucional y legalmente no se restringen al ámbito expropiatorio; antes y por el contrario son aplicables por extensión a todos los supuestos de privación o limitación de la propiedad privada, en las que el derecho patrimonial del administrado cede frente al interés público. Tal fue el criterio asumido por el máximo tribunal en el caso Inmobiliaria Cumboto, sentenciado en fecha 3 de octubre de 1990.
- *Daños accidentales causados por obras públicas e inmuebles,* cuya administración y mantenimiento está bajo la custodia del Estado. En este rubro tenemos los edificios, obras viales y todo el conjunto de infraestructura del Estado. Se produce responsabilidad del Estado en el caso de los accidentes ocurridos, que son la causa del calamitoso estado de las vías públicas; falta de señalización; presencia de animales u obstáculos en la vía pública, que pone en peligro a quienes la utilizan y que ya han producido abundante jurisprudencia, parece que no la necesaria, condenando a la Administración a resarcir los daños que ocasiona. La jurisprudencia ha

condenado al Estado por responsabilidad en supuestos concretos como el de la muerte de un menor que cayó al vacío por el mal estado de las barandas de un edificio administrado por el Estado “por el hecho culposo de no haber ofrecido a los habitantes del edificio en referencia, las seguridades que exige la ley y el sentido común”. También puede mencionarse el caso de la persona que cayó por un ducto de ascensor fuera de servicio que no estaba señalizado. En ese caso se estableció la responsabilidad del Estado por la actividad negligente del organismo en observar las medidas más elementales de cautela en relación con el ascensor. Además, no consta que hubiese advertido del peligro que el mismo representaba a la comunidad ni que hubiese tomado medidas para impedirlo. De igual forma, se ha establecido la responsabilidad del Estado por los daños causados por la caída de una valla de señalización vial. En el caso concreto, determinada la condición de la República de custodia de la valla que causó el daño, y probados los elementos generadores de la responsabilidad, *de una responsabilidad objetiva fue condena a indemnizar los daños y perjuicios materiales y morales causados.*

- Daños accidentales causados por obras públicas ejecutadas por el Estado que representan una situación de riesgo objetivo.
- La revocatoria ilegal de actos administrativos. Es este el supuesto en que la Administración, a través de actos, lesiona el derecho de los administrados, negándoles derechos subjetivos nacidos de una relación preexistente.

2. La responsabilidad por sacrificio particular

Este otro tipo de responsabilidad se verifica cuando el Estado, en ejercicio de su *actividad lícita*, causa un daño que por virtud de su gravedad y especialidad comporta una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, desde que impone un sacrificio para el particular que excede de aquel que el común de los administrados debe normalmente soportar. El principio de igualdad ante las cargas públicas es una concreción del principio general de igualdad, previsto en el artículo 21 de la Constitución.

Son supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita los siguientes:

- a) Las limitaciones generales al derecho de propiedad, derivadas de la expropiación por causa de utilidad pública o social; las servidumbres administrativas; las ocupaciones temporales; la requisición de bienes en tiempo de guerra; y las limitaciones por razones urbanísticas.
- b) La revocatoria de actos administrativos por razones de mérito, oportunidad o conveniencia.
- c) El rescate o revocación de contratos administrativos por razones de interés público.

3. La responsabilidad por riesgo creado

Para Rivero, la responsabilidad de la Administración por riesgo se produce cuando «la Administración en el ejercicio de su misión, expone a algunas personas a un riesgo particular: por consiguiente, al crearse ese riesgo se está generando la responsabilidad de un daño. Se señalan como ejemplos los daños causados por actividades técnicas o cosas peligrosas». ⁷² Una actividad será peligrosa o riesgosa «cada vez que, con cosas o sin ellas, una persona moral o jurídica, con su actividad, genera más peligros de daño de los que, por sí misma, está en capacidad de soportar una persona. La ruptura de ese equilibrio de riesgos con los cuales la naturaleza dotó a los individuos exige que el agente de esa ruptura asuma sus consecuencias». ⁷³

Así, se interpreta que cuando la Administración lleva a cabo una actividad de la cual se beneficia o aprovecha y crea un riesgo excepcional de causar daños, debe responder por el daño causado cuando dicho

⁷² El artículo 259 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”.

⁷³ Rivero, Jean. Ob. cit., p. 308.

riesgo se verifique o concrete, con independencia de toda culpa objetiva o subjetiva. Se expresa, así, que el daño causado por la actividad riesgosa comporta una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas al imponer a los afectados una carga que no están obligados a soportar.

En este supuesto, el establecimiento de la responsabilidad se reduce a la prueba de la relación causal con independencia de la falta del autor material del daño, que no es relevante ni necesaria a los fines de la determinación de la responsabilidad, respondiendo la Administración incluso por caso fortuito. De allí que, aun en caso de que no pueda determinarse quién es el autor de la falta, es decir, que esta sea anónima o impersonal, el particular tiene asegurada la reparación, siempre que se verifique la relación de causalidad, y la Administración solo podrá exonerarse mediante la prueba de una causa extraña (fuerza mayor, hecho de un tercero y culpa de la víctima).⁷⁴

Por ello se asegura que en este tipo de responsabilidad

la culpa deja de ser la protagonista exclusiva en el escenario de la responsabilidad por daños, pasando a compartir cartel con un factor de atribución nuevo, que al extender su esfera de aplicación va a producir una suerte de socialización de la obligación de responder, por imperio de la afinación del factor de atribución. La resignación cristiana ante lo que antiguamente se denominaban ‘accidentes’ dejó paso a la búsqueda a ultranza de un obligado a reparar el perjuicio. La justicia y la equidad obligaron a asegurar una reparación a las víctimas de accidentes ‘anónimos’ o sin culpa aparente de nadie, cuando echó de verse que significaba una irrealidad la imputación de dichos daños al error humano, apreciado en sentido clásico.⁷⁵

Han sido muchos, sin embargo, los casos en que bajo la idea del riesgo e inspirados en la jurisprudencia francesa, han determinado la responsabilidad del Estado en múltiples supuestos que abarcan la res-

⁷⁴ Tamayo Jaramillo, Javier. Ob. cit., p. 77.

⁷⁵ Vid. En este sentido, Hoyos Duque, Ricardo. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Bogotá, Editorial Temis, 1984, p. 16.

ponsabilidad de la Administración por la presencia de obras que implican un riesgo para la colectividad (i.e., depósitos de municiones o explosivos); los daños causados por enfermos mentales sujetos al cuidado del Estado o delincuentes reeducados por este que posteriormente vuelven a delinquir; los daños causados por el uso de armas de fuego por parte de los funcionarios de los órganos de seguridad del Estado, incluso cuando se encuentren fuera de servicio; la caída de árboles plantados en la vía pública, entre otros.⁷⁶

Respecto a las cosas o actividades peligrosas, se ha admitido la responsabilidad sin culpa fundada en el riesgo excepcional en tres supuestos específicos, a saber: (i) *Vecindad de cosas peligrosas*: por ejemplo la explosión de un depósito de municiones;⁷⁷ (ii) *Actividades que involucran peligro*: como los daños causados por delincuentes reeducados y reinsertados a la sociedad, o por enfermos mentales sujetos al cuidado del Estado;⁷⁸ y (iii) *La utilización de armas de fuego* por los servicios de seguridad del Estado.⁷⁹ En estos casos se ha diferenciado el daño causado a un tercero, caso en el cual se responde por riesgo, de aquel causado por el destinatario del ejercicio de la fuerza, caso en el cual se responde por culpa.

Tengamos en cuenta lo ocurrido en Colombia, donde la jurisprudencia ha determinado la responsabilidad del Estado aun cuando los daños fueron causados por los terroristas. En ese sentido, es emblemática la decisión del Consejo de Estado colombiano del 29 de abril de 1994, en la que se condenó al Estado por los perjuicios causados por la explosión de un carro bomba manipulado por la guerrilla cerca de un cuartel militar. La decisión dispuso que, si bien la ubicación del cuartel militar era legítima, configuraba una situación objetiva de riesgo excepcional para los particulares y, por tanto, el Estado debía indemnizar los daños causados por constituir estos una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.⁸⁰

⁷⁶ López Mesa, Marcelo J. Ob. cit., p. 14.

⁷⁷ Arret del 28 de marzo de 1919, Regnault-Desroziers.

⁷⁸ Arret del 3 de febrero de 1956, Thousellier; Arret del 9 de marzo de 1966, Trouillet, y Arret del 13 de mayo de 1987, Puiollet.

⁷⁹ Arret del 24 de junio de 1949, Consorts Lecomte.

⁸⁰ Cfr: Tamayo Jaramillo. Ob. cit., p. 100.

En Venezuela, la jurisprudencia ha determinado la responsabilidad del Estado por riesgo creado en supuestos de daños causados por instalaciones eléctricas. Así, se ha señalado que “la responsabilidad [del Estado] se hace aún más evidente cuando se trata de cosas que representan un peligro objetivo del cual ese guardián obtiene un beneficio. [...] Si se trata de una cosa peligrosa, dentro de las cuales podemos incluir sin duda a la electricidad, y aun más la de alta tensión, de la cual el guardián saca un provecho, resulta obvio que debe asumir totalmente las consecuencias que deriven del riesgo que crea. [...]”.⁸¹ Se ha determinado esta responsabilidad por los daños derivados de líneas de alta tensión bajo la custodia de empresas del Estado.⁸² Entre las sentencias dictadas en este sentido, cabe destacar el caso Nelson Molina *versus* Cadafe, decidido por el Tribunal Supremo en fecha 7 de marzo de 1989, en la cual se determinó la responsabilidad del Estado por los daños causados por la línea de transmisión eléctrica sujeta a su custodia, con independencia de que esta se encontrase en terrenos de propiedad privada.

A resultas de las sentencias de fecha 2 de mayo y 15 de junio de 2000 (caso: Elecentro y Eleoriente, respectivamente), el Tribunal Supremo de Justicia, esta vez en aplicación de las disposiciones constitucionales que regulan la materia y no de las normas del derecho privado, declaró la responsabilidad del Estado por los daños físicos y morales causados a particulares por las líneas de alta tensión a cargo de las empresas del Estado. En esas sentencias se señaló que la Constitución de 1999, en su artículo 140, prevé de manera expresa la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños causados a los administrados como consecuencia de su actividad, consagrando un régimen integral de responsabilidad de carácter objetivo. Resaltó que *no resulta relevante que el autor de la lesión haya actuado en forma lícita o ilícita, sino que la víctima que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación.*

⁸¹ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 5 de abril de 1994. Caso Nemecio Cabeza *versus* Cadafe.

⁸² Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 19 de julio de 1984. Caso: Alba Orsetti.

4. La responsabilidad por inactividad de la Administración

Así como el Estado es responsable por la actuación de la Administración, tanto lícita como ilícita, puede ser también responsable por su *inactividad*. Claro que la inactividad de la Administración –cuando hay un deber de actuar concreto no difuso, genérico o impreciso– puede ser el hecho generador de los más graves perjuicios para el correcto y libre ejercicio de los derechos de los administrados, en los casos en ella que es jurídicamente debida, no solo por exigirlo así la ley, sino también por cualquier fuente de obligaciones y deberes administrativos.

En Venezuela se ha declarado la *responsabilidad de la Administración* por daños producidos a un particular por la omisión de actuación por la Administración tanto por el retardo en la actuación, como por el incumplimiento de una norma preceptiva. Asimismo, se señala que debe existir una relación causal (*inmediata y necesaria*) entre la omisión y el daño causado. A nuestro parecer y en un todo conforme a lo antes expuesto, tal relación podrá ser evidenciada a través de la demostración de que la actuación omitida hubiese podido evitar los daños causados.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO JUEZ

1. Planteamiento del asunto

El Estado en el ejercicio de las actividades jurisdiccionales puede causar daños a los particulares lo que genera su responsabilidad. La responsabilidad del Estado Juez implica la obligación de resarcir a los administrados afectados por los daños causados por el ejercicio de las actividades judiciales. De modo que la responsabilidad judicial existe en la medida en que los daños ocurren a resultas de actos judiciales típicos, como es el caso de la sentencia, pero también se configura en el supuesto de omisiones y de retardo injustificado, así como en otras actuaciones judiciales, como los daños causados en la de ejecución de las decisiones, así como los que se producen por su inejecución. También hay responsabilidad judicial en actuaciones no propiamente jurisdiccionales, pero inherentes a ellas, como es la pérdida de dinero, títulos

valores u otros objetos de todo tipo, consignados en los tribunales a consecuencia de procesos judiciales. Mientras que los daños que el órgano judicial cause en cumplimiento de funciones de tipo administrativo darán lugar a la responsabilidad administrativa y no judicial.⁸³

El tema de la responsabilidad del Estado como consecuencia de los actos jurisdiccionales ha evolucionado de una manera paulatina y con carácter muy similar a la responsabilidad de la Administración que hemos venido explicando. Así, en primer lugar, prevalecía la tesis de irresponsabilidad de los funcionarios estatales, particularmente durante la época del absolutismo. Luego, hubo cierto reconocimiento de la responsabilidad personal del funcionario, la cual no involucra la responsabilidad estatal *per se*.⁸⁴ Posteriormente, se reconoció la responsabilidad parcial del Estado, *teoría de la doble personalidad del Estado*. Finalmente, una vez que el Estado se encargó de forma exclusiva y excluyente del ejercicio de la actividad jurisdiccional, se reconoció que este puede quedar sujeto a la reparación de daños generados por el ejercicio de esa función judicial. En Venezuela, antes de la promulgación de la Constitución de 1999 el tema había sido poco tratado a nivel legislativo y jurisprudencial. Ahora, ya lo hemos dicho hoy, la Constitución de 1999 en su artículo 140 consagra el principio general de responsabilidad del Estado al disponer lo siguiente: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”.

Esta norma general de responsabilidad del Estado ha sido desarrollada por la Exposición de Motivos, la cual señala que

se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna, la *obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de*

⁸³ Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. Caracas, Editorial Funeda, 2001, pp. 3-6.

⁸⁴ Es el sistema de derecho anglosajón del *Common Law* el primero en reconocer la responsabilidad funcional del empleado público, sin que ello implicara la responsabilidad del Estado. Véase García Rodríguez, M. *La responsabilidad patrimonial del Estado en España y en Venezuela*. Vol. 2: Estudio comparativo. Caracas, Procuraduría General de la República, 1996, p. 29.

sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, *judiciales*, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones (énfasis añadido).

Pero también la Constitución consagra en sus artículos 49, numeral 8º y 255, la responsabilidad objetiva y directa del Estado por el funcionamiento anormal de la administración de justicia en los siguientes términos:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en consecuencia: [...]

8º Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Artículo 255. [...] Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

De forma que habrá responsabilidad del Estado por la actuación de sus jueces a consecuencia de la privación judicial de la libertad, cuando se produce la revisión de sentencias definitivamente firmes o se revocan sentencias que no hayan adquirido firmeza, a través de los recursos ordinarios. También la hay en los casos de falta en la Administración de Justicia que ocurre por error judicial; omisión y el retado judicial injustificado; inejecución total o parcial de sentencias; y la responsabilidad que deriva de actuaciones no jurisdiccionales. La responsabilidad del Estado en este sentido se puede verificar en cualquier tipo de proceso, sea este penal, laboral, civil, mercantil, contencioso-administrativo y

sobre cualquier tipo de decisión, autos o sentencias, tanto definitivas como interlocutorias.

La responsabilidad del Estado juez, como en todos los tipos de responsabilidad, es un mecanismo que propende al mejor desenvolvimiento de la acción del Estado. Hacer responsable al Estado por los daños que cause a resultas de las actuaciones judiciales propende a la prestación de un mejor servicio. Si el Estado resulta condenado por defecto, errores u omisiones de su actuación judicial, debería estar motivado a escoger de mejor forma a sus funcionarios judiciales y organizar de manera más eficiente la prestación de este servicio. Decir lo mismo de los jueces y funcionarios judiciales, quienes sabiéndose responsables personalmente de su deficiente o ilegal actuación deberían estar motivados a prestar mejor cuidado en la correcta aplicación e interpretación del derecho.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en favor de este tipo de responsabilidad. Y también la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Un caso emblemático traigo a ustedes la mañana de hoy: La decisión del 1º de junio de 2000, por medio de la cual, luego de declarar inadmisibile una acción de amparo por estimar que había perdido todo objeto, dada la irreparabilidad de la situación jurídica infringida –en el caso en cuestión el accionante había sido condenado a cumplir una pena de prisión de seis años y para el momento en que la Corte se pronunció sobre la admisibilidad de la misma, dicha pena había transcurrido íntegramente– señaló:

[...] esta Corte considera conveniente aclarar que, en este caso no queda a salvo la responsabilidad del Estado por retardo judicial injustificado, según lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 255 de la Constitución

... Esta Corte, ... se resiste a creer que fue materialmente imposible pronunciarse sobre la admisión de la pretensión de amparo a que se refiere la presente causa, en prácticamente ocho años transcurridos desde que la pretensión fue ejercida ante este órgano jurisdiccional. La responsabilidad del Estado juez y la personal de los Jueces, por el perjuicio causado por el mencionado retardo no quedan a salvo, se insiste, no obstante el dispositivo del presente fallo, y así se declara.

2. La responsabilidad del Estado por la privación judicial de libertad

En Venezuela el Código Orgánico Procesal Penal (COPP)⁸⁵ establece la responsabilidad directa del Estado en aquellos casos de privación judicial de libertad posteriormente revocada. En este sentido, el Código distingue dos situaciones diferentes, atendiendo al momento en el cual se hubiere producido la privación de libertad, a saber:

a) Revisión de sentencias definitivamente firmes

Procederá la responsabilidad si la privación de libertad se produce por medio de una sentencia definitivamente firme, que sea posteriormente anulada en virtud del recurso extraordinario de revisión, cuyas causales se encuentran previstas en el artículo 462 del COPP.⁸⁶

De conformidad con el artículo 465 del COPP, la competencia para declarar la revisión corresponde: (i) en el caso del numeral 1 de ese artículo 462, a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia; (ii) en los casos de los numerales 2, 3 y 6, a la Corte de Apelaciones, en cuya jurisdicción se cometió el hecho punible; y (iii) en los casos de los numerales 4 y 5, la juez del lugar donde se perpetró el hecho.

En relación con la indemnización, el artículo 257 *ejusdem* prevé que “cuando a causa de la revisión de la sentencia el condenado o sea absuelto, será indemnizado en razón del tiempo de privación de

⁸⁵ G.O. N° 6.078 extraordinario del 15 de junio de 2012.

⁸⁶ “1° Cuando en virtud de sentencias contradictorias estén sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito, que no pudo ser cometido más que por una sola.

2° Cuando la sentencia dio por probado el homicidio de una persona, cuya existencia posterior a la época de su presunta muerte resulte demostrada plenamente.

3° Cuando la prueba en que se basó la condena resulta falsa.

4° Cuando con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurra o se descubra algún hecho o aparezca un documento desconocido durante el proceso, que sea de tal naturaleza que hagan evidente que el hecho no existió o que el imputado no lo cometió.

5° Cuando la sentencia condenatoria fue pronunciada a consecuencia de prevaricación o corrupción de uno o más jueces o juezas que la hayan dictado, cuya existencia sea declarada en sentencia firme.

6° Cuando se promulgue una ley penal que quite al hecho el carácter de punible o disminuya la pena establecida”.

libertad” (énfasis añadido). Por ello, la responsabilidad del Estado en estos casos es automática, salvo que la revisión sea consecuencia del supuesto previsto en el numeral 6 del artículo 462, antes transcrito, en cuyo caso no habrá derecho a obtener reparación alguna. Así lo establece el artículo 261 del COPP, al señalar que “la promulgación de una ley posterior más benigna no dará lugar a la indemnización aquí regulada”.

Insistimos, en estos casos la responsabilidad tiene carácter automático, es decir, que *no será necesario el juicio autónomo* para establecer dicha responsabilidad; antes, por el contrario, el mismo tribunal que declare con lugar la revisión de la sentencia que origina indemnización “fijará su importe computando un día de pena o medida de seguridad por un día de salario base de Juez de primera instancia” (artículo 276 *ejusdem*). Habrá necesidad de instaurar una demanda autónoma cuando se pretenda una indemnización mayor.

b) Revocatoria de sentencias que no hayan adquirido firmeza, a través de los recursos ordinarios

El segundo supuesto se refiere a casos en los cuales el procesado ha sufrido privación judicial de su libertad, en virtud de una sentencia que no ha adquirido firmeza. En tales situaciones, habrá lugar a indemnización por el tiempo de privación de libertad siguiendo las mismas reglas anteriormente explicadas. Así, de conformidad con el artículo 259 del COPP, la indemnización será procedente cuando el imputado ha sufrido de privación de libertad durante el proceso y se declare judicialmente (i) que el hecho no existe; (ii) que el hecho no reviste carácter penal; o (iii) que no se comprobó la participación del imputado. En este supuesto, tal como señala el artículo 260 *ejusdem*, “El Estado [...] está obligado al pago, sin perjuicio de su derecho a repetir en el caso en que el juez hubiere incurrido en delito”.

3. La responsabilidad por faltas en la Administración de Justicia

Además de los supuestos antes mencionados, la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional puede generarse bien por (i)

error judicial o (ii) por omisión injustificada en la labor de impartir justicia (i.e., denegación o retardo injustificado).

a) *El error judicial*

El error judicial *grave, inaceptable e injustificable* constituye la principal causa generadora de la responsabilidad del Estado juez. Cierzo que en el ejercicio de la facultad de juzgar, el juez no está exento de incurrir en falsas apreciaciones de derecho o de hecho generadoras de responsabilidad. El error judicial que da lugar a la responsabilidad es la grave alteración de la realidad fáctica o jurídica que ha sido planteada, hecha por el juez en la sentencia, bien por incurrir en una errónea apreciación de los hechos, en su adecuación a los supuestos legales, previstos en el ordenamiento jurídico, o en la aplicación de las normas legales.^{87,88}

b) *La omisión y el retardo judicial injustificado*

La omisión y el retardo judicial injustificados se verifican por lo general por las dilaciones ocurridas durante la tramitación del proceso, las cuales, para generar responsabilidad del Estado, deberán estar sujetas a altos estándares de anormalidad en la prestación del servicio. No producirán la responsabilidad del Estado los retardos propios de la correcta observancia de los lapsos establecidos por la ley.

Este retardo puede presentarse —obviamente— en cualquier fase del procedimiento y no debe relacionarse únicamente con las sentencias o decisiones del tribunal y su ejecución. Cabe encuadrar también en este supuesto los retrasos injustificados ocurridos en la sustanciación del proceso (citaciones y notificaciones por cualquier vía, comisiones, etc.) o aquellos relacionados con la inexecución de las sentencias.

⁸⁷ Tawil, Guido Santiago. Ob. cit., p. 58.

⁸⁸ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Tercera de lo Social, de fecha 25 de abril de 1991, citada por Torrealba, José G. La responsabilidad del Estado por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia. *Revista de Derecho Administrativo*, n° 8, p. 214, Editorial Sherwood.

Por otra parte, pensamos que la redacción del artículo 49, ordinal 8, de la Constitución no deja dudas de que el particular siempre tendrá la posibilidad de exigir directamente al Estado la responsabilidad en materia judicial, incluso cuando dichas faltas sean imputables personalmente al juez –tales como las previstas en el artículo 255 de la Constitución relativas a la parcialidad, denegación, prevaricación, inobservancia de normas procesales– dado que, en todo caso, esa falta personal, que se desdobra en una falta del servicio, comporta necesariamente un anormal funcionamiento del sistema de justicia por el cual el Estado deberá responder, sin perjuicio de ejercer las acciones de regreso correspondientes contra los jueces implicados.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció, caso Luis Alberto Bacca, la posibilidad de que el Estado sea responsable por los daños y perjuicios ocasionados a un particular como consecuencia del retardo injustificado o una omisión judicial, al reconocer que “...todo retardo injustificado de un acto procesal que ha debido tener lugar, que lesiona a una parte en su situación jurídica, amenazando la irreparabilidad de la misma, es atacable por la vía del amparo; pero hay conductas activas de los jueces que retardan injustificadamente la declaración o actuación de los derechos de una de las partes, interfiriendo con la garantía judicial que consagra el artículo 49 de la Constitución vigente, tal como ocurre cuando un juez oye una apelación en ambos efectos, cuando ha debido oír la en uno solo, retardando así un acto que ha debido llevarse a cabo”.⁸⁹

c) Inejecución total o parcial de sentencias

Además del error judicial y del retardo judicial injustificado, la inejecución total o parcial de sentencias puede derivar en la responsabilidad del Estado. Ello por cuanto la ejecución de la sentencia es un derecho que se puede subsumir dentro de la garantía constitucional de la *tutela judicial efectiva*. De allí que cuando haya inejecución de una sentencia por causas atribuibles a los órganos jurisdiccionales, los

⁸⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 28 de julio de 2000, caso Luis Alberto Bacca.

administrados están facultados para demandar la responsabilidad patrimonial del Estado por ese incumplimiento. La naturaleza de esa responsabilidad radica en que la inejecución es una forma de funcionamiento anormal del Poder Judicial que supondría la *denegación de justicia*.⁹⁰

5. La responsabilidad del Estado por actuaciones no jurisdiccionales

También generará la responsabilidad del Estado los daños causados por los órganos del Poder Judicial por actos que si bien no son jurisdiccionales, son, sin embargo, inherentes a su actividad, tales como la desaparición de expedientes, dinero, títulos valores, certificados de cualquier tipo que tengan valoración económica, joyas u objetos consignados en los tribunales, la reducción injustificada de los días y horas de despacho, etc.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

1. Planteamiento del asunto

Para introducir el tema imaginemos primero cuánto poder ha ido acumulando el legislador desde la primera Asamblea que se reunió en Inglaterra, cuna del sistema, en la Pascua de 1258 y considerando que 500 años después, en Francia, luego de la Revolución en 1789, la soberanía que antes detentaban los Monarcas fue traspasada al Parlamento. Lo que derivó en el dogma de que es la Ley el instrumento que representa voluntad popular.

La inmunidad absoluta del órgano legislativo fue representada con claridad a través de la idea de Jean-Louis de Lolme, cuando respecto del poder del Parlamento inglés señaló que este “puede hacer todo salvo convertir una mujer en hombre y un hombre en mujer” (“*Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman*”).⁹¹

⁹⁰ Ver sentencia de la Sala Político-Administrativa del 18 de julio de 2000, caso Cantv.

⁹¹ Dicey, Albert. *The law of the Constitution*. Indianapolis, Liberty Fund, reprint, originally Published 8ed., 1915, p. 5.

Al hilo de lo anterior, puede entenderse con facilidad que la responsabilidad del Estado por la elaboración de leyes es un tema cuyo reconocimiento es difícil. Es un ataque frontal a la soberanía del Estado, a la médula del poder.⁹² El asunto choca con una de las tradiciones más consolidadas de la soberanía estatal, cual es la concepción de la ley como expresión de la voluntad general.⁹³ Tengamos en cuenta que antes del advenimiento del Estado liberal, este era –por principio– irresponsable. Se entendía que el legislador no estaba sujeto a la ley, por cuanto se hallaba por encima de ella. Adicionalmente se afirmaba que por cuanto la ley era la expresión de la voluntad general –que incluía desde luego la voluntad del perjudicado por la ley– mal podía este hacer un reclamo en caso de daños; no podía generar la responsabilidad del Estado. De allí que la jurisprudencia, durante todo un siglo, consagrara ese criterio de irresponsabilidad del Estado por su actuación legislativa.

Posteriormente, sin embargo, el Consejo de Estado francés adoptó la tesis conforme a la cual el Estado podía ser responsable de la reparación de daños causados directamente por una ley a través del *Arret Le Fleurette*, de 14 de enero de 1938, en el cual, para proteger la producción de leche, se prohibió por medio de la Ley de 29 de junio de 1934, la fabricación y venta de cualquier crema sustitutoria no proveniente de la leche. Esa ley, sin embargo, no contenía disposición alguna referente a la posibilidad de indemnizar a los particulares por esa prohibición. Así, el Consejo de Estado señaló que la prohibición legal perjudicaba a la Sociedad Le Fleurette, impidiéndole seguir fabricando y vendiendo uno de sus productos, por lo que constituía una exigencia de interés general cuyas consecuencias debían ser soportadas por la colectividad. De manera que el Consejo de Estado determinó que la referida empresa tenía derecho a obtener del Estado una indemnización por los perjuicios que debía sufrir por no fabricar sus productos, máxime cuando estos no habían sido declarados nocivos. Así, determinó que en ese caso “no puede descartarse la indemnización de los perjuicios especiales que se derivan del ejercicio de Poder Público”. Sin embargo, observamos que

⁹² Concheiro del Río, Jaime. *Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes*. Madrid, Editorial Djusa, 2001, p. 283.

⁹³ Vid. Vedel, Georges. *Derecho administrativo*. Madrid, Ed. Aguilar, 1980.

la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos ha sido afianzada paulatinamente, con sentencias ulteriores del Consejo de Estado francés.⁹⁴

Reconocemos que este asunto es delicado y tiene diferentes modulaciones, pues no puede invocarse, de manera general, limitaciones frente al Poder Legislativo en cuanto a su capacidad para dictar normas con poder de innovar. De manera que no cabría pretender responsabilidad legislativa alegando perjuicios derivados del cambio normativo, pues es una regla esencial de la democracia que el órgano legislativo, depositario de la soberanía popular, está por encima de la invocación de la confianza legítima o de situaciones preexistentes que pretendan petrificar el ordenamiento jurídico. Frente a la potestad legislativa no puede ser propuesto el derecho subjetivo de nadie a permanecer en las regulaciones que son derogadas o sustituidas, salvo que estas sean contrarias al orden constitucional y llegaran a concretar sus efectos económicos adversos en una singularidad de individuos.

Sin embargo, el órgano legislativo no ha quedado inmune al proceso de desmontaje de los privilegios y prerrogativas comunes a todos los órganos del poder público. La fragmentación o degradación de la idea del poder absoluto del órgano legislativo –Asamblea, Congreso, Parlamento, Cortes– se refleja con la idea de sumisión a una ley superior, Constitución, a través del control concentrado de la constitucionalidad; el control difuso o excepción de inconstitucionalidad, que le permite a cualquier juez abstenerse de aplicar, en el caso concreto, una norma que considere contraía a la norma suprema, *higherlaw*; y la declaración de responsabilidad, sea que esta esté prevista en el propio texto legal, o porque haya ocurrido una declaratoria de responsabilidad por el órgano judicial, a consecuencia del daño causado por la ley.

En todo caso, aun cuando en términos generales el Estado es renuente a responder por su actividad legislativa, existen supuestos en los cuales las propias leyes establecen un sistema de responsabilidad patrimonial, a través de un régimen indemnizatorio aplicable a los daños que hubiere causado su aplicación. No obstante, así como existen supuestos en los cuales las propias leyes establecen un sistema propio de responsabilidad, también podemos encontrar el caso en el cual la ley

⁹⁴ Vid. Garrido Falla. Ob. cit., p. 282.

niega de forma expresa o tácita todo resarcimiento por los daños que su aplicación pudiese causar y es aquí donde un sistema de responsabilidad integral del Estado debe prevalecer. Hay acuerdo en la doctrina, señala Garrido Falla, en que frente al silencio de la ley debe presumirse la existencia de indemnización.⁹⁵

Hoy en día hay bastante temor respecto de la actividad legislativa. La ley, que era tenida como el mejor escudo de protección de la libertad, en su sentido más amplio, ha pasado a ser uno de los enemigos más temibles de los ciudadanos. A través de ella se regulan, muchas veces en un estilo normativo polarizado, sin la debida ponderación y con frecuencia con miras a satisfacer necesidades inmediatas y no siempre generales, los derechos y libertades de los ciudadanos. Leyes de medida, diría Carl Schmitt. Leyes que no tienen vocación de permanencia, leyes enderezadas a resolver necesidades concretas y singulares y no a plantear un orden general y abstracto. Téngase en cuenta, además, que esta facultad de dictar normas la tiene no solo el órgano legislativo nacional, sino también hay 23 estados que tiene cada uno un órgano legislativo y hay, además, 335 municipios cada uno con su órgano legislativo con competencias urbanísticas, tributarias, de comercio y otras muchas.

Más peligroso y oscuro es el asunto cuando hablamos de las normas, con rango de ley y hasta orgánicas, producidas con tanta frecuencia, masificación y muy mala calidad, a través de la “legislación delegada”, que de forma general y sin límite alguno ha facultado al Presidente de la República ya tantas veces y por períodos tan largos de tiempo, a legislar en todos los órdenes. Prácticamente se han regulado las esferas económicas más sensibles a través de esta facultad del Presidente de producir normas jurídicas con rango y fuerza de ley, no obstante que según la doctrina “La legislación presidencial tiene carácter excepcional, pues supone la realización por parte del Presidente de la función que es propia del Poder Legislativo y que por ende éste ha de ejercer como regla general”.

La ley puede constituir el mecanismo de conversión de lo antijurídico. Como diría Duguit, leyes de conversión del hecho bruto del poder político en la idea técnica de la competencia legal. Leyes destructoras

⁹⁵ *Vid.* Garrido Falla. *Ob. cit.*, p. 282.

de la libertad, de la propiedad, del comercio, de la iniciativa privada, leyes que pretendiendo regular los derechos constitucionales lo dejan vacío de contenido, desde que sin tantas las limitaciones que el derecho queda de total manera disminuido.

La democracia no puede ser una tiranía insoportable que somete a voluntad a quien se le ocurra; amparada en el impenetrable escudo de la “legalidad”, no puede avasallar el núcleo irreductible de la igualdad sin remediar los desequilibrios propios del devenir social, no puede ocultarse en el manto de la impunidad creada por ella misma. Estado social de derecho y democracia son términos sinónimos y correspondientes con los de responsabilidad política y patrimonial del legislador.

En Venezuela podemos citar como ejemplo de responsabilidad del Estado legislador la Ley de 28 de mayo de 1850, que estableció la obligación del Estado de resarcir los daños causados a los acreedores por la aplicación de la “Ley de Espera y Quita” del 9 de abril de 1849, que contemplaba una moratoria para el pago de las deudas vencidas. En el mismo sentido, la Ley de 24 de marzo de 1854, que declaró la abolición de la esclavitud, previó el pago de una indemnización en favor de los dueños de esclavos liberados que fueron afectados por la aplicación de la Ley. También es un ejemplo de esta modalidad de responsabilidad, la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (LOREICH) del 29 de agosto de 1975, que previó indemnización a los titulares de las concesiones petroleras que fueron afectados a raíz de la reserva al Estado venezolano de la industria de los hidrocarburos.⁹⁶

⁹⁶ Existe un conjunto de leyes, todas inconstitucionales, que regulan de forma total o parcial aspectos diversos:

Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda (*Gaceta Oficial* N° 6.053, del 12 de noviembre de 2011), y su Reglamento (*Gaceta Oficial* N° 39.799, del 14 de noviembre de 2011).

Otras que crean contribuciones especiales: Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (*Gaceta Oficial* N° 39.575, del 16 de diciembre de 2010) y su Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Ciencia Tecnología e Innovación referido a los aportes, el financiamiento y su resultado, y la Ética en la Investigación, Tecnología e Innovación (*Gaceta Oficial* N° 39.795, del 08 de noviembre de 2011); Ley Orgánica del Deporte, Actividad Física y Educación Física (*Gaceta Oficial* N° 39.741, del 23 de agosto de 2011) y su Reglamento

Parcial N° 1 de la Ley Orgánica del Deporte, Actividad Física y Educación Física (*Gaceta Oficial* N° 39.872, del 28 de febrero de 2012), Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Fondo Ezequiel Zamora para el fortalecimiento y financiamiento de la Gran Misión Agro Venezuela (*Gaceta Oficial* N° 39.869, del 23 de febrero de 2012).

En materia de créditos: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Atención al Sector Agrario (*Gaceta Oficial* N° 39.945, del 12 de junio de 2013); Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (*Gaceta Oficial* N° 39.945, del 12 de junio de 2013); Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica relativa al Fondo de Ahorro Nacional de la clase obrera y al Fondo de Ahorro Popular (*Gaceta Oficial* N° 39.915, del 04 de mayo de 2012); Ley de Crédito para el Sector Agrario (*Gaceta Oficial* N° 5.890, del 31 de julio de 2008); Ley de Crédito para el Sector Manufacturero (*Gaceta Oficial* N° 39.904, del 17 de abril de 2012); Ley de Crédito para el Sector Turismo (*Gaceta Oficial* N° 39.251, del 27 de agosto de 2009).

Economía comunal: Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (*Gaceta Oficial* N° 6.011, del 21 de diciembre de 2010).

Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (*Gaceta Oficial* N° 39.856, del 2 de febrero de 2012); Ley que promueve y regula nuevas formas asociativas conjuntas entre el Estado, la iniciativa comunitaria y privada para el desarrollo de la economía nacional (*Gaceta Oficial* N° 39.945, del 15 de junio de 2012).

Hidrocarburos: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que crea contribución especial por precios extraordinarios y precios exorbitantes en el mercado internacional de hidrocarburos (*Gaceta Oficial* N° 39.871, del 27 de febrero de 2012).

Organización y funcionamiento del sector público: Ley del Banco Central de Venezuela (*Gaceta Oficial* N° 39.419, del 07 de mayo de 2010); Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público (*Gaceta Oficial* N° 40.311, del 09 de diciembre de 2013); Ley de Reforma Parcial de la Ley de Timbre Fiscal (*Gaceta Oficial* N° 40.335, del 16 de enero de 2014); Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos (*Gaceta Oficial* N° 6.126, del 19 de febrero de 2014); Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan (*Gaceta Oficial* N° 6.112, del 19 de noviembre de 2013).

Propiedad: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Regularización Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos o Periurbanos (*Gaceta Oficial* N° 39.668, del 06 de mayo de 2011); Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas (*Gaceta Oficial* N° 39.668, del 06 de mayo de 2011); Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Determinación del Justiprecio de Bienes Inmuebles en los Casos de Expropiaciones de Emergencia con Fines de Poblamiento y Habitabilidad (*Gaceta Oficial* N° 39.945, del 15 de junio de 2012); Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Viviendas (*Gaceta Oficial* N° 39.626, del 01 de marzo de 2011); Ley Orgánica de Precios Justos (*Gaceta Oficial* N° 40.340, del 23 de enero de 2014).

Sector laboral: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo para las Trabajadoras y los Trabajadores (*Gaceta Oficial* N° 6.076, del 07 de mayo de 2012); Decreto N° 639 mediante el cual se establece la Inamovilidad Laboral a Favor de los Trabajadores y Trabajadoras del Sector Privado y del Sector Público, regidos por la Ley Orgánica del Trabajo (*Gaceta Oficial* N° 40.310, del 06 de diciembre de 2013).

2. Supuestos de responsabilidad del Estado legislador

Hay responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función legislativa en el caso de leyes expropiatorias; leyes inconstitucionales y de leyes cuya aplicación merezca algún grado de compensación.

a) *Leyes expropiatorias*

Las leyes de contenido expropiatorio son aquellas que suponen la privación del derecho de propiedad de los particulares sobre sus bienes por causas de interés general o leyes de demanialización de propiedades privadas; estas son las que establecen que bienes, en principio susceptibles de apropiación particular, pierden esa condición para convertirse en bienes de dominio público. En estos casos, deberá el Estado indemnizar a los particulares como consecuencia de la expropiación del bien. Afirma Garrido Falla que “la indemnización expropiatoria es la consecuencia de una actividad lícita de la Administración [...] con la simultánea compensación que implica el reconocimiento de su derecho a percibir el justo precio del bien sacrificado”.⁹⁷

Puede ocurrir, sin embargo, que el texto de la Ley niegue de manera expresa la responsabilidad del Estado por causas de expropiación, en cuyo caso se podrá interponer un recurso de nulidad por inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En este sentido, destacamos la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el caso *Fedenaga versus Ley de Tierras y Desarrollo Agrario*, en la cual la Sala declaró la nulidad del artículo 90 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, que permitía el rescate de fundos propiedad del Instituto Agrario Nacional, sin otorgar la correspondiente indemnización a los ocupantes por las bienhechurías ejecutadas en ellos. Así, la Sala sostuvo lo siguiente:

Otros sectores: Ley del Mercado de Valores (*Gaceta Oficial* N° 39.489, del 05 de noviembre de 2010); Ley Orgánica del Turismo (*Gaceta Oficial* N° 39.955, del 29 de junio de 2012); Ley Penal del Ambiente (*Gaceta Oficial* N° 39.913, del 02 de mayo de 2012); Ley de Regulación y Control del Sistema de Ventas Programadas (*Gaceta Oficial* N° 39.912, del 30 de abril de 2012).

⁹⁷ Garrido Falla. Ob. cit., pp. 287-288.

No reconocer la propiedad de los bienes que existan sobre las tierras del indicado Instituto Nacional de Tierras, atenta contra el derecho a la propiedad, y hace que el Instituto incurra en un enriquecimiento sin causa, pues se subvierte la idea de accesión inmobiliaria en sentido vertical, que acarrea la inconstitucionalidad de la norma.

El derecho a la propiedad es un derecho esencialmente limitable, dado su utilidad social, pero dicha limitación no puede suponer un desconocimiento del derecho, por su rango constitucional, una absorción de las facultades del propietario al extremo que llegue a eliminarlo, pues de ese modo no se estaría garantizando esa protección que la Constitución le otorga. De tal manera que, *siendo que con la norma en referencia se desconoce de manera absoluta el derecho a la propiedad sobre las bienhechurías realizadas por los ocupantes de las tierras del Instituto Nacional de Tierras, esta Sala declara la nulidad del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo*.⁹⁸

b) Inconstitucionalidad de las leyes

El segundo supuesto se basa en la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado por daños, como consecuencia de leyes que sean declaradas nulas por medio de sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Al respecto, sostiene Parada que “dichos daños deben ser indemnizados en la forma y medida en que lo son los originados por una resolución o una disposición reglamentaria que se declare ilegal y [...] sin dar por supuesto o prejuzgar que dichos daños se han producido por el simple hecho de la anulación”.⁹⁹

Ahora bien, el supuesto de que la exigencia de responsabilidad patrimonial tenga su origen en actos realizados conforme a una ley que posteriormente es declarada inconstitucional por los tribunales, goza, a juicio de Concheiro del Río, de una premisa mayor en favor de la declaración y reconocimiento de la indemnización correspondiente en virtud de la existencia de la antijuridicidad.¹⁰⁰

⁹⁸ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 20 de noviembre de 2002, caso Fedenaga.

⁹⁹ Parada, Ramón. *Derecho administrativo*. Tomo I. Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 720.

¹⁰⁰ Concheiro del Río, Jaime. *Ob. cit.*, p. 438.

En este sentido, el Tribunal Supremo español, en decisión del 29 de febrero de 2000, reconoció la admisibilidad de la reclamación de daños y perjuicios respecto de aquellas cargas o tributos indebidamente percibidos por la Administración, cuando con posterioridad a su aplicación, la norma que los fundamenta es declarada nula por inconstitucional.

En Venezuela es pertinente mencionar que el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha descartado la posibilidad de que las personas afectadas por actos administrativos dictados con fundamento en una norma posteriormente declarada inconstitucional, obtengan indemnización por los daños sufridos.

Así se desprende de la controversia planteada con motivo de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en pleno, el 14 de diciembre de 1999, la cual declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad interpuesto contra el dispositivo contenido en el artículo 59 del Código Orgánico Tributario y, en consecuencia, anuló el párrafo único del referido artículo, relativo a los intereses moratorios e indexación de las deudas tributarias.

Una vez dictado el fallo, la Administración Tributaria solicitó aclaratoria de este y pidió que se fijaran sus efectos a partir de la publicación de la sentencia. En la sentencia aclaratoria –dictada por la Sala Constitucional el 26 de julio de 2000– se determinó que la nulidad de la referida norma no incide sobre la validez y eficacia de los actos dictados con fundamento en el referido párrafo único del artículo 59, que para la fecha del fallo hubieren quedado definitivamente firmes, en virtud de un acto administrativo que no haya sido recurrido, o por haber recaído decisión judicial que causara cosa juzgada.¹⁰¹

c) Leyes cuya aplicación merezca algún grado de compensación

Hay casos en los cuales la aplicación de la ley afecta a un número más o menos determinado de individuos y les produce un daño intenso, sin llegar a suprimir directamente los intereses subjetivos, pero sí

¹⁰¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo del 26 de julio de 2000. Asimismo, *vid.* De Grazia Suárez, Carmelo. Ob. cit.

disminuyéndolos o limitándolos, de forma que podría precisar compensación en virtud del ya mencionado principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Nos referimos, en este caso a los supuestos de daños causados directamente por la aplicación de leyes que regulan derechos distintos al de propiedad y que podrían afectar otros derechos subjetivos y concretarse en un *daño cierto y específico*. Téngase en cuenta, por ejemplo, la ley que convierte en ilícita una actividad previamente lícita, caso Arret Le Fleurette. Para que proceda este tipo de responsabilidad, la actividad declarada y lícita no debe ser contraria a la salud pública, ser nociva o contraria al interés público.

V. FUNDAMENTO Y CARACTERES

A diferencia del derecho civil, el fundamento de la responsabilidad del Estado no pivota en la noción de culpa ni se explica mediante la noción de responsabilidad objetiva; responde al principio de garantía de la integridad del patrimonio del particular frente a la acción del Estado. Se traslada, así, al daño el elemento central de determinación de la responsabilidad. Por consiguiente, para el establecimiento de la responsabilidad de la Administración no resulta relevante que el autor de la lesión haya actuado en forma lícita o ilícita; basta que se produzca una lesión atribuible a la actividad administrativa, legislativa o judicial para que nazca en el particular el derecho a ser indemnizado, dado que este no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación (i.e., igualdad ante las cargas públicas).

A resultas de lo expuesto, y del contenido de los artículos 26, 49, 140 y 259 del texto constitucional, podemos señalar que el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado tiene las siguientes características:

1. *Es general*, desde que incluye todos órganos y actividades del Estado y se extiende a todos los daños ocasionados por el Estado, en ejercicio de la función pública, ejecutada a través de actos, hechos o contratos. Así, desde el punto de vista subjetivo, comprende:

- a) Todos los entes de la Administración, territoriales (i.e., nacionales, estatales o municipales) o no territoriales (i.e., entes de derecho público o privado), siempre que se hallen en ejercicio de la función administrativa.
- b) Todos los órganos del Poder legislativo, Judicial y Ciudadano y demás órganos constitucionales autónomos (i.e., Consejo Federal de Gobierno, Banco Central de Venezuela, contralorías General y Municipal) que se inserten dentro de la organización del Estado.

Ahora bien, por lo que se refiere al aspecto objetivo, la responsabilidad abarca tanto el actuar (a) ilícito del Estado (*responsabilidad por falta o funcionamiento anormal*), en su actividad formal (i.e., actos administrativos, sentencias, normas); en su actividad material (i.e., actuaciones, hechos); inactividad (i.e., omisiones o abstenciones); y actividad contractual (el tema de los contratos administrativos), como sus actuaciones (b) lícitas (*responsabilidad por sacrificio particular*), tales como las limitaciones generales al derecho de propiedad (i.e., expropiación, servidumbre, ocupaciones temporales, requisición de bienes en tiempo de guerra, limitaciones por razones urbanísticas) y la revocatoria por razones de mérito de actos y contratos administrativos. También se comprende dentro de la responsabilidad del Estado, aquella derivada por los daños causados por (c) situaciones de riesgo creado (*responsabilidad por riesgo o actividades peligrosas*).

2. Es un sistema de responsabilidad *directa y objetiva* en el que la noción de culpa no resulta determinante; se precisa solo que se verifique el daño por actividad lícita o ilícita imputable a la Administración, para que nazca en el particular el derecho a ser indemnizado.
3. Es un sistema *mixto*, que comprende la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del servicio y la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular o por riesgo creado.
4. Es un sistema que tiene fundamento en el *principio de la integridad patrimonial*, conforme al cual el particular tiene derecho a no soportar sin indemnización el daño sufrido. Carecerá de relevancia que el autor de la lesión haya actuado en forma

lícita o ilícita, lo que realmente importa es que la víctima que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación, a menos que haya habido culpa de su parte. La responsabilidad cubre cualquier tipo de bienes o derechos y el daño o lesión susceptible de reparación podrá ser material (apreciable en dinero) o moral.

VI. ELEMENTOS DE PROCEDENCIA

Al ser la responsabilidad patrimonial del Estado un sistema directo y objetivo, en el que la culpa carece de importancia, su procedencia está sujeta a la verificación de tres elementos; a saber:

1. La existencia de un *daño*, entendido como toda disminución sufrida en los bienes o derechos como consecuencia de una actuación administrativa.
2. Que ese daño sea *imputable* a un órgano o ente del Estado.
3. Un *nexo causal*, que permita vincular ese daño con la gestión pública.

1. El daño

Debe ser *cierto y efectivo*, es decir, real y actual, no eventual o futuro. También debe ser *especial o personal, individualizable*, lo que implica que el mismo esté individualizado con relación a una persona o grupo de personas, de tal forma que el daño no debe constituir una carga común que todos los particulares deben soportar.

Es necesario además que el daño sea *antijurídico*, esto es, que se trate de un daño que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar, dado que excede de la común de las cargas que la gestión administrativa comporta para la colectividad. Antijuridicidad, que es la consecuencia de la inexistencia de una norma que justifique la carga impuesta al administrado, carga que, al carecer de fundamento en derecho, comporta una lesión injusta que debe ser resarcida.

En cuanto al alcance de los daños que deben ser indemnizados por la Administración, estos no se limitan a los perjuicios *materiales*

producidos en la esfera económica de los administrados, se extienden, incluso, a aquellos que no pueden percibirse materialmente, como son los daños *morales*. El daño moral consiste en la afección psíquica, moral, espiritual o emocional que experimenta una persona, con ocasión de una lesión a su acervo moral o emotivo. La jurisprudencia venezolana ha definido el daño moral como aquel inferido a derechos inherentes a la personalidad o a valores que pertenecen más al campo afectivo que a la realidad material económica.¹⁰² Lesiones al honor, a la vida privada, al derecho a la propia imagen, al derecho al nombre de una persona, la lesión a los derechos del cónyuge, y en general todas las lesiones a los derechos individuales o de la personalidad, así como aquellas vinculadas con el aspecto social, relacionadas con la pérdida de la estima que tiene la víctima del daño dentro de la sociedad. También los daños que derivan de daños materiales o corporales, se refieren principalmente a los daños morales que son consecuencia de lesiones físicas de la persona. Tales lesiones causan –además de las implicaciones materiales– un sufrimiento a la persona derivado del daño ocasionado a su cuerpo, que se concreta a través de la imposibilidad o dificultad de disfrutar plenamente de la vida.

En Venezuela, la indemnización del daño moral por la responsabilidad del Estado administrador ha sido igualmente admitida por la jurisprudencia.

La jurisprudencia ha determinado que el daño moral puede ser ocasionado por la Administración por funcionamiento anormal o sacrificio particular, aun cuando será en el primer supuesto, donde residirán las mayores probabilidades de lesiones al patrimonio moral de los administrados. Un caso especial es aquel en el cual la Administración lesiona el patrimonio moral de los particulares, desacreditando su honra y reputación. Piénsese así en el funcionario público que, con ocasión del ejercicio de sus funciones, emite términos difamatorios contra determinados particulares, o hace uso de medios oficiales para tales fines.¹⁰³

¹⁰² Pietri, Alejandro. *Valoración jurídica del daño moral*. Caracas, Editorial Fabreton, 1988, p. 107.

¹⁰³ Sobre la responsabilidad de la Administración en este supuesto, se pronunció la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de fecha 21 de febrero de 1996

Asimismo, respecto del daño moral ocasionado por el descrédito público realizado por la Administración contra determinado particular, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia señaló, en sentencia del 12 de diciembre de 1996, lo siguiente:

...En relación con la pretensión de condena por daños morales ocasionados por la emisión y divulgación del acto administrativo impugnado, considera la Sala que, en efecto, ella debe proceder, ya que ha quedado determinado a lo largo del proceso no sólo que eran falsas las imputaciones contenidas en la providencia administrativa recurrida [...], por lo que fue absolutamente incorrecto el tacharlo de inmoral, de carácter de dignidad y de honor, y de mantener reiteradamente una conducta relajada no cónsona con la vida militar; sino también que su carrera militar era promisoria ...; y que a raíz de su retiro intempestivo de la Armada tuvo el actor que pasar por grandes dificultades, tanto en el ámbito familiar, como entre sus compañeros y amistades, y en el plano profesional y económico, siendo objeto de rechazos y viéndose imposibilitado de conseguir un trabajo acorde con sus capacidades...¹⁰⁴

El Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado asimismo en relación con los daños morales derivados de lesiones físicas sufridas por el particular, cuya responsabilidad era de la Administración. Así, consideró procedente la reclamación por daño moral sufrido por un particular a consecuencia del estallido de un aparato explosivo que le causó daños físicos, en la sentencia de la Sala Político-Administrativa, de fecha 9 de octubre de 2001 (caso Hugo Betancourt Zerpa).¹⁰⁵

(caso G. Mendoza *versus* Ministerio del Ambiente), al estimar procedente la reclamación por daño moral interpuesta por un particular que consideró que el Poder Ejecutivo había afectado su patrimonio moral al cuestionar su probidad y moralidad en el acto que indebidamente había acordado su destitución. En esa decisión la Corte destacó que el acto de remoción había traído consigo un “notorio daño moral al apelante”, por cuanto este había sido destituido públicamente y sin previo procedimiento, tomando por ciertos hechos que no habían sido probados y que ofendían su moralidad.

¹⁰⁴ Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 12 de diciembre de 1996.

¹⁰⁵ Este caso marca, además, una segunda etapa en lo concerniente a las reclamaciones por daño moral, en la cual se admite la responsabilidad del Estado con fundamento en el

La principal particularidad de esta responsabilidad es que el daño cierto sufrido *no debe ser probado* sino *estimado*, estimación que no será vinculante para el juez. Así lo había señalado el máximo tribunal al establecer que “...lo que debe acreditarse plenamente en una reclamación por daño moral es el llamado hecho generador del daño moral, o sea, el conjunto de circunstancias de hecho que generan la aflicción cuyo *pretium doloris* se reclama...”¹⁰⁶

Ahora bien, el Tribunal Supremo de Justicia tuvo la oportunidad de aplicar el artículo 140 de la Constitución, disposición que pone el acento en el daño causado –en este caso, al patrimonio moral de los afectados– y no en la culpa de la propia Administración, para establecer su responsabilidad, lo que ha significado una evolución jurisprudencial que tiende a ampliar considerablemente las causas de responsabilidad del Estado-Administración, más allá de las tradicionalmente admitidas.

Así, la Sala Político-Administrativa, en sentencia de 10 de abril de 2002, determinó que el ya tantas veces citado artículo 140, que establezca la responsabilidad objetiva de la Administración, abarca la indemnización por los *daños morales* causados a los particulares, declarando así con lugar los daños morales reclamados por un particular que sufrió electrocución por contacto con un tendido eléctrico propiedad de la empresa pública Cadafe. En esa decisión la Sala determinó lo siguiente:

En la vigente Constitución, el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende, de acuerdo con su artículo 140, “*a todo daño sufrido por los particulares en*

régimen de derecho público previsto en la Constitución al señalar que “en el caso venezolano, ya esta Sala en otras oportunidades ha acordado la indemnización a los ciudadanos que han sufrido daños en su esfera patrimonial o moral, por razón de actos y hechos imputables a la Administración y en el caso específico de hechos ilícitos, la responsabilidad de la Administración había sido determinada en función de los artículos 1185 y siguientes del Código Civil. Más aún, en situaciones similares a la que nos ocupa, se había ordenado la indemnización *por daño moral en función del artículo 1193 ejusdem*. Ahora bien, desde hace algún tiempo se ha venido insistiendo en que *no es propio acudir a las fuentes de las obligaciones que rigen en materia civil, para declarar la responsabilidad de la Administración por su actividad, especialmente por lo respecta a su actividad extra-contratual...*” (énfasis añadido).

¹⁰⁶ Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 10 de octubre de 1991.

cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”, consagrando en definitiva y sin margen de dudas, la responsabilidad objetiva, patrimonial e integral de la Administración, cuando con motivo de su actividad ocasione daños a los particulares, no importando si el funcionamiento dañoso de la Administración ha sido normal o anormal, a los fines de su deber resarcitorio.

De tal manera que tanto la Constitución de 1961, vigente al momento de producirse el siniestro, como la de 1999, establecen el sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo que le es propio al conocimiento y competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, sin que sea necesario recurrir en todo caso a las fuentes del derecho civil sobre el hecho ilícito, para determinar dicha especial responsabilidad. Tal precisión se hace pertinente por cuanto en la evolución histórica de la responsabilidad extracontractual de la Administración, no siempre el Estado resultó ante los administrados responsable por los hechos dañosos que causaba, pues durante mucho tiempo se le dispensó de responsabilidad por parte de los tribunales de justicia, al considerarse que los ciudadanos debían soportar sin reclamo una actividad que por estar destinada a la satisfacción del interés general, suponía un riesgo que los particulares debían afrontar por sí mismos.

En este orden de ideas, de acuerdo al mandato constitucional resulta imperativo señalar los elementos constitutivos que deben concurrir para la procedencia de la responsabilidad de la Administración. Tales elementos son, conforme a la Carta Fundamental: 1. Que se haya producido un daño a los particulares en la esfera de cualquiera de sus bienes y derechos. 2. Que el daño inferido sea imputable a la Administración, con motivo de su funcionamiento y 3. La relación de causalidad que obligatoriamente debe existir entre el hecho imputado y el daño producido.

Respecto del ámbito que abarca la responsabilidad del Estado, es terminante la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela al disponer que *son resarcibles patrimonialmente los daños que sufran los particulares por el funcionamiento de la Administración, en cualquiera de sus bienes y derechos, lo cual implica que el daño moral es igualmente indemnizable, si este*

tiene origen en una actividad imputable a la Administración”
(énfasis añadido).¹⁰⁷

Este criterio sobre la procedencia de la responsabilidad por daño moral con base en la responsabilidad objetiva del Estado, fue ratificado por la Sala Político-Administrativa Accidental de Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 3 de noviembre de 2004 (publicada el 16 de noviembre de 2004), con ponencia de la conjueza María Luisa Acuña López.

En ese caso se demandó a la República de Venezuela por indemnización de daños y perjuicios y daño moral, como consecuencia de que en el año 1992 un aviso de señalización ubicado en la autopista dirección Valencia-Tocuyito se desprendió y cayó sobre un vehículo que la transitaba, causándole la muerte a su conductor. Los demandantes fundamentaron la responsabilidad del Estado en los artículos 3 y 206 de la entonces vigente Constitución de 1961, alegando la *responsabilidad objetiva del guardián de la cosa* prevista en el Código Civil (Arts. 1193, 1185 y 1196 del CC).

Sobre ello, la SPA Accidental señaló que:

...en situaciones similares a la que nos ocupa, se había ordenado la indemnización por daños materiales y morales en función del artículo 1193 invocado en este caso por la parte actora (CSJ-SPA, caso Alba Orsetti Cabello Sánchez, 19.07.84; CSJ-SPA, caso Ce-deño Salazar vs. Cadafé, 11.02.85; CSJ-SPA, caso Nemecio Cabeza vs. Cadafé 05.04.94).

Ahora bien, [...] el constituyente de 1999 [...] consagró en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela una norma que prevé de manera expresa y sin necesidad de recurrir a interpretación alguna, *la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños que sufran los administrados como consecuencia de su actividad*. Dicha norma dispone:

¹⁰⁷ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 10 de abril de 2002. Caso Augusto Nunes Revenrendo de Pinho *versus* Cadafé. Este criterio fue reiterado por la Sala en sentencia de fecha 30 de julio de 2002 en el caso C.A. Electricidad de los Andes (Cadela).

Artículo 140. El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

Con la anterior prescripción constitucional, *se establece un mandato obligatorio a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para ordenar cuando sea procedente, la indemnización de los daños* sufridos por los particulares como consecuencia de la actividad de la Administración. Dicha norma se encuentra, a su vez, complementada por disposiciones cuyo origen inmediato puede ser encontrado en la Constitución de 1961 y que el Constituyente de 1999 no dudó en incorporar al nuevo Texto Constitucional dado su valor y alcance en protección de los derechos ciudadanos. Tales disposiciones son: el *artículo 259* de la Constitución vigente (antiguo 206 de la Constitución de 1961) relativo a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para ‘condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración’, así como para ‘conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos’ y los *artículos 21, 133 y 316* eiusdem (antiguos 61, 56 y 223, respectivamente, de la Constitución de 1961), en los cuales se fundamenta el Principio de Igualdad o Equilibrio ante las Cargas Públicas.

En este orden de ideas, resulta evidente que *la responsabilidad extracontractual de la Administración encuentra fundamento expreso en la actualidad en el Principio de Igualdad o Equilibrio ante las Cargas Públicas*. Este principio tiene fundamento en que la Administración persigue la satisfacción y tutela de los intereses colectivos; y, si está en ejercicio de sus potestades –por órgano de autoridad legítima– causa un daño a un particular, éste no puede sufrir individualmente las cargas de la actividad dañosa de la Administración. No debe en función del colectivo someterse a un miembro de éste a una situación más gravosa que la que soportan la generalidad de los que la conforman y, de ocurrir, el equilibrio debe restablecerse mediante la indemnización correspondiente; por lo que, independientemente de que la actividad de la Administración fuese lícita o ilícita, con o sin culpa, si ésta le ha causado un daño a un particular, la Administración debe responder patrimonialmente.

Se infiere de lo expuesto, que la Constitución vigente establece un *régimen de responsabilidad administrativa de carácter objetivo* que comporta tanto la llamada responsabilidad por sacrificio particular o sin falta, como el régimen de responsabilidad administrativa derivada del funcionamiento anormal del servicio público, según el cual los usuarios de los servicios públicos deben ser indemnizados por los daños que puedan surgir del mal funcionamiento de éstos.

[...]

Cabe concluir entonces, que del espíritu del Constituyente se deriva inequívocamente la voluntad de consagrar un *sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado, que abarca todos los daños ocasionados por cualquier actividad derivada del ejercicio de cualquiera de las funciones ejercidas por los órganos del Poder Público...* (énfasis añadido).

De esa manera, la Sala Político-Administrativa Accidental reiteró el criterio de la procedencia del daño moral en la responsabilidad del Estado y calculó la condena a ser pagada por parte de la República en unidades tributarias (U.T.).

Respecto del daño, también debemos distinguir el alcance de la reparación, desde que si se trata de actuaciones ilegítimas del Estado, la reparación del daño debe ser integral. En estos casos se indemnizan todos los perjuicios causados por la actuación ilegítima, sean estos directos o indirectos. Los administrados no están en posición de soportar las consecuencias perjudiciales de la actividad ilegítima.

No ocurre lo mismo cuando la actuación del Estado es legítima, pues en tales supuestos la reparación debe limitarse al valor objetivo del derecho sacrificado y los daños directos que se producen a consecuencia de la actuación del Estado. De allí que no son indemnizables, en estos casos de actividades lícitas, las ganancias hipotéticas, el lucro cesante y elementos subjetivos que podrían incidir en la valoración del derecho limitado.

En estos casos se ha señalado –Marienhoff, Comadira– que a falta de norma expresa y ante la imposibilidad de sostener la existencia a nivel constitucional de un deber de reparación integral frente a sacrificios particulares jurídicamente exigibles, resultan aplicables a los supuestos

de responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, los principios de la expropiación que niegan la procedencia de los daños por lucro cesante.

Para ello se ha invocado lo que en doctrina se conoce como la «fuerza expansiva de la expropiación», noción que, Marienhoff,

tiene gran amplitud conceptual. Sus principios no sólo comprenden y se aplican al específico acto por el cual el Estado, por causa de utilidad pública calificada por ley y previa indemnización, obtiene que le sea transferido un bien o cosa de un particular, sino que tales principios, se extienden y aplican a todos los supuestos de privación de la propiedad privada, o de menoscabo patrimonial, por razones de utilidad o interés público.¹⁰⁸

De esta forma, la indemnización prevista constitucionalmente en materia expropiatoria es considerada como un principio general de derecho aplicable a todos aquellos supuestos –no regulados por ley– en los que un derecho patrimonial cede por razones de interés público frente a un actuar lícito de la Administración. En estos supuestos, como indica Marienhoff, «en lugar de invocar como fundamento de esa obligación resarcitoria el ‘principio de responsabilidad por actos lícitos’ cuadra fundar dicho deber en el principio constitucional [...] en cuyo mérito todo agravio inferido a la propiedad privada para satisfacer exigencias de interés general debe ser resarcido». Esta analogía entre el instituto expropiatorio y la responsabilidad del Estado por su actuar lícito ha sido sustentada en las siguientes razones: «Tanto la expropiación como el régimen de la responsabilidad estatal por actividad legítima constituyen ‘intromisiones legales autorizadas’; tienden a proteger la misma garantía constitucional de la propiedad; persiguen una finalidad típica de interés público» (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 9-IX-1989. *Motor Once S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*).¹⁰⁹

¹⁰⁸ Marienhoff, Miguel. Ob. cit. Tomo IV, p. 130.

¹⁰⁹ Comadira, Julio Rodolfo. Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación, en *Derecho Administrativo*. Obra colectiva homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 473.

De forma que frente a las situaciones no reguladas por ley en las que el derecho del particular cede por razones de interés público, deben aplicarse analógicamente los principios que rigen el instituto expropiatorio que niegan la procedencia del daño por lucro cesante.

En Venezuela, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha destacado, con respecto a la procedencia del daño, lo siguiente:

...el hecho perjudicial debe ser directamente imputable a la Administración y debe constituir una afección cierta al patrimonio de bienes y derechos del administrado.

Tampoco es resarcible el daño cuyo objeto indemnizatorio comporte una actividad de naturaleza ilícita por parte de los afectados, pues resultaría un contrasentido que el Estado estuviese obligado a resarcir a un administrado que se ha comprometido contractualmente con cualquiera de los entes públicos prestatarios de servicios y no ha cumplido con las obligaciones derivadas de esa relación contractual, pues tal resarcimiento supondría una actividad contraria a la noción misma del deber resarcitorio que la Constitución consagra.

Y aún más, no todo daño causado por el funcionamiento normal o anormal de la Administración, *cuya eventual indemnización recaiga sobre un objeto lícito en su naturaleza está sujeto a reparación, pues el perjuicio debe realmente constar y ser procedente, esto es, debe constituir una verdadera afección a los bienes y derechos jurídicamente protegidos de quien los reclama*”(destacado nuestro).¹¹⁰

2. La imputabilidad del daño

Se requiere que el daño sea jurídicamente *imputable* a la Administración pública por su funcionamiento normal (i.e. actividad lícita) o anormal (i.e. actividad ilícita) derivado de cualquier actuación material o formal y debe estar referido a una situación *jurídicamente*

¹¹⁰ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1175, del 01 de octubre de 2002, caso *Civca versus Elecentro*.

protegida, es decir, a una situación permitida por la Ley, o a la actividad u omisión judicial o legislativa.

3. El nexo causal

Es también un elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado la existencia de un nexo causal que permita vincular ese daño con la gestión de alguno de los órganos del Estado, que exista un vínculo causal entre el daño causado y la actividad lícita o ilícita desplegada por el Estado. Algunos autores –Nieto– señalan que en este elemento está la clave interpretativa de todo el sistema de responsabilidad del Estado, pues si es importante determinar la causalidad en un régimen de culpa, más aun ha de serlo en uno de responsabilidad objetiva, dado que una causalidad matizada y moderada puede actuar de válvula de escape que modere los excesos que de otro modo se producirían inevitablemente al imputar todos los daños causados al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.¹¹¹

La relación de causalidad se desvirtúa y, por ende, la responsabilidad del Estado, por la ocurrencia de cualquiera de las siguientes causas extrañas no imputables:

(i) *La fuerza mayor*, acontecimientos imprevisibles, irresistibles, inevitables, no esperables razonadamente, independientes o ajenos al funcionamiento de la administración pública: Elemento externo al patrimonio del afectado que causa un daño que si bien pudo ser conocido era irremediable. El incendio causado por un rayo, inundaciones catastróficas, terremotos, etc. Por lo general la fuerza mayor opera como causal eximente de responsabilidad, en los supuestos de obras públicas que se ven afectadas en su ejecución por acontecimientos inevitables.

(ii) *El hecho de un tercero*, causal que se verifica cuando el daño deriva de una persona distinta al afectado y al autor del daño. No obstante, para que el hecho del tercero opere como causa de exoneración, es necesario que este sea la única causa del perjuicio. Si el hecho del

¹¹¹ Nieto, Alejandro. *Responsabilidad civil de la Administración Pública*. Revista de Derecho Público N° 10, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1982, p. 51.

tercero concurre con la conducta desplegada por la Administración, esta será igualmente responsable y no podrá eximirse de responsabilidad.

(iii) *La culpa de la víctima*, es otra de las causas eximentes de responsabilidad, desde que en estos casos el daño se produce en razón de que el afectado no habría actuado con la diligencia de un buen padre de familia. No obstante, para que funcione como causal de exclusión será necesario que la intervención culpable de la víctima haya sido la única y exclusiva causa del daño. Si se produce la concurrencia de la culpa de la víctima y la actividad de la Administración en la generación del daño, la responsabilidad se distribuye entre las partes. En este caso, la responsabilidad de la Administración se verá atenuada en la medida en que la víctima haya contribuido en mayor grado a la producción del daño.

VII. CONCLUSIÓN

Cierto que la responsabilidad del Estado ha sido entendida como un escudo de protección a la integridad de su patrimonio, sin embargo, esta no es su única función. Es también, en especial en los supuestos de responsabilidad con falta, un medio de control de la actuación de los órganos del Estado. Es una forma de controlar el poder, modelador de la acción del Estado, que propende a la mejora de los servicios y al más positivo desarrollo de las relaciones que se verifican entre el Estado y los administrados. La responsabilidad tiene un rol pedagógico sobre la actuación de los órganos del Estado, desde que impone las directrices que deberán regir su comportamiento.

Situación sin duda paradójica la que se plantea, pues la inaplicación de las reglas del derecho civil para explicar la responsabilidad del Estado, se estableció para disminuir los casos en los que el Estado debía responder y hoy –he aquí la paradoja– se aparta del derecho civil de nuevo, porque es necesario ampliar los supuestos.

Palabras finales

Excelentísimos numerarios de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, agradezco infinitamente su generosidad. Valoro el privilegio

inmenso de ingresar a esta institución. Reitero con solemnidad el compromiso de agotar todas mis facultades, en el riguroso cumplimiento de mis responsabilidades y me siento honrado de suceder al doctor Gonzalo Pérez Luciani. Si fuere que estoy preparado para ocupar el sillón N°17, vacante por su sensible fallecimiento, no sería sino por la obra de mi familia, maestros y alumnos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Araujo-Juárez, José. *Tratado de derecho administrativo formal*. Caracas, Vadedell hermanos Editores, 2001.
- Araujo-Juárez, José. *Derecho administrativo. Parte general*. Caracas, Ediciones Paredes, 2007.
- Badell Madrid, Rafael. *La protección de los intereses colectivos en Venezuela. Class action*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2014.
- Badell Madrid, Rafael. *Régimen de los contratos administrativos en Venezuela*. Caracas, Editorial Torino, 2001.
- Badell Madrid, Rafael. *Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela*. Caracas, Editorial Torino, 2002.
- Badell Madrid, Rafael. *Régimen jurídico de la expropiación en Venezuela*. Caracas, Editorial Paredes, 2014.
- Baena del Alcázar, Mariano. La lesión que no se tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley, en Luis Jordana de Pozas. *Creador de ciencia administrativa*. Madrid, Colección Maestros Complutenses de Derecho, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2000.
- Beltrán de Felipe, Miguel. *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*. Madrid, Civitas, 1995.
- Bielsa, Rafael. *Derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones La Ley, 1980.
- Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Número 24, enero de 2003.
- Botero Aristizábal, Luis Felipe. *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Colombia, Legis, primera edición, 2007.
- Brewer-Carías, Allan Randolph. *Discurso de Incorporación como Individuo de Numero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas, 3 de noviembre de 1978.

- Brewer-Carías, Allan Randolph. Principios del régimen jurídico de la Administración Pública conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública. *Conferencia pronunciada en la Asociación Venezolana de Derecho Administrativos y la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda)*.
- Brewer-Carías, Allan Randolph. *Tratado de derecho administrativo*. Primera edición, España, Thomson Reuters. Civitas, 2013. Volumen I: El derecho administrativo y sus principios fundamentales. La responsabilidad administrativa. Volumen IV: El procedimiento administrativo. La Administración Pública y la responsabilidad administrativa.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Segunda edición. Tomo I. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.
- Chavero Gazdik, Rafael. *Los actos de autoridad*. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo N° 8. Caracas, UCAB-Editorial Jurídica Venezolana. 1996.
- Comadira, Julio Rodolfo. *Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación en derecho administrativo*. Obra colectiva homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- Concheiro del Río, Jaime. *Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes*. Madrid, Editorial Dijusa, 2001.
- De Grazia Suárez, Carmelo. *La responsabilidad extracontractual del Estado en el ordenamiento jurídico venezolano. Evolución jurisprudencial 1993-2003*. Jornadas XXVIII J.M. Domínguez Escovar en homenaje al doctor Eloy Lares Martínez. Venezuela, 2003.
- Díaz Chirinos, Víctor Raúl. La responsabilidad del Estado derivada de la función jurisdiccional, en *La actividad e inactividad administrativa*. Caracas Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 96, 2012.
- Dicey, Albert. *The law of the Constitution*. Indianapolis, Liberty Fund, reprint, originally Published 8ed. 1915.
- Diez, Manuel María. *Derecho administrativo*. 3^{era} edición. Buenos Aires, 1974-1979.
- Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel. *El incumplimiento en la concesión de servicio público*. Madrid, Editorial Montecorvo, 1981.
- Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Undécima edición. Madrid, Editorial Tecnos., 1996.

- Entrena Cuesta, Rafael. Responsabilidad e inactividad de la Administración: notas para un intento de reelaboración, en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Tomo I. Valencia Tirant Lo Blanch., 2000.
- Fernández, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Madrid, Editorial Civitas, 1998.
- Fraga Pittaluga, Luis. *La terminación anormal del proceso administrativo por inactividad de las partes. Perención de la instancia y desistimiento*. Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1996.
- Fiorini, Bartolomé A. *Qué es el contencioso*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid, Civitas, 1976.
- García de Enterría, Eduardo. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. La Responsabilidad Patrimonial del Estado (II). Núm. 24, 3ª época, enero de 2003.
- García de Enterría, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid, Cuadernos Civitas, 1999.
- García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid, Cuadernos Civitas, 1983.
- García de Enterría, Eduardo. *Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso administrativas*, en *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*. Volumen 2. Madrid, Editorial Complutense, 1992.
- Garrido Falla, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. Volumen I. Madrid, Tecnos, 1975.
- Garrido Falla, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. Volumen II. Madrid, Tecnos, 1992.
- González Pérez, Jesús. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Madrid, Civitas, 1992.
- Grau, María Amparo. *Separación de los poderes y leyes presidenciales en Venezuela*. Caracas, Editorial Texto, C.A., 2009.
- Henao, Juan Carlos. Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado. *Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1996.

- Hernández Corchete, Juan A. *La responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas*, publicado en "El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo", Tomo II, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- Hernández S., José Ignacio. *Reflexiones críticas sobre las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración en Venezuela. Análisis de la interpretación dada al artículo 140 de la Constitución de 1999*. Caracas, Funeda, 2004.
- Hoyos Duque, Ricardo. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Bogotá, Editorial Temis, 1984.
- Iribarren Monteverde, Henrique. *Estudios de derecho administrativo*. Caracas, Ediciones Liber, 2004.
- Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Decimasegunda edición. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001.
- López Mesa, Marcelo J. Algunos excesos en materia de responsabilidad del Estado. ¿Es posible aplicar al Estado la doctrina del riesgo creado? Conferencia dictada el 30 de agosto de 2001, en la ciudad de Salta, Argentina.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomos II y IV. Tercera edición. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980.
- Martín Rebollo, Luis. Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones. (Separata del artículo publicado en la *Revista de Administración Pública*, n° 150, septiembrediciembre de 1999).
- Martín Rebollo, Luis. *Tres estudios sobre la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en España*. Santander, 2004.
- Moreau, Jacques. *La responsabilité administrative*. París, Presses Universitaires de France (PUF), 1986.
- Nallar, Daniel M. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público bajo un Sistema Federal de Gobierno*. *Revista de Derecho Administrativo*, n° 33/35, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000.
- Nieto, Alejandro. *Responsabilidad civil de la Administración Pública*. *Revista de Derecho Público*, n° 10, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1982.
- Ortiz-Álvarez, Luis. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1995.
- Parada, Ramón. *Derecho administrativo*. Tomo I. Cuarta edición. Madrid, Marcial Pons, 1992.

- Parejo, Jiménez Blanco y Ortega. *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid, Ariel, 1994.
- Parés Salas, Alfredo. *La responsabilidad patrimonial extracontractual de la Unión Europea por actuaciones conforme a derecho – El sacrificio particular a la luz del derecho alemán y europeo*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012.
- Pietri, Alejandro. *Valoración jurídica del daño moral*. Caracas, Editorial Fabreton, 1988.
- Risso Ferrand, Martín J. *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional*. Segunda edición. Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1998.
- Rivero, Jean. *Derecho administrativo*. Novena edición. Caracas, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984.
- Ruán Santos, Gabriel. La responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela. *Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1996.
- Saavedra Becerra, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.
- Schiemann, Konrad. *The State's liability in damages for administrative action*. The Bekerley Electronic Press (bepress). <http://ir.law.netfordham.edu/ilj>
- Soto Hernández, María Eugenia. *El proceso contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública venezolana*. Caracas, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo N° 15, UCAB, 2003.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *La responsabilidad del Estado*. Bogotá, Editorial Temis, 2000.
- Tawil, Guido Santiago. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993.
- Tornos Mas, Joaquín. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, en *Estudios sobre el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*. Barcelona, 1985.
- Turuhipial Cariello, Héctor. *La responsabilidad extracontractual del Estado por actuaciones conforme a la ley*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1995.

- Urosa Maggi, Daniela. *La tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*. Caracas, Funeda, 2003.
- Uslengui, Alejandro Juan. *Planificación urbana y responsabilidad estatal en derecho administrativo*. Obra Colectiva homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- Vedel, Georges. *Derecho administrativo*. Madrid, Ediciones Aguilar, 1980.
- Yaguez, Ricardo de Ángel. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid, Civitas, 1995.

**DISCURSO DE CONTESTACIÓN
DEL ACADÉMICO
DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI
AL DISCURSO DE INCORPORACIÓN
DEL DR. RAFAEL BADELL MADRID
A LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES**

Señor Doctor

Luis Cova Arria,

Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Señores Doctores

Eugenio Hernández-Bretón, Gabriel Ruán Santos,

Alberto Arteaga Sánchez y Jesús Ramón Quintero Prieto,

integrantes de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Señoras y Señores Colegas Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Señores Numerarios de otras Corporaciones Académicas Nacionales.

Señora **María Amparo Grau de Badell Madrid** e hijos

del Doctor **Rafael Badell Madrid**

Señores Doctores **Álvaro Badell Madrid** y **Nicolás Badell Benítez**

Señor Don **Rafael Badell Fernández** y

Doña Elvia Madrid de Badell, Padres y demás familiares

del **Doctor Rafael Badell Madrid**

Honorables Miembros de la Familia del **Dr. Pérez Luciani.**

Señoras y Señores.

Hoy la Academia de Ciencias Políticas y Sociales se honra en recibir en su seno a un nuevo miembro, a quien adornan sobresalientes cualidades de hombre de ciencia, de jurista destacado de calificada obra, quien en la cátedra ha contribuido a formar ejemplarmente muchas generaciones de profesionales del Derecho: El **Doctor Rafael Badell Madrid**. Agradezco a mis colegas académicos haberme deferido este grato encargo para dar el discurso de salutación protocolar al nuevo individuo de número y poder dar cuenta de las cualidades de este notable **Caballero del Derecho Venezolano.**

El recipiendario ocupará el sillón No. 17, vacante por el lamentable fallecimiento de su antecesor, el maestro Gonzalo Pérez Luciani, a quien correspondió desde 1998 y quien fuera ciencia, honor y prudencia en esta Academia. Del mismo modo, continua la línea de sucesión de sus dignos antecesores desde la fundación de esta corporación en 1915, los juristas **Drs., Jose Loreto Arismendi, Juan Bance, Jesús Leopoldo Sánchez, José Gabriel Sarmiento Núñez**, cuyas ejecutorias dieron brillante significación al derecho nacional.

El recuerdo del Doctor Gonzalo Pérez Luciani, permanece vivo en nuestro respeto y afecto. Su recia personalidad de erudito, la talla moral e intelectual que le proporcionó su obra, nos comprometen en momentos difíciles para el país y sus instituciones. Al recibir hoy, entre nosotros, al Doctor Rafael Badell Madrid, consideramos que su compañía contribuirá a enaltecer el prestigio asociado al Sillón No. 17, como el mejor homenaje a la memoria del Dr. Pérez Luciani, pues tenemos la certeza que el Maestro habría aplaudido la selección que esta Academia ha hecho del recipiendario, cuyo brillo intelectual, juventud y capacidad de trabajo así lo auguran.

DE LOS DATOS BIOGRÁFICOS DEL RECIPIENDARIO

Rafael Badell Madrid, sin aguardar a ser heredero de algo, cuenta con la honra de ser **“Hacedor de su propia herencia”**. Es una de esas **“criaturas selectas”**, a la que alude *Ortega y Gasset*, que **“...se exigen más que los demás, ...y mucho “...y que acumulan sobre sí mismas dificultades y deberes más que los demás”**.

Todo lo que es, es obra aquilatada por el hábito de la abnegación, de la laboriosidad, del estudio, de la simplicidad de fines, y de una aguda focalización estratégica, tanto en la concepción como en la ejecución de propósitos¹¹². Lo define una capacidad de organización en el detalle de todos los detalles, en la puntualidad y en la cortesía. Y por supuesto, un gran talento y pasión por el trabajo.

¹¹² Cf. Malcom Gladwell, *Outliers<the story of success>*, Little, Brown and Company, New York, 2011, p. 34.

Comparte el gentilicio de un honorable hogar Zuliano, establecido en Caracas, cuyo fundamental patrimonio son caudales de rectitud, superación, honestidad y trabajo sin pausas. El novel académico nació en esta Capital el 19 de diciembre de 1958. Es hijo de una pareja comprometida que formó esa gran familia. Sus padres Don Rafael Badell Fernández y Doña Elvia (Felicia) Madrid. La presencia jubilosa de ambos en esta sala, engalana este acto.

Es el cuarto de una prole de una hembra y cinco hermanos varones. Todos profesionales universitarios. Todos los varones llevan orgullosos, entre otros, el nombre “**Rafael**”. Por eso, con razón la casona que sirvió al hogar paterno, se denominó “**Los Rafaelés**”.

Doña Elvia es Maestra de formación y de oficio, filántropo de corazón y de acción. Se le atribuye a su marcado y cariñoso ejemplo esa vocación de los hijos por el éxito y por la entrega solidaria hacia los demás.

Don Rafael Badell Fernández, es un hombre de una inteligencia superlativa, que hoy a sus 93 años nos inspira con su extraordinaria lucidez. Ha sido un ejemplo de superación personal para todos, con su trabajo y perseverancia de propósitos.

Pero la trayectoria vital de Rafael Badell Madrid no puede explicarse, y tampoco comprenderse, sin referirla a la personalidad magnífica de su esposa, compañera de estudios y de ejercicio profesional, la admirada Jurista María Amparo Grau. Una combinación virtuosa y poderosa, bendecida por el amor y por el trabajo. **Juntos** han dado vida y ejemplo a sus tres hijos: (i) Jessica, también abogada (graduada en la Universidad de **Oxford Brooks** en Gran Bretaña, con Maestría en Derecho en el afamado **Instituto de Empresas** de Madrid), (ii) Rafael Andrés, el científico de la familia, (estudiante de bioquímica en la Universidad de **Cardiff** en Gran Bretaña) y la pequeña (iii) María Amparo Badell Grau, la alegría de todos (hoy estudiante de bachillerato **Cushman School** en Miami, Florida, Estados Unidos de América). **Juntos** construyeron el hogar que ocupan hoy en una acogedora casona apodada cariñosamente “**La Morita**”. **Juntos** fundaron e integran activamente desde hace más de 30 años, el prestigioso despacho de abogados **Badell & Grau**. **Juntos** han promovido y engrandecido los estudios del derecho público en el país.

Es un lugar común afirmar que **“detrás de todo gran hombre hay una gran mujer”**. En nuestro caso, lo justo es afirmar que **“al lado de este gran hombre, está esa gran mujer, María Amparo Grau”**.

La visión de ambos para procurar la mejor formación y experiencias a la pequeña familia los ha llevado a vivir y a educar a los hijos en Oxford, en Madrid y en Miami y a veces a residir separados y a conmutar constantemente las distancias entre Europa y Venezuela, por el porvenir de los hijos, siempre recordando su compromiso hacia nuestro país. *Afortunadamente, el Sillón No. 17, que ocupará el novel académico, es lo suficientemente ancho en el afecto y ancho en el merecimiento, para sentar a ambos, a Badell y a Grau.*

Hoy Rafael Badell Madrid es el *patriarca* de una ilustre familia. Con la dignidad y con la prestancia del *paradigma romano*, ejerce un indiscutible liderazgo de generosidad y afecto que derrama en constantes atenciones en el seno de su extensa familia. Es el punto de referencia y unión familiar entre sus padres y hermanos, entre sobrinos e hijos, entre primos, parientes y amigos. Por eso, sería apropiado afirmar que, **“Los Rafeles”** de ayer, es **“La Morita”** de hoy.

DE LA FORMACIÓN ACADÉMICA DEL RECIPIENDARIO

La Universidad Católica Andrés Bello es una expresión institucionalizada de la tradición Jesuita, del humanismo cristiano en busca de la excelencia. Hoy ocupa un liderazgo indiscutible en el quehacer académico del país, en la inagotable búsqueda de la verdad y de la universalidad del sentido, en la agobiada y doliente realidad de Venezuela.

Rafael Badell Madrid es otro valioso egresado de nuestra *alma matter*, nuestra querida *alma matter*, la Universidad Católica Andrés Bello, con los títulos de abogado y Doctor en Derecho. Es también especialista en Derecho Administrativo egresado de la **“casa que vence la sombra”**, la agregia Universidad Central de Venezuela. Su ejemplar trayectoria representa el paradigma del ejemplar *Ucabista* comprometido humildemente con la excelencia para servir más y mejor. Representa los mismos valores de todas esas generaciones de estudiantes que se identificaron con el propósito común de promover el conocimiento, el progreso, la justicia y el desarrollo social del país. Representa los mismos ideales de nuestros estudiantes de hoy que expresan su rechazo

cultural y que condenan el uso irracional de la fuerza, que rechazan la imposición de una visión única y totalitaria del pensamiento de esa forma que busca humillar en vez de exaltar los mejores valores de la convivencia social.

Rafael Badell Madrid es integrante de esa promoción de extraordinarios juristas correspondiente a la promoción del año 1982, entre los cual destacan el también Académico Henrique Iribarren Monteverde, María Amparo Grau, Diana Trías Bertorelli, Carlos Acedo Sucre, Oscar Torre, Vicente Carillo-Batalla, Habib Jesús Fadel Muci, José Alfredo Giral, Pedro Rangel, Eduardo Polanco Fernández, Armando Carmona, Aurelio Conchesso, Guillermo De La Rosa, entre otros.

Es igualmente un discípulo dilecto del Profesor Luis Henrique Farías Mata, **“maestro de maestros”**, conspicuo numerario de esta Corporación, cuyo liderazgo académico, junto a otros notables integrantes de esta Academia, han contribuido a difundir los estudios del Derecho Público y a defender con sus enseñanzas los valores del Estado Democrático de Derecho en Venezuela, hoy muy atribulado por el autoritarismo y por el cesarismo.

Especial mención merece su afinidad con la admirada profesora Cecilia Sosa Gómez. Un fructífero intercambio intelectual marcará una relación de amistad y colaboración desde estudiante con quien fuera digna Magistrado y Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela.

DE LA TRAYECTORIA DOCENTE Y DE LA EXPERIENCIA JUDICIAL DE RAFAEL BADELL MADRID

La obra docente de Rafael Badell Madrid se revela con brillo y perseverancia. Su interés por el Derecho Administrativo tiene su origen desde sus andaduras de estudiante como pasante en la Procuraduría General de la República, habiendo ingresando en 1979, por concurso, en el cargo de asistente de asuntos legales en la Dirección de Expropiación. Ascendió por todo el escalafón de la carrera administrativa en esa institución, hasta desempeñarse como Director de lo Contencioso Administrativo, como Director de Asesoría del Estado y como Secretario del Consejo de Asesoría Jurídica de la Administración Pública (CAJAP). A

su separación de la Procuraduría General de la República en 1985, siguió desempeñándose como asesor externo coordinando varios equipos de trabajo dedicados a la defensa de los intereses de la República y a la elaboración de proyectos de actos normativos.

Rafael Badell Madrid también ha acumulado una significativa experiencia en materia judicial. Inicialmente como Abogado relator de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (1985–1989), Abogado relator de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1989-1996), Conjuez de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (1990-1993), Conjuez de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (1999-2002) y finalmente como Conjuez de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (2002- 2005).

La dedicación del novel académico por el estudio y la docencia del derecho público se inician también desde sus tiempos de estudiante. De un lado, como miembro Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello (1980-1982), entonces acertadamente presidido por la Profesora Cecilia Sosa Gómez y, por otro, como preparador de Derecho Internacional Público, en la cátedra conducida por los admirados Profesores Asdrúbal Aguiar Aranguren y Raúl Arrieta Cuevas. En esa misma cátedra continuó como Profesor al graduarse en 1982, incluso por varios años.

Se estrenó con pasión como Profesor instructor desde el punto raso del escalafón docente, hasta llegar hoy al rango de Profesor Asociado. Continuó con las Cátedras de Pregrado en (i) Derecho Administrativo Económico, (ii) Derecho Administrativo I., (iii) Prácticas de Derecho Administrativo, (iv) Contencioso Administrativo, (v) Contencioso Constitucional y (vi) Expropiaciones.

Ha tenido igualmente una importante presencia en la enseñanza a nivel del Postgrado en Derecho Administrativo. Se ha desempeñado en las Cátedras de (i) Organización y funcionamiento de la Administración, (ii) Responsabilidad administrativa, (iii) Contratos de la Administración, (iv) Régimen Jurídico de las Expropiaciones y (v) Proceso contencioso administrativo.

Por años participó como profesor colaborador en los Estudios de Postgrado en el interior del país que organizó la Universidad Católica Andrés Bello, bajo la acertada dirección del recordado R.P. Fernando

Pérez-Llantada, s.j, y del Académico Alberto Baumeister Toledo, impartiendo varias materias en Derecho Administrativo en distintas ciudades del país, tales como, Maracaibo, Barquisimeto, Maturín, Ciudad Bolívar y Puerto Ordaz.

Del mismo modo en 1989 ingresó por concurso de oposición en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, donde se desempeñó en las Cátedras de (i) Contenidos de la actividad administrativa, (ii) Procedimiento Contencioso Administrativo, (iii) Potestad Sancionatoria de la Administración, y (iv) Responsabilidad del Estado.

La misión docente y de investigación de Rafael Badell Madrid, también lo ha llevado a protagonizar en prestigiosas Universidades extranjeras. Especial mención merece su estancia en la afamada Universidad de *Oxford* entre 1998 y 1999, donde presidió la “**Cátedra Andrés Bello**” en el *St. Antony College*. Ese esfuerzo fue coronado con la publicación de su emblemática investigación sobre “**Derecho comparado de la Banca Central**”, tema sobre el cual impartió seminarios y conferencias. La experiencia inglesa fue extraordinariamente enriquecedora para el novel académico. *Oxford* y el sistema jurídico anglosajón lo cautivaron. La tradición milenaria de esa Universidad, la experiencia docente, el pragmatismo del *common law* y el temperamento afable del gentilicio inglés, fueron ideales para este *Caballero del Derecho Venezolano*. Otra fructífera estadía se repetiría como Profesor invitado (*Senior Associate Member*) entre los años 2006 y 2007.

De igual forma en el exterior ha participado como profesor invitado de postgrado en la Universidad de San Pablo CEU de Madrid (años 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005), en la Universidad Haveriana de Bogotá y en la Universidad Austral de Buenos Aires. Ha dado conferencias en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y en el Seminario de Don Eduardo García de Enterría de la Universidad Complutense de Madrid.

Una actividad docente tan extensa y variada como la descrita no sólo es prueba de su versatilidad, de su condición erudita de jurisconsulto, sino de su magnanimidad de espíritu para compartir su Conocimiento.

DE LOS APORTES ACADÉMICOS DEL PROFESOR BADELL MADRID

Rafael Badell Madrid exhibe una obra jurídica fecunda. El conjunto de sus creaciones son un caso notable de coherencia y continuidad de ideas y temas. Su producción se distribuye ordenada y sucesivamente en los campos del Derecho Público con particular énfasis en el Derecho Administrativo. Dan cuenta de ese encomiable logro más de 10 libros y más de 30 artículos monográficos en revistas especializadas en Venezuela y del exterior. Mencionarlos todos sería un exceso del discurso y empecería el júbilo de este acto.

Debe destacarse que su obra la identifica un estilo directo que es el resultado de su sinceridad. Emplea un lenguaje claro, con la debida propiedad técnica, sin adiposidades innecesarias y con la precisión que exige la corrección del discurso jurídico.

La impronta pragmática es un rasgo sobresaliente en la obra de Rafael Badell Madrid. Ese propósito se presenta como un esfuerzo por combinar teoría y práctica, cultura científica y cultura humanística, razón y acción. Esa vocación no debe confundirse con la versión chata y banal que glorifica el rendimiento individual e inmediato, despreciando las formas más elevadas de realización intelectual. La disposición pragmática en su obra se hace notoria en la crítica conceptual, en la reflexión analítica al buscar liberar al pensamiento de nociones obtusas y deformadoras de la realidad o sencillamente estériles¹¹³. Lo que él procura es la continuidad entre pensamiento y acción, para hacerlo más eficaz y la conducta más inteligente. Sus instrumentales son la lógica y la argumentación racional. Su propósito incidir en la claridad del pensamiento, en la experiencia real y concreta de los individuos para ampliar sus horizontes de acción personal y colectiva. Su labor crítica, por tanto, constructiva, lo convierte en un agente sobresaliente del desarrollo material y moral del derecho venezolano.

Destacan entre otras de sus obras: (i) “El interés de la República en las demandas de nulidad por ilegalidad intentadas contra las

¹¹³ Sobre el pensamiento pragmático, Ángel Manuel Faerna, *Introducción a la teoría pragmática del conocimiento*, Siglo XXI Editores, Madrid 1996, p. 13.

decisiones emanadas de la Comisión creada por el Decreto Nro. 61”¹¹⁴; (ii) “Agotamiento de la vía administrativa en el caso de las decisiones emanadas de la Comisión creada por el Decreto Nro. 61”¹¹⁵; (iii) “Comentarios acerca de los motivos de impugnación en el contencioso administrativo”¹¹⁶; (iv) “Teoría de la Imprevisión en los Contratos Administrativos”¹¹⁷; (v) “El Régimen de Licitaciones en el ámbito municipal”¹¹⁸; (vi) “El Recurso por Abstención o en Carencia”¹¹⁹; (vii) “Las partes en el proceso administrativo, terceros intervinientes, coadyuvantes”¹²⁰; (viii) “El Régimen jurídico de las Concesiones de Obra Pública y Servicios Públicos”¹²¹; (ix) “La Contratación Administrativa”¹²²; (x) “Consideraciones sobre el Régimen Jurídico del Banco Central en el Derecho Comparado”¹²³; (xi) “Consideraciones acerca de la Constitución Económica”¹²⁴; (xii) Responsabilidad Patrimonial del Estado en Venezuela”¹²⁵; (xiii) “La Concesión Administrativa”¹²⁶; (xiv) “Estudios

¹¹⁴ Publicado en “Revista de Derecho Público”, No. 29, enero - marzo, 1987.

¹¹⁵ Publicado en: *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, Año 3, No. 3, 1988.

¹¹⁶ Publicado en: *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 1993.

¹¹⁷ Publicado en: “*Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*”, editado por la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991.

¹¹⁸ Publicado en: “*La Contratación Municipal*” editado Por Prohombre – P.H. Editorial, C.A.; Caracas, 1988.

¹¹⁹ Publicado en: “*El Contencioso Administrativo en Venezuela*”; editado por el Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Valencia, 1994. 246 Discurso de contestación.

¹²⁰ Publicado en: “*Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Brewer-Carías’ - Contencioso Administrativo*”. Editado por Funeda. Caracas, 1996.

¹²¹ Publicado en: “*Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*”, Universidad Externado de Colombia, 1996.

¹²² Publicado en: “*Venezuela en Oxford, 25 años de la Cátedra Andrés Bello en el St. Anthony College de la Universidad de Oxford*”, Banco Central de Venezuela, 1999.

¹²³ Publicado en: “*Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Brewer-Carías’ – las Formas de la Actividad Administrativa*”. Editado por Funeda. Caracas, 1997

¹²⁴ Publicado en: “*Revista del Banco Central de Venezuela*” No. XIX, Caracas, 2000.

¹²⁵ Publicado en: “*II Congreso Iberoamericano de Derecho Civil: Principales Aspectos de la Responsabilidad Civil y del Estado en los Umbrales del III Milenio*”, Ciudad de Salta, Argentina 2001.

¹²⁶ Publicado en: “*Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*”, N° 137, Enero-Diciembre 2000, Caracas.

sobre las Constituciones de Venezuela en el Siglo XX¹²⁷; (xv) “Responsabilidad del Estado en Venezuela”¹²⁸; (xvi) “Régimen Jurídico del Contrato Administrativo”¹²⁹; (xvii) El Amparo Constitucional en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia¹³⁰; (xviii) “Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones en Venezuela”¹³¹; (xix) “Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela”¹³²; (xx) “Régimen Jurídico del Servicio Eléctrico en Venezuela”¹³³; (xxi) Tendencias Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela”¹³⁴; (xxii) “Régimen Jurídico del Contrato Administrativo”¹³⁵; (xxiii) “Competencias de la Sala Constitucional”¹³⁶; (xxiv) “Limitaciones legales al Derecho de Propiedad”¹³⁷; (xxv) “Jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia”¹³⁸; (xxvi) “La Liberalización de los Servicios Públicos en Venezuela”¹³⁹; (xxvii) “El Recurso de Nulidad”¹⁴⁰; (xxviii) “Crisis del Principio de Separación de Poderes en Venezuela”¹⁴¹; (xxix) “Régimen Jurídico de las OPAs”¹⁴²; (xxx)

¹²⁷ Publicado en: “**Venezuela Siglo XX. Visiones y Testimonios**”, Fundación Polar, Caracas, 2001.

¹²⁸ Editorial Badell & Grau, Caracas, 2001.

¹²⁹ Editorial Badell & Grau, Caracas, 2001.

¹³⁰ Publicado en: “**Revista de Derecho N° 4**”, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002.

¹³¹ Editorial Badell & Grau, Caracas, 2002.

¹³² Editorial Torino, Caracas, 2002.

¹³³ Editorial Torino, Caracas, 2002.

¹³⁴ En el *Seminario D. Eduardo García de Enterría en la Universidad Complutense*, Madrid 2002.

¹³⁵ En el curso de postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad San Pablo-CEU. Madrid, España, 2002.247 Discurso de contestación

¹³⁶ Publicado en: “**Libro homenaje a José Andrés Fuenmayor**”, Tribunal Supremo de Justicia, colección libros Homenaje N° 8. Caracas, 2002.

¹³⁷ Publicado en: “**Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani**”, Tribunal Supremo de Justicia, colección libros Homenaje N° 7. Caracas 2002.

¹³⁸ Publicado en: “*Comentarios Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia*, en XXVII Jornadas J.M Domínguez Escovar”, Barquisimeto 2002.

¹³⁹ Publicado en: “*VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, El Nuevo Servicio Público*”, FUNEDA, Caracas-Venezuela, 2002.

¹⁴⁰ Publicado en: “*Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo, en XXVII Jornadas J.M Domínguez Escovar*”, Barquisimeto, Venezuela 2003.

¹⁴¹ Universidad de San Pablo-CEU. Madrid, en los V Cursos de Enero. Madrid, España 2003.

¹⁴² Publicado en: “*Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo, en XXVII Jornadas J.M Domínguez Escovar*”, Barquisimeto, Venezuela, Enero 2004.

“Fundamentos Jurídicos de la Regulación Económica”¹⁴³; (xxxii) “La Tutela Judicial de los Intereses Colectivos y Difusos (*Class Actions*)”¹⁴⁴; (xxxiii) “La Responsabilidad Patrimonial del Estado Venezolano”¹⁴⁵; (xxxiiii) “El Régimen Jurídico de las Concesiones Administrativas. Especial Referencia a los Estados y Municipios”¹⁴⁶; (xxxv) “Contratos de Interés Público Nacional”¹⁴⁷; (xxxvi) “La Inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos del Estado”¹⁴⁸; (xxxvii) “Procedimientos judiciales previsto en el Código Orgánico Tributario. Especial referencia al Recurso Contencioso Tributario”¹⁴⁹; (xxxviii) “Materia del Recurso Contencioso Anulación”¹⁵⁰; (xxxix) “Medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho Administrativo Venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos”¹⁵¹; (xl) “El Recurso de Nulidad”¹⁵²; (xli) “Medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho Administrativo Venezolano. Especial Referencia al arbitraje en los contratos administrativos”¹⁵³; (xlii) “La protección de los Intereses Difusos y Colectivos en el Contencioso Administrativo

¹⁴³ Publicado en: “*VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*”, Caracas, Venezuela, 2004.

¹⁴⁴ Publicado en: “*Revista de Derecho N° 14 del Tribunal Supremo de Justicia*”, Caracas, Venezuela, 2004.

¹⁴⁵ Publicado en: “*Estudios de Derecho Público*, Tomo II, UCAB, Caracas, Venezuela, 2004.

¹⁴⁶ Publicado en: “*II Jornadas sobre Derecho Administrativo sobre las Formas de la Actividad Administrativa*”, realizadas en el Colegio de Abogados del Estado Carabobo el 27 y 28 de agosto de 2004.

¹⁴⁷ Publicado en: “*Revista de Derecho Administrativo* N° 19 Julio - Diciembre 2004”, Editorial Sherwood, Caracas, Venezuela, 2005.

¹⁴⁸ Publicado en: “*VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer-Carías*”, Caracas, Venezuela, 11 de Noviembre de 2005.

¹⁴⁹ Publicado en: “*Revista de Derecho N° 19 del Tribunal Supremo de Justicia*”, Caracas 2005.248 Discurso de contestación

¹⁵⁰ Publicado en: “*El Contencioso Administrativo en el ordenamiento jurídico venezolano y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Homenaje a la Dra. Hildegard Rondón de Sansó*”, III Jornadas sobre Derecho Administrativo de Carabobo. Caracas, Venezuela, 2006.

¹⁵¹ Conferencia dictada el 24 de enero de 2006 en la Universidad San Pablo-CEU Madrid, España.

¹⁵² Publicado en: “*Libro Homenaje al Profesor Luís Henrique Farías Mata*”, Colegio de Abogados del Estado Lara, Librería J. Rincón. Barquisimeto, Venezuela, 2006.

¹⁵³ Publicado en: “*Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luís H. Farías Mata*”. Universidad de Margarita, Caracas, Venezuela, 2006.

Venezolano”¹⁵⁴; (xlii) “La Concesión Administrativa”¹⁵⁵; (xliii) “La Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Constitución de 1999 y su percepción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia”¹⁵⁶; (xliv) “Desarrollo Jurisprudencial del Servicio Público”¹⁵⁷; (xlv) “Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos en Venezuela”¹⁵⁸; (xlvi) “Medidas Cautelares en el Procedimiento Administrativo en Venezuela”¹⁵⁹; (xlvii) “El Derecho Administrativo en Venezuela. De la Constitución de 1961 a la de 1999”¹⁶⁰; (xlviii) “Luces y sombras del Derecho Administrativo en Venezuela”¹⁶¹; (xlix) “La Tutela de los Intereses Colectivos y Difusos en Venezuela como medio de protección constitucional”¹⁶²; (l) “La Tutela Judicial de los Intereses Colectivos y Difusos como medio de protección constitucional”¹⁶³; (li) “La Demanda de Nulidad”¹⁶⁴; (lii) “Los intereses colectivos y difusos y su protección judicial en Venezuela”¹⁶⁵.

Una trayectoria de investigación y reflexión tan extensa y variada como esta, es evidencia del inquebrantable esfuerzo del Profesor Rafael Badell Madrid por promover y divulgar generosamente el conocimiento

¹⁵⁴ En *Congreso Internacional de Justicia Administrativa. Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Sinaloa. Culiacán Rosales*, Sinaloa, 3 de mayo de 2006.

¹⁵⁵ Publicado en: “*Libro homenaje al manual de derecho administrativo de Eloy Lares Martínez*”. Editorial Jurídica Venezolana. Universidad Monteávila. Caracas, Venezuela, 2006.

¹⁵⁶ Publicado en: “*El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980 - 2005*”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, págs. 109 a la 163.

¹⁵⁷ Publicado en: “*XIII Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo*”. Noviembre de 2006. Valencia, Estado Carabobo. Venezuela.

¹⁵⁸ Conferencia dictada el 5 de septiembre de 2008 en la Universidad del Comahue. Tercer Ciclo Internacional de Conferencias de Derecho Administrativo. Neuquén-Argentina.

¹⁵⁹ Conferencia dictada el 8 de septiembre de 2008 en la Universidad Austral de Buenos Aires.

¹⁶⁰ Conferencia dictada en el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Septiembre de 2008.

¹⁶¹ Conferencia dictada en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales bajo la organización del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas, 2009.

¹⁶² Publicado en: “*II encuentro latinoamericano de postgrados en derecho procesal*”. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009.

¹⁶³ Conferencia dictada en la *XVI Jornada Centenaria “La Constitución: Mecanismos para su Defensa”* con el Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, la Universidad de Carabobo y la Universidad Arturo Michelena. Junio, 2010.

¹⁶⁴ Publicado en: “*Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo, en XXVII Jornadas J.M Domínguez Escovar*”, Barquisimeto, Venezuela. 2013.

¹⁶⁵ Conferencia dictada en el *III Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional*, Universidad Monteávila, Caracas, 2013.

jurídico. Estos son los recorridos ejemplares que se admiran y se agradecen, porque definitivamente contribuyen al desarrollo del Derecho por el efecto multiplicador que tienen.

DE LA TRAYECTORIA PROFESIONAL DEL RECIPIENDARIO

Expresión de su agudo sentido práctico es su juicio prudente. Siempre presente en la enseñanza docente como en el ejercicio profesional, en la asesoría de empresas, en la resolución de conflictos, en el litigio, allí donde no son decisivas las teorías sino que se valora la posibilidad de aprender del caso concreto, del ejemplo, del modelo, de la experiencia, de la práctica. Esa actitud hace evidente la máxima moral de que *“no hay virtud sin práctica”*¹⁶⁶.

Tanto es así que, en los cotos de la abogacía venezolana el nombre de *Badell & Grau*¹⁶⁷ tiene un lugar privilegiado asociado a la excelencia en la práctica del derecho. Nuestro novel académico fundó en 1985 junto a su esposa, el despacho jurídico homónimo. Bajo su supervisión la firma cuenta con el reconocimiento de haber participado en la solución de casos de notable significación para la edificación de la profesión y del derecho público en particular. Su liderazgo es reconocido entre clientes nacionales e internacionales y su impronta eficiente y diligente se hace sentir en todos los servicios de la institución¹⁶⁸. Destila la calidad más apreciada en un abogado: su trato genera *confianza*¹⁶⁹ en sus clientes y *respeto* en sus colegas, con esa particular prestancia que lo distingue como un *Caballero del Derecho Venezolano*. Comparte el esfuerzo del trabajo diario con distinguidos juristas, entre ellos su hermano Álvaro Badell Madrid y su sobrino Nicolás Badell Benítez, así como otros 15 profesionales dedicados a los ásperos, pero gratificantes quehaceres jurídicos.

¹⁶⁶ Cfr. Juan Antonio Martínez Muñoz, *El conocimiento jurídico*, 3ra edición, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2012, p. 435.

¹⁶⁷ <http://badellgrau.com/> (consulta efectuada el 10 de junio de 2014).

¹⁶⁸ <http://www.chambersandpartners.com/firm/143517/9> (consulta efectuada el 10 de junio de 2014).

¹⁶⁹ Cfr. Pablo Bieger, *“El abogado”*, en *El oficio de Jurista*, Siglo XXI, Madrid 2006, p. 44

DEL TRABAJO DE INCORPORACIÓN

Son tiempos de gran fragilidad para el Derecho en Venezuela. La lucha jurídica permite a quienes monopolizan el capital legal necesario, la posibilidad de poner el derecho de su parte haciendo pasar el atropello como simple e inocente aplicación del mismo¹⁷⁰. La incidencia dañosa de la actividad del Estado en los patrimonios particulares se hace presente en casi todas las manifestaciones del actuar público.

Como disertación de incorporación a esta Corporación, Rafael Badell Madrid nos ofrece un ejemplo clínico de su condición de pensador teórico y de activista jurídico en materia administrativa: Un estudio sobre **“La evolución jurisprudencial y normativa de la Responsabilidad del Estado en Venezuela”**.

En el trabajo se analiza este importante tema del Derecho Administrativo, desde el punto de vista de la jurisprudencia francesa, aquella que le dio origen –con la decisión Blanco, piedra angular del Derecho Administrativo– así como la jurisprudencia nacional que durante años fue desarrollándolo. Así mismo se refiere a la doctrina nacional y extranjera que ha estudiado el tema y formula consideraciones sobre la legislación sustantiva, incluso de rango constitucional (artículo 140) y la nueva ley procesal sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que establece el medio procesal destinado a tramitar, sustanciar y decidir las demandas de esta naturaleza, es decir, aquellas que pretenden hacer efectiva la responsabilidad del Estado.

La originalidad del estudio consiste en el análisis de la responsabilidad del Estado como una garantía constitucional y no como un principio más de la organización del Estado. El autor propone entender la responsabilidad del Estado como la institución que tiene por virtud abolir el privilegio de dañar con impunidad.

Se destaca que esta institución es una figura autónoma del derecho civil, con reglas especiales que atiendan a la noción de interés público que el Estado está llamado a satisfacer pero sin que ello merme, por

¹⁷⁰ *Vid.*, Sánchez Pedroche, J. Andrés, *Forma y Materia en Derecho Tributario y Financiero <incumplimiento de deberes formales y pérdida de derechos sustanciales>*, Centro Estudios Financieros, Valencia, Venezuela, 2004, p. 10.251 Discurso de contestación

su carácter garantístico, la noción de la responsabilidad integral que se produce, cuando el Estado causa un daño en la esfera jurídico subjetiva de los administrados.

En el trabajo se analiza la responsabilidad del Estado en todas sus vertientes, pues si bien reconoce que en sus orígenes se vio referida únicamente a la Administración, hoy no hay duda de que la misma comprende todas las manifestaciones de la actividad del Estado y abarca al Estado legislador, al Estado juez, al Estado en cualquiera de los contenidos de su actividad y en cualquiera de las formas de su organización, incluidos los daños morales, respecto de los cuales se hace un enjundioso examen de la abundante jurisprudencia que así lo ha decidido, en una primera etapa aplicando el Código Civil (artículo 1.196), sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, caso *Cadafe* en 1985 hasta reconocerlo como parte del sistema de responsabilidad de derecho público de rango constitucional, en la sentencia de 2001, del Tribunal Supremo de Justicia en la que se pronunció en relación a los daños morales derivados de lesiones físicas sufridas por el particular a consecuencia del estallido de un aparato explosivo que le causó daños físicos, (caso *Hugo Eunice Betancourt Zerpa*), estableciéndose incluso que en esta responsabilidad el daño cierto sufrido *no debe ser probado sino estimado*, estimación que no será vinculante para el juez.

Se pone de manifiesto que a diferencia del derecho civil, el fundamento de la responsabilidad del Estado no radica en la noción de culpa ni se explica mediante la noción de responsabilidad objetiva, pues como se ha indicado, responde a la condición de una garantía para la integridad del patrimonio del particular frente a la acción del Estado. De allí que se traslade al daño el elemento central de configuración de la responsabilidad, de manera que no resulta relevante que el autor de la lesión haya actuado en forma lícita o ilícita, basta que se produzca una lesión que sea atribuible a la actividad o inactividad del Estado para que nazca en el particular el derecho a ser indemnizado, porque se entiende que el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias, sin compensación.

La noción de responsabilidad por actuación lícita se fundamenta en el principio de igualdad ante las cargas públicas, por el cual el

particular tiene el derecho a la integridad de su patrimonio, y a no sufrir desmejoras que otros no soportan, pues si el Estado con su actividad requiere el sacrificio del particular en beneficio del colectivo, en todo caso debe reparar ese daño.

El autor analiza en el derecho comparado el principio según el cual el Estado tiene que responder por los daños causados aun ante actuaciones lícitas, haciéndose referencia a los casos de Alemania, España, Francia, Holanda e Italia y a la importancia de la jurisprudencia en la construcción de una institución de la responsabilidad estatal fundada en la intangibilidad relativa del patrimonio particular, pues el sacrificio exigido por la Administración al particular en beneficio del interés general es posible pero en todo caso dicha exigencia debe ser compensada a través de la correspondiente indemnización. También en este sentido se analiza la teoría de la responsabilidad por el riesgo creado para justificar la responsabilidad del Estado frente a la ausencia de falta, al interpretarse que cuando la Administración lleva a cabo una actividad de la cual se beneficia o aprovecha y crea un riesgo de causar daños, debe responder por el daño causado cuando dicho riesgo se verifique o concrete, con independencia de toda culpa objetiva o subjetiva.

Se destaca que han sido muchos los casos en los que bajo la idea del riesgo e inspirados en la jurisprudencia francesa, han determinado la responsabilidad del Estado por la presencia de obras que implican un riesgo para la colectividad, mencionándose, entre otros, los ejemplos de depósitos de municiones o explosivos; daños causados por enfermos mentales sujetos al cuidado del Estado o delincuentes reeducados por éste que posteriormente vuelven a delinquir. También se analiza el uso de esta tesis en Venezuela, al señalarse que la jurisprudencia ha determinado la responsabilidad del Estado por riesgo creado sobre todo en supuestos de daños causados por instalaciones eléctricas.

La tendencia de la doctrina a reconocer la responsabilidad por actuaciones conforme a Derecho encuentra también acogida en el derecho comunitario de la unión europea. Se mencionan los autores que apoyan este régimen de responsabilidad (Bronkhorst, Barav, Haack, Ewerty Pernice) basados en la necesidad de completar el sistema de protección judicial europeo y en el artículo 340 del Tratado de la Unión Europea, conforme al cual el daño debe haber sido producido por instituciones o

agentes de la Unión Europea, en ejercicio de una función pública, debiendo tratarse de un daño especial, anormal y actual, y asimismo debe existir una relación de causalidad. Se indica que la anormalidad del daño se refiere, según la jurisprudencia europea, al quebrantamiento de los límites de los riesgos económicos propios de la actividad económica del sector de que se trate, el cual no debe ser previsible.

De singular relevancia resultan los análisis realizados sobre la responsabilidad del Estado Juez y del Estado Legislador. De la primera, la responsabilidad del Estado por los actos jurisdiccionales, se señala que la misma ha evolucionado de una manera paulatina y con carácter muy similar a la responsabilidad del Estado en general, pues primero prevalecía la irresponsabilidad absoluta, luego se produce un cierto reconocimiento de la responsabilidad personal del funcionario, posteriormente, se reconoce la responsabilidad parcial del Estado y se genera la *teoría de la doble personalidad del Estado* y, finalmente, una vez el Estado asume el monopolio del ejercicio de la actividad jurisdiccional, se reconoce que éste puede estar sujeto a la reparación de daños generados por el ejercicio de la función judicial.

Se destaca que en la mayoría de los países el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por sus actos jurisdiccionales se vio afectado por la fuerza de verdad legal (cosa juzgada) de las sentencias. Sin embargo, este escollo ha sido superado, pues se entiende que nada puede servir para justificar la irresponsabilidad estatal, desde que ella es una garantía constitucional. Y en el tema Judicial, la responsabilidad patrimonial del Estado se consagra en forma objetiva y directa en el propio texto Constitucional, por el funcionamiento anormal de la administración de justicia (artículos 49, ordinal 8º y 255), concediendo a toda persona el derecho a solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados.

Se pone de relieve que esta responsabilidad del Estado Juez es materia que se recoge en los pactos internacionales sobre derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la contempla en el artículo 14, numeral 6, en el caso de error judicial y por la misma causa la Convención Americana sobre Derechos Humanos la consagra en el artículo 10. Se analiza incluso la jurisprudencia de sobre

la responsabilidad del Estado Juez producida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha establecido en reiteradas ocasiones la responsabilidad del Estado Juez y el derecho a indemnización de los afectados. Son varias las sentencias mencionadas en las cuales se establece la responsabilidad del Estado Juez, como el caso de la sentencia de fecha 17 de mayo de 1995, en el cual la Corte determinó la responsabilidad del Estado del **Perú** por la violación de derechos humanos de Loayza Tamayo, quien fue detenida de manera arbitraria por ser, presuntamente, miembro del grupo terrorista “Sendero Luminoso”, torturada y juzgada dos veces, primero en la jurisdicción militar, donde fue absuelta, y luego en la jurisdicción ordinaria, donde fue condenada. Sin embargo, se estableció posteriormente que en esos juicios no se respetaron sus derechos, hubo *dilaciones indebidas y errores judiciales*. En consecuencia, la Corte condenó a Perú al pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la víctima, estableciendo reparaciones correspondientes a los daños materiales y morales.

De particular análisis es la responsabilidad del Estado por la privación judicial de libertad que la jurisprudencia en un primer momento la consideró basada en las normas del Código Civil, unida al elemento culpa (sentencia del caso **Luis Omar Alarcón**, del 16 de junio de 1980), pero hoy está objetivamente consagrada Código Orgánico Procesal Penal, el cual establece su procedencia si la privación de libertad se produce por medio de una sentencia definitivamente firme, cuando ésta sea ulteriormente anulada en virtud del recurso extraordinario de revisión según las regulaciones de aquel y en el caso de la revocatoria de sentencias que no hayan adquirido firmeza, a través de los recursos ordinarios. Al respecto, se analiza también una muy importante decisión de fecha 20 de mayo de 2004, mediante la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se refirió a los supuestos de responsabilidad previstos en el Código Procesal Penal, establece los criterios conforme a los cuales procederá la responsabilidad del Estado por sus actos jurisdiccionales en caso de privación judicial de libertad.

Además de la responsabilidad del Estado administración pública y el Estado juez, el trabajo se refiere al interesante tema de la responsabilidad del Estado legislador, cuyo reconocimiento por los distintos ordenamientos jurídicos ha encontrado gran dificultad, por estimarse,

en palabras de Santamaría Pastor, como un “ataque a la médula del poder”.

Finalmente, el trabajo incluye un estudio minucioso sobre los aspectos procesales de la responsabilidad del Estado; la competencia de los tribunales contencioso administrativos a estos efectos; la figura del antejuicio administrativo como requisito de admisibilidad de la demanda, al cual califica de procedimiento administrativo y por ende, sujeto a los principios que informan al procedimiento administrativo en general.

El tema de la responsabilidad del Estado no es un capítulo suelto del Derecho Administrativo, baladí, o de importancia sólo académica o reservado al interés de los cultivadores de esta ciencia. Es, por el contrario, una pieza fundamental en la estructura del Estado de derecho, que no puede existir sin reconocer su responsabilidad cuando cause daños. Juntos: separación de poderes, principio de la legalidad y responsabilidad del Estado son los ingredientes indispensables del Estado moderno. Es un tema de importancia diaria y legítima para cada uno de los ciudadanos, titulares de derechos subjetivos, afectados por los daños y perjuicios que causa el Estado, en cualesquiera de sus funciones, por acción u omisión, e incluso por comportamientos lícitos que podrían también conducir a una reparación del daño causado.

Continúa el sillón Nro. 17, antes ocupado por los Doctores José Gabriel Sarmiento Núñez, Magistrado, primero de la Corte Federal y después Magistrado y Presidente de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y luego por el Maestro Dr. Gonzalo Pérez Luciani, en el pensamiento de un estudioso del Derecho Público. En ese hilo conductor del Sillón 17 observo una clara sintonía y coherencia, seguramente tenida en cuenta por el expositor, entre el desarrollo de la tesis de la Responsabilidad del Estado y el maravilloso estudio sobre el acto administrativo, explicado en esta misma tribuna por el entonces novel académico, pero ya experimentado Profesor, Dr. Gonzalo Pérez Luciani.

Las reflexiones del novel académico en su trabajo de incorporación nos reconfortan en tiempos de arbitrariedad e impunidad en la acción y omisión dañosa de los poderes públicos. Renuedan nuestra *fe en el Derecho*, en la Justicia y en la Paz, pues parafraseando al Maestro Eduardo Couture, el Derecho es –sigue siendo– el mejor instrumento para la

convivencia humana; y hay que tener fe en la justicia, como destino normal del derecho; ... y hay que tener fe en la paz como el sustitutivo bondadoso de la justicia y por sobre todo ... hay que tener fe [y luchar] por la libertad, sin la cual no hay Derecho, ni Justicia, ni Paz.

BIENVENIDA

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales está llamada a trabajar intensamente. En ella reside la conciencia jurídica del país. Esa es su función esencial. Estos son tiempos de agobio y de zozobra institucional, pero también de compromiso con la libertad y la democracia, con el derecho y con la civilidad. Los integrantes de esta Corporación estamos obligados con nuestro intelecto y esfuerzo en esa cruzada ética.

Ha dicho con elocuencia el distinguido Académico José Muci-Abraham, ex presidente de esta Corporación que **“...Más difícil que conquistar honores es cargar con ellos. Una vez que se han logrado, quien recibe un galardón por dar, debe seguir dando cuanto pueda, porque lo recibido es a un tiempo distinción por lo hecho y compromiso de que se continuará haciendo. Pero nada justifica un alto en el camino cuando se tienen fuerzas, la voluntad para la marcha, y los deseos de llegar con apropiado bastimento”**¹⁷¹.

Señor Doctor Rafael Badell Madrid. Sea Ud., bienvenido. La Academia de Ciencias Políticas lo recibe jubilosa. Aquí tiene un sitio que le estaba reservado por derecho propio. Por eso, este ingreso suyo a la Academia debe ser promesa de lo mucho que ya ha hecho y compromiso de seguir dando más de lo mucho que nos ha dado.

Señoras, Señores.

Caracas, 1 de julio de 2014.

¹⁷¹ Del discurso de incorporación del Dr. José Muci Abraham a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de fecha 22 de septiembre, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 32, Caracas, Venezuela, 1971, p. 114.

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

EL DERECHO PRIVADO INTERNACIONAL (DE LA FAMILIA Y DE LAS SUCESIONES) EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: LA EXPERIENCIA VENEZOLANA*

*Eugenio Hernández Bretón***

SUMARIO

I. ACLARATORIA TERMINOLÓGICA PRELIMINAR: EL OBJETO DE LA EXPOSICIÓN. II. EL PLURALISMO METODOLÓGICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÁNEO. III. EL DERECHO PRIVADO INTERNACIONAL COMO NORMA PRIMARIA PARA LA SOLUCIÓN DE LOS CASOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. IV. LA EXPERIENCIA VENEZOLANA. 1. CÓDIGO CIVIL: ARTÍCULOS 68 ÚLTIMO APARTE, 85, 185-A, 875, 876, 877, 880. 2. LDIP: ARTÍCULOS 22, APARTE ÚNICO, 35 (ARTÍCULOS 883-887 CÓDIGO CIVIL), 36 (ARTÍCULO 832 CÓDIGO CIVIL). 3. LOPNNA: ARTÍCULO 407. V. CONCLUSIÓN.

* Quiero expresar mi agradecimiento a la profesora Claudia Madrid Martínez (Universidad Central de Venezuela) por sus valiosos comentarios respecto de las ideas vertidas en este artículo y a mis asistentes María Victoria Díaz (Universidad Monteávila) y Andrés Hobaica (Universidad Católica Andrés Bello) por la provechosa discusión y la revisión editorial de su contenido. Este texto fue presentado durante las Primeras Jornadas Franco-Venezolanas, Caracas, febrero 2014.

** *Eugenio Hernández-Bretón*, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila; Profesor y jefe de cátedra de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello; Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

*Al profesor José Alfredo Giral Pimentel,
in memoriam*

“Aunque el nombre no hace la cosa, es bueno ser consecuente incluso cuando se trata de escoger nombre”, Quintín Alfonsín, Teoría del Derecho Privado Internacional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1955, p. 47.

“Alfonsín tuvo la desgracia de escribir en castellano, lo que explica que su obra fundamental y su valiosa producción monográfica haya sido prácticamente desconocida”, Adolfo Miaja de la Muela, De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del Derecho internacional privado, Cuadernos de la Cátedra “J.B. Scott”, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1977, p. 18.

I. ACLARATORIA TERMINOLÓGICA PRELIMINAR: EL OBJETO DE LA EXPOSICIÓN.

1. El título de esta comunicación, suerte de trabalenguas, lejos de querer confundir o parecer que su autor ha incurrido en algún error de transcripción, pretende hacer énfasis, a la luz de la experiencia venezolana, en el estudio de un tipo particular de normas jurídicas utilizadas en la solución de los problemas de derecho internacional privado. El objeto de esta investigación es explorar la existencia y contenido de las normas venezolanas que “tienen por función regular las relaciones jurídicas extranacionales proveyéndolas de derecho privado.”¹⁷² Esto es, examinar esas normas materiales que establecen “directamente” el derecho privado correspondiente a la relación jurídicamente

¹⁷² ALFONSIN, Q., Teoría del Derecho Privado Internacional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1955, p. 255.

internacionalizada.¹⁷³ Se trata de examinar, a la luz de la experiencia venezolana, las soluciones especiales de derecho material dictadas por el propio legislador venezolano para regular directamente las situaciones de hecho que se relacionan con los ordenamientos jurídicos extranjeros. Este tipo de normas constituye lo que denominamos el “derecho privado internacional” y es de tal forma un específico tipo normativo-metodológico dentro del derecho internacional privado.¹⁷⁴ Es importante destacar que la propuesta futurista de Alfonsín, según la cual, lo que el denominó normas internacionales directas habrían de sustituir a las normas conflictuales, formales o indirectas, en el estado de la evolución metodológica del derecho internacional privado actual se corresponden con una etapa intermedia en desarrollo, en la cual las legislaciones nacionales disponen, junto a un derecho privado para uso interno, de un derecho privado para uso internacional. En una tercera y última etapa las relaciones jurídicas jurídicamente internacionalizadas o extranacionales dejan de ser regidas por un derecho privado nacional (ya sea para uso interno o internacional) y quedan sometidas a un derecho privado extranacional de fuente no estatal, por cuanto las relaciones extranacionales “por su propia esencia, deben ser ajenas al Poder Legislativo de cualquier Estado en particular.”¹⁷⁵ El examen que aquí realizamos se limita a las áreas del derecho de familia y de las sucesiones, por tratarse de sectores que la doctrina raramente explora en la búsqueda e identificación de normas materiales de derecho internacional privado.

2. Parte entonces esta comunicación de la premisa aceptada y no cuestionada acerca de la existencia de un derecho privado especialmente dictado para directamente regular los casos de derecho internacional privado en sentido estricto; valga decir, nuestro punto de arranque es

¹⁷³ ALFONSIN, Q., *Ibidem*.

¹⁷⁴ ALFONSIN, Q., Op. Cit., p. 46 y s., propone la denominación derecho privado internacional para referirse a lo que aquí denominamos derecho internacional privado. Optamos por esta última denominación siguiendo la denominación recibida en el artículo 156.32 de la Constitución. Al respecto ver HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., “La Constitución de 30 de diciembre de 1999 y la Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998”, en PARRA-ARANGUREN, F. (editor), Ley de Derecho internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia), Volumen II, Colección Libros Homenaje No. 1, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p. 11 y ss., p. 14.

¹⁷⁵ ALFONSIN, Q., Op. Cit., p. 173 y ss.

la afirmación de la existencia en el sistema jurídico venezolano de un derecho privado internacional especial y apto para regular directamente los casos de derecho internacional privado. Este tipo de normas llamadas comúnmente normas materiales de derecho internacional privado o normas materiales internacionales han sido escasamente tratadas entre nosotros, aunque ciertamente una revisión de la legislación venezolana muestra que las mismas han sido una de las técnicas empleadas por el legislador nacional a la hora de regular los casos jurídicos que se vinculan con los ordenamientos jurídicos extranjeros. De allí el título de esta comunicación: El derecho privado internacional (de la familia y de las sucesiones) en el derecho internacional privado: La experiencia venezolana.

II. EL PLURALISMO METODOLÓGICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÁNEO.

3. La cuestión metodológica ocupa un sitio muy destacado en el derecho internacional privado contemporáneo. La metodología empleada para la “construcción teórica y técnica de las soluciones de derecho internacional privado” refleja una visión del fenómeno de la extranjería en el derecho en un momento determinado. De tal suerte, las respuestas a la interrogante relativa a “la solución adecuada a los supuestos de hecho contentivos de elementos extranjeros (...) no han sido y todavía no son las mismas en todas partes”.¹⁷⁶ En este sentido, con gran agudeza el profesor Mariano Aguilar Navarro expresaba que “el Derecho internacional privado es el procedimiento jurídico que una determinada época utiliza con el propósito de regular los supuestos de tráfico externo.”¹⁷⁷ Como se ha afirmado, esos procedimientos han variado a lo largo del tiempo y han sido las épocas de “crisis” del derecho internacional privado las que “han motivado una amplia revisión metodológica” en esta materia.¹⁷⁸

¹⁷⁶ PARRA-ARANGUREN, G., Curso General de Derecho Internacional Privado. Problemas selectos y otros estudios, 3a. Edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, P. 81.

¹⁷⁷ AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Tomo I, *Introducción y fuentes*, Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 139.

¹⁷⁸ AGUILAR NAVARRO, M., *Op. Cit.*, p. 47.

4. El tema de la cuestión metodológica en el derecho internacional privado ha ocupado numerosísimas páginas a lo largo de la historia de las ideas jurídicas. No nos vamos a detener en ese aspecto aquí. Tan solo nos limitamos a remitir al interesado a un par de referencias bibliográficas.¹⁷⁹ Una de las características del derecho internacional privado contemporáneo es el pluralismo metodológico, que algunos prefieren llamar complementariedad de normas, métodos o técnicas.¹⁸⁰ De tal manera hay consenso entre los autores, no exento, sin embargo, de críticas valiosísimas,¹⁸¹ para afirmar que los tres tipos de normas preferidos actualmente para hacer frente a los problemas de derecho internacional privado son (i) las normas conflictuales, indirectas, indicadoras o formales, (ii) las normas materiales de derecho internacional privado y (iii) las normas de aplicación inmediata o necesaria.¹⁸² En Venezuela, como en otros países, “no hay imposibilidad teórica alguna de emplear otros métodos (...) para la regulación de aquellas relaciones y situaciones cuyos elementos están conectados a una pluralidad de ordenamientos jurídicos.”¹⁸³

5. En todo caso, lo que resulta incuestionable es la heterogeneidad de naturaleza de las normas reguladoras del tráfico privado

¹⁷⁹ PARRA-ARANGUREN, G., *Op. Cit.*, p. 81 y ss.; MIAJA DE LA MUELA, A., De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del Derecho internacional privado, Cuadernos de la Cátedra ‘J.B. Scott’, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1977, *passim*.

¹⁸⁰ RUIZ ABOU-NIGM et al., “Reflexiones sobre el discurso conceptual, el pluralismo metodológico y el rol del derecho internacional privado en la integración”, en *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Diaz Labrano*, CEDEP, Asunción, 2013, p. 123 y ss., esp. 136 y s.

¹⁸¹ MIAJA DE LA MUELA, A., *Op. Cit.*, p. 32, 59 y ss. Ver también TALICE, Jorge, “Objeto y método en el derecho internacional privado”, en AA. VV., *Objeto y método en el Derecho internacional Privado*, Editorial Grosf Services, Montevideo, 1986, p. 29 y ss.; para la crítica de las ideas de este último ver SANTOS BELANDRO, R. B., *Derecho civil internacional y de la familia*, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2009, p. 75 y ss.

¹⁸² MAEKELT, T. B. de, Teoría general del derecho internacional privado, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, p. 233; MADRID MARTINEZ, C., La norma de derecho internacional privado, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2004, p. 28 y ss.; 111.

¹⁸³ CARRILLO SALCEDO, J. A., Derecho internacional privado. introducción a sus problemas fundamentales, 2a. edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, p. 121.

internacional.¹⁸⁴ En la época actual se afirma que virtualmente ningún sistema nacional de derecho internacional privado puede reclamar pureza metodológica y que muy pocos sistemas la aspiran. El pluralismo metodológico es visto como un signo de madurez del derecho internacional privado, lejos de ser considerado un síntoma de decadencia. Ninguna metodología es perfecta; todas son necesarias, y juntas, si son bien coordinadas, son mejores que aisladas. Eclecticismo y pluralidad son las características de los métodos utilizados en nuestro tiempo para enfrentarnos a la regulación jurídica de los casos que se relacionan con los ordenamientos jurídicos extranjeros.¹⁸⁵

6. De los tres tipos normativos arriba identificados, sin duda alguna, el que actualmente recibe el favoritismo es el de las normas indirectas, indicadoras o formales. Hay una marcada preferencia por las normas conflictuales. De tal suerte, los estudiosos y los legisladores tienden a favorecer el método indirecto para la solución de los problemas de derecho internacional privado. Ahora bien, la norma conflictual no da respuesta inmediata y directa al problema jurídico planteado, sino que ubica, indica o selecciona el ordenamiento jurídico aplicable al caso jurídicamente internacionalizado. La consecuencia jurídica de la norma conflictual o indirecta se limita a seleccionar el ordenamiento jurídico aplicable al caso sin dar respuesta material al problema jurídico-material presentado, cuya solución dependerá del ordenamiento que resulte aplicable como consecuencia jurídica de dicha norma conflictual. Y lo anterior se logrará ya sea que el derecho competente sea efectivamente seleccionado mediante la actuación de la norma de conflicto del foro o mediante la intervención de las demás normas auxiliares que pongan en funcionamiento otras instituciones propias de la llamada teoría general del derecho internacional privado, como lo son el reenvío, la cuestión previa, preliminar o incidental, el respeto a los derechos adquiridos, etc.

7. De alguna forma, la adopción del método conflictual que, en el sentido savignyano de la expresión da particular atención a la

¹⁸⁴ MIAJA DE LA MUELA. A., Op. Cit., p. 31.

¹⁸⁵ SYMEONIDES, S. C., "General Report", en Symeonides, Symeon C. (editor), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress. XVth international Congress of Comparative Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999, p. 3 y ss., esp. p. 21.

situación jurídica a ser regulada, muestra, no obstante, una especie de claudicación del legislador nacional frente a la imposibilidad de regular directamente todos los casos posibles, mas aun cuando se considera que los casos jurídicamente internacionalizados estarían espacialmente mejor regulados por un ordenamiento jurídico (*lex causae*) diferente del ordenamiento jurídico nacional (*lex fori*). El derecho escogido resulta ser el derecho especial para regular el particular caso con elementos de extranjería relevantes. No obstante, en la generalidad de los casos ese derecho especial será un derecho nacional, dictado para regular casos netamente nacionales y sin tomar en cuenta la extranjería de las situaciones jurídicas reguladas. En consecuencia, es muy apropiado afirmar con Miaja de la Muela que una ley “dictada para servir necesidades nacionales, puede resultar poco apta para el tráfico jurídico internacional”.¹⁸⁶ Y fue precisamente esa “falta de adecuación”, a decir del propio Miaja de la Muela,¹⁸⁷ el argumento principal desarrollado por el profesor uruguayo Quintín Alfonsín para desarrollar su tesis del derecho privado extranacional.¹⁸⁸ Por ello se afirma -con razón- que la norma material internacional es superior a la norma interna declarada aplicable por la norma de conflicto,¹⁸⁹ y ello como resultado de la insuficiencia de las legislaciones internas para regular los casos internacionalizados.¹⁹⁰

8. Ahora bien, como ya reconocimos anteriormente el método conflictual no goza del monopolio metodológico para la regulación de tales casos de derecho internacional privado. Tal es el caso venezolano.¹⁹¹ Junto al método indirecto coexisten o actúan también las normas materiales de derecho internacional privado y las llamadas normas de

¹⁸⁶ MIAJA DE LA MUELA, A., *Op. Cit.*, p. 18.

¹⁸⁷ *Ibidem.*, p. 18.

¹⁸⁸ ALFONSÍN, Q., *Op. Cit.*, p. 255.

¹⁸⁹ LOQUIN, E., “Les règles matérielles internationales”, en *Recueil des cours*, volume 322 (2006), p. 9 y ss., esp. p. 40 y s.

¹⁹⁰ DEBY-GÉRARD, F., *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Librairie Dalloz, Paris, 1973, p. 126. Ver también AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho internacional privado, Volumen I, Tomo II, Parte Primera, Naturaleza del derecho internacional privado*, Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 103.

¹⁹¹ MADRID MARTÍNEZ, C., *Op. Cit.*, p. 28 y ss.

aplicación inmediata o necesaria.¹⁹² No vamos a discutir estas últimas y al efecto remitimos a la literatura especializada.¹⁹³ Sin embargo, si queremos destacar que las normas de aplicación inmediata o necesaria también son normas materiales, pero que su aplicación depende de consideraciones que difieren suficientemente de las razones que determinan el funcionamiento y aplicación de las llamadas normas materiales de derecho internacional privado o normas materiales internacionales. Esto lo explican con énfasis los autores, aunque no resulta fácil su identificación. Ahora bien, las consideraciones que continúan en este trabajo se dirigen a examinar las normas materiales de derecho internacional privado en sentido estricto.

III. EL DERECHO PRIVADO INTERNACIONAL COMO NORMA PRIMARIA PARA LA SOLUCIÓN DE LOS CASOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

9. Las llamadas normas materiales de derecho internacional privado o normas materiales internacionales han sido consideradas como normas especialmente hechas para regular las situaciones jurídicamente internacionalizadas. Se trata entonces de una norma propia para los asuntos internacionalizados que enuncia directamente la solución aplicable al fondo del caso. Esta es la definición que adopta el profesor Eric Loquin en su reciente Curso de La Haya, siguiendo las ideas del profesor Oppetit.¹⁹⁴ Podría de tal forma hablarse de un derecho privado “internacional”, en el sentido de que se trata de normas materiales que son dictadas para regir los casos internacionales. Se trataría de un derecho material especial para regir los supuestos de hecho que se relacionan

¹⁹² Ver la crítica en la nota 42 *infra*.

¹⁹³ BARRIOS, H., “Las reglas de derecho limitantes de su propio dominio de aplicación”, en AA.VV., *Ponencias venezolanas al XI Congreso de Derecho Comparado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982. p. 95 y ss. PARRA-ARANGUREN, G., Op. Cit., p. 167 y ss.; ROMERO, F., “La norma de aplicación inmediata o necesaria”, en PARRA-ARANGUREN, F. (editor), *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia.)*, Volumen II, Colección Libros Homenaje No. 1, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p. 217 y ss.

¹⁹⁴ LOQUIN, E., Op. Cit., p. 24 y p. 26.

con los ordenamientos jurídicos extranjeros, “sin acudir a (la) norma de conflicto”¹⁹⁵ y sin que se recurra forzosamente a la *lex fori*, como en el caso de las normas de aplicación inmediata o necesaria.¹⁹⁶

10. Una de sus características más destacadas es que las normas materiales internacionales tienen por función disciplinar directa e inmediatamente el caso jurídicamente internacionalizado. No tienen por función indicar el ordenamiento jurídico aplicable. Ellas son -en sí mismas- el derecho aplicable que reglamenta la situación jurídicamente internacionalizada. Lo anterior es válido tanto para el caso de que se trate de normas materiales de fuente nacional como de fuente extranacional o supranacional, es decir, que hayan sido dictadas unilateralmente por un Estado soberano (e.g., Venezuela), o que sean el producto de tratados internacionales o el producto de la actuación espontánea de los particulares. De tal forma resulta que las normas materiales internacionales son de naturaleza sustantiva y son dictadas para regular casos internacionales.¹⁹⁷ En este trabajo, valga la pena insistir, tan solo examinamos el caso de las normas materiales internacionales dictadas unilateralmente por el legislador venezolano y no tratamos de aquellas que resultan de tratados internacionales o que de otra forma tienen origen extranacional o internacional. Es importante destacar, como ya lo hicimos, que en este trabajo nos limitamos a la exploración de las normas materiales de derecho internacional privado en las áreas de la familia y de las sucesiones.

11. Hemos afirmado que en el caso de las normas materiales internacionales se trata de un derecho material especial de las situaciones jurídicas internacionalizadas. En esto coinciden los autores. La profesora Pérez Vera sostiene que la especialidad de estas normas se identificaría desde dos puntos de vista, a saber, (i) bien, debido a que en atención al carácter internacional del caso, el mismo recibe un tratamiento diferenciado del que se le da en ese mismo ordenamiento jurídico nacional a un

¹⁹⁵ MAEKELT, T. B. de, “La codificación interamericana en materia de Derecho Internacional Privado en el contexto universal y regional”, en Libro-Homenaje a Haroldo Valladão, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, p. 151, esp. 161.

¹⁹⁶ VITTA, E., “Cours général de droit international privé”, en *Recueil des cours*, Tomo 162, 1979-I. p. 9 y ss., esp. 127.

¹⁹⁷ LOQUIN, E., *Op. Cit.*, p. 24; PÉREZ VERA, E., *Derecho Internacional Privado*, Volumen 1, 6a. Edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1996, p. 74 y s.

caso netamente nacional, sin conexión con ordenamientos extranjeros, (ii) o bien, porque el caso regulado, por su propia naturaleza, no existe en el ámbito interno, dado que el caso necesariamente implica la presencia de un elemento de extranjería.¹⁹⁸ En suma, una importante característica de las normas materiales internacionales, que las distingue de otras normas materiales que se utilizan en la solución de los casos de derecho internacional privado, es que las primeras no regulan ni tienen vocación de regular los casos netamente nacionales. Son, pues, especiales para la regulación de los casos internacionalizados.¹⁹⁹

12. Lo anterior lleva a examinar el tema de la estructura de las normas materiales de derecho internacional privado y su peculiaridad frente a otros tipos de normas materiales y de conflicto. La especialidad de las normas materiales internacionales también se refleja en su estructura y esto en un doble sentido. Por una parte, en lo relativo al supuesto de hecho regulado, que incluye un elemento de extranjería relevante, el cual es tomado particularmente en consideración por el legislador al momento de normar la situación y que de tal manera individualiza el caso regulado y lo distingue de los demás casos internos. Por la otra parte, en lo que atiende a la consecuencia jurídica establecida directamente en la propia norma, pues aquí el legislador establece un concreto y especial tratamiento propio que puede ser diferente del establecido para las situaciones internas o no establecido para las situaciones internas. Así lo enseña la doctrina especializada.²⁰⁰

13. En cuanto a la jerarquía o prelación de los métodos en el derecho internacional privado no hay respuesta clara, pues todo dependerá de la óptica del sistema de derecho desde donde se contemple el problema. Opiniones recientes cuestionan la existencia de una pirámide de normas de derecho internacional privado. En ellas se destaca que los métodos utilizados para resolver los problemas de conflicto de leyes o de jurisdicciones han sido concebidos sin haber tomado en cuenta la jerarquía de las normas. Por ello se afirma también que los métodos del derecho internacional privado no son fácilmente conciliables con la

¹⁹⁸ PÉREZ VERA, E., *Op. Cit.*, p. 75. Ver también LOQUIN, E., *Op. Cit.*, p. 24.

¹⁹⁹ LOQUIN, E., *Op. Cit.*, p. 29.

²⁰⁰ PEREZ VERA, E., *Op. Cit.*, p. 75.

jerarquía de las normas²⁰¹. Otros autores buscan conciliar los métodos en base a una determinada concepción de los valores.²⁰²

14. A pesar de lo anterior, los autores venezolanos son contestes en afirmar la utilización preferente de las normas de aplicación inmediata o necesaria. Solo una vez que se constata su inexistencia, entonces se habrán de aplicar las normas materiales de derecho internacional privado antes de recurrir a las normas conflictuales.²⁰³ Ahora bien, dichos autores poco o nada explican tal proceder o dan una justificación de su jerarquía. Tratándose de normas legales, ya sea conflictuales, materiales internacionales o de aplicación inmediata o necesaria, todas ellas tendrían igual rango. La aplicación preferente de unas respecto de las otras se deberá, entonces, a una decisión metodológica o en atención a la especialidad de las normas.

15. En el caso venezolano, el artículo 10 de la Ley de Derecho Internacional Privado (“LDIP”) da preferencia al método de las normas de aplicación inmediata o necesaria. En ese artículo las normas en cuestión son llamadas “disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos”, las cuales “se aplicarán necesariamente (...) no obstante lo previsto en esta Ley”. La fórmula de la LDIP se puede prestar a malos entendidos, sobre todo tomando en cuenta que para las normas de aplicación inmediata o necesaria el elemento de extranjería es absolutamente irrelevante y que dichas normas se dictan para regir tanto los casos domésticos como los extranjeros.²⁰⁴ Las normas materiales internacionales, por su parte, no tienen vocación para regular los casos domésticos ni están hechas para normar tales casos.²⁰⁵ La preferencia de las normas de aplicación inmediata o necesaria es,

²⁰¹ ENCINAS DE MUNAGORRI, R., “Droit international privé et hierarchie des norms”, en *Revus* 21(2013), p. 71 y ss.

²⁰² GANNAGÉ, L. *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé de la famille*, LGDJ, Paris, 2001, passim.

²⁰³ ROMERO, F., *Op. Cit.*, p. 218; MADRID MARTINEZ, C., *Op. Cit.*, p. 31 y s., 111, 147; MAEKELT, T. B. de, *Teoría general del derecho internacional privado*, *Op. cit.*, p. 233.

²⁰⁴ MADRID MARTINEZ, C., “Normas de aplicación necesaria”, en MAEKELT, T. B. de, et al. (Coordinación), *Ley de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2005, p. 337 y ss.

²⁰⁵ LOQUIN, E., *Op. Cit.*, p. 29.

de tal forma, respecto de las soluciones de la LDIP, sean conflictuales o materiales. Lo que no resulta tan evidente es justificar la preferencia del método material internacional sobre el conflictual. Incluso hay autores que llegan a sostener que hay normas materiales internacionales que se aplican autónomamente y otras que dependen de las normas de conflicto.²⁰⁶

16. Si bien lo anterior es cierto, en el caso venezolano creemos que las normas materiales internacionales resultan de aplicación preferente en atención a su especialidad frente a las normas conflictuales. Se trata en ambos casos de normas de derecho internacional privado, pero las materiales serían especiales frente a las generales contenidas en las normas de conflicto. Vale recordar que el profesor Miaja de la Muela al tratar de las normas autolimitadas (que son normas materiales internacionales) las considera como normas conflictuales (mas bien de derecho internacional privado) especiales frente otras normas generales conflictuales (mas bien de derecho internacional privado).²⁰⁷ Según la teoría general del derecho, la especialidad de la norma vendría determinada por el supuesto de hecho regulado en la particular norma material internacional comparado con el supuesto más general regulado en la norma conflictual. La norma general sería “aquella cuyo supuesto de hecho incluya, como un caso específico, el supuesto de hecho de la otra.”²⁰⁸ El tratamiento individualizado dado por la norma material internacional sería el caso específico comprendido en la norma conflictual.

17. Ahora bien, a pesar que las normas materiales internacionales dictadas por un legislador nacional reconocen y toman en cuenta el factor extranjerizante de la situación jurídica a regular, ellas tienden a generar cierta desarmonía internacional. Esto conduce a fijar “una importante limitación” a su actuación, pues con ellas “el legislador estatal proyecta al plano internacional sus propias categorías y soluciones jurídicas, o bien establece una solución sustantiva para proteger sus

²⁰⁶ DEBY-GÉRARD, F., *Op. Cit.*, p. 123 y ss.

²⁰⁷ MIAJA DE LA MUELA, A., *Op. Cit.*, p. 102.

²⁰⁸ SANCHEZ-COVISA, J., “La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano”, en *Obra jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1976, p. 79 y ss., esp. 112.

propios intereses, su propia política legislativa.”²⁰⁹ En ambos casos la regulación del caso se hace desde la óptica individual del Estado interesado, según los propios criterios y valores, por lo que en la disciplina de los problemas de la vida internacional de las personas las soluciones de derecho extranjero no juegan papel alguno.

18. El recurso a las normas materiales de derecho internacional privado para la solución de los casos de derecho internacional privado no es nuevo. Con precisión se ha afirmado que sus orígenes pueden remontarse al *jus gentium* y al *praetor peregrinus*.²¹⁰ La doctrina afirma que la consideración actual del método material se explica por la “crisis del Derecho Internacional Privado”,²¹¹ pero también señala que las normas materiales internacionales de origen legislativo son de rara aparición y con ello se manifiesta “un lamentable desinterés del legislador ante las situaciones internacionales”.²¹² Sin embargo, como veremos mas adelante en el caso venezolano hay más de las que se puede anticipar.²¹³

IV. LA EXPERIENCIA VENEZOLANA.

19. Tradicionalmente se afirma que el derecho internacional de la familia es considerado como “rebelde” al derecho material internacional, y esto a pesar del auge de transnacionalización como resultado de la influencia de la globalización de la sociedad humana.²¹⁴ Ya Gutzwiller destacaba que ciertas materias escapan al *ius gentium*, tales

²⁰⁹ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Op. Cit.*, p. 141, también p. 125 y ss.

²¹⁰ PARRA-ARANGUREN, G., *Op. Cit.*, p. 81 y s.; VITTA, E., *Op. Cit.*, p. 127; AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho internacional privado, Volumen I, Tomo II, Parte Primera, Naturaleza del derecho internacional privado, Op. Cit.*, p. 102 y s.

²¹¹ AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho internacional privado, Op. Cit.*, p. 103.

²¹² DEBY-GÉRARD, F., *Op. Cit.*, p. 124.

²¹³ Queremos aquí dejar constancia de la valiosa crítica que hizo el profesor Miaja de la Muela a la tripartición entre reglas materiales, de conflicto y de aplicación necesaria. Señaló Miaja que las normas de los grupos primero y tercero “no sólo no se excluyen entre sí, sino que lo normal es que toda regla material actuante en el tráfico privado internacional sea de aplicación inmediata y que las esta clase sean materiales y territoriales.” Ver MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Ediciones Atlas, Madrid, 1981, p. 271-272.

²¹⁴ LOQUIN, E., *Op. Cit.*, p. 66.

como el derecho de familia y el derecho de las sucesiones.²¹⁵ Todavía la doctrina reciente afirma que las normas materiales internacionales son casos extremadamente raros.²¹⁶ El área familiar sería “dominio privilegiado del particularismo jurídico” y “lugar de diferencias irreductibles”, en atención a que “la familia es el asiento de la intimidad de las personas y de las identidades mas profundas de las sociedades”.²¹⁷

20. A pesar de lo anteriormente expuesto, es constatable que a lo largo de la historia legislativa venezolana han existido normas materiales internacionales en las áreas de la familia y de las sucesiones. El legislador nacional consciente de la relevancia del área jurídica particular ha preferido someterlas a las prescripciones materiales del foro lejos de permitir que en esas materias penetren las regulaciones extranjeras por vía de la operación del método conflictual.

21. El objeto de esta última parte es identificar las normas venezolanas de carácter material dictadas para regular casos familiares y sucesorales y para las cuales el legislador venezolano ha tomado en cuenta un elemento de extranjería relevante. No obstante la pretensión de identificar dichas normas venezolanas, la relación que se presenta a continuación es hecha sin ánimo de exhaustividad.

1. Código Civil: artículos 68 último aparte, 85, 185-A, 875, 876, 877, 880.

22. En materia de las formalidades para la celebración del matrimonio y en atención a la necesidad de verificar la ausencia de impedimentos dirimientes, especialmente el impedimento dirimente de vínculo anterior, se ordena darle una publicidad especial a la manifestación de voluntad de celebrar matrimonio. La publicidad es adicional y diferente de la prevista para los casos internos, aunque es dispensable si se acredita la inexistencia de impedimentos mediante certificación de testigos

²¹⁵ GUTZWILLER, M., citado por MARQUES DOS SANTOS, A., As normas de aplicação imediata no direito internacional privado. Esboço de uma teoria geral, Volume I, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, p. 643, nota 2119: Allí se transcribe esta idea de GUTZWILLER: “Gewisse Materien sind dem ius gentium verschlossen, so das Familienrecht und das Erbrecht (...)”.

²¹⁶ MARQUES DOS SANTOS, A., *Op. Cit.*, p. 641.

²¹⁷ LOQUIN, E., *Op. Cit.*, p. 66.

o de otra manera apropiada establecida en la ley.²¹⁸ El elemento de extranjería relevante es el domicilio o residencia de por lo menos uno de los contrayentes.

23. Para el caso de matrimonio a ser celebrado en Venezuela, si los contrayentes se valen de un poder especial otorgado en el extranjero se exigen ciertas menciones previstas para los casos de poderes otorgados en Venezuela. Se iguala el tratamiento del caso extranjero con el tratamiento doméstico.²¹⁹

24. En caso de divorcio por separación fáctica de cuerpos por más de cinco años ex-artículo 185-A del Código Civil, la nacionalidad extranjera, unida al lugar de celebración de matrimonio del solicitante en el extranjero, determinan la aplicación del primer aparte de dicha norma y se le exige, por tanto, al solicitante la acreditación de constancia de residencia de diez (10) años en el país.²²⁰ La intención de evitar fraude a la ley es evidente.²²¹

²¹⁸ Artículo 68, último aparte CCivil. -“Si alguno de los contrayentes no tuviere un año por lo menos de domicilio o residencia en la República, el funcionario ante quien se hizo la manifestación, la hará publicar en un periódico de la localidad, o de la más cercana si en aquélla no lo hubiere, treinta días antes de la fijación del cartel, salvo que presenten una justificación igual ala prevista en el artículo 108.”

²¹⁹ Artículo 85 CCivil.- “El matrimonio podrá celebrarse por medio de apoderado, constituido por poder especial otorgado ante un Registro Público o por ante el funcionario competente si se confiere en el extranjero, en el cual poder se determinará la persona con quien haya de contraerse y las demás circunstancias que respecto de los contrayentes deben expresarse en el acta de matrimonio conforme el artículo 89.”

²²⁰ Artículo 185-A CCivil.- “Cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco (5) años, cualquiera de ellos podrá solicitar el divorcio, alegando ruptura prolongada de la vida en común.

Con la solicitud deberá acompañar copia certificada de la partida de matrimonio. En caso de que la solicitud sea presentada por un extranjero que hubiere contraído matrimonio en el exterior deberá acreditar constancia de residencia de diez (10) años en el país. Admitida la solicitud, el Juez librará sendas boletas de citación al otro cónyuge y al Fiscal del Ministerio Público, enviándoles además, copia de la solicitud. El otro cónyuge deberá comparecer personalmente ante el Juez en la Tercera Audiencia después de citado. Si reconociere el hecho y si el Fiscal del Ministerio Público no hiciere oposición dentro de las diez audiencias siguientes el Juez declarará el divorcio en la Duodécima Audiencia siguiente a la comparecencia de los interesados.

Si el otro cónyuge no compareciere personalmente o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente.”

²²¹ Recientemente este artículo fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Constitucional en sentencia No. 446 de 15 de mayo de 2014 ver: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/>

25. En materia de testamentos vale la pena citar disposiciones aplicables para el caso de otorgamiento de testamentos durante un viaje del testador, para facilitar el otorgamiento y la validez de los mismos.²²² Razones humanitarias justifican el tratamiento especial del otorgamiento de testamentos en caso de conflictos bélicos en el extranjero.²²³ A los fines de facilitar el otorgamiento en el extranjero de testamentos por venezolanos y extranjeros se atribuye competencia al agente diplomático o consular venezolano del lugar del otorgamiento.²²⁴

scon/mayo/164289-446-15514-2014-14-0094.HTML, y además en Gaceta Oficial No. 40.414 de 19 de mayo de 2014.

²²² Artículo 874 CCivil.- “El testamento hecho a bordo en el curso de un viaje, según la forma establecida en los artículos precedentes, tendrá efecto únicamente en el caso de que el testador muera durante el viaje, o dentro de dos meses después que haya desembarcado en un lugar en donde hubiere podido hacer nuevo testamento según las formas ordinarias.”

²²³ Artículo 877 CCivil.- “Pueden testar en la forma establecida en el artículo 875, solamente los que estén en expedición militar por causa de guerra, así en país extranjero como en el interior de la República, o en cuartel o guarnición fuera de la República, o prisioneros en poder del enemigo, o en una plaza o fortaleza sitiada por el enemigo o en otros lugares en que las comunicaciones estén interrumpidas.

Los artículos 875 y 876 del Código Civil deben leerse junto con el citado artículo 877.”

Artículo 875 CCivil.- “Pueden recibir el testamento de los militares y de las demás personas empleadas en el ejército: un jefe de batallón o cualquier otro oficial de grado igual o superior, o un Auditor de Guerra, o un comisario de guerra, en presencia de dos testigos mayores de edad.

El testamento se reducirá a escrito y se firmará por quien lo escriba y, si fuere posible, por el testador y los testigos, expresándose, caso de que éstos no lo hagan, el motivo que lo haya impedido.

El testamento de militares pertenecientes a cuerpos o puestos destacados del ejército, puede también recibirlo el capitán o cualquiera otro oficial subalterno que tenga el mando del destacamento.

Si el testador se halla enfermo o herido, puede también recibir el testamento, el Capellán o el Médico cirujano de servicio, en presencia de dos testigos, de la manera establecida en el artículo precedente.”

Artículo 876 CCivil.-”Los testamentos de que trata el artículo anterior deben transmitirse a la brevedad posible, al Cuartel General, y por éste al Ministro de Guerra, quien ordenará su depósito en la Oficina de Registro del lugar del domicilio o de la última residencia del testador, dejándose copia certificada, así en el Cuartel General como en el Ministerio. En el caso de ignorarse el domicilio o última residencia del testador, o de no haberlos tenido nunca en la República, se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 873.”

²²⁴ Artículo 880 CCivil.-”También podrán los venezolanos o los extranjeros otorgar testamento en el exterior para tener efecto en Venezuela ante el Agente Diplomático o Consular de la República en el lugar del otorgamiento, ateniéndose a las disposiciones de la Ley venezolana. En este caso, el funcionario Diplomático o Consular hará las veces de Registrador y cumplirá en el acto del otorgamiento con los preceptos del Código Civil.”

2. LDIP: artículos 22, aparte único, 35 (artículos 883-887 Código Civil), 36 (artículo 832 Código Civil).

26. La LDIP también contiene normas de carácter material para regular casos internacionales. En materia de capitulaciones y a fin de resolver un problema práctico se aclara la posibilidad de registrar en Venezuela capitulaciones matrimoniales válidas de acuerdo con un derecho extranjero competente aun después de celebrado el matrimonio en cuestión.²²⁵ Se trata de una solución especial para ese caso particular, tomando en consideración la extranjería del derecho que regula las capitulaciones, a diferencia de lo prescrito para los casos domésticos.²²⁶

27. En materia de sucesiones hay dos disposiciones materiales especiales en la LDIP. Una relativa a la extensión de la legítima del derecho venezolano a los beneficiarios de la misma según el derecho material venezolano independientemente del derecho extranjero que regule la sucesión.²²⁷ Se iguala así el régimen de la legítima con el del derecho doméstico.²²⁸

²²⁵ Artículo 22, aparte único LDIP.- “Las capitulaciones matrimoniales válidas de acuerdo con un derecho extranjero competente podrán ser inscritas en cualquier momento en la respectiva Oficina Principal de Registro venezolana, cuando se pretenda que produzcan efectos respecto de terceras personas de buena fe, sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República.”

²²⁶ Artículo 143 CCivil.- “Las capitulaciones matrimoniales deberán constituirse por instrumento otorgado ante un Registrador Subalterno antes de la celebración del matrimonio; pero podrán hacerse constar por documento auténtico que deberá ser inscrito en la Oficina Subalternada Registro de la jurisdicción del lugar donde se celebre el matrimonio, antes de la celebración de éste, so pena de nulidad.”

²²⁷ Artículo 35 LDIP.- “Los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente no separado legalmente de bienes, podrán, en todo caso, hacer efectivo sobre los bienes situados en la República el derecho a la legítima que les acuerda el derecho venezolano.”

²²⁸ Artículo 883 CCivil.- “La legítima es una cuota de la herencia que se debe en plena propiedad a los descendientes, a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente de bienes, con arreglo a los artículos siguientes.

El testador no puede someter la legítima a ninguna carga ni condición.”

Artículo 884 CCivil.- “La legítima de cada descendiente o ascendiente, legítimos o naturales, y la del cónyuge, será la mitad de sus respectivos derechos en la sucesión intestada; y concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas establecidos para dicha sucesión.”

Artículo 885 CCivil.- “Cuando el testador dispone de un usufructo o de una renta vitalicia, cuyo rendimiento exceda el de la porción disponible, los legitimarios pueden optar entre ejecutar esta disposición o abandonar la propiedad de la porción disponible.

28. La otra disposición tiene que ver con las prerrogativas del Fisco Nacional en caso de sucesiones respecto de bienes situados en Venezuela.²²⁹ Aquí también se extiende la norma de carácter nacional contenida en el Código Civil para regular los casos extranjeros y se iguala el régimen legal independientemente del derecho extranjero que regule la sucesión.²³⁰

3. LOPNNA: artículo 407.

29. La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (“LOPNNA”)²³¹ contiene disposiciones materiales que regulan la adopción internacional y, por lo tanto, establecen disposiciones especiales para supuestos con elementos de extranjería, como lo son la residencia habitual del adoptado y de los adoptantes y el desplazamiento del adoptado, llegando incluso a brindar, en algunos casos, tratamiento igualitario a la adopción internacional y a la adopción nacional. Se acoge el principio de subsidiariedad de la adopción internacional, y se privilegian las formas y requerimientos del derecho material venezolano.²³² Se trata, pues, de la sujeción de la adopción internacional a las soluciones internas venezolanas.

La misma elección pertenece a los legitimarios en el caso en que se haya dispuesto de la propiedad de una cantidad que exceda de la porción disponible.”

Artículo 886 CCivil.-”El valor en plena propiedad de los bienes enajenados en provecho de un legitimario, a fondo perdido o con reserva de usufructo, se imputará a la porción disponible y el excedente se colacionará en la masa.

La colación y la imputación referidas no pueden pedirse sino por los legitimarios que no hayan dado su consentimiento para la enajenación.”

Artículo 887 CCivil.-”Se imputarán al cónyuge sobre su legítima, además de todo lo que se le haya dejado por testamento, todo cuanto haya adquirido por las capitulaciones matrimoniales y por donación, y a los demás legitimarios, todo cuanto hayan recibido en vida del de cujus o por testamento del mismo, y que esté sujeto a colación, de acuerdo con lo dispuesto en la Sección IV, Capítulo III de este Título.”

²²⁹ Artículo 36 LDIP.- “En el caso de que, de acuerdo con el derecho competente, los bienes de la sucesión correspondan al Estado, o en el caso de que no existan o se ignoren los herederos, los bienes situados en la República pasarán al patrimonio de la Nación venezolana.”

²³⁰ Artículo 832 CCivil.-”A falta de todos los herederos ab-intestato designados en los artículos precedentes, los bienes del de cujus pasan al patrimonio de la Nación, previo el pago de las obligaciones insolutas.”

²³¹ Gaceta Oficial No. 5.589 Extraordinario de 10 de diciembre de 2007.

²³² Artículo 407 LOPNNA.- “Tipos de adopción. La adopción puede ser nacional o internacional. La adopción internacional es subsidiaria de la adopción nacional. La

V. CONCLUSIÓN.

30. El tema de las normas materiales de derecho internacional privado, aun cuando es un método plenamente reconocido por los comentaristas venezolanos, ha sido levemente considerado. Sin embargo, se trata de un método particularmente útil en las diversas áreas, aunque parece que sea en materia contractual donde despliegue mayor utilidad a tenor de lo previsto en el artículo 31 de la LDIP y en su fuente inmediata el artículo 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-IV, México 1994).²³³ Hemos querido, no obstante, hacer esta revisión en el derecho familiar y sucesoral para así percatarnos de que calladamente el legislador venezolano ha desarrollado una importante, si bien reducida, labor de regulación material de los casos internacionales. Este trabajo es tan solo un primer paso en la exploración de esta materia, la cual debe ser complementada -necesariamente- con un examen de las disposiciones sobre registro de actos del estado civil, tarea que pensamos acometer en el futuro inmediato.²³⁴

adopción nacional sólo podrá solicitarse por quienes tengan residencia habitual en el país. El cambio de residencia habitual del o de la solicitante sólo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio nacional con el propósito de fijar en él su residencia habitual. La adopción es internacional cuando el niño, niña o adolescente, a ser adoptado u adoptada, tiene su residencia habitual en un Estado y el o los solicitantes de la adopción tienen su residencia habitual en otro Estado, al cual va a ser desplazado el niño, niña o adolescente. Cuando el niño, niña o adolescente a ser adoptado u adoptada tiene su residencia habitual en el territorio nacional y el desplazamiento se produce antes de la adopción, ésta debe realizarse íntegramente conforme a la ley venezolana.

Los niños, niñas o adolescentes que tienen su residencia habitual en la República Bolivariana de Venezuela sólo pueden considerarse aptos o aptas para una adopción internacional, cuando los organismos competentes examinen detenidamente todas las posibilidades de su adopción en la República Bolivariana de Venezuela y constaten que la adopción internacional responde al interés superior del niño, niña o adolescente a ser adoptado u adoptada. En el respectivo expediente se debe dejar constancia de lo actuado conforme a este artículo.”

²³³ HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., “El derecho privado internacional aplicable a los contratos internacionales celebrados con empresas del Estado venezolano”, en SALAVERRÍA, J. G. (coordinador), *V Jornadas Anibal Dominici. Derecho Mercantil: Títulos Valores, Contratos Mercantiles. Homenaje a Jose Muci-Abraham*, Caracas, 2014, p. 209 y ss.

²³⁴ Ley Orgánica de Registro Civil, Gaceta Oficial No. 39.264 de 15 de septiembre de 2009.

RESUMEN

El pluralismo metodológico es una importante característica del derecho internacional privado venezolano contemporáneo. Los autores reconocen la concurrencia de tres métodos, a saber: (i) las normas de aplicación inmediata o necesaria, (ii) las normas materiales de derecho internacional privado y (iii) las normas conflictuales. Las primeras y las últimas han sido objeto de particular atención, pero las segundas han tenido poca figuración y no han generado mucha atención entre nosotros. Sin embargo, son un método apropiado y útil para hacerle frente a los casos de derecho internacional privado, aunque sin pretensiones de plenitud. Además, tales normas materiales internacionales no tienen o guardan un orden particular, ni hay explicación en cuanto a la justificación de su aplicación antes o como consecuencia de las normas de conflicto. Examinar dichas normas de manera preliminar en el área de la familia y de las sucesiones es la tarea de este artículo.

APUNTES PARA UN ESTUDIO ACERCA DE LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS CRITERIOS ATRIBUTIVOS DE JURISDICCIÓN*

*Eugenio Hernández Bretón***

ESQUEMA DE LA EXPOSICIÓN

INTRODUCCIÓN. I. LA JURISDICCIÓN COMO POTESTAD DE LOS ESTADOS SOBERANOS.
II. LA CONCRETIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN. III. LA FLEXIBILIZACIÓN
DE LOS CRITERIOS DE JURISDICCIÓN. CONCLUSIÓN.

* Este estudio fue presentado con ocasión de las Jornadas de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), realizadas en Porto Alegre, Brasil, los días 30-31 de octubre de 2014.

** Eugenio Hernández-Bretón, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila; Profesor y jefe de cátedra de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello; Miembro Honorario de ASADIP; Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

SUMARIO

La jurisdicción o competencia procesal internacional, en su acepción de facultas jurisdictionis, es comúnmente tratada como el ejercicio de una competencia propia de los estados soberanos. De tal suerte, corresponde a cada estado soberano regular unilateralmente los supuestos en que sus propios tribunales habrán de ejercer la potestad de conocer y decidir los conflictos intersubjetivos con autoridad de cosa juzgada. El ejercicio de tal potestad está sometido a muy escasas limitaciones impuestas por el Derecho Internacional Público y, en tal sentido, los estados gozan de amplia libertad para establecer los límites al ejercicio de dicha potestad. Cada estado, entonces, determina los supuestos en los que sus tribunales han de ejercer la jurisdicción. Los casos en los cuales se ejerce la jurisdicción son especificados a través de los llamados criterios atributivos de jurisdicción. Se trata aquí de seleccionar elementos que, de ser satisfechos, permitirían afirmar la jurisdicción del estado interesado. Generalmente dicha concretización se hace en base a criterios referidos a la persona del demandado, a la ubicación de los bienes, al lugar donde se contrajo la obligación o donde ella deba ser cumplida, o el lugar donde se producen los hechos que dan lugar a la reclamación. En algunos casos, como en materia de familia y sucesiones, la determinación de la aplicación del derecho del foro mediante las normas de conflicto del foro sirve para atribuir jurisdicción. Asimismo, la citación personal del demandado y el embargo de bienes pueden, según las circunstancias, servir de criterios atributivos de jurisdicción. Pero también se le reconoce valor a la voluntad de los particulares, expresada en determinada forma, para fijar la jurisdicción de los estados. Es decir, para cada caso concreto la jurisdicción es establecida en base a criterios preestablecidos por el legislador y que deben ser aplicados por

el juzgador. Satisfecho el supuesto del criterio en cuestión, se atribuye la jurisdicción a los tribunales nacionales. Sin embargo, el ejercicio de la jurisdicción, o en su caso el no ejercicio de la misma, en alguna de esas situaciones puede resultar inconveniente o repugnante a cierta idea de justicia imperante en el foro. En tales casos se ha sugerido proponer algún mecanismo de excepción o vía de escape, que permita al juzgador separarse de la “rigidez” de la solución normativa. Esas vías escapatórias deberían funcionar tanto para negar como para afirmar jurisdicción en casos diferentes a los previstos en las leyes del foro. Al efecto se han propuesto por lo menos dos salidas para excluir la jurisdicción, a pesar de estar dado el supuesto de ley: Una, la conocida como el *forum non conveniens*, de origen escocés y de aceptación en el mundo anglosajón, y la otra, también inspirada en ideas anglosajonas, consistente en una suerte de *balancing approach* o examen de los vínculos más estrechos entre los tribunales nacionales, las partes litigantes y los hechos litigiosos. En lo que respecta al supuesto de asumir la jurisdicción a pesar de que los criterios del foro no estén dados, se ha propuesto ejercer la jurisdicción basado en la necesidad de abrir un foro para asegurar el acceso a la vía jurisdiccional y evitar la denegación de justicia. Con razón aquí se habla de un *forum necessitatis*. Estas vías escapatórias han recibido poca consideración en América Latina. Para su aceptación se requiere cuando menos superar un doble obstáculo, a saber: En primer lugar, respetar el principio de legalidad para el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos del poder público, y, en segundo lugar, asegurar su debido ejercicio y puesta en marcha por parte de un poder judicial confiable. Satisfechas estas exigencias parecería que admitir el postulado de la flexibilización de los criterios atributivos de la jurisdicción, a través de los vehículos antes referidos, podría esgrimirse como un mecanismo que debería cumplir una función análoga a las instituciones valorativas de la Teoría General del Derecho Internacional Privado, y actuar así como instrumento para lograr la mejor solución del caso concreto. Sin embargo, la cautela se impone a hora de valorar la conveniencia de la flexibilización del ejercicio de la jurisdicción.

*El mundo era tan reciente, que muchas cosas carecían de nombre,
y para mencionarlas había que señalarlas con el dedo.*

Gabriel García Márquez, *Cien años de soledad* (1967).

INTRODUCCIÓN

1. Los organizadores de esta nueva reunión anual de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado me han propuesto desarrollar algunos planteamientos en torno al tema de la flexibilización de la jurisdicción o competencia procesal internacional. Tal planteamiento -a mi modo de ver las cosas- lleva implícito la constatación de una realidad existente en cuanto a la jurisdicción y que requiere ser cuestionada o por lo menos revisada. Tal realidad no es otra sino la de reconocer la rigidez de las regulaciones en materia de jurisdicción y, como resultado de esa constatación, proceder a evaluar si esas regulaciones, particularmente en cuanto a la expresión de los llamados criterios atributivos de jurisdicción, exigen una más flexible regulación. En este último caso también resultaría necesario especificar cómo se lograría dicha flexibilización. La tarea a cumplir será, por lo tanto, la de reexaminar las nociones fundamentales en materia de jurisdicción o competencia procesal internacional, para así constatar su rigidez y, posteriormente, dedicar algunas consideraciones a valorar si efectivamente la rigidez de las normas en materia de jurisdicción lleva a la proposición de ameritar su flexibilización y cómo se lograría esa flexibilización de los criterios aplicables.

2. Hay, de tal manera, una sensación de que al normarse el tema de la jurisdicción por parte de los estados se procede de manera abstracta y general, para un cúmulo indeterminado de casos, con base en criterios y teorías que mas o menos responden a un soporte técnico apoyado en la tradición jurídica de los países, pero que no toma en cuenta las particulares exigencias de las circunstancias de hecho y de derecho del caso individualmente considerado. Se trataría así de una pura aplicación aséptica de las normas sobre la jurisdicción a los hechos. La consideración de las características de la situación de hecho que se quisiera someter al conocimiento y decisión de los tribunales de un determinado estado no son tomadas en cuenta o no constituyen elemento relevante

para fijar el indispensable presupuesto procesal como lo es la jurisdicción y que permite que se constituya válidamente el proceso judicial.

3. Ahora bien, antes de entrar en materia quisiéramos recordar nuevamente una precisión terminológica necesaria. A lo largo de esta exposición utilizaremos las expresiones jurisdicción y competencia procesal internacional como sinónimos. Y lo haremos aun a sabiendas de que en el vocabulario jurídico de lengua castellana pudieran no ser “tan sinónimos” o de que existan otros vocablos o variantes de las expresiones que hemos preferido, las cuales efectivamente gozan de preferencia entre los usuarios para designar la misma potestad soberana. Así que nuestro tema trata de la jurisdicción, de la jurisdicción internacional, de la competencia procesal internacional, de la competencia internacional, de la competencia procesal civil internacional, de la competencia jurisdiccional. Sin embargo, utilizaremos preferentemente la expresión jurisdicción, pero sin que esto signifique emitir voto acerca de la precisión técnica del vocablo empleado.

I. LA JURISDICCIÓN COMO POTESTAD DE LOS ESTADOS SOBERANOS

4. Desde el punto de vista del Derecho Público la jurisdicción es una potestad soberana cuyo ejercicio está reservado al poder público. Dicha potestad soberana consiste en conocer y decidir conflictos inter-subjetivos con fuerza y autoridad de cosa juzgada. Ella es la *facultas jurisdictionis*. El Derecho Procesal también la estudia y reconoce el carácter público de la institución. Desde la óptica del Derecho Internacional Público se trata del ejercicio de una de las competencias propias de los estados soberanos que le es reconocida por el simple hecho de ser tales estados soberanos. Por su parte, el Derecho Internacional Privado se vale de los aportes de todas las ramas del Derecho antes mencionadas para establecer el marco de acción de dicha potestad por parte de los respectivos tribunales nacionales cuando se trata de casos entre personas que actúan como particulares y en los que están presentes elementos de extranjería relevantes. Generalmente se acepta que los estados soberanos gozan de amplia libertad para ejercer la propia jurisdicción.

El Derecho Internacional Público impone muy escasos límites a su ejercicio, fijando dichos límites para tratar de evitar superposiciones en el ejercicio de la jurisdicción y exigir, por tanto, un contacto mínimo entre las partes, la causa y los tribunales nacionales. En este sentido, resultaría inaceptable afirmar un principio de plenitud ilimitada de jurisdicción o reclamar, por parte de los estados soberanos, una suerte de jurisdicción universal que les permita conocer de cualquier tipo de casos entre cualesquiera tipo de personas. Tampoco parece que exista un estado soberano de tal manera generoso, pues con mayores o menores variantes, cada estado impone sus específicas restricciones al ejercicio de la propia jurisdicción.

5. De tal manera, cada estado soberano determina unilateralmente el ejercicio de su propia jurisdicción. Es decir, cada estado fija para sí y por sí, según sus propias normas, los límites de la jurisdicción de su propio poder público. Ningún estado puede fijar límites al ejercicio de la jurisdicción directa por parte de tribunales extranjeros. No puede un estado impedir el ejercicio de la jurisdicción por parte de un estado extranjero. Sin embargo, lo que sí puede hacer cada estado soberano es restringir la eficacia de los actos de autoridades jurisdiccionales extranjeras mediante el control de la llamada jurisdicción indirecta del estado extranjero sentenciador. En tal sentido, a los solos efectos del examen de la eficacia de una sentencia extranjera, el estado receptor, de manera unilateral, impone los requisitos de eficacia de tal acto extranjero, y entre tales requisitos regularmente se incluye el control de la jurisdicción de los tribunales extranjeros. Tal control se lleva a cabo mediante las reglas sobre la jurisdicción indirecta, que son establecidas por el estado receptor y en las cuales se puede tomar en cuenta o no las reglas sobre la propia jurisdicción directa del estado sentenciador extranjero. Pero este tema de la jurisdicción indirecta y de la eficacia de las sentencias extranjeras excede al propósito de esta exposición.

6. El ejercicio de la jurisdicción exige por parte de los estados soberanos el respeto a ciertas garantías procesales fundamentales, de manera tal que las partes ejerzan todas las posibilidades que le permitan presentar amplia y suficientemente sus planteamientos de hecho y de derecho ante el órgano de habrá de decidir el tema en disputa. Por lo tanto, al normar la propia jurisdicción corresponde a cada estado el

permitir a las partes involucradas en el asunto litigioso una razonable posibilidad de tutela jurisdiccional efectiva. En tal sentido debe garantizar a las partes el acceso a la justicia, lo cual a su vez supone facilitarle al demandante o solicitante un foro asequible ante el cual pueda hacer valer su pretensión, a la par que proteger el derecho fundamental del demandado a ejercer su defensa.

II. LA CONCRETIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

6. Tradicionalmente los estados expresan los límites al ejercicio de su propia jurisdicción mediante los llamados criterios atributivos de jurisdicción. Los estados soberanos seleccionan así los casos respecto de los cuales habrá de involucrarse su poder jurisdiccional y esa selección se efectúa de manera general y abstracta. Para concretizar el ejercicio de la jurisdicción los estados se valen de ciertos elementos -de hecho o de derecho- propios de las más diversas situaciones jurídicas, para manifestar de tal forma que su poder jurisdiccional puede ser llamado a conocer de las solicitudes, contenciosas o no, que le sean presentadas por los solicitantes, y de ser llamados a conocer, entonces tienen el deber de decidir lo solicitado, so pena de incurrir en denegación de justicia. A través de los criterios atributivos jurisdicción los estados manifiestan su especial interés respecto de determinados tipos de casos; interés que se ha de materializar mediante el ejercicio de la jurisdicción y para cuyo ejercicio se han de comprometer recursos públicos.

7. El elemento característico de las normas sobre la jurisdicción es el criterio atributivo de jurisdicción. Tal elemento cumple una función equivalente a la que desempeña el factor de conexión para las normas de conflicto o indirectas de Derecho Internacional Privado. Mientras estas últimas determinan el derecho aplicable al caso con elementos de extranjería relevante y para ellos se valen de una característica fáctica o jurídica de una situación jurídica que permite conectar el supuesto de hecho de la norma con un particular ordenamiento jurídico, las normas sobre la jurisdicción utilizan un elemento del caso y lo convierten en criterio para atribuir el conocimiento del asunto a sus propios órganos

jurisdiccionales. Importante es destacar que al determinar el derecho aplicable las normas de conflicto pueden ser bilaterales o unilaterales, determinando así la aplicación de un derecho extranjero o del derecho del foro, en tanto que las normas sobre la jurisdicción son de carácter unilateral, pues solo fijan la jurisdicción del estado interesado. Lo anterior no significa que el derecho extranjero sea totalmente irrelevante a la hora de fijar la jurisdicción de los propios órganos del poder jurisdiccional. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el artículo 46 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela al establecer que la sumisión a tribunales venezolanos para conocer de controversias respecto de derechos reales sobre inmuebles ubicados en el extranjero se hace depender de que tal sumisión sea tolerada por la *lex situs*, valga decir por el derecho del lugar de la situación del bien inmueble en cuestión.

8. Los criterios atributivos de jurisdicción pueden ser de carácter general, establecidos independientemente de la naturaleza jurídica de la pretensión o acción que se haga valer, o de carácter especial, que solo tienen aplicación para un particular tipo de pretensiones o acciones. De tal manera se habla de criterios generales y de criterios especiales atributivos de jurisdicción. Entre los elementos que con frecuencia son utilizados para fungir como criterio general se encuentra el domicilio del demandado en el territorio del estado interesado. Se trata de una aplicación concreta del principio *actor sequitur forum rei*. También podría tratarse de la nacionalidad del demandado. En otros casos se podría pensar en el domicilio o la nacionalidad del demandante, pero estos últimos son menos preferidos pues hay una tendencia natural en materia de jurisdicción a proteger la condición del demandado. Y en tal sentido, se prefiere colocar la carga procesal en cabeza del demandante, quien con su demanda o solicitud altera el *status quo*, y forzarlo a buscar el foro del demandado. Del carácter general de estos criterios atributivos de jurisdicción escapan ciertos asuntos respecto de los cuales los propios legisladores nacionales excluyen el ejercicio de la jurisdicción nacional. Estos serían, por ejemplo, casos respecto de derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en el extranjero, los cuales generalmente se dejan al ejercicio de la jurisdicción por parte del estado del

lugar de ubicación de esos bienes. Además de lo anterior, también sería posible excluir la jurisdicción mediante acuerdo de voluntades, es decir, mediante un pacto de derogación de la jurisdicción, aunque respecto de estos casos algunos estados no se muestran muy tolerantes.

9. Para los criterios especiales atributivos de jurisdicción, la selección de los elementos determinantes de la jurisdicción se hace tomando en cuenta diferentes aspectos. En materia patrimonial, tales criterios pueden ser el lugar de la ubicación del bien litigioso -sea el bien individualmente considerado o como parte de una universalidad, y en estos casos puede ser de la ubicación de solo una parte de los bienes que conforman la universalidad-, o en materia de obligaciones las circunstancias relativas a la causa de la reclamación, como lo serían el lugar donde se contrajo la obligación o donde la misma deba ser cumplida, o donde se han producido los hechos que dan origen a la reclamación, y ya sea que se trate de obligaciones contractuales o extracontractuales. En otros casos de materia patrimonial, la citación personal del demandado en el territorio nacional (*locus citationis* o la llamada *transient jurisdiction* del derecho anglosajón) es criterio atributivo de jurisdicción. También el embargo del bien litigioso en territorio nacional o *forum arresti* funciona en algunos casos, particularmente en materia de navegación acuática. Asimismo, la voluntad de los particulares, ya sea expresa o tácita, y sujeta a determinadas formalidades o ciertas vinculaciones con el foro escogido, funcionaría como criterio atributivo de jurisdicción.

10. Aun cuando técnicamente puede afirmarse que la determinación de la jurisdicción es independiente del problema de la determinación del derecho aplicable a la situación jurídica controvertida, y de tal manera el problema del *ius* se individualiza y se diferencia del tema del *foro*, y en consecuencia el ejercicio de la jurisdicción no lleva forzosamente a la aplicación del derecho nacional o que el ejercicio de la jurisdicción nacional solo procede en los casos en que resulta aplicable el derecho del foro, en algunos casos el ejercicio de la jurisdicción se hace depender de que el derecho del foro resulte aplicable al caso según sea determinado por las normas de conflicto del foro. Se trata del criterio llamado del paralelismo, recibido normativamente en algunos países, como Venezuela, para los casos de familia y de sucesiones. En estos

casos el factor de conexión de la norma de conflicto -cuando conduce al *iure proprio*- actúa en la realidad de las cosas como un simultáneo criterio atributivo de jurisdicción.

11. Una característica común a todos los casos anteriores es que una vez satisfecho el particular criterio de jurisdicción señalado en la correspondiente norma se producirá la respectiva consecuencia jurídica, valga decir se afirmará la jurisdicción nacional. De no ser satisfecho el criterio de jurisdicción, no tendrán jurisdicción los órganos jurisdiccionales nacionales. En todos esos casos, los legisladores nacionales han prestablecido los casos en que el propio poder público nacional habrá de participar en los casos que le sean presentados para su consideración. Se trata de una anticipada valoración de los elementos que habrán de operar como determinantes de la jurisdicción nacional hecha independientemente de las características particulares que individualizan al caso concreto. Si se quiere, se trata de una determinación respecto de la jurisdicción que se hace tomando en cuenta criterios abstractos y sin valorar las realidades propias de las partes, del objeto y causa litigiosa, ni tampoco los intereses del estado cuando se encuentra con la necesidad concreta de apreciar las características definidoras del específico asunto sometido a su decisión.

12. Es en la circunstancia inmediatamente antes descrita donde se aprecia la “rigidez” de las normas sobre la jurisdicción, en especial en lo que respecta a la función de los criterios atributivos de jurisdicción. Sin embargo, es de tomar en consideración que idéntica rigidez puede apreciarse, en principio, en todos aquellos casos que se encuentran regulados por normas jurídicas preestablecidas por un legislador. Además, debe tomarse en cuenta que tratándose en materia de jurisdicción del ejercicio de una competencia de los estados, y por lo tanto del ejercicio del poder público, se impone una determinación previa al caso concreto por parte del estado interesado respecto de la jurisdicción. Puesto en términos más sencillos, le corresponde a la ley definir las competencias del poder público. Adicionalmente, se trata de un tema en cuya regulación se impone el mayor respeto por la certeza y seguridad jurídicas.

III. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS CRITERIOS DE JURISDICCIÓN

13. Si partimos del presupuesto de la “rigidez” de los criterios atributivos de jurisdicción establecidos por los legisladores nacionales, entonces se hace necesario valorar si la “flexibilización” de los mismos resultaría una opción válida para posibilitar una mejor solución de los casos jurídicamente internacionalizados. En este sentido, la flexibilización de los criterios atributivos de jurisdicción significaría buscar válvulas de escape a la consecuencia jurídica de las normas sobre la jurisdicción, de manera tal que los órganos jurisdiccionales llamados a decidir dichos casos internacionales puedan “desviarse” o “apartarse” de las soluciones que ordenan tales normas sobre la jurisdicción. En tal sentido, la solución jurisdiccional *ad-hoc* se preferiría a la solución general abstractamente concebida por el legislador. Como es fácil de apreciar, realmente no se trata de una innovación o de la revelación de un misterio o del descubrimiento del problema de la rigidez *versus* la flexibilización de las normas jurídicas, sino antes bien se trata del traslado al campo de la jurisdicción del debate universal y del dominio público que enfrenta confronta, por una parte, a una exigencia naturalmente humana de certeza y seguridad jurídicas, y por la otra parte, a un reclamo de solución más adecuada y de acuerdo a las características del caso concreto.

14. El asunto planteado en los términos anteriores no hace sino recordar las amplias discusiones sostenidas durante una buena parte del siglo XX en torno a la justicia conflictual y la justicia material en el ámbito del Derecho Internacional Privado. No vamos a reproducir esa discusión, pero si es de alertar que un cúmulo significativo de los argumentos hechos valer en ese tiempo encuentran cabida al plantearse el tema de la flexibilización de la jurisdicción. En este contexto vale la pena destacar una vez más que la flexibilización de las soluciones jurídicas impone dotar a los órganos jurisdiccionales de mayores poderes discrecionales, de mayores libertades a la hora de aplicar la norma al caso concreto o mejor dicho, conduce a dotar al órgano decisor del poder de crear la norma para el caso concreto. Lo anterior operaría en desmedro de la certeza y seguridad que brindan las normas menos flexibles

y más rígidas elaboradas con antelación al caso que ha de decidirse. Puesto en términos sencillos, a mayor rigidez menor libertad para decidir según las características del caso concreto. Y viceversa, una mayor libertad para decidir significa un menor grado de certeza en cuanto a la solución del caso concreto.

15. La pregunta es, entonces, ¿cuánto y de qué estamos dispuestos a sacrificar? ¿Qué resulta preferible, mayor rigidez y menor flexibilidad? O, ¿Mayor flexibilidad y menor rigidez? ¿Menos seguridad jurídica y más justicia en el caso concreto?

16. En el campo de la jurisdicción el problema planteado debe examinarse tanto para aquellos casos en los que se afirma como para aquellos en que se niega la jurisdicción. En ambos supuestos se impone una revisión del resultado de la aplicación de la norma sobre la jurisdicción. Es decir, en ciertos casos afirmar o negar la jurisdicción que resulta de la aplicación de la norma correspondiente puede no satisfacer la idea de justicia imperante en el foro. En otras palabras, afirmar o negar la jurisdicción en el caso concreto resulta chocante a la noción de resultado justo en vista de las circunstancias particulares del caso concreto. Para lo anterior se han propuesto por lo menos dos salidas de manera tal de excluir la jurisdicción, a pesar de estar dado el supuesto de ley para la jurisdicción: Una, la conocida como el *forum non conveniens*, de origen escocés y de aceptación en el mundo anglosajón, y la otra, también inspirada en ideas anglosajonas, consistente en una suerte de *balancing approach* o examen de los vínculos más estrechos entre los tribunales nacionales, las partes litigantes y los hechos litigiosos. En lo que respecta al supuesto de asumir la jurisdicción a pesar de que los criterios del foro no estén dados, se ha propuesto ejercer la jurisdicción basado en la necesidad de abrir un foro para asegurar el acceso a la vía jurisdiccional y evitar la denegación de justicia. Con razón aquí se habla de un *forum necessitatis*. Estas vías escapatorias han recibido poca consideración en América Latina, aunque en el caso venezolano encontramos una expresa regulación del *forum non conveniens* para asuntos de abordaje (artículo 333 de la Ley de Comercio Marítimo) y un caso especial de *forum necessitatis* que faculta a los jueces nacionales para dictar medidas temporales de protección de personas que se encuentren en territorio nacional y aun cuando esos tribunales no tengan jurisdicción

sobre el mérito del caso (artículo 43 de la Ley de Derecho Internacional Privado). Otros países latinoamericanos -como Nicaragua- también tienen sus regulaciones particulares para el *forum non conveniens*. Para la aceptación de las vías escapatorias en materia de jurisdicción se requiere cuando menos superar un doble obstáculo, a saber: En primer lugar, respetar el principio de legalidad para el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos del poder público, en el sentido de que expresamente se regule y permita la declinatoria discrecional de la jurisdicción por los órganos jurisdiccionales y, en segundo lugar, asegurar su debido ejercicio y puesta en marcha por parte de un poder judicial confiable. Si estos dos presupuestos están dados, dependerá de las respectivas circunstancias de cada país.

17. Aprovechando la coyuntura futbolística de este año mundialista Brasil 2014 y de que esta reunión anual de ASADIP nos congrega en Porto Alegre, quisiéramos destacar lo actual de la discusión aquí planteada a la luz de un caso pendiente ante tribunales colombianos. Se trata del asunto **Indignados contra la FIFA vs. Velasco Carballo y otros** (www.futbol.as.com/futbol/2014/08/22/internacional/1408677977_185212.html). El caso tiene que ver con una demanda de reparación de daños extracontractuales, por un mil millones de Euros, causados, según alegan los demandantes, a los 47 millones de colombianos con ocasión de la anulación del gol del central colombiano Mario Alberto Yepes, en el minuto 65 del encuentro de cuartos de final entre Brasil y Colombia, por el árbitro español Carlos Velasco Carballo, a instancias del señalamiento de un fuera de juego por parte del correspondiente juez de línea. La demanda es intentada por el llamado movimiento Indignados contra la FIFA, el cual -según se reporta- aglutina “a varios letrados colombianos y al sentir de millones de aficionados de Colombia”. Los demandados son el árbitro principal del partido, el señor Carlos Velasco Carballo, la FIFA, en la persona de su presidente el señor Josef Blatter, y el presidente de la Federación Colombiana de Fútbol, el señor Luis Bedoya, en este último caso “por guardar un silencio cómplice”. Independientemente de lo apasionante y estimulante del tema futbolístico, del mérito del caso y de otros asuntos procesales que podrían ser muy discutibles, incluso el tema de la eficacia de la eventual sentencia colombiana en el extranjero, lo relevante para nosotros es el

tema de la flexibilización de la jurisdicción que hemos venido desarrollando en estas páginas.²³⁵

18. ¿Tienen jurisdicción los tribunales colombianos respecto de los demandados? Seguramente la tendrán respecto de la Federación Colombiana de Fútbol, por tratarse de una persona jurídica domiciliada en Colombia. Pero, ¿Qué hay respecto de la FIFA? Y, tal vez más interesante aun, ¿Tendrán jurisdicción los tribunales colombianos respecto del árbitro Velasco Carballo, un ciudadano español, domiciliado en España? Sin entrar a considerar las disposiciones particulares del derecho colombiano sobre la jurisdicción, podemos presumir que tratándose de una demanda por daños morales extracontractuales, los tribunales colombianos tendrían jurisdicción si los hechos en que se fundamenta la pretensión indemnizatoria tuvieron lugar en Colombia. Es decir, se necesitaría que por lo menos los efectos de la decisión del árbitro se hayan exteriorizado en Colombia. Esto podría ser verdad para una inmensa mayoría de fanáticos colombianos, pero seguro otros muchos sufrieron la decisión arbitral en el propio estadio, o en Venezuela, en España, en Miami y en Nueva York, para solo mencionar algunos recintos de la diáspora colombiana. ¿Dónde sufrieron estos últimos las consecuencias de la decisión? ¿Dónde llora el fanático la derrota de su equipo? ¿Cuánto tiempo dura “esta pena de amor”? Y aun si no hubiera jurisdicción según las normas colombianas, ¿Deberían asumir jurisdicción esos tribunales, aun cuando sus normas no le atribuyan la jurisdicción, por razones de justicia del caso concreto? O si la tuvieran, ¿Deberían declinarla para favorecer los mejores intereses de la justicia?

19. Asimismo, el escenario de las redes sociales y la protección de la privacidad de la información nos brinda un escenario actual y muy interesante para la reflexión. Actualmente está pendiente ante tribunales austríacos el caso **Facebook vs. Europa** (*Sunday Guardian*, 24 de agosto de 2014, Port of Spain, p. A36, “Vienna court orders response on Facebook privacy case”), una *class action* iniciada por un grupo de unos 25.000 usuarios de Facebook, no residentes en Canadá o los Esta-

²³⁵ La referencia de este caso tan reciente se la debo agradecer a Armando Hernández-Bretón Ojer, destacado portero y gran fanático del fútbol, sin cuya curiosidad no habría llegado a conocer del mismo.

dos Unidos de América, contra la subsidiaria irlandesa de la conocida red social, en cuyo país están basadas las operaciones europeas de esa red. Se trata de una reclamación de daños, por la cantidad de aproximadamente unos 500 Euros por demandante, causados con ocasión de violaciones a la información privada de los usuarios por parte de Facebook y con ocasión de la participación de esta última en el programa de espionaje *US Prism*.

20. El tema de las redes sociales y de los medios de telecomunicación presenta, desde antaño, problemas interesantísimos para el Derecho Internacional Privado, tanto en lo que respecta a la determinación del derecho aplicable como por supuesto en cuanto al tema de la jurisdicción. La ubicuidad de la información y del acceso a la misma abre una gama de posibilidades teóricas a veces difícil de manejar. Sin embargo, volviendo al caso **Facebook vs. Europa**, nos cuestionamos ¿Tienen jurisdicción los tribunales austríacos? Seguramente entre el grupo de los co-demandantes habrán unos cuantos usuarios-residentes en Austria, y se podría decir que ellos han sufrido la violación de sus derechos de la personalidad en el territorio de ese país. Pero, ¿Qué decir de los demás co-demandantes no residentes en Austria? ¿Dónde se padecen las consecuencias de la violación de la intimidad de las personas? Aquí cabría cuestionarse si de tener jurisdicción esos tribunales -como parece que ya lo ha afirmado un tribunal vienés- ¿No deberían declinarla en atención a los mejores intereses de la justicia? En todo caso, ¿Cuáles son esos mejores intereses de la justicia? ¿De cuál justicia?

CONCLUSIÓN

21. El ejercicio de la jurisdicción, o en su caso el no ejercicio de la misma, en alguna de las situaciones previamente establecidas por los legisladores nacionales puede resultar inconveniente o repugnante a cierta idea de justicia imperante en el foro. En tales casos se ha sugerido proponer algún mecanismo de excepción o vía de escape, que permita al juzgador separarse de la "rigidez" de la solución normativa. Esas vías escapatorias deberían funcionar tanto para negar como para afirmar jurisdicción en casos diferentes a los previstos en las leyes del

foro. Al efecto se han sugerido por lo menos dos salidas para excluir la jurisdicción, a pesar de estar dado el supuesto de ley: Una, la conocida como el *forum non conveniens*, de origen escocés y de aceptación en el mundo anglosajón, y la otra, también inspirada en ideas anglosajonas, consistente en una suerte de *balancing approach* o examen de los vínculos más estrechos entre los tribunales nacionales, las partes litigantes y los hechos litigiosos. En lo que respecta al supuesto de asumir la jurisdicción a pesar de que los criterios del foro no estén dados, se ha propuesto ejercer la jurisdicción basado en la necesidad de abrir un foro para asegurar el acceso a la vía jurisdiccional y evitar la denegación de justicia. Estas vías escapatorias han recibido poca consideración en América Latina. Para su aceptación se requiere cuando menos superar un doble obstáculo, a saber: Respetar el principio de legalidad para el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos del poder público, y asegurar su debido ejercicio y puesta en marcha por parte de un poder judicial confiable. Satisfechas estas exigencias parecería que admitir el postulado de la flexibilización de los criterios atributivos de la jurisdicción, a través de los vehículos antes referidos, podría esgrimirse como un mecanismo que debería cumplir una función análoga a las instituciones valorativas de la Teoría General del Derecho Internacional Privado, y actuar así como instrumento para lograr la mejor solución del caso concreto. Se trata, entonces, de satisfacer las necesidades de la justicia a través de los mecanismos del Derecho Internacional Privado. No obstante, a pesar de lo comentable de los planteamientos basados en aspiraciones de superación de la calidad de los resultados individuales de la actuación jurisdiccional, deben verse con cautela estentóreos argumentos que solo pueden conducir a trastabillantes conclusiones y a productos que poco distan de los mejores logros de los grandes alquimistas durante las más ilustres épocas de esa disciplina.

Palabras clave: Jurisdicción-Derecho Procesal Internacional-Derecho Internacional Privado-Futbol-Redes Sociales-Privacidad

**COMPRAR PARA COBRAR
O COMPRAR PARA DEMANDAR.
UNA DIFERENCIA SUTIL DEL
“FONDO BUITRE” EN LOS CASOS
DE DEUDA SOBERANA
(COMENTARIOS BREVES SOBRE ASPECTOS
JURÍDICOS, ÉTICOS Y HUMANISTAS)***

*Román J. Duque Corredor***

* Este trabajo fue realizado en Washington, Georgetown, agosto de 2014 y actualizado en Caracas en febrero de 2015.

** Mérida, Venezuela (02.12.1941) Abogado (Universidad Católica Andrés Bello, de Caracas, 1965 y Doctor en Derecho (1977). Consultor Jurídico del Instituto Agrario Nacional (1972-1974). Gerente Legal de Maraven, filial de Petróleos de Venezuela (1974-1979). Consultor Jurídico de la Presidencia de la República de Venezuela (1979-1982). Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (1982-1986). Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Sala Político-Administrativa) (1989-1992). Profesor de postgrado en derecho constitucional (Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela y Universidad Monte Ávila) Doctor Honoris Causa de la Universidad de Los Andes (Mérida, Venezuela, 2004). Profesor Honorario de la Universidad Católica de La Plata (Argentina, 2010) Socio de Hoet Peláez Castillo & Duque desde 1992. Ex Presidente del Colegio de Abogados del Distrito Federal; Miembro de la Comisión Andina de Juristas; Vicepresidente del Instituto Latinoamericano del “Ombudsman”. Presidente de la Fundación Alberto Adriani. Miembro de la Sección Jueces y Ex Jueces de World Juris Assotiation. Miembro de la Federación Interamericana de Abogados.

PARTE I

Nadie discute que la indisciplina fiscal o la irresponsabilidad administrativa o corrupción de los gobiernos, sean de izquierda o derecha, lleva a los países a cesaciones de pago que perjudica a sus poblaciones. En definitiva la deuda pública externa, o “*deuda soberana*”, termina siendo la deuda del pueblo, que heredan las generaciones futuras. Este comentario viene al caso con la ya célebre pero lamentable cesación de pagos o “default” de Argentina, al no pagar la deuda a unos de sus grandes acreedores que compraron su deuda pero que no aceptaron reestructurarla o renegociarla como si lo hicieron antes la mayoría de acreedores²³⁶. Los comentarios que haré con referencia este tema, no atienden a cuestiones ideológicas ni de porte tercermundistas o anti-imperialistas o anticapitalistas, sino a la sempiterna discusión entre lo lícito y lo ilícito, sobre todo cuando su interpretación en la realidad no aparece equitativa, o al menos luce transparente contradictoria o imparcial. Ya el tema no es ideológico o político. Sino simplemente jurídico. Y, en verdad, es la inquietud jurídica la que surge cuando una situación parecida y hasta similar e incluso con participación de una misma parte, es calificada, en forma distinta o contradictoria, una vez de ilícita y otra de lícita, a pesar de que existen leyes que la califican de ilícita. Este diferente trato aparece en los casos “*fondos buitres*”, o de demandas por compra de bonos en default, de Perú, y recientemente de Argentina por la gran corporación financiera “Elliot Fund”, de Paul Singer, y NML Capital, Ltd., que iniciaron un juicio en el Distrito sur de Nueva York siendo Thomas Griesa el juez a cargo. Estos titulares de la

²³⁶ En 2001 la Argentina declaró el default de su deuda externa, luego años más tarde celebró dos reestructuraciones de la deuda, con descuentos con el 93% de los tenedores de títulos

deuda argentina buscaban el pago total de los títulos de deuda sin aceptar descuentos o rebajas. Durante el juicio la Corte se basó en que tenía jurisdicción ante lo cual Argentina expuso su inmunidad de país soberano. La Cámara de Apelaciones de Nueva York, en lugar de la “*doctrina Champerty*”, del Juez Robert W. Sweet²³⁷, sobre la ilicitud de la compra de “deuda soberana” insolvente, acogió la “*doctrina Griesa*”, que, por el contrario, la consideró lícita en favor de dicha Corporación²³⁸. Y ello a pesar que en el Estado de Nueva York, existe la Ley del Poder Judicial, cuya Sección 489, que conforme con la “*doctrina Champerty*”, el Juez Robert W. Sweet interpretó como la prohibición de la compra de deuda en cesación de pagos o default, con el propósito de demandar en Wall Street, Nueva York, la totalidad de su pago, que es la jurisdicción escogida para dirimir los conflictos sobre deuda soberana. Los titulares de los llamados “fondos buitres” fundaron su demanda en la cláusula *pari passu* que significa que la Argentina debe pagar a todos los tenedores de bonos no solo los que entraron en la restructuración de la deuda, como se señaló, el 93% de los tenedores de bonos. La corte falló a favor de NML Capital Ltd., en seis casos, sumando un total de 900 millones de dólares y un total de 1.6 mil millones en daños. Como la Argentina se negó a acatar el fallo, NML pidió a la Corte investigar los bienes argentinos en Estados Unidos y en el exterior para embargarlos. En efecto, en 2010 NML utilizando la cláusula “*subpoenas*” buscó el descubrimiento de las cuentas bancarias pertenecientes a la Argentina en el Bank of América y en el Banco de la Nación Argentina con la finalidad de embargar las cuentas de la República Argentina. En 2011 la Corte logró que el Banco de América le suministrara información sobre las cuentas argentinas, mientras que el Banco de la Nación argentina no proporcionó esta información a NML. La Argentina recurrió a la Corte Suprema de Estados Unidos. Sin embargo la Corte Suprema de Estados

²³⁷ Juez de la Corte Federal de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York, nacido en 1922, graduado en la Universidad de Yale en 1948, nominado por el Presidente Jimmy Carter, y ejerció su cargo de 1978 a 1991.

²³⁸ Sin embargo en 2003 uno de los acreedores NML Capital, Ltd., inició un juicio en el Distrito Sur de Nueva York siendo Thomas Griesa el juez a cargo. Los bonistas buscaban el pago total de los títulos de deuda sin aceptar quita. Durante el juicio la corte se basó en que tenía jurisdicción ante lo cual Argentina expuso su inmunidad de país soberano.

Unidos rechazó la apelación dejando firme la sentencia del juez Griesa dada en febrero de 2012. El 27 de junio del 2014 la Argentina afrontaba vencimientos de pagos a los bonistas que entraron en el canje, ese día la Argentina pagó los vencimientos al Bank of New York Mellon (BoNY), para que efectuara los pagos a los distintos titulares de los bonos reestructurados. Sin embargo el Juez Griesa ordenó congelar los pagos, dejándoles en suspenso. Esta medida fue calificada de “severa”, según el periódico Wall Street Journal y fue desaprobada por el Fondo Monetario Internacional y del mismo gobierno de Estados Unidos. La medida colocó a la Argentina en una situación de default técnico al “no realizar” los pagos para el 30 de julio del 2014. La Argentina, por otra parte, alegó que por la cláusula RUFO (Rights Future Offers) no podía ofrecer una mejor oferta que la reconocida a los titulares de los bonos reestructurados a los que quedaron afuera del canje o convenio de reestructuración, en concreto, a los titulares de los fondos buitres²³⁹.

La doctrina sostenida en la sentencia del Juez Sweet establecía que el propósito que tuvo Elliott al comprar la deuda insolvente del Perú constituyó una violación de la ley mencionada, puesto que su intención fue demandar al Perú antes de decidirse a comprar la deuda. Y, que en base a la evidencia analizada, su propósito e intención fue el de mantenerse al margen de los acreedores que habían aceptado la reestructuración establecida y de valerse de la vía judicial para exigir el pago íntegro. La Cámara de Apelaciones de Nueva York, por el contrario, anuló esta doctrina y falló en favor de Elliot. Criterio este que el Juez Thomas P. Griesa²⁴⁰ aplicó igualmente en el caso de la compra de los fondos

²³⁹ Se trata de una cláusula que se incluyó en los canjes de deuda de 2005 y 2010, a partir de la cual se prohíbe pagarle a los fondos buitre de manera voluntaria en mejores condiciones de aquellos titulares de la deuda que sufrieron rebajas de hasta el 70 por ciento. Por lo tanto, si se negociaba con los bonos buitres antes del 31 de diciembre, fecha en que vencía esa cláusula, y se les ofrecía un monto mayor que a los titulares de los bonos reestructurados, que accedieron al canje con rebajas hasta el 70% del valor nominal de los bonos que cayeron en default en 2001, como se señaló, estos últimos podrían haber demandado y exigido un pago igualitario.

²⁴⁰ Juez de la Corte Federal de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York, nacido en 1930, graduado en 1952 en la Universidad de Harvard, fue nominado por el Presidente Richard Nixon en 1972.

buitres de Argentina por parte del mismo Elliot. No obstante, como ya se dijo, que la Ley del Poder Judicial de Nueva York en su Sección 489 establece que quienes compren documentos o créditos vencidos, sean personas naturales o jurídicas con la única intención de interponer una acción judicial respecto de ellos, incurren en un delito. Aparte de considerar lícita la compra de tales fondos por parte de Elliot, el Juez Griesa consideró que no admitir su licitud es contrario a la interpretación del “*principio pari passu*”, del tratamiento en igualdad de condiciones de los acreedores quienes tienen igual derecho y por el que el deudor se compromete a no otorgar a futuros acreedores garantías o condiciones más favorables y de hacer beneficiarios de las mismas condiciones a todos por igual. Ciertamente, en el caso de la deuda de Argentina no se puede entender este principio de igualdad de condiciones en favor de Elliot de reconocerle la licitud de la compra de un fondo en default, por debajo de su valor, para demandar totalidad de la acreencia, si la mayoría de tenedores de bonos en la restructuración de su deuda del 2005 y del 2010 aceptaron canjearla por otra y rebajar capital e intereses.

Todas estas inquietudes surgen por cuestión de principios, porque independientemente de la responsabilidad o no de los gobiernos, llámense o no “revolucionarios”, en el caso de la llamada deuda soberana, el tema de la cesación de pagos no es equiparable a los atrasos o quiebras mercantiles, sobre todo en los casos de empréstitos cuyo propósito es satisfacer derechos sociales o económicos, en los que los deudores no son empresas sino Estados o países que no quiebran y cuando por causa de las crisis de la economía mundial, los países, aún desarrollados, cesan en sus pagos, como ocurre con algunos países europeos. Se ha dicho, que porque los países no quiebran, puesto que no pueden ser intervenidos directamente y porque sus activos no pueden ser rematados y su administración no puede ser cambiada y mucho menos liquidados, han de ser diferentes no solamente las reglas jurídicas sino principalmente los criterios de interpretación de las cesaciones de pagos de la deuda soberana e incluso el órgano llamado a dirimir sus conflictos. Es decir, se sostiene conceptualmente, que un Estado no es una empresa en marcha, sino un ente soberano cuyo propósito es perpetuarse, y por eso no puede quebrar aunque cese pagos y tenga dificultades de balanza

de pagos o presupuestales²⁴¹. Ello, independientemente de la responsabilidad que por corrupción incurran los gobernantes por el manejo o administración de esta deuda. Asimismo la interpretación que en estos casos se ha dado a la deuda pública externa de actividad mercantil vinculada para negar la inmunidad de jurisdicción alegada por los estados deudores demandados en la jurisdicción de Nueva York, no luce congruente o contextualizada con los fines, propósitos, procedimientos e instrumentos mediante los cuales se adquieren los compromisos de sus pagos. Estos conceptos y principios ameritan reflexión y ponderación que expondré en diferentes comentarios, de los cuales los anteriores son su primera parte.

PARTE II

En comentarios anteriores señale que la cesación de pago de las deudas de los Estados no es equiparable a los atrasos o quiebras mercantiles, porque, entre otras causas, éstos no son empresas sino Estados o países que no quiebran, puesto que no pueden ser intervenidos directamente y porque sus activos no pueden ser rematados y mucho menos liquidados. Y que por tanto, las reglas jurídicas y los criterios de interpretación aplicados en las cesaciones de pagos de la deuda soberana han de ser diferentes a los estrictamente mercantiles. Uno de los aspectos a ponderar es la interpretación que en estos casos se ha dado a la deuda pública externa como actividad mercantil vinculada para negar la excepción de incompetencia por inmunidad de jurisdicción alegada por los Estados deudores demandados en Nueva York, a cuya jurisdicción hacen referencia los acuerdos de emisión de deudas en dólares. Concretamente la interpretación dada por la Corte Federal del Distrito Sur de Nueva York a la Secciones 1605 (a, 1) sobre la renuncia explícita a la inmunidad de jurisdicción y 1605 (a, 2) y 1603, acerca de la definición de actividad comercial, contenidas en la Foreign Sovereign Acta

²⁴¹ OSCAR UGARTECHE Y ALBERTO ACOSTA, « Los problemas de la economía global y el tribunal internacional de arbitraje de deuda soberana», *Polis* [En línea], 13 | 2006, Puesto en línea el 14 abril 2006, consultado el 02 agosto 2014. URL: <http://polis.revues.org/5393>; DOI: 10.4000/polis.5393)

de los Estados Unidos de 1976, o FSIA, que han sido aplicadas como excepciones para negar la inmunidad de jurisdicción de los Estados en los casos de cesión de pagos. Estas interpretaciones motivan estos comentarios. Por su parte, el Centro de Economía y Finanzas para el Desarrollo de la Argentina se ha ocupado de este tema²⁴². La inmunidad de jurisdicción, que comporta propiamente la no subordinación de los Estados a tribunales extranjeros y la no ejecución sobre sus bienes por decisiones de estos tribunales, por la intervención cada vez mayor de los Estados en negocios mercantiles internacionales, en forma directa, o indirecta a través de sus empresas, ha sido atemperada, con la distinción, entre *actos de iure imperii*, de derecho público, que están fuera de la competencia de los tribunales extranjeros, y los actos de gestión o negociables, o de *iure gestionis*, o de derecho privado o mercantil, que si se comprenden en su competencia. Así, por ejemplo, si una demanda se origina por una actividad comercial llevada a cabo en los Estados Unidos, por un Estado extranjero, o en cualquier otro lugar, pero que tenga efecto directo en su territorio, el Estado extranjero no goza de inmunidad de jurisdicción. El problema interpretativo, en concreto, se refiere a la ambigüedad de la definición de actividad comercial del Estado foráneo. En efecto, la Sección 1603 (d) de la FSIA la define como conducta comercial regular, transacción o acto comercial particular, cuyo carácter mercantil deriva de la naturaleza de la conducta o del acto, más no de su propósito. Tal ambigüedad permite calificar prácticamente a casi todos los actos de los Estados como mercantiles atendiendo al tipo de actividad u operación, independientemente de su propósito o finalidad. Así, por ejemplo, desde el Caso "Weltover Inc. Vs. República de Argentina" de 1992, la emisión de deuda pública en Estados Unidos es deuda comercial. El criterio fundamentalmente es que en estos casos los Estados actúan como un "actor privado" y no como "regulador del mercado", porque se trata de un tipo de acto mediante el cual un particular ejerce el comercio, independientemente de si el Estado está actuando con fines de lucro, o para cumplir objetivos soberanos, lo cual

²⁴² Ver ROMINA KUPELIAN Y MARIA SOL RIVAS, "Fondos Buitres El Juicio contra Argentina y la dificultad que representa en la economía mundial", Documento de trabajo N° 49, Feb. 2013.

para la anterior jurisprudencia es irrelevante. En verdad, que aplicar la analogía para asimilar la emisión de títulos de la deuda pública con una transacción comercial privada es una interpretación incoherente con la naturaleza de deuda pública de la transacción y con la finalidad del endeudamiento que responde a necesidades públicas o sociales. Por lo que según elementales reglas hermenéuticas no cabe la analogía. Independientemente de que se trate de common law o de derecho escrito, porque lo similar implica, por lo menos, semejanza material. Como aquello de que no es posible juntar peras con limones, porque simplemente ambos son frutas. Es decir, solo cuando existe identidad de la “ratio legis”, es posible aplicar la norma semejante.

Finalmente, cabe otro comentario, cuya finalidad no es politizar el tema, sino el de fomentar el estudio jurídico de la llamada “deuda soberana”, por los abogados interamericanos. En efecto, la excepción de la inmunidad de jurisdicción por renuncia explícita o implícita también es una cuestión debatible a la luz del tratamiento que le ha dado la jurisprudencia norteamericana. Normalmente en los acuerdos de emisión de deuda pública en dólares se exige a los Estados la renuncia a su inmunidad soberana, lo que ciertamente afecta el interés público nacional en este tipo de operación, y su constitucionalidad, que incluso bajo la normativa norteamericana debería ser invalidada, como lo reconoció en una oportunidad su jurisprudencia en el Caso Selzer Vs. Baker respecto de la renuncia a inmunidad de ejecución por parte de entes estatales que disfrutaban de esta inmunidad legal o constitucionalmente. Y cuya argumentación de que no es válida la renuncia a privilegios legales o constitucionales, sirvió igualmente para invalidar la renuncia de la inmunidad soberana, al Juez Robert W. Sweet, de primera instancia de Nueva York, en Elliot Associates L. P. Vs. República del Perú, de 1998, por considerar que la renuncia afectaba a un interés público.

El tema, pues, de la conceptualización de la actividad comercial de los Estados y el de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, en los casos de deuda soberana, es toda una materia que invita a su estudio y ponderación para su incorporación a nuevas reglas internacionales de financiamiento a los Estados, así como también lo relativo a la corrupción en la que los gobiernos pueden incurrir y que por dilapidación o aprovechamiento de sus fondos son causa de la cesación de sus pagos.

En comentarios posteriores seguiré tratando estas materias con el mejor espíritu profesional.

PARTE III

En los comentarios que he venido haciendo sobre este tema, en las partes anteriores se ha hecho referencia a la “doctrina Champerty”. Esta doctrina surgió en el Caso “Elliot Associates Inc. Vs. República del Perú”, de 1996, en el cual el Juez de Primera Instancia de Nueva York, Robert W. Sweet, declaró inválida la compra de la deuda peruana por Elliot, conforme la Sección 489 de la Ley del Poder Judicial de Nueva York, por la estrategia de inversión utilizada por Elliot, en primer término, de comprar por USD 11,4 millones de los títulos de dicha deuda, estimados nominalmente en USD 20,7, que estaban en poder de Swiss Bank Corporation y de ING Bank , NV, y, en segundo lugar, de esperar la finalización del Acuerdo Brady de recalcular de intereses e intercambio por nuevos títulos; y, en tercer lugar, de negarse a aceptar sus términos para la renegociación de la deuda para después proceder a demandar por la totalidad del valor nominal de dichos títulos más los intereses compuestos. Es de hacer notar que de los 180 acreedores legitimados para el canje de la deuda solo Elliot y Pravin Banker Associates Ltd., se negaron a aceptar el plan de reestructuración de la deuda, señalando, por el contrario, que si no se les pagaba completa la deuda procederían a demandar. En su sentencia el Juez Sweet declaró ilícita la compra de la deuda por Elliot por considerar que existía evidencia de que su intención y propósito de comprar la deuda insoluble, fue el de presentar una demanda para obtener el pago de su totalidad, entre otros elementos de convicción, el que Elliot esperara la decisión en el Caso Pravin Banker de suspensión de la ejecución de la deuda mientras se tramitaba la apelación, que desfavoreció al Perú. Esta apetencia, voracidad o rapacidad por cobrar totalmente la deuda ha hecho que operaciones con esta intención se les denomine “fondos buitres”. El Juez Sweet argumentó en su decisión que si bien no toda operación de este tipo pueda calificarse de ilícita, sin embargo, la intención del legislador es la de evitar que las sociedades compren reclamos de deudas no pagadas o en cesación de

pagos y promover conflictos y discordias para después entablar acciones para obtener su pago total. Señaló el Juez Sweet que el propósito de Elliot que se evidenció en el caso fue el de mantenerse al margen de los acreedores que habían aceptado la reestructuración de la deuda por el Acuerdo o Plan Brady y de valerse de la vía judicial para exigir el pago íntegro de la deuda comprada bajo “*default*”. No obstante esta doctrina fue revocada por la Corte de Apelaciones de Nueva York en sentencia del 20 de octubre de 1999, en base al criterio que la práctica de Elliot de adquirir una deuda no pagada no es con la intención de presentar una demanda contra el deudor, sino que su propósito es el cobro de la deuda adquirida, puesto que la demanda es “accidental y contingente”, o “incidental”, ya que está supeditada a la negativa de los deudores de hacer efectivo el pago. Ya que éstos pudiendo haber pagado, sin embargo, optan por no hacerlo, como en el caso de Perú, que lo hizo para no poner en peligro el Acuerdo o el Plan Brady celebrado con sus otros acreedores. En concreto, la mencionada Corte de Apelaciones señaló que la Sección 489 “*es violada solo si el motivo primordial es iniciar un litigio y no cuando existe alguna otra finalidad*”. Y además que el que se ponga en peligro los acuerdos celebrados con la masa de acreedores no es relevante para desestimar las demandas por la totalidad de la deuda por los acreedores que no han querido aceptar dichos acuerdos. Esta es la doctrina que se aplicó igualmente en el caso de los fondos buitres argentinos por el Juez Griesa.

Por nuestra parte, por cuanto la norma jurídica, como indica el filósofo del Derecho norteamericano Ronald Dworkin, son propuestas u opciones y de allí la diversidad de interpretaciones, que termina siendo propuestas de solución a los problemas que el legislador ni siquiera se imaginó, sin entrar en mayor disquisición; me permito comentar algunas cosas, puesto que la doctrina contraria a la doctrina Champerty, o doctrina Griesa no termina con la discusión sobre la licitud de la práctica de la compra de los fondos buitres. Y con el propósito de despertar mayor interés entre los abogados por estos temas, donde se mezcla lo jurídico con lo ético.

En primer término, el argumento de que quien compra una deuda lo que quiere es cobrarla pero no demandar porque que si demanda ello es incidental, es un argumento muy simple, puesto que en los casos de

situación de atraso o de cesación de pagos, si el acreedor después de comprar y al reclamar la deuda, de cuya falta de pago está consciente, sostiene que no acepta ningún arreglo y que demandará si no se le paga íntegramente, ya por el argumento de lógica, la demanda no es accidental sino lo primordial. No se entendería, entonces, la razón de ser, o "ratio legis", de la Sección 489 de la Ley del Poder Judicial de Nueva York si se atiende al argumento de que simplemente quien demanda una deuda no pagada lo que pretende es cobrarla y no demandarla, y no se presta atención a la situación de hecho de la situación de atraso o de cesación de pagos de las deudas adquiridas e que se encuentran los deudores. En segundo término, el otro argumento de la sentencia que revocó la doctrina Champerty, es el de que no es relevante para desestimar la demanda de Elliot, como en el caso de Perú, que de pagarse la totalidad de la deuda se pondría en peligro los acuerdos celebrados con sus otros acreedores. Aparte de que en verdad la Sección 489 de lo que trata es de garantizar la estabilidad financiera de los deudores, como se reconoce en la doctrina Champerty, en los casos de deuda soberana, no es la garantía de cualquier deudor, si no nada menos que la de los países. Al contrario de lo que se dijo que la doctrina Champerty es una amenaza al mercado secundario de la deuda pública externa, lo cierto es que si es un freno para las prácticas de la compra de deudas en default.

No se crea que estos problemas interpretativos es solo de los países en desarrollo sino que hoy día el tema de los fondos buitres es una amenaza para los países de Europa puesto que, por ejemplo, títulos públicos emitidos por sus gobiernos con graves problemas financieros han sido objeto de compras por corporaciones financieras dedicadas a la práctica de compra de fondos buitres, como incluso lo han alertado el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

PARTE IV

En seguimiento del tema de los bonos buitres, me refiero ahora al alegato de los acreedores que no se acogieron, en el caso de Argentina, a los acuerdos de reestructuración de la deuda, de 2005 y 2010, de que la negativa de su gobierno de excluirlos de los pagos violaba la cláusula

de “*pari passo*”, o de “*par conditio creditorum*”, de la igualdad de trato entre los acreedores, prevista en el Acuerdo de 1994 bajo el cual se emitieron los títulos que compraron en el 2001, después de haber sido declarados en default. Este criterio del trato desigual fue acogido por el Juez Thomas Griesa, de Nueva York, que ordenó pagar la totalidad de la deuda adquirida por considerar que la decisión de gobierno argentino de no pagar a los acreedores que no aceptaron la reestructuración de la deuda mediante el canje de los títulos rebajaba el rango legal de su deuda. Esta decisión fue apelada por el gobierno argentino, a la que se adhirieron los tenedores de los bonos canjeados, que sostuvo que bajo los términos de la emisión de los títulos y del contrato de canje no se violaba la referida cláusula, porque las leyes bajo las que se acordaron unos u otros títulos, no permitían al gobierno argentino, en ningún caso, dar un trato favorable a los tenedores de la deuda pública que hubieran intentado acciones judiciales frente a aquellos que no lo hubieran hecho. De modo que si el gobierno argentino, por el contrario, reconocía la totalidad de la deuda a los acreedores de los fondos buitres que demandaron estaría violando sus propias leyes y la cláusula de “*pari passo*” o de “*par conditio creditorum*” en contra de los acreedores que se acogieron a la reestructuración. La Corte del Segundo Circuito de Apelaciones, de Nueva York, en sentencia del 26 de octubre del 2012, confirmó la sentencia de primera instancia del Juez Griesa y ordenó que éste fijara el monto a pagar y que estableciera los términos de su ejecución. Griesa, en sentencia del 20 de noviembre de 2012, decidió que el gobierno argentino debía pagar la totalidad de la deuda y depositar una garantía de USD 1.330 millones y que de no hacerse efectivo el depósito el Banco, designado como agente de pago, no podía transferir fondos a las cuentas de los tenedores que hubieran aceptado el canje de los bonos reestructurados. Además el gobierno argentino alegó que la decisión de Griesa que le ordenó no pagar a los tenedores de bonos reestructurados y de exigirle un depósito de garantía violaba su inmunidad soberana y que le obligaba a violar sus propias leyes. Al respecto vale la pena señalar que las reestructuraciones de la deuda ofrecida por el gobierno argentino en el 2005 y en el 2010 fueron consideradas favorables por el 91% de los acreedores y el 9% restante de inversionistas individuales, holdouts y fondos buitres, que no aceptaron y

demandaron, representan solo el 0.45 del total de la deuda reestructurada. Las leyes que regían los títulos originales o los canjeados, que no permitían al gobierno argentino dar un mejor trato a los tenedores de la deuda pública que hubieren intentado acciones judiciales frente a aquellos que no lo hubieran hecho, lo que perseguían era garantizar el mismo trato tanto a unos como a otros titulares de los bonos. Visto así el problema interpretativo, entonces, la decisión del Juez Griesa, es injusta para los tenedores que aceptaron el canje, aparte de que afecta la disponibilidad del gobierno argentino para cumplir con el esquema de pagos y sus vencimientos de la reestructuración acordada en el 2005 y en el 2010. El gobierno de Estados Unidos, el Bank de New York y el Fondo de Inversiones Gramercy, cuyas intervenciones en el juicio fue admitida por el Juez Griesa, se adhirieron a la posición del gobierno argentino. Este gobierno ejerció el 24 de junio de 2013 un recurso por ante la Suprema Corte de los Estados Unidos solicitando la revisión de la sentencia de Segunda Instancia del 26 de octubre de 2012²⁴³, petición que fue denegada en octubre de 2013.

No es el caso hacer un exhaustivo análisis de tan importantes aspectos jurídicos, como los de igualdad de trato entre los acreedores y de la inviolabilidad de la soberanía del Estado deudor, a través de estos comentarios, sino que su objeto es despertar el interés entre los abogados por las trascendentes cuestiones de Derecho involucradas en el tema de las demandas de los llamados “fondos buitres”, más allá de los intereses políticos, económicos o ideológicos.

Simplemente me limitaré a reseñar las observaciones que se han hecho de las decisiones de los tribunales neoyorquinos sobre este tema. Por ejemplo, se sostiene que es una inequidad para quienes aceptaron el canje de los bonos ordenar pagar el 100% de la deuda a los tenedores de los fondos buitres y que para su pago se utilicen los depósitos efectuados para pagar sus intereses a los titulares de los bonos canjeados. Estos tenedores argumentaron, “*Nosotros estamos cobrando con quita y a plazo, y los demandantes quieren cobrar todo de una vez y en efectivo. En eso no tiene nada de igualitario*”. Y que si aceptaron participar

²⁴³ <http://telam.com.ar/notas/201306/22486-argentina-elevo-la-primera-apelacion-ante-la-corte-suprema-de-eeuu-.html>.

en los canjes “*para ayudar a la reestructuración de la deuda Argentina de acuerdo a la política fiscal de los Estados Unidos (...) no deberían padecer penalidades*”²⁴⁴. Además que los tribunales de New York no tienen competencia para disponer de esos depósitos, puesto que pasan a ser propiedad de los titulares de los bonos canjeados y porque aun cuando no se trata de secuestros de estos depósitos, sin embargo los referidos tribunales están ejerciendo un control de operaciones efectuadas en territorio argentino por lo que no están bajo su jurisdicción. Y, que la doctrina Griesa, ratificada en sentencia del 20 de noviembre del 2012, y en sentencia de la Segunda Instancia del 27 de febrero de 2013, sienta un mal precedente para la deuda externa porque desalienta la participación voluntaria en sus reestructuraciones. Al igual que olvidaron su propia doctrina de que los tribunales deben prestar especial atención a las consecuencias públicas de cualquier orden judicial, tratándose como se trataba del primer caso de interpretación de la cláusula *pari passu* en contratos de emisión de deuda soberana²⁴⁵. Al respecto, es de interés señalar que el gobierno de Estados Unidos, que se hizo parte en el juicio como tercero, a través de declaraciones de sus Departamentos de Estado, de Justicia y del Tesoro, solicitó la revisión de la sentencia del Juez Griesa, especialmente su interpretación de la cláusula “*pari passu*”, por ser una cuestión de excepcional importancia, por cuanto la considera incorrecta y adversa a los Estados Unidos y por cuanto contrariaba sus esfuerzos de política fiscal de promover las reestructuraciones de la deuda externa, y, porque contraviene sus leyes sobre inmunidad soberana y porque daña las relaciones exteriores de su gobierno²⁴⁶. Inclusive, el premio nobel de Economía 2001, Joseph E. Stiglitz, opinó respecto de la sentencia de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Nueva York, en la Web Project Syndicate, diciendo, entre otros comentarios,

²⁴⁴ BARÓN ANA, “Bonistas del canje piden suspender fallo de Griesa contra la Argentina”, Diario “El Clarín”, 27.11.2012 (http://www.clarin.com/politica/Bonistas-canje-suspender-Griesa-Argentina_0_818318277.html)

²⁴⁵ En *Mastrobuono Vs. Shearson Lehman Hutton, Inc.* (1995), la Suprema Corte de los Estados Unidos estableció el principio de que “*cuando los términos de un contrato pueden interpretarse en al menos dos maneras razonables, debe preferirse el significado que favorece la política pública*”

²⁴⁶ “Estados Unidos formalizó su respaldo al planteo argentino”, Diario “El Clarín”, Pág. 29.12.2012 (<http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-210886-2012-12-29.html>).

que representaba una seria amenaza para los mercados mundiales de deuda soberana, puesto que dejó sin efecto el principio fundamental financiero de que cuando los deudores no pueden pagar a los acreedores, es necesario volver a negociar y que al contrario del significado de la cláusula *pari passu*, de garantizar que todos los reclamantes reciban igual trato, la sentencia de dicha Corte decidió que si Argentina pagó el total de su deuda a quienes aceptaron reestructurarla debe pagarla totalmente a los fondos buitres, de modo que de no cambiarse esta doctrina nadie aceptara la reestructuración de la deuda²⁴⁷.

Las reflexiones anteriores llevan al planteamiento sobre la conveniencia o no de establecer a nivel internacional regulaciones precisas respecto de las interpretaciones acerca de la inmunidad de jurisdicción, sobre la invalidez de las prácticas especulativas en los casos de compra de deudas en default y con relación con la aplicación de la cláusula “*pari passu*”, así como también de establecer organismos especializados para resolver las disputas internacionales sobre la deudas externas. Sobre estos aspectos me referiré en la parte final de estos comentarios, que me he permitido escribir de manera sistemática y sencilla para despertar el interés de la abogacía interamericana sobre el tema de la deuda externa llamada “deuda soberana”, por su importancia para el Derecho y por su actualidad.

PARTE V

La inquietud profesional que genero estos comentarios, ya en su parte final, es la delimitación de lo lícito o ilícito respecto de la práctica de grandes corporaciones de comprar bonos de deuda soberana declarados en default, que advierten de antemano que no aceptan su reestructuración y que de no reconocérsele su pago total procederán a demandar al Estado deudor. La preocupación por este tema surgió en razón que la doctrina Griesa, en el Caso de los fondos buitres argentinos, contradujo

²⁴⁷ STIGLITZ, JOSEPH E., “La victoria de los buitres”. Project Syndicate 04.11.2012 (<http://www.project-syndicate.org/comentary/argentina-s-debt-and-american-courts-by-joseph-e-stiglitz/spanish>).

la doctrina Champerty, que con anterioridad, con fundamento en la Ley del Poder Judicial de Nueva York, consideró, en el Caso de la cesión de pagos del Perú, ilícita la práctica de los acreedores de adquirir, por valores inferiores a su valor nominal, deudas en estado de atraso o de cesión de pagos, dado que su intención es la de comprar para demandar su totalidad. El problema jurídico está, en consecuencia, en determinar la intencionalidad o dolo de la compra de estas deudas en cesión de pagos para aprovecharse del atraso del deudor y así obtener del tribunal una condena por la totalidad de la acreencia. Lo cierto, es, pues, como lo asienta la doctrina Griesa, que la licitud de la compra está en si la intención es la de cobrar y eventualmente la de demandar, O, por el contrario, que la intención de comprar, cuando el deudor ha reestructurado sus deudas por la imposibilidad de pagarlas, el propósito que se infiere es primordialmente para demandar, que según la doctrina Champerty es ilícito. Además, como ya se dijo en anterior comentario, el tema de la cesación de pagos de la deuda soberana no es equiparable a los atrasos o quiebras mercantiles, puesto que los deudores son entes soberanos, Estados o países que no quiebran, y por eso no pueden quebrar aunque cesen en sus pagos y tengan dificultades de balanza de pagos o presupuestales y tampoco los tribunales disponer sobre sus recursos para obligarlos a pagar sus deudas. Otro aspecto es el de que si bien propiamente no se puede calificar de atrasos o quiebras mercantiles a la cesión de pagos de la deuda soberana, sin embargo, el principio de la universalidad que obliga a los deudores que se encuentran en cesación de pagos a no discriminar entre sus acreedores para favorecer a unos en perjuicio de otros, que se da en los procesos concursales mercantiles, ha de aplicarse también en los casos del pago de los deudas soberanas que han sido objeto de planes de reestructuración o de canje aceptados por la mayoría de los acreedores, de modo de evitar que la minoría no agrave la situación patrimonial del deudor al obligarle a pagar la totalidad de sus deudas con los recursos que ha dispuesto para la reestructuración. De modo, que no porque el Estado deudor pague la totalidad de su deuda a quienes aceptaron la reestructuración deba pagar el total de su deuda de los acreedores que no la aceptaron. Llegar a esta interpretación no solo va contra el principio general del Derecho de la universalidad de los procesos concursales, sino inclusive en contra de una interpretación

lógica y razonable de la cláusula *pari passu* contemplada en las leyes y en los acuerdos de reestructuración o de canje. Y, el otro tema crucial es el de la consideración o no de la deuda soberana como un acto mercantil o de gestión, o de un acto de imperio, porque de su consideración como un negocio o actividad comercial o de un acto de autoridad depende la inmunidad de jurisdicción del Estado deudor para que los tribunales ordinarios puedan conocer de demandas en su contra.

Por otra parte, es cierto lo que dijo Joseph E. Stiglitz, Premio Nobel en Economía 2001, que en las crisis de la deuda soberana se suele culpar a los deudores, pero que también los acreedores son responsables. Aquéllos prestaron demasiado, imprudente o irresponsablemente o incurrieron en corrupción en su manejo, y éstos, los acreedores, son los expertos en la gestión y evaluación de los riesgos por lo que es su responsabilidad la debida diligencia de sus decisiones crediticias. La indisciplina fiscal, la corrupción y la voracidad son elementos que han de ponderarse a la hora de reclamar y de demandar el pago de las deudas. Así como que hay que atender al interés público de la deuda soberana cuando su finalidad es la de satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales, como lo señaló el Consejo de Derechos Humanos, de la ONU, en el 2012, en *Los Principios rectores sobre la Deuda Externa y los Derechos Humanos* Y, que en ese mismo año, la Conferencia de la ONU sobre Comercio y Desarrollo confirmó al aprobar *Los Principios sobre Prestamos Soberanos Responsables*, que en el Principio 7° establece que la buena fe y el espíritu de cooperación debe animar a los prestamistas y que un prestamista que compra títulos de deuda con la intención de cobrarlos por fuera de una negociación consensuada actúa de manera abusiva. Y que en el Principio 15 señaló que en caso de reestructuración de una deuda que es aceptada por la mayoría calificada de los acreedores la carga del ajuste y/o las pérdidas deben repartirse de forma equitativa.

Asimismo la justicia social universal es otro principio que debe orientar los conflictos surgidos del pago de la deuda soberana, la cual es imprescindible para el desarrollo de los países. En ese orden de ideas, merece destacarse que, el hoy San Juan Pablo II, dedicó gran parte de su apostolado a promover este principio respecto de la deuda externa. Por ejemplo, en su Encíclica *Sollicitudo Rei Socialis* señalaba que la

disponibilidad de los capitales y el hecho de aceptarlos a título de préstamo puede considerarse una contribución al desarrollo mismo, cosa deseable y legítima en sí misma. Pero, igualmente advertía que en algunas veces quizás resultaba imprudente y en alguna otra ocasión apresurada, por lo que la deuda externa y su pago, debe basarse también en las exigencias y en las condiciones, inspiradas igualmente en los principios éticos, de la cooperación al desarrollo, como lo asentó en su Bula *In-carnationis Mysterium* de Convocatoria del Gran Jubileo del Año 2000. Por ello promovía, en su documento *Tertio millenio adveniente* la reestructuración o “*una notable reducción si no en una total condonación, de la deuda externa, que grava sobre el destino de muchas naciones*”. Y, concretamente, en su Exhortación Apostólica Postsinodal “*La Iglesia en América*”, expresó sobre la deuda externa de los países americanos que llama la atención de la opinión pública la complejidad del tema, reconociendo “*que la deuda es frecuentemente fruto de la corrupción y de la mala administración*”, pero que no es posible “*concentrar en un sólo polo las responsabilidades de un fenómeno que es sumamente complejo en su origen y en sus soluciones*”.

Otro aspecto que cabe en la consideración ética del problema de la deuda externa es de la corrupción, principalmente en su manejo por parte de los gobernantes o en su despilfarro o descontrol o falta de transparencia o de control fiscal, como en los casos de fondos creados con recursos externos y que son manejados a total discreción y para beneficios de los mismos gobernantes. O lo que San Juan Pablo II denomina “*la corrupción y la mala administración de la deuda externa*”, que cabe, sin duda, en las definiciones que los instrumentos internacionales contemplan como “*acto de corrupción*”, que comprende, por ejemplo, según la Convención Interamericana contra la Corrupción²⁴⁸, no solo el enriquecimiento de los funcionarios públicos en las negociaciones de los estados, mediante dádivas, promesas o ventajas, sino también actos u omisiones que permitan la obtención de beneficios ilícitos por parte de los terceros y el aprovechamiento doloso de bienes provenientes de bienes o activos o valores o instrumentos jurídicos de los estados, en cuyos supuestos, evidentemente, se encuadra la “*corrupción y mala*

²⁴⁸ En vigor desde el 03/06/97 (<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>).

administración de la deuda externa”, a la cual se refería el mencionado Santo Pontífice. Y dentro la cual se subsume también como un acto de corrupción la utilización de la deuda externa con fines políticos y el soborno transnacional²⁴⁹. Pienso, por cuanto estos actos de corrupción cometidos con ocasión de la deuda externa, perjudican el patrimonio de los estados, y, por tanto, afectan el progreso y desarrollo de sus pueblos, que, por ejemplo, en el *Código Financiero Internacional*, que se ha propuesto por reuniones y estudios internacionales sobre el tratamiento de la deuda externa, que se prevean normas que hagan obligatorio que en los respectivos contratos de negociación de esta deuda, se incorporen cláusulas que estipulen que las normas internacionales y las medidas previstas contra la corrupción, son aplicables respecto de cualquier acto ilícito cometido en los procesos de negociación, manejo, administración y disponibilidad de los capitales de la deuda externa. El planteamiento, pues, por mi parte, es el de elevar a delito contra la humanidad el soborno transnacional y los actos de corrupción en el manejo de la deuda externa, que afecten gravemente el patrimonio de los estados y que determinen una lesión a los derechos humanos de sus pueblos.

Precisamente lo complejo de la deuda externa tanto en sus aspectos jurídicos y soberanos, como los atinentes a la inmunidad de jurisdicción de los Estados, a la intervención de tribunales externos en negocios internos de los países, a su justificación de satisfacer derechos humanos fundamentales, a la necesidad de regular los procesos de cesación de pagos, la garantía de imparcialidad y de igualdad de trato y de la concurrencia entre los acreedores, ha llevado a propuestas como la de establecer un *Código Financiero Internacional* y un *Tribunal Internacional de Arbitraje de Deuda Soberana*. Dicho Código establecería que los casos en que este Tribunal declare que los gobiernos han incurrido en cesión de pagos de su deuda externa, todos los acreedores quedan sometidos a un proceso universal ante el mismo Tribunal, que tendría además competencia para reconocer o calificar qué créditos son legítimos y cuáles no. Y, en mi criterio, para precalificar como delictual la cesión de pagos. Sobre esta propuesta el trabajo de *Oscar Ugarteche y Alberto Acosta*,

²⁴⁹ Ver artículos I, IV, VI y VIII de la Convención Interamericana contra al Corrupción.

“*Los problemas de la economía global y el tribunal internacional de arbitraje de deuda soberana*”²⁵⁰, es de gran importancia y utilidad para mejor ilustración sobre la propuesta mencionada. Estos autores proponen que se siga el mismo mecanismo establecido para constituir un código de comercio internacional, a través de una comisión de Naciones Unidas para este fin, como La UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), donde se encuentra el sistema de registro y control de deuda (TIADS). Esta legislación internacional, por otra parte, por su carácter universal, no dejaría a ningún acreedor fuera de las negociaciones. Es decir, que aquellas deudas que no se presenten a la fecha de las convocatorias por el Tribunal de acreedores perderán vigencia y capacidad de cobranza, de modo de eliminar definitivamente a los *free riders*. Y además, contemplaría la cláusula *pari passu* o de proporcionalidad entre todos los acreedores y no sólo entre los acreedores de la banca privada o entre los tenedores de bonos, de modo que sería objeto de negociación la deuda de acreedores multilaterales, bilaterales y privados; y no únicamente de los acreedores privados. Según la propuesta mencionada, este Tribunal Internacional Arbitral tendría su sede en Ginebra, por la presencia de las oficinas de UNCTAD y de la unidad especializada en deuda externa del sistema de Naciones Unidas fuera del FMI y en su regulación se contemplarían mecanismos de selección de árbitros independientes que serían árbitros únicamente para estos casos y sin posibilidad de realizar otras actuaciones privadas mientras cumplen su papel de árbitros en Ginebra. Por mi parte, pienso que al referido Tribunal podría dársele competencia, en base al principio de la asistencia y cooperación judicial internacional, para precalificar de delictual el default o cesación de pagos y para instar a los órganos competentes de los Estados a que investiguen y juzguen tales hechos para que determinen las respectivas responsabilidades y a que apliquen las medidas anticorrupción que sean aplicables.

Por otra parte, el Juez Guy Newery, en fecha 15 de febrero de 2015, que había dictado una decisión preliminar el 7 de noviembre de 2014, declaró que los bonos argentinos emitidos en los canjes de

²⁵⁰ Ver en *Polis* [En línea], 13 | 2006, Puesto en línea el 14 abril 2006, consultado el 02 agosto 2014. URL: <http://polis.revues.org/5393>; DOI: 10.4000/polis.5393

deuda bajo la Ley del Reino Unido no pueden ser afectados por la sentencia del Juez Griesa, porque consideró que la jurisdicción de Nueva York no puede sobreponerse a la de Londres. Por lo que acreedores como Soros, entre otros, podrán reclamar el pago de unos 226 millones de euros, montos que el Gobierno argentino había depositado en junio en el Bank of New York Mellon (BONY), que, por orden de Griesa, se inmovilizaron, lo que determinó el "default técnico" del país. Igualmente, el Juez David Richards, a cargo de la División de la Cancillería del Tribunal Superior de Justicia (High Court of Justice), dictó sentencia en el juicio intentando por los eurobondholders contra el Bank de New York²⁵¹, ratificando la decisión preliminar del Juez Guy Newrey, y decidió que los pagos de 225 millones de euros efectuados por la República Argentina a fines de junio de 2014 se encontraban regidos por la legislación inglesa. Estos montos eran parte del pago a los acreedores que celebraron el canje de los bonos reestructurados y que habían sido congelados por el fallo del Juez Griesa en las cuentas que poseía el BONY (el Bank of New York Mellon) en el Banco Central Argentino después de que la Suprema Corte de Estados Unidos rechazara la apelación del gobierno argentino. Por lo que Argentina no estuvo en default, en razón que ese dinero había sido pagado a los titulares de los bonos. Decisión esta que contradice, sin dudas, a lo sostenido por los titulares de los bonos buitres en la demanda que fue acogida en su sentencia por el Juez Griesa, que desconocía tal pago alegando que el canje de 2005 y 2010 eran ilegales y, que además contradice también las órdenes dictadas por el mismo Juez Griesa, contra el pago de los servicios de la deuda de los bonos reestructurados, bajo la cláusula *pari passu*, que le reconocían a los fondos buitres derechos sobre los montos cancelados a los titulares de los bonos canjeados. Sin embargo, la victoria de estos acreedores es parcial porque el Juez no ordenó a BONY que abonara a los titulares de los bonos esa cantidad²⁵².

²⁵¹ Entre esos euroholders se encuentran Quantum Partners, George Soros, Knighthead Fund, RGY Investments y Hayman Capital Fund.

²⁵² <http://www.diariocontraste.com/ordenan-liberar-pago-de-deuda-argentina-retenido-por-un-juez-de-ee-uu/>

PARTE VI (FINAL)

Con la referencia a la propuesta del Código Financiero Internacional y del Tribunal Internacional de Arbitraje y las decisiones de los jueces ingleses, concluyo con los comentarios sobre el Caso de los fondos llamados “buitres”, que a propósito de los problemas jurídicos e institucionales derivados de la aplicación de la doctrina del Juez Griesa, que se contraponen a la doctrina Champerty, del Juez Sweet, ambos del Estado de Nueva York, me permití formular con el único propósito de despertar el interés y la preocupación de la abogacía interamericana sobre los problemas interpretativos derivados de la licitud o no de la compra de los bonos de la deuda soberana declarados en default cuando sus tenedores no aceptan su canje o reestructuración sino que demandan para obtener la totalidad de su pago.

PRESUPUESTO Y PETRÓLEO, HERRAMIENTAS DE COMBATE CONTRA LA DESCENTRALIZACIÓN

*Juan Cristóbal Carmona Borjas**

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello; LL.M in Common Law de Georgetown University; Especialista en Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello; Profesor de Postgrado de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello; Profesor Invitado del IESA; Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero (1994-1999); Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (2003-2007); Miembro de la International Fiscal Association (IFA); Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público; Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Industria Comercio y Servicios de Caracas. Seleccionado entre los mejores asesores tributarios de Venezuela durante los años 2006, 2008, 2010 y 2012 por Euromoney y en el 2011, por Global Business Magazine.

I) CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De acuerdo con el Proyecto de Ley de Presupuesto para el ejercicio 2014, presentado por el Ejecutivo Nacional a la Asamblea Nacional a efectos de su discusión y aprobación, los ingresos de origen petrolero ascenderán a Bs. 325.275 millones, lo que respresenta en dicho instrumento, un 26% del total de los ingresos públicos. Tal nivel porcentual pareciera corresponderse con la afirmación efectuada desde hace ya varios años por Jorge Giordani, según la cual, los ingresos no petroleros serán la principal fuente de financiamiento del presupuesto 2014. Ante tal situación, resulta forzoso preguntarnos acerca de la sinceridad de dicha estimación y sobre su impacto en las fuentes de financiamiento de los Estados y Municipios a través de las llamadas transferencias intergubernamentales, tales como el Situado Constitucional, las Asignaciones Económicas Especiales y otras, canalizadas a través del Fondo de Compensación Interterritorial.

Al respecto cobra especial relevancia la polémica que ha suscitado la práctica instaurada en los últimos años por el Ejecutivo Nacional y aceptada por la mayoría parlamentaria, de estimar, a efectos de la elaboración del Presupuesto de la Nación, un precio del barril del petróleo muy por debajo del registrado en los años previos y al que arrojan incluso, proyecciones para los años por venir, resultantes de estudios serios y bien fundamentados llevados a cabo por especialistas, nacionales e internacionales.

Es así como, a efectos del Proyecto de Ley de Presupuesto de la Nación para el año 2014, se emplea un precio promedio del barril de petróleo de US\$ 60; a pesar de que durante el año 2011 dicho indicador se situó respecto de la cesta venezolana en US\$ 101,06/Bl; en el 2012 se ubicó en US\$ 103,46/Bl y en el 2013 en US\$ 99,49, además de que

según los estudiosos del tema, para el 2014 no se prevé la presencia de factores que puedan incidir en una considerable variación en el precio del crudo a nivel mundial, habiéndose hecho proyecciones por parte de especialistas como el Barclays Bank, que coloca en aproximadamente US\$ 110 el barril de crudo Brent, uno de los principales marcadores de este “commodity”.

La práctica anterior, que insistimos, se ha hecho reiterada, se ha traducido obviamente en una considerable subestimación en los Ingresos Ordinarios en el Presupuesto de la Nación, respecto de los que provienen de la llamada Renta Petrolera. Es así como en el caso del Presupuesto de 2013, los ingresos petroleros se estimaron en Bs. 83.180 millones (28%) en tanto que los ingresos no petroleros en Bs. 313.227 millones (72%), habiéndose, sin embargo, registrado un total de gastos ejecutados para el 31 de diciembre de 2013, de Bs. 625.554 millones, que de un monto originalmente presupuestado de Bs. 396.407 millones, implicó la utilización de créditos adicionales por Bs. 278.000 millones, lo que elevó el nivel de gastos del presupuesto en 57,8%. Al comparar el precio estimado del petróleo en el Presupuesto de 2013 de US\$ 55/Bl con el finalmente registrado en ese ejercicio de 99,49, podemos concluir fácilmente que buena parte de los ingresos que financiaron los créditos adicionales provino precisamente de la renta petrolera y que no es posible sostener que el financiamiento del Presupuesto NAcinal con ingresos no petroleros fue tan sólo del 28%.

Situación similar se presentó respecto de los Presupuestos de 2012 y 2011. Fue así como respecto del primero, los ingresos petroleros se estimaron en Bs. 67.813 millones (28%), en tanto que los ingresos no petroleros en Bs. 164.873 millones (71%), habiéndose, sin embargo, registrado un total de gastos ejecutados para el 31 de diciembre de 2012, de Bs. 472,2 millardos²⁵³, que de un monto originalmente presupuestado de Bs. 297.837 millones, implicó la utilización de créditos adicionales por Bs. 174.4 millardos (37%). Respecto del Presupuesto de 2011, puede señalarse que los gastos cubiertos a través de créditos adicionales representaron más del 40% de las erogaciones, proviniendo, fundamentalmente de la renta petrolera los recursos excedentarios a través de los

²⁵³ ARMAS, Mayela. El Universal (03-01-13)

cuales aquellos se financiaron, producto, precisamente, de la utilización de un precio estimado del barril petrolero de US\$50 y del registro de un precio promedio efectivo de la cesta venezolana de US\$ 101,06/Bl.

Los términos en que fue aprobada la Ley de Presupuesto de 2014 con base en un precio del barril de petróleo de US\$ 60, nos hace pensar que al igual que ha ocurrido en los últimos años, buena parte del gasto público nacional terminará siendo instrumentado por la vía de los créditos adicionales, que lejos de preservar el carácter excepcional de esta válvula de escape de orden constitucional, se ha convertido, en una constante de dimensiones inadmisibles.

La intención tras aquél proceder ha sido objeto de numerosas especulaciones, entre ellas, la desnaturalización del Presupuesto Nacional como herramienta de planificación y control del gasto público y la merma en los ingresos destinados a los Estados y Municipios por la vía de transferencias intergubernamentales, como el Situado Constitucional y las Asignaciones Económicas Especiales, que no han sido mitigadas con las explicaciones dadas por el para entonces Ministro de Planificación y Finanzas, Jorge GIORDANI, para quien tal proceder se sustenta en un supuesto principio presupuestario de la “Prudencia”.

La actuación del Poder Público Nacional, no se agota con aquella política presupuestaria, sino que respecto de las actuaciones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo se ha denunciado adicionalmente lo que algunos han dado por llamar la implementación de un “Presupuesto Paralelo”, que se concreta en la proliferación de “fondos” creados mediante leyes, decretos y puntos de cuenta del Presidente de la República en Consejo de Ministros, en los que la Renta Petrolera tiene nuevamente una importante presencia, que al no ingresar al Tesoro Nacional, no formar parte de las cifras con base en las cuales se ha elaborado, ejecutado y medido tradicionalmente el Presupuesto de la Nación.

La creación, entre otros, del Fondo para el Desarrollo Económico y Social del País (FONDESPA); Fondo de Desarrollo Nacional, S.A. (FONDEN); Fondo Chino - Venezolano, Fondo Miranda, Fondo Independencia 200 y más recientemente, del Fondo Simón Bolívar para la Reconstrucción, según “Transparencia Venezuela”²⁵⁴, ha supuesto la

²⁵⁴ www.transparenciavenezuela.org.ve. “Nuestro Presupuesto 2013”

canalización desde 2005 hasta el 2012, de alrededor de US\$ 143.581 millones, que como ya indicáramos, no se consideran dentro del Presupuesto de la Nación y que en buena medida se han nutrido, directa o indirectamente, de la Renta Petrolera, como más adelante veremos.

La sanción o dictado de leyes o Decretos-Leyes, como la Ley del Banco Central de Venezuela; la Ley que crea la Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos; la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno contentiva del régimen de creación y regulación del Fondo de Compensación Interterritorial y; la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, han venido a representar medidas adicionales con importante impacto en la elaboración del Presupuesto de la Nación, con especial incidencia en el nivel de las fuentes de financiamiento de los Estados y Municipios.

Finalmente, la concepción que el Gobierno presidido por Hugo Rafael CHÁVEZ FRÍAS tiene de Petróleos de Venezuela, S.A., sus filiales y Empresas Mixtas (PDVSA), que más allá de la rentabilidad, debe abarcar una misión social, así como el rol que a la industria petrolera ha tocado jugar en los llamados “Convenios de Cooperación Energética”, suscritos por la República con otras naciones, ha incidido en sus aportes al Tesoro Nacional por la vía de la tributación, impactando la ejecución presupuestaria y a la descentralización.

La realidad antes enunciada, amerita pues, ser escudriñada con detenimiento, con miras a precisar, en la medida de lo posible, cuáles han sido las prácticas seguidas por el Poder Público Nacional; cuál el impacto de su proceder en el financiamiento de los Estados y Municipios y; cuál su constitucionalidad o legalidad.

II) MANIPULACIONES PRESUPUESTARIAS Y REFORMAS LEGALES

En los tiempos modernos, el Presupuesto de la Nación constituye una importante herramienta de planificación y de control en la administración de la Hacienda Pública.

Dicho instrumento, regulado a nivel constitucional, condiciona, limita y autoriza a la Administración Pública, en búsqueda de una sana administración del erario público, a la par que persigue la consecución de una serie de cometidos en el marco de los objetivos trazados por el Estado en su esfuerzo planificador.

Para que el Presupuesto pueda cumplir cabalmente con aquellos cometidos, no sólo se ha supeditado su vigencia a su aprobación por la Asamblea Nacional a través de una ley, sino que además, por dispositivo de la propia Carta Magna y de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP), se le sujetó en su concepción y ejecución, a una serie de reglas, que en su conjunto se denominan Principios Presupuestarios.

El Principio de la Unidad Documental del Presupuesto, el Principio de la Legalidad con sus derivaciones en materia de Especificidad Cualitativa y Cuantitativa, así como la llamada Unidad del Tesoro, reconocidos por el ordenamiento jurídico patrio, son de obligatorio acatamiento por el Ejecutivo Nacional y por la Asamblea Nacional, so pena de atentar contra una sana administración económica y financiera del Estado, con las consecuencias jurídicas que ello acarrea.

La evasión de estas reglas es lo que la doctrina ha dado por llamar “Manipulaciones Presupuestarias”, siendo las más comunes, la subestimación o sobreestimación de los ingresos y los gastos o, de variables como la paridad cambiaria o la inflación, que son contrarrestadas por disposiciones legales a través de las cuales se consagra normativamente el llamado Principio de la Sinceridad Presupuestaria.

A la par del registro de actuaciones por parte del Poder Público Nacional que pueden enmarcarse dentro de las llamadas manipulaciones presupuestarias, la Asamblea Nacional y los Presidentes de la República habilitados, han venido dictando una serie de leyes o reformado textos preexistentes, con el claro objetivo de dar apariencia o substrato normativo, a un proceder, que ha tenido como claro denominador común, la merma de las fuentes de financiamiento de los entes menores, actuaciones estas que como más adelante veremos, no necesariamente responden ni respetan al texto constitucional.

III) INCIDENCIA EN LAS TRANSFERENCIAS INTERGUBERNAMENTALES DE LAS POLÍTICAS ADOPTADAS POR EL PODER PÚBLICO NACIONAL

A los fines de hacer viable la consolidación de la República Bolivariana de Venezuela como un verdadero Estado Federal y Descentralizado, la Carta Magna ante la necesidad de instrumentar mecanismos que permitieran el fortalecimiento financiero de los llamados entes político-territoriales menores que la conforman, además de prever la delegación a su favor de fuentes de ingresos propias del Poder Nacional, dentro de ellas, las tributarias; contempló la adopción de una serie de transferencias, asignaciones y subvenciones intergubernamentales.

Es así como, en lo que respecta a los Estados, se prevén: (i) El Situado Constitucional (Art. 167.4 CRBV); (ii) las Asignaciones Económicas Especiales (Art. 156. 16 CRBV) y; (iii) los demás recursos canalizados a través del Fondo de Compensación Interterritorial (Art. 167.6 CRBV). En tanto que en lo que respecta a los Municipios, los derivados del Situado Constitucional (Art 167.4) y otras transferencias y subvenciones nacionales o estatales que se creen (Art. 179.4 CRBV), entre ellas, las también canalizadas a través del Fondo de Compensación Interterritorial.

A.1. Situado Constitucional:

A.1.1. Tratamiento constitucional y legal

De acuerdo con el numeral 4 del Artículo 167 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

“**Artículo 167.4.-** El situado es una partida equivalente a un máximo del veinte por ciento del total de los ingresos ordinarios estimados anualmente por el Fisco Nacional, la cual se distribuirá entre los Estados y el Distrito Capital en la forma siguiente: un treinta por ciento de dicho porcentaje por partes iguales, y el setenta por ciento restante en proporción a la población de cada una de dichas entidades.

En cada ejercicio fiscal, los Estados destinarán a la inversión un mínimo del cincuenta por ciento del monto que les corresponda por concepto de situado. A los Municipios de cada Estado les corresponderá, en cada ejercicio fiscal, una participación no menor del veinte por ciento del situado y de los demás ingresos ordinarios del respectivo Estado.” (Subrayado nuestro)

Con la reforma de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (LODDT) del 17 de marzo de 2009, se mantuvo vigente la disposición contenida en su predecesora de 1989, según la cual, a los Estados corresponderá además un porcentaje igual al del Situado Constitucional sobre los ingresos ordinarios adicionales que perciba la República, respecto de los originalmente presupuestados (Art.16).

En virtud de tal disposición, el importe final de la partida presupuestaria llamada “Situado Constitucional” no equivale al 20% de los Ingresos Ordinarios estimados al aprobarse la Ley de Presupuesto de un ejercicio determinado, sino que ascenderá al 20% del monto de los Ingresos Ordinarios, efectivamente percibidos por la República durante el ejercicio de que se trate.

A.1.2. Impacto en el cálculo del Situado Constitucional de las prácticas adoptadas en los últimos años por el Poder Público Nacional

A.1.2.1. Tratamiento conferido a la noción de Ingresos Ordinarios

Como ya lo indicáramos, la base de cálculo del Situado Constitucional dirigido a los Estados, Municipios y Distrito Capital, la representa el total de los Ingresos Ordinarios estimados anualmente en el Presupuesto de la Nación, sin perjuicio de que a aquélla también se incorporen, los Ingresos Ordinarios adicionales que efectivamente perciba la República a lo largo del ejercicio, respecto de los originalmente presupuestados.

Dos, han sido las prácticas más evidentes adoptadas por el Poder Público Nacional al llevar a cabo el proceso de aquella estimación, una, la subestimación del precio del barril, y otra, el cambio del concepto de los Ingresos Ordinarios, pero muchas más han sido las medidas con incidencia en tal estimación, que pudieran pasar desapercibidas a simple vista, pero que aquí intentaremos revelar.

La LOAFSP publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.955 del 29 de junio de 2012, dispone en su Artículo 13, lo siguiente:

“**Artículo 13.-** Los presupuestos públicos de ingresos contendrán la enumeración de los diferentes ramos de ingresos corrientes y de capital, así como las cantidades estimadas para cada uno de ellos.”

Por su parte, el Artículo 32 de esa misma Ley dispone que:

“**Artículo 32.-** Se considerarán ingresos de la República aquellos que se prevea recaudar durante el ejercicio y el financiamiento proveniente de donaciones, representen o no entradas de dinero en efectivo al Tesoro.” (Subrayado nuestro)

A nivel doctrinal, Héctor VILLEGAS se refiere a los recursos públicos y los define como “los ingresos en la tesorería del Estado, cualquiera sea su naturaleza económica o jurídica.”²⁵⁵ (Subrayado nuestro)

SAINZ DE BUJANDA agrega que “el término ingreso en general designa algo que entra en un patrimonio; de aquí que en algunos países se hable de entradas del Estado.”²⁵⁶ (Subrayado nuestro)

Es así como, tanto la doctrina nacional e internacional, como la práctica local, han reconocido que también son ingresos de la República, los valores o bienes (barriles de petróleo) que entren a formar parte del patrimonio de la República, ingresen o no, en dinero en efectivo al Tesoro Nacional (Regalía en Especie).

²⁵⁵ VILLEGAS, Héctor. “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario.” Depalma, 3era Edición, Buenos Aires, 1980, P.49

²⁵⁶ SAINZ DE BUJANDA, F. “Lecciones de Derecho Financiero”. Décima Edición. Madrid. Universidad Complutense, 1993, p. 120.

Son diversas las categorías en las que los ingresos son clasificados a efectos presupuestarios, siendo una de ellas la que responde a criterios financieros y que los divide en ordinarios y extraordinarios, tomando en consideración la regularidad o periodicidad con la que los mismos son percibidos y las características de su fuente generadora. Es así como la doctrina ha concebido tradicionalmente a los Ingresos Ordinarios como aquéllos que el Estado percibe en forma periódica, puede repetir su recaudación período tras período, y su generación ni agota la fuente de donde provienen ni compromete el patrimonio actual o futuro del Estado y sus entes. Es decir, son ingresos cuya recaudación tiene la posibilidad de ser repetida año tras año, porque provienen de la administración del patrimonio estatal, o de tributos que son pagados por los particulares de manera rutinaria.

En reflejo de aquellas posturas tradicionalmente existentes a nivel nacional e internacional, la LOAFSP había concebido tradicionalmente a los Ingresos Ordinarios como aquellos que podían catalogarse de recurrentes, en tanto que, por Ingresos Extraordinarios, a aquellos no recurrentes, como los provenientes de operaciones de crédito público y de leyes que originaran ingresos de carácter eventual o cuya vigencia no excediera de 3 años.

Recientemente, específicamente, en la reforma experimentada por la LOAFSP publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.741 del 23 de agosto de 2011, se incluyó un nuevo concepto de Ingresos Ordinarios en su Artículo 7, según el cual, por este instituto ha de entenderse: "... aquellos ingresos que se producen de manera permanente durante el correspondiente ejercicio económico financiero." Por su parte, se concibió como Ingresos Extraordinarios, a "aquellos ingresos producidos de manera eventual, aunque su vigencia comprenda varios ejercicios económicos financieros."

En opinión de algunos especialistas y de ciertos Diputados de la Asamblea Nacional, tal reforma obedeció a la intención que tuvo el Ejecutivo Nacional de evitar se consideraran como Ingresos Ordinarios, a los resultantes de una devaluación del bolívar respecto de dólar que se pensaba iba a tener lugar por tercer año consecutivo en el país (2009, 2010 y 2011).

Partiendo de las fuentes de ingresos de origen petrolero con las que cuenta la República a efectos de la elaboración y ejecución del Presupuesto de la Nación, es importante tener en cuenta que siendo PDVSA y sus empresas filiales las beneficiarias directas de los resultados de la explotación y comercialización petrolera (al menos en un 70%), a la República arriban los frutos de la Renta Petrolera de manera indirecta. Con ello lo que queremos significar es que los ingresos de origen petrolero que percibe la República, los obtiene fundamentalmente por la vía tributaria o patrimonial.

En el primero de los casos, PDVSA, sus empresas filiales y Empresas Mixtas, actuando como contribuyentes pagan a la República: Impuesto sobre la Renta, Impuesto al Valor Agregado, Aranceles y Tasas Aduaneras, a la par que han de pagar los tributos contemplados en: (i) la Ley Orgánica de Hidrocarburos - LOH - (impuesto superficial, impuesto de consumo propio, impuesto de consumo general, impuesto de registro de exportación e impuesto de extracción) y; (ii) en la Ley que crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos. En el segundo de los casos, aquellas entidades efectúan una serie de pagos de naturaleza patrimonial, por una parte, la llamada “Regalía Petrolera” (30%) y en el caso de las Empresas Mixtas, adicionalmente, las “Ventajas Especiales” (3,3%); en tanto que por la otra, PDVSA, puede llegar a decretar dividendos a favor de su accionista, la República.

Son éstas, las principales fuentes de ingresos petroleros de los que se nutre el Presupuesto de la Nación, pudiendo decirse conforme a la concepción de “Ingresos Ordinarios” e “Ingresos Extraordinarios”, previa y posterior, a la reforma de la LOAFSP de 2011, que los recursos que ellas producen, excepto los provenientes de los dividendos, quedan comprendidos en la primera categoría, debiendo ser por tanto, parte de la base de cálculo del Situado Constitucional.

Según se ha dado a entender, bajo la reformada y vigente LOAFSP, el Ejecutivo Nacional y la Asamblea Nacional, pretenden considerar la mayor cantidad de bolívares recaudados por efecto de la devaluación, por cualquiera de los conceptos antes señalados, como un Ingreso Extraordinario, quedando por tanto excluida de la base de cálculo del Situado Constitucional.

De ser cierta esa especie, consideramos que la manera en que quedó redactado el Artículo 7 de dicha ley, no permitiría lograr tal objetivo que, no está de más señalar carece de toda lógica y fundamento. El impacto de la devaluación al que nos referimos se pone claramente de manifiesto en un caso como el de la Regalía Petrolera que han de pagar las operadoras de PDVSA y las Empresas Mixtas que se dedican a la actividad primaria de explotación, en tanto una de las variables que conforman la fórmula para su cálculo es el precio del barril del petróleo que dada las características de ese mercado, se encuentra expresado en Dólares, y que a efectos de la liquidación de aquella obligación, amerita ser convertida en bolívares. Al producirse la devaluación de la moneda de curso legal en Venezuela, la cantidad de ingresos estimada por concepto de Regalía Petrolera en el Presupuesto de la Nación se ve superada, excedente este que bajo aquella tesis no se consideraría parte de los Ingresos Ordinarios, no computándose a efectos del 20% de ellos a que tendrían derecho los Estados y Municipios conforme a los artículos 16 de la LODDT y 167.4 y 179.4 de la Carta Magna. La fuente del ingreso público para la República es la “Regalía Petrolera”, que por ser recurrente, año tras año, en el Presupuesto de la Nación, debe considerarse siempre como un “Ingreso Ordinario”, independientemente de que por efecto de la devaluación, su importe pueda verse considerablemente impactado. Sostener lo contrario sería negar también el carácter de Ingreso Ordinario de la Regalía Petrolera recaudada en exceso de la presupuestada, por el hecho de que durante el ejercicio presupuestario haya aumentado el precio del barril de petróleo o los niveles de la producción de crudo.

Posiblemente, por lo objetable e ineficaz de la reforma del referido Artículo 7 de la LOAFSP, el Presidente de la República Habilitado al dictar el 2012 al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que crea la Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos, incluyó al Artículo 14, procurando por otra vía la consecución del mismo objetivo, estableciendo como techo para el cálculo de los tributos y regalías previstos en la LOH, US\$ 70 el barril, tema este que más adelante abordaremos.

A.1.2.2. Estimación del precio del barril de petróleo y los Créditos Adicionales

Tal como fuera señalado, se ha convertido en una constante en los últimos años, que el precio del barril de petróleo empleando a efectos de la elaboración del Proyecto de Ley de Presupuesto de la Nación, termine siendo muy inferior al precio promedio de la cesta venezolana del ejercicio de que se trate.

Año	Precio presupuestado	Precio promedio real
2010	US\$ 40/B1	US\$ 71,97
2011	US\$ 40/B1	US \$ 101,06
2012	US\$ 50/B1	US\$ 103,46
2013	US\$ 55/B1	US\$ 99,49
2014	US\$ 60/B1	?

Como ya señalamos, según el Ex Ministro del Poder Popular de Planificación y Finanzas, Jorge Giordani, tal proceder obedece al “Principio de la Prudencia”, bajo el cual se busca, “... moderar los efectos adversos de las desviaciones provenientes de la alta volatilidad que caracteriza al mercado de los hidrocarburos, donde intervienen, entre otros factores, los procesos especulativos en los mercados de futuro.” Tal proceder, sin embargo, pareciera colidir con el ya comentado “Principio de la Sinceridad” que existe en materia presupuestaria, según el cual, “Todos los recursos y los gastos deben ser calculados en la cuantía en que según se prevea han de llegar los ingresos y los egresos en el próximo período presupuestario.”

La subestimación de los ingresos a que nos hemos referido, ha supuesto el empleo del mecanismo del “Crédito Adicional” a efectos de legitimar el uso, vía gasto público, de los excedentes que se registren en el mismo ejercicio presupuestario en el que se producen, utilización ésta que por su magnitud y frecuencia, se torna criticable.

Respecto de este instituto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone lo siguiente:

“Artículo 314.- No se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto. Sólo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para gastos necesarios no previstos o cuyas partidas resulten insuficientes, siempre que el Tesoro Nacional cuente con los recursos para atender la respectiva erogación: a este efecto se requerirá previamente el voto favorable del Consejo de Ministros y la autorización de la Asamblea Nacional o, en su defecto, de la Comisión Delegada.” (Subrayado nuestro)

Por su parte, el artículo 52 de la LOAFSP dispone que:

“Artículo 52.- Quedarán reservadas a la Asamblea Nacional, a solicitud del Ejecutivo Nacional, las modificaciones que aumenten el monto total del presupuesto de gastos de la República, para las cuales se tramitarán los respectivos créditos adicionales; las modificaciones de los límites máximos para gastar aprobados por ésta, en la cuantía que determine la ley de presupuesto.

(...)

Los créditos adicionales al presupuesto de gastos que hayan de financiarse con ingresos provenientes de operaciones de crédito público serán decretados por el Poder Ejecutivo Nacional, con la sola autorización contenida en la correspondiente ley de endeudamiento...”

La figura del Crédito Adicional es así, una herramienta de flexibilización del Principio de Legalidad del Presupuesto consagrado en el precitado Artículo 314 de la Carta Magna, y como tal, debe conservar su carácter excepcional. Luce por tanto contrario al Texto Fundamental y a la razón de ser del presupuesto, la adopción de una práctica como la reconocida abiertamente por el Ministro GIORDANI y respaldada constitucionalmente por la mayoría de la Asamblea Nacional.

En todo caso, a efectos de lo que constituye el objeto fundamental de este estudio, el importe de los Créditos Adicionales que resulten financiados con Ingresos Ordinarios, entre ellos, los provenientes de la Renta Petrolera, conservan su carácter de tales y por ende, han de ser computados como base de cálculo del Situado Constitucional. No obstante que ello se desprende con absoluta claridad del Artículo 16

de la LODDT, no ha dejado de suscitar problemas desde su entrada en vigencia en 1989, sólo que con el proceder en comentarios del Ejecutivo Nacional se han potenciado. Es así como los gobernadores de Estado y los Alcaldes de Municipios, constantemente denuncian las demoras en que incurre el Poder Nacional en transferir aquello a lo que por tal concepto les corresponde. Tal problemática deviene, entre otros, del vacío que registra nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la oportunidad en la que el 20% que de esos excedentes debe ser transferido por la República a los Estados y Municipios, lo que se ha prestado a ese tipo de abusos por parte del Poder Central, que valga precisar, se registra incluso con la partida de Situado Constitucional originalmente presupuestada.

Esta práctica de subestimación del precio del barril de petróleo y el consiguiente abuso en la utilización de la figura del Crédito Adicional, atenta además, contra la planificación y la eficiencia que debe caracterizar la gestión pública nacional, estatal y municipal.

A.1.2.3. Limitaciones implementadas respecto de ciertas fuentes de Ingresos Ordinarios que han afectado sus niveles cuantitativos y su destino

A.1.2.3.1. Ley que crea la Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos

La Exposición de Motivos de la versión original del referido instrumento sancionado por la Asamblea Nacional en el año 2008, justificó la creación de un nuevo gravamen a ciertas empresas del sector petrolero, en el aumento sostenido del precio del barril de petróleo que se había registrado en aquél entonces, lo que se había traducido en niveles superiores a los razonables en la rentabilidad de las empresas dedicadas al negocio de los hidrocarburos, ganancias estas que no provenían en opinión del Legislador del aporte laboral, tecnológico o intelectual de esas entidades.

Es de recordar que en el año 2008 el precio del barril de petróleo experimentó una importante alza producto de la presión de la demanda atribuible a la aparición de mercados emergentes, representados, entre otros, por China e India. Fue así como durante el año 2008 el precio promedio del petróleo Brent de Mar del Norte fue de alrededor de US\$ 98,5/Bl, promediando a su vez la cesta venezolana US\$ 89,95/Bl. En vista de que esa situación volvió a presentarse, incluso a niveles superiores, producto de sucesos, políticos y sociales, registrados en una serie de países del mundo árabe (Egipto, Libia y Siria, entre otros) y; naturales, como el terremoto ocurrido en Japón; en fecha 23 de febrero de 2012, aquél instrumento fue reformado, contemplándose dos “Contribuciones Especiales”, una sobre precios extraordinarios, cuando el precio del crudo y/o sus derivados excediera el precio estimado en la Ley de Presupuesto pero no superara los US\$ 70/Bl, en tanto, que otra, sobre precios exorbitantes, cuando tal excedente superara los US\$ 70/Bl.

En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 40.114 de fecha 20 de febrero de 2013, apareció publicada la tercera versión del instrumento en comentarios, que es la actualmente vigente.

A la luz de esta Ley, mientras más se subestime el precio del crudo en el Presupuesto de la Nación, mayores serán las Contribuciones Especiales que las empresas petroleras habrán de pagar, que como más adelante veremos, no ingresan al Tesoro Nacional, sino al FONDEN.

Respecto de esta medida adoptada por la Asamblea Nacional vale hacer las siguientes consideraciones adicionales:

- Naturaleza del tributo

A pesar de que a los referidos tributos se les calificó de “Contribuciones Especiales”, el nombre que se le dé a un instituto resulta irrelevante a efectos de determinar su verdadera naturaleza jurídica, habiéndolo así reconocido reiteradamente nuestro Máximo Tribunal. Lo realmente importante a esos efectos, son sus características y esencia.

En el presente caso, el pago de “Las Contribuciones Especiales” por parte de los exportadores de hidrocarburos líquidos y sus derivados, o de las Empresas Mixtas por las ventas internas que de ellos hagan a PDVSA o a sus filiales, no es producto de la ejecución de una obra

pública o de una actividad por parte del Estado que los beneficie como grupo, por lo que no cabe catalogarlas de tales, sino más bien, de impuestos. Su producto, tampoco va dirigido a financiar una obra pública ejecutada o a recuperar lo destinado por el Estado en la realización de una actividad que favorece al contribuyente que la paga, que son también notas características de la categoría de la contribución especial.

Al calificar de impuestos y no de “Contribuciones Especiales” los tributos previstos en la Ley en comentarios, existen indicios como para pensar que con ello pueda estarse registrando una violación al Principio de la Unidad del Tesoro y a su consecuencia de la no afectación, consagrada en el Artículo 34 de la LOAFSP, según el cual, no puede destinarse específicamente el producto de ningún ramo de ingreso con el fin de atender el pago de determinados gastos, ni predeterminarse asignaciones presupuestarias para atender gastos de entes o funciones estatales específicas, salvo las afectaciones constitucionales y las permitidas por el citado Artículo 34, una de las cuales la constituye precisamente lo recaudado por contribuciones especiales, más no por los impuestos. Señalamos lo anterior, por el hecho de que tales ingresos en lugar de entrar a formar parte del Tesoro Nacional, son transferidos como de seguidas explicaremos al FONDEN, lo que insistimos, pareciera configurar un caso de fraude a la ley, con la intención, denunciada por muchos, de excluirlos de la base de cálculo del Situado Constitucional.

Lo anterior es tan cierto, que las intervenciones de algunos Parlamentarios de la época (2008), parecieran demostrar que más que cumplir con aquella disposición (Art. 34), existía el propósito de evitar que esos fondos se dirigieran a los Estados y Municipios, a quienes les hubiera correspondido una participación del 20% en lo por tal concepto recaudado, por la vía del Situado Constitucional.

- Destino de los recursos

El destino a serle conferido a los recursos recaudados por concepto de estas “Contribuciones Especiales” sigue siendo el mismo que contemplaba la Ley de 2008, este es, el FONDEN. No obstante ello, en el Decreto-Ley de 2012 y así se mantuvo en Ley de 2013, se establece que deberán utilizarse preferentemente en el financiamiento de las Grandes

Misiones creadas por el Ejecutivo Nacional, así como en proyectos de infraestructura, vialidad, salud, educación, comunicación, agricultura y alimentos, entre otros, en tanto que la Ley de 2008 disponía que lo recaudado se destinaría a proyectos de desarrollo de infraestructura, de producción social y al fortalecimiento del poder comunal.

Es así como, ingresos de carácter tributario (Impuestos) que debieron considerarse Ingresos Ordinarios de la República, son transferidos a una sociedad mercantil, como el FONDEN, con lo cual, no entran a formar parte del Tesoro Nacional y por ende quedan excluidos de la base de cálculo del Situado Constitucional.

El peso de estos ingresos, sin lugar a dudas, excedentes que debieron quedar sometidos a las reglas de estabilización macroeconómica, son liberados de la misma, pero además, despojados los Estados y Municipios de la cuota parte que, incluso bajo la Ley del Fondo de Estabilización Macroeconómica les corresponde, como veremos más adelante.

- Fijación de un precio tope máximo para la liquidación de Regalías, Impuesto de Extracción e Impuesto de Registro de Exportación

En el Artículo 14 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que crea la Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos de 2012, se estableció por primera vez que:

“Artículo 14.- A los fines de garantizar el cumplimiento del objeto de este Decreto Ley, se establece como precio tope máximo para el cálculo y liquidación de Regalías, Impuesto de Extracción e Impuesto de Registro de Exportación previstos en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, hasta la cantidad de setenta dólares por barril (70 US\$/Bl).”

Esta norma fue objeto de reforma en el 2013, elevando la variable de US\$ 70/Bl a US\$ 80/Bl.

Antes de adentrarnos en el análisis de esta norma, resulta curioso que un instrumento distinto de la LOH haya alterado los elementos técnicos de determinación de los tributos y regalías en esta última contemplados, que valga resaltar, es de rango orgánico y especial.

Dicho lo anterior y a efectos de visualizar más claramente las implicaciones de la norma en comentarios, procederemos a plantearnos un escenario hipotético en el que de no existir las referidas “Contribuciones Especiales”, y en el que el precio del barril de petróleo sea US\$ 106, lo que esa cifra aportaría a la República por concepto de Ingresos Ordinarios (regalías, impuestos previstos en la Ley Orgánica de Hidrocarburos e Impuesto sobre la Renta, etc.) pasaría en un 20% a los Estados, al Distrito Capital y subsiguientemente a los Municipios, por concepto de Situado Constitucional (ingresos ordinarios presupuestados más excedentes recaudados en el ejercicio).

Por el contrario, a partir de la vigencia del Decreto-Ley de 2012 y de la vigente Ley de 2013 la situación se vio alterada. Es así como ahora corresponde a los Estados y al Distrito Capital, lo que por aquellos mismos conceptos perciba la República pero tomando en cuenta a efecto de su cálculo, inicialmente el precio presupuestado (US\$ 55/Bl), en tanto que del resto, este es, US\$ 51/Bl, sólo se tomarían en cuenta los US\$ 25/Bl restantes que exceden lo presupuestado pero no el techo de US\$ 80/Bl. Quedarían así los entes menores, al margen del 20% a que también tenían derecho respecto de los restantes Ingresos Ordinarios provenientes de los US\$ 26,00 que conformarían el precio del barril de petróleo, que exceden el techo de US\$ 80/Bl.

De acuerdo con el contenido del Artículo 14, su inclusión en el Decreto-Ley de 2012 obedeció a la necesidad de garantizar el cumplimiento del objeto de ese instrumento, este es, evitar que las fluctuaciones del ingreso petrolero afecten el equilibrio fiscal, cambiario y monetario que exige la economía nacional. Al respecto debe observarse que ese rol corresponde cumplirlo al Fondo de Estabilización Macroeconómica (FEM) tal como lo prevé el Artículo 321 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual, ha de establecerse por ley un fondo de estabilización macroeconómica destinado a garantizar la estabilidad de los gastos del Estado en los niveles municipal, regional y nacional, ante las fluctuaciones de los ingresos ordinarios.

El fondo al que se refiere el Artículo 321 de la Carta Magna de 1999, fue regulado por la Ley del Fondo de Estabilización Macroeconómica (LFEM), publicada originariamente en Gaceta Oficial de la

República Bolivariana de Venezuela N° 37.827 de fecha 27 de noviembre de 2003.

Con la creación de la versión de este fondo en 2003, cuya primera aparición se remonta a 1998, se perseguía precisamente, la estabilidad de los gastos del Estado en los niveles nacional, estatal y municipal, frente a las fluctuaciones de los Ingresos Ordinarios, que no son otros, en la práctica, que los petroleros y que llegaban a los entes menores vía Situado Constitucional.

Es así como el tope máximo reconocido al precio del barril de petróleo (US\$ 80,00), reduce los niveles a que tenían acceso los entes menores a esos recursos por la vía del Situado Constitucional y que bajo la vigencia de la LFEM, simplemente quedaban sujetos en cuanto a su disponibilidad a las reglas de disciplina en ella previstas, pero siempre bajo la titularidad de los entes menores (20%).

A.1.2.3.2. Merma en la recaudación tributaria producto del rol social asignado a PDVSA

- Nuevo rol atribuido a PDVSA

A partir de la instauración del Gobierno presidido por Hugo Rafael Chávez Frías (1999), se consideró como parte de la misión de PDVSA, no sólo la relativa a las actividades de explotación y comercialización de hidrocarburos y sus derivados, sino también, las relativas a "... la promoción o participación en aquellas (actividades), dirigidas a fomentar el desarrollo integral, orgánico y sostenible del país, incluyendo las de carácter agrícola e industrial, elaboración o transformación de bienes y su comercialización, y prestación de servicios, para lograr una adecuada vinculación de los recursos provenientes de los hidrocarburos con la economía venezolana."²⁵⁷

Es así como bajo la visión del actual gobierno, "PDVSA es una empresa (...) que tiene objetivos estratégicos que van más allá de la mera rentabilidad."

²⁵⁷ <http://www.pdvsa.com>

Entre estos objetivos se incluyen:

- La redistribución de riqueza del petróleo a la sociedad en general.
- Fomento del desarrollo socio-económico a través de la industrialización y políticas de equidad social.
- Promoción de la soberanía tecnológica y desarrollo de recursos humanos altamente capacitados y motivados.”

Sostienen así las autoridades actuales que, “El desarrollo social en PDVSA es un proceso que formula y ejecuta proyectos, en alineación y articulación con los planes sociales del Estado para beneficio de las comunidades. Se persigue lograr un nivel de desarrollo sustentable y sostenible en el tiempo, considerando la utilización plena del potencial humano; el manejo eficiente, social y técnico del gasto público social, y el respeto por el equilibrio ecológico.

Para colocar los recursos petroleros al servicio del país y construir un nuevo modelo económico, acabando de una vez por todas con las brechas y desigualdades entre los venezolanos, PDVSA impulsa el Fondo para el Desarrollo Económico y Social del País (Fondespa) para potenciar el desarrollo integral de los venezolanos a través de la distribución revolucionaria de la renta petrolera.

El respaldo a las misiones sociales impulsadas por el Ejecutivo Nacional, es una de las formas en que PDVSA se involucra con todos los venezolanos, aspirando un desarrollo integral del ciudadano, enmarcado en los principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)

Y es que teniendo como punto central la superación de la pobreza a partir de la recuperación de la dimensión humana del desarrollo, Petróleos de Venezuela, S.A, formula y ejecuta los proyectos de desarrollo endógeno, generando planes de desarrollo social con su entorno, y logrando, entre otros, los siguientes impactos:

- Brindar las facilidades, posibilidades y medios reales que permitan la mejora del nivel de vida sustentable y sostenible en los diferentes ámbitos de la vida: personal, familiar, social, cultural y profesional, formando ciudadanos con conciencia comunitaria y deseos de superación para insertarlos en la vida económica, política y social del país.

- Establecer las estrategias y los programas, articulados a los lineamientos del Ejecutivo Nacional y los de PDVSA, que permitan facilitar el intercambio de información, de recursos, documentación y activos entre PDVSA y las fuentes naturales de desarrollo social que contribuyan a satisfacer en forma confiable y oportuna los requerimientos y expectativas de las comunidades.
- Alinear y articular conjuntamente con las organizaciones medulares de PDVSA los programas sociales y económicos que aseguren el apoyo permanente de la Corporación en la comunidad de influencia, contribuyendo a la mejora de la convivencia en todas las comunidades del área de influencia tanto de los negocios como de las filiales.

La nueva PDVSA es una empresa nacional, subordinada al Estado venezolano y profundamente comprometida con el auténtico dueño del petróleo: el pueblo venezolano.

Y es que nacida luego del triunfo sobre el Sabotaje Petrolero, la nueva PDVSA está en manos del pueblo profundizando de este modo el ejercicio de nuestra plena soberanía petrolera.”²⁵⁸

Sin entrar en la polémica que pudiera suscitar el impacto que en la productividad de la estatal petrolera pudiera haber tenido la adopción de aquella visión, producto de la misma, PDVSA y sus empresas filiales, han asumido desde el punto de vista legal y financiero, el impacto temporal o permanente de la expropiación, intervención u ocupación de una serie de empresas (C.A. Electricidad de Caracas, Aceites Diana y las empresas privadas prestadoras de servicios a la industria petrolera en la Costa Oriental del Lago de Maracaibo, entre otras); el financiamiento mayoritario de las llamadas Misiones, jugando un importante papel actualmente en la conducción de la Gran Misión Vivienda Venezuela, en la que parte de las soluciones habitacionales ofrecidas están siendo construidas con recursos propios de la estatal petrolera; de iniciativas como PDVAL, dirigida a contribuir al abastecimiento alimentario de la población venezolana; así como de su intervención en el marco

²⁵⁸ <http://www.pdvsa.com/>

de los Convenios de Cooperación Energética suscritos por Venezuela con países como Cuba, Ecuador, Bolivia, Argentina y Nicaragua.

Ha sido también nota característica del desempeño de la estatal petrolera en los últimos años, su endeudamiento a través de la emisión de bonos y la celebración de contratos de préstamo que según el periodista Hernán Lugo-Galicia, basado en estudios efectuados por el economista José Guerra, ascendían para el año 2011 a alrededor de US\$ 60,03 millardos, lo que según dicho especialista, representa un crecimiento de 1.962,88% respecto de la existente en el año 2006²⁵⁹, aun cuando según el Informe de la Firma KPMG, auditores externos de la estatal petrolera, para enero de 2012 la deuda consolidada de ese grupo empresarial ascendía a US\$ 34.892 millardos.

- Deducción del “gasto social” a efectos de la determinación del Impuesto sobre la Renta

Más allá de la visión que tiene el gobierno de turno respecto de la Industria Petrolera, existen una serie de normas de rango constitucional, legal y estatutario, que han pretendido ser utilizadas como fundamento para justificar la deducibilidad de los llamados gastos sociales, a efectos de la determinación del Impuesto sobre la Renta de la estatal petrolera, práctica esta que ha hecho mermar considerablemente los ingresos ordinarios recaudados por la República a través de esa fuente. Así tenemos:

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

“**Artículo 302:** El Estado se reserva mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.”

“**Artículo 303:** Por razones de soberanía económica, política y estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las

²⁵⁹ El Nacional, 22-11-11, Pág: 3.

acciones de Petróleos de Venezuela, S.A. o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A.”

“**Artículo 311:** Último aparte: “El ingreso que se genere por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propenderá a financiar la inversión real productiva, la educación y la salud.

Los principios y disposiciones establecidos para la administración económica y financiera nacional, regularán la de los Estados y Municipios en cuanto sean aplicables.”

- Estatutos de PDVSA (Decreto 6.234 del 15 de Julio de 2008)

Cláusula Segunda.- La sociedad tendrá por objeto planificar, coordinar y supervisar la acción de las sociedades de su propiedad así como controlar que estas últimas en sus actividades de exploración, explotación, transporte, manufactura, refinación, almacenamiento, comercialización o cualquiera otra de su competencia en materia de petróleo y demás hidrocarburos, ejecuten sus operaciones de manera regular y eficiente; adquirir, vender, enajenar y traspasar por cuenta propia o de terceros, bienes muebles e inmuebles; emitir obligaciones; promover como accionistas o no, otras sociedades que tengan por objeto realizar actividades en materias de recursos energéticos fósiles, así como promover como accionistas o no, otras sociedades que tengan por objeto realizar actividades en materia de recursos energéticos fósiles, así como promover o practicar en otras sociedades cuyas actividades estén dirigidas a fomentar el desarrollo integral, orgánico y sostenido del país, incluidas las de carácter agrícola, industrial, de elaboración o transformación de bienes y su comercialización o la prestación de servicios, de manera de lograr una apropiada vinculación de los recursos de hidrocarburos con la economía nacional, todo ello en función del bienestar del pueblo en armonía de la Constitución y la Ley; fusionar, reestructurar o liquidar empresas de su propiedad; otorgar créditos, financiamientos, fianzas, avales o garantías de cualquier tipo y, en general, realizar todas aquellas operaciones, contratos y actos comerciales que

sean necesarios o convenientes para el cumplimiento del mencionado objeto. El cumplimiento del objeto social deberá llevarse a cabo por la sociedad bajo los lineamientos y las políticas que el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Energía y Minas establezca o acuerde en conformidad con las facultades que le confiere la Ley.

Las actividades que realice la empresa a tal fin estarán sujetas a las normas de control que establezca dicho Ministerio en ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 7 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y Comercio de los Hidrocarburos.” (Subrayado nuestro)

Con base en esa normativa, nuestro máximo Tribunal, mediante Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de junio de 2003²⁶⁰, con ponencia del Magistrado Antonio José GARCÍA GARCÍA, señaló que PDVSA no es una simple empresa; sino que es el medio por el cual el Estado venezolano pretende cumplir con sus cometidos constitucionales:

“...Esta Sala ha declarado insistentemente que la tutela de los derechos o intereses difusos y colectivos que se justifica en aquellos casos en que la población en su conjunto, o al menos un considerable grupo unido por una situación determinada, se ve afectada en el aseguramiento de su calidad de vida. No cabe duda, pues la Constitución misma lo indica, que la existencia de PDVSA como empresa del Estado, titular de una reserva de actividad económica, tiene su origen precisamente en la procura de un nivel de vida elevado, al cual tienen los venezolanos derecho, como consecuencia de las riquezas que del país tiene y que, bien explotadas y aprovechadas, deben servir para alcanzar no sólo las necesidades básicas de la población, sino incluso mucho más. PDVSA es así no una simple empresa: es el medio por que el que el Estado pretende cumplir parte de sus cometidos constitucionales.” (Subrayado nuestro)

²⁶⁰ Vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.506 de fecha 5 de junio de 2003. Caso: PDVSA vs. INTESA. Exp. N° 03-1295.

Como puede observarse, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, declara a PDVSA no como una simple empresa del Estado sino “*como el medio por el que el Estado pretende cumplir parte de sus cometidos constitucionales*” y de esa forma poder materializar el Estado Democrático, social de Derecho y Justicia.

Al respecto, el Decreto N° 1510 con Fuerza y Rango de Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.323 de fecha 13 de noviembre de 2001, posteriormente reformada en 2006²⁶¹, establece en su Artículo 5 que:

“Artículo 5.- Los ingresos que en razón de los hidrocarburos reciba la Nación propenderán a financiar a la salud, a la educación, a la formación de fondos de estabilización macroeconómica y a la inversión productiva, de manera que se logre una apropiada vinculación del petróleo con la economía nacional, todo ello en función del bienestar del pueblo.”

Del marco legal anteriormente expuesto, a su desarrollo jurisprudencial y doctrinal, algunos consideran que la “Inversión Social” es una actividad normal de participación directa de PDVSA en los cometidos del Estado y en el cumplimiento de su objetivo social, por ende, susceptibles de ser deducidos los gastos que ella suponga, de la renta bruta a efectos de determinar el enriquecimiento neto y el Impuesto sobre la Renta de la estatal petrolera.

Debe recordarse que para que un gasto sea deducible a efectos de la determinación del Impuesto sobre la Renta, el Artículo 27 de la ley que regula este tributo exige que el mismo califique como normal y necesario para la producción de la renta, cumplimiento de estos extremos en donde se centra la polémica respecto de los gastos sociales y la actividad generadora de renta de la industria petrolera.

Como señalamos al comienzo de este análisis, en los tiempos modernos se ha considerado al Presupuesto de la Nación, la principal

²⁶¹ Vid. Reforma Parcial del Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.443 del 24 de mayo de 2006, posteriormente reimpressa por error material publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.493 del 4 de agosto de 2006.

herramienta de planificación, que conjuntamente con la creación de tributos y del gasto público, permite alcanzar fines colectivos y sociales.

Bajo las actuales políticas del gobierno presidido por Hugo Rafael Chávez Frías pareciera que el gasto social a cargo de instrumentalidades como PDVSA, es una nueva modalidad de contribuir con las cargas públicas, distinta a la más indirecta y tradicional de ingresar al Tesoro Nacional los impuestos para que sea el Ejecutivo, quien los destine a esos mismos fines vía gasto público (presupuesto y planificación). Esta afirmación ameritaría de un análisis y desarrollo más profundo, en tanto modifica drásticamente la mecánica de funcionamiento del Estado, que a nuestro entender encuentra normas constitucionales y legales que ponen en duda su validez. Esa posible confrontación de disposiciones (presupuestaria vs. rol de PDVSA y del sector empresarial público) por lo trascendental y por los altos valores que en uno y en otro caso se protegen, demandaría de una más depurada instrumentación, tanto normativa como de planificación económica, si es que pretende aceptarse como válida, lo que insistimos, ponemos en dudas, sin que con ello la excluyamos del todo.

En nuestra opinión, las normas constitucionales y legales citadas, tienen como destinatario a la República (Nación, Estado), mas no a las instrumentalidades que ésta escoja para llevar a cabo la explotación petrolera. A pesar de la exclusiva propiedad que la República tiene en PDVSA, por tratarse de personas jurídicas distintas y con patrimonios separados, no creemos que la corporación pueda o tenga el deber de sustituirse en el rol que corresponde a la República cumplir.

Esos roles sociales los ha cumplido tradicionalmente la República, a través de la ejecución presupuestaria, nutriéndose el Tesoro Nacional de los impuestos y regalías pagados por la Industria Petrolera. No obstante ello, pareciera que las autoridades actuales, partiendo del importante rol social atribuido a PDVSA y a sus filiales, tienen otra postura, que de ser correcta, ameritaría, insistimos, un adecuado acoplamiento entre esa tesis y el régimen presupuestario.

Al respecto señala BREWER-CARÍAS que con la reforma constitucional que pretendió sancionarse (2007), en lugar de corregirse el descalabro administrativo producido en los últimos años, por la indisciplina presupuestaria derivada de fondos asignados a programas espe-

cíficos del gobierno denominados “misiones”, concebidos fuera de la organización general del Estado, lo que se ha hecho es constitucionalizar el desorden administrativo, calificándose a las estructuras administrativas del Estado como “burocráticas o tradicionales”, renunciando a que las mismas sean reformadas para convertirlas en instrumentos para que, precisamente, puedan atender la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población. Y todo ello, dejando la organización de la Administración Pública **a la sola voluntad del Presidente de la República** mediante reglamentos (artículos 141, 236.22)” (BREWER-CARIAS, 2007: 32).

El impacto anterior se ve acentuado dada las cargas tributarias y patrimoniales adicionales que se le han impuesto a la estatal petrolera en virtud de la Ley que crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos; las Ventajas Especiales aplicables a las Empresas Mixtas conforme a los “Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas”, dictados por la Asamblea Nacional en el año 2006 y posteriormente reformados en el año 2009, y los aportes hechos al FONDEN hasta abril de 2011 por mandato de la Ley del Banco Central de Venezuela, todos gastos que al reconocerse deducibles para la estatal petrolera han supuesto una disminución en la base imponible del Impuesto sobre la Renta por ella pagado; lo que se ha traducido en menos Ingresos Ordinarios para la República y una menor base para el cálculo del Situado Constitucional, en perjuicio de los Estados, el Distrito Capital y los Municipios.

A.2. Asignaciones Económicas Especiales

De acuerdo con el numeral 16 del Artículo 156 de la Carta Magna de 1999, es competencia del Poder Nacional:

“Artículo 156.- El régimen y administración de las minas e hidrocarburos; el régimen de las tierras baldías; y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país.

El Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido.

La Ley establecerá un sistema de asignaciones económicas especiales en beneficio de los Estados en cuyo territorio se encuentren situados los bienes que se mencionan en este numeral, sin perjuicio de que también puedan establecerse asignaciones especiales en beneficio de otros Estados.”

La Ley Asignaciones Económicas Especiales Derivadas de Minas e Hidrocarburos (LAEE), publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.991 del 29 de julio de 2010, prevé en su Artículo 2 que:

“**Artículo 2.-** Para el cálculo de las asignaciones económicas especiales derivadas de minas e hidrocarburos se procederá de la siguiente forma:

1. Del monto total de los ingresos fiscales recaudados durante el respectivo ejercicio presupuestario, por concepto de tributos y regalías contemplados en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Minas, se deducirá el monto correspondiente por concepto de situado constitucional.
2. Del monto resultante según el numeral anterior, se constituirá un apartado presupuestario equivalente a un porcentaje mínimo de veinticinco por ciento (25%) de dicho monto, correspondiente a asignaciones económicas especiales derivadas de minas e hidrocarburos. Este monto discriminará la cantidad proveniente por el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Minas y la cantidad proveniente por Ley Orgánica de Hidrocarburos.” (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la LAEE, del monto de las Asignaciones Económicas provenientes de la actividad de hidrocarburos, el 5% se destina a las entidades en las que se desarrollen procesos de refinación o petroquímicos. Del monto resultante, 70% se destina a los Estados en cuyo territorio se encuentren yacimientos de hidrocarburos, y el 30% restante es distribuido en aquellos Estados en los no existen tales yacimientos.

Como se desprende con absoluta claridad de la norma antes transcrita, las Asignaciones Económicas Especiales provenientes de hidrocarburos, parten a efectos de su cálculo, de los ingresos fiscales recaudados por concepto de tributos y regalías contemplados en la LOH, que

como ya vimos, se ve afectado por las limitaciones que establece el Artículo 14 de la Ley que crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de los Hidrocarburos (US\$ 80/BI).

A lo anterior debe agregarse que, al crearse las “Contribuciones Especiales” en una ley distinta a la LOH, lo que a todas luces es incorrecto, a objeto de concentrar en un solo instrumento todo lo relativo a la tributación de ese sector, también se afectó a los entes menores en lo que respecta a las Asignaciones Económicas Especiales, ya que con tal proceder éstas quedan fuera de su base de cálculo.

Por otra parte, como más adelante veremos, con la nueva canalización de las Asignaciones Económicas Especiales a través del Fondo de Compensación Interterritorial, se genera una dependencia en el acceso a esos fondos de las decisiones que adopte la Secretaría del Consejo Federal de Gobierno, con una marcada representación del Poder Central, situación esta que no se registraba con anterioridad.

A.3. Ventajas Especiales y los Municipios

A nivel municipal también un hecho vinculado a la industria petrolera con incidencia en las fuentes de ingresos de este tipo de entidades locales, lo constituye la reforma publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.410 del 28 de septiembre de 2009 a los “Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas”, dictados por la Asamblea Nacional en el año 2006.

A raíz de la migración de los llamados Convenios Operativos celebrados por las filiales de PDVSA con empresas privadas al esquema de Empresas Mixtas, los municipios en los que los primeros se ejecutaban dejaron de percibir el impuesto a las actividades económicas por ellos generado, razón por la cual, aquellos “Términos y Condiciones” contemplaron en compensación la creación de las llamadas “Ventajas Especiales”.

Tales Ventajas Especiales estaban conformadas inicialmente por (2006):

“... a) una participación como regalía adicional de tres como treinta y tres por ciento (3,33%) sobre los volúmenes de hidrocarburos extraídos en el área delimitada, la cual será distribuida de la siguiente manera: directamente para los municipios que conforman el Área Delimitada **dos coma veintidós por ciento (2,22%)**, que sustituirá los pagos dejados de percibir por dichos municipio por concepto de impuestos municipales, con motivo del cese de los convenios operativos, y para un fondo dedicado a financiar proyectos de desarrollo endógeno dentro de los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo en la respectiva región, uno coma once por ciento (1,11%); y b) un monto equivalente a la diferencia, si la hubiere, entre (i) el cincuenta por ciento (50%) del valor de los hidrocarburos extraídos en el Área Delimitada durante cada año calendario (determinado de conformidad con los precios establecidos para dichos hidrocarburos en el contrato de compraventa de hidrocarburos que será celebrado entre la Empresa Mixta y PDVSA Petróleo, S.A. o su filial) y (ii) la suma de los pagos efectuados a la República Bolivariana de Venezuela, con respecto a la actividad desarrollada por la Empresa Mixta durante dicho año calendario, por concepto de regalías aplicables sobre los hidrocarburos extraídos (incluyendo la regalía adicional prevista en el literal (a) anterior), impuesto sobre la renta y cualquier otro impuesto o tributo calculado en base a ingresos (ya sean brutos o netos), y las inversiones en proyectos de desarrollo endógeno del uno por ciento (1%) de utilidades antes de impuestos previstas en la Condición Décima posterior. El monto de la ventaja especial mencionada en el literal (b) anterior será igual a cero (0) cuando la suma de los pagos mencionados en el literal (b) (ii) resulte igual o superior al monto calculado conforme al literal (b) (i). Para efectos del cálculo señalado en el literal (b) (ii) anterior, en caso de que la regalía sea tomada en especie, el valor de dicha regalía será igual al monto que hubiese sido pagadero por concepto de regalía si ésta hubiere sido pagada en efectivo. La ventaja especial prevista en el literal (b) deberá pagarse el día 20 de abril de cada año, comenzando el 20 de abril de 2007(...)”

Con la reforma de los “Términos y Condiciones” ocurrida el 28 de septiembre de 2009, específicamente del Acuerdo Primero, numeral

6, literal a) antes transcrito, los municipios en los que se realicen actividades petroleras recibirán en lugar de una participación del 2,2% del volumen de los hidrocarburos extraídos, el 1,1%. Este se distribuirá en 30% en las entidades en las que se desarrollen actividades primarias, en tanto que el 70% restante se distribuirá en los municipios en los que se desarrolle actividad petrolera de cualquier tipo, con base a su población y a un Índice de Desarrollo Humano, todo en función a lineamientos impartidos por el Ministerio del Poder Popular de Energía y Petróleo. El 2,2% restante, será destinado a un Fondo Especial del Poder Popular (FOPO) dedicado a financiar proyectos de desarrollo endógeno, a ser administrado por el Ejecutivo Nacional.

Como se observa, se reduce esa fuente de ingresos municipales en un 1,1%, en tanto que el 2,2% restante ahora pasa al FOPO, produciendo a nivel municipal el mismo efecto señalado respecto del FONDEN en cuanto al Situado Constitucional, esto es, deducible a efectos de la determinación del Impuesto sobre la Renta de las Empresas Mixtas y al margen del Tesoro Nacional. A favor de tal medida alegaron personeros del gobierno de turno que, en lugar de 31 municipios (Áreas Delimitadas para el desarrollo de actividades primarias) ahora se beneficiarán de estas transferencias 68 entidades (actividades primarias y petroleras de otro tipo), sin admitir que si bien son más los beneficiarios, es menor la masa de recursos a repartir.

El FOPO es administrado por PDVSA bajo los lineamientos del Ministerio del Poder Popular para el Petróleo y la Minería, y respecto de la inversión y distribución de esos recursos también se han formulado una serie de denuncias.

A.4. Aporte de las Empresas Mixtas al Desarrollo Endógeno

En los referidos “Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas”, dictados por la Asamblea Nacional en el año 2006 y posteriormente reformados en el 2009, se establece en la llamada Condición Décima que:

“10. La Empresa Mixta deberá elaborar y ejecutar una política de desarrollo endógeno basada en los principios de preservación

de la diversidad cultural y biológica, minimización de impactos ambientales adversos y responsabilidad social expresados en el Plan de Desarrollo Nacional. Asimismo, con base en dicha política la Empresa Mixta elaborará e implementará un plan de inversión social con el objeto de desarrollar programas de mejoras, debiendo someterlo a la aprobación del Ejecutivo Nacional. La Empresa Mixta deberá invertir en tales programas dentro de cualquier año calendario en monto igual al 1% de sus utilidades antes de impuestos durante el año calendario anterior de acuerdo con sus Estados Financieros debidamente auditados, en el entendido de que, con relación a las inversiones previstas para el primer año calendario, dicho monto deberá calcularse con base en las utilidades que la Empresa Mixta razonablemente estime obtener durante dicho período.” (Subrayado nuestro)

La carga impuesta con base en esta Condición, sin lugar a dudas reúne las características propias de un impuesto, que sin embargo ha sido establecida a través de un Acuerdo de la Asamblea Nacional que no tiene carácter de ley. Esa carga al ser deducida por las Empresas Mixtas, nuevamente disminuye el importe que por concepto de Impuesto sobre la Renta éstas hacen al Tesoro Nacional, viéndose adicionalmente afectados los Estados y los Municipios en la captación de lo que a ellos corresponde por concepto de Situado Constitucional.

El destino de estos recursos corresponde en definitiva, como lo señala la referida Condición Décima, al Ejecutivo Nacional, que si bien deben serlo en consonancia con el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, parecieran ser dispuestos directamente por las Empresas Mixtas, no ingresando al Tesoro Nacional ni quedando sujetas al régimen presupuestario. Un ejemplo del destino conferido a recursos de este origen lo constituye el financiamiento de la construcción de viviendas en el marco de la Gran Misión Vivienda Venezuela.

B. Presupuestos Paralelos

Como ya indicáramos, la práctica que ha adoptado el Poder Público Nacional de crear una serie de fondos, cuya naturaleza jurídica en algunos casos no está del todo clara, menos aun su régimen

presupuestario y de control, y que se han nutrido de recursos tradicionalmente ingresados al Tesoro Nacional, pero que actualmente quedan al margen de aquél, ha suscitado, con razón, numerosas denuncias y críticas por lucir contrarias al Principio de la Unidad del Presupuesto. Estas actuaciones, han afectado notablemente el importe de las transferencias intergubernamentales contempladas a favor de los Estados y Municipios, siendo a ello a lo que nos abocaremos en lo adelante.

Bajo la Hacienda Clásica, que es la que corresponde al Estado Liberal de Derecho, se aceptó como un dogma, el que el Presupuesto del Estado debía ser uno solo, y que en dicho presupuesto debían figurar todos los ingresos del Estado y todos los gastos públicos. De este modo, el documento presupuestario sometido como proyecto a la consideración del Parlamento permitía tener una visión de conjunto sobre la situación financiera, apreciar el equilibrio entre los ingresos y los gastos y otorgar una autorización única y general en relación al Presupuesto.

Según Duverger, si se fraccionaran los ingresos y los gastos en múltiples documentos, se dificultaría el control parlamentario.

Se reconoce así que el Principio de la Unidad del Presupuesto consiste en la reunión o agrupación de todos los gastos y recursos del Estado en un documento único. Su enunciación como principio de derecho presupuestario fue una creación de la doctrina, pues no resultaba de ninguna disposición constitucional o legal, más, sin embargo, en nuestro país podría considerarse consagrado en la Constitución de 1999 en su Artículo 314, según el cual:

“Artículo 314: No se hará del Tesoro Nacional gasto alguno que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto...”.

De esta disposición se desprende que no puede haber presupuestos paralelos o anexos en relación a los órganos cuyos gastos se cancelen con cargo al Tesoro Nacional.

Hoy en día, además del Artículo 314 de la Constitución, el Artículo 12 de la LOAFSP es claro al consagrar este principio, al establecer que: “Los presupuestos públicos comprenderán todos los ingresos y todas los gastos, así como las operaciones de financiamiento sin compensaciones entre sí, para el correspondiente ejercicio económico-financiero.

Del Principio de la Unidad Documental del Presupuesto surge la regla de la Unidad del Tesoro, conforme a la cual, todos los ingresos públicos deben ser enterados en la Caja del Tesoro, que debe ser una sola, y todos los gastos deben ser previstos en el presupuesto, sin que se puedan afectar ingresos para cubrir gastos determinados. Por efecto de esta regla se prohíbe tanto la compensación de ingresos como la afectación de recursos.

El Tesoro Nacional comprende el dinero y los valores que, producto de la administración de la Hacienda Nacional, permite hacer frente a las obligaciones contraídas por la República, conforme a la ley de presupuesto.

Como ya adelantamos, una de las reglas que rigen esta materia es la de la no afectación de ingresos, según la cual, del conjunto de recursos que ingresan a ese fondo común que es el Tesoro, se debe cancelar la totalidad de los gastos previstos en el Presupuesto, sin que se puedan destinar ciertos ingresos al pago de gastos determinados. En la medida en que se afecten recursos para fines específicos, se tienden a desconocer las facultades de las autoridades presupuestarias en cuanto a la posibilidad de fijar o cambiar las prioridades en el gasto público porque se crea una rigidez inconveniente en la relación gasto-ingreso.

En el ordenamiento jurídico venezolano, la regla de la no afectación se encuentra consagrada en el Artículo 34 de la LOAFSP, según el cual:

“**Artículo 34.-** No se podrá destinar específicamente el producto de ningún ramo de ingresos con el fin de atender el pago de determinados gastos, ni predeterminarse asignaciones presupuestarias para atender gastos de entes o funciones estatales específicas, salvo las afectaciones constitucionales. No obstante y sin que ello constituya la posibilidad de realizar gastos extrapresupuestarios, podrán ser afectados para fines específicos los siguientes

1. Los provenientes de donaciones, herencias o legados a favor de la República o sus entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, con destino específico.
2. Recursos provenientes de operaciones de crédito público.
3. Los que resulten de la gestión de los servicios autónomos sin personalidad jurídica.
4. El producto de las contribuciones especiales.

Visto lo anterior, procederemos a evaluar una serie de prácticas desarrolladas por el Poder Público Nacional con miras a determinar su compatibilidad con la normativa presupuestaria y su impacto en el financiamiento de los entes menores.

B.1. Fondo de Desarrollo Nacional FONDEN, S.A.

B.1.1. Naturaleza jurídica, objeto y fuentes de financiamiento

En fecha 20 de julio de 2005, fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.232 la Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela (LBCV), mediante la cual se modificó el contenido de su Artículo 113. De acuerdo con esa versión de la norma, PDVSA solamente debía vender al BCV, al tipo de cambio oficial correspondiente, las divisas necesarias para atender sus gastos operativos y de funcionamiento en el país y las contribuciones fiscales a la que estuviere obligada de conformidad con las leyes, por el monto estimado conforme a la Ley de Presupuesto de la República. Asimismo, la norma citada mantuvo la posibilidad de que PDVSA, con la opinión favorable del BCV, pudiese mantener fondos en divisas para pagos operativos en el exterior, inversiones y los previstos por ley, debiendo reflejar esos fondos en sus balances. El otro gran cambio experimentado por la referida disposición fue la imposición en cabeza de PDVSA de la obligación de transferir a un fondo a ser creado por el Ejecutivo Nacional, el remanente de divisas que se registrara después de considerar los conceptos antes señalados.

El comentado artículo previó así que el remanente de divisas obtenidas con ocasión de las operaciones con hidrocarburos, que no fueran requeridas en su equivalente en bolívares para gastos locales, ni se requirieran para gastos e inversión en el exterior, estarían destinadas al Fondo a ser creado por el Ejecutivo Nacional, quien lo utilizaría para el financiamiento de proyectos de inversión en la economía real, en la educación, la salud, el mejoramiento del perfil y saldo de la deuda pública y la atención de situaciones especiales y estratégicas.

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la LBCV de 2005, fue publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de

Venezuela N° 38.261 de fecha 30 de agosto de 2005, el Decreto N° 3.854 mediante el cual el Ejecutivo Nacional autorizó al Ministro de Finanzas para que procediera a la creación de una empresa bajo la forma de sociedad anónima, que sería denominada “Fondo de Desarrollo Nacional FONDEN, S.A.”, quien se convertiría en la receptora y administradora de los recursos a que hacía alusión el comentado Artículo 113.

Tal entidad fue creada el 8 de septiembre de 2005, con un capital social de quinientos millones de bolívares de la época, estableciendo su Acta Constitutiva y Estatutaria²⁶², que tendría como objetivos, los fijados por el Decreto antes aludido, estos son, financiar los proyectos de inversión real productiva, la educación, la salud, el mejoramiento del perfil y el saldo de la deuda pública externa y la atención de situaciones especiales y, adicionalmente, el financiamiento de proyectos de conveniencia, de evidente necesidad y aquellos dirigidos al desarrollo económico y social, reembolsables o no, nacionales e internacionales, en moneda nacional o extranjera; así como cualquier otro proyecto que fuera necesario financiar a juicio de su Directorio previa aprobación por parte del Presidente de la República.

El 30 de marzo de 2007, en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.656 se publicaron los nuevos Estatutos Sociales del FONDEN, reforma esta que no encierra tema alguno de relevancia para el asunto aquí tratado.

El FONDEN se encuentra adscrito al Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas y fue hasta el mes de abril de 2011, el destinatario del remanente de divisas producto de las operaciones de hidrocarburos efectuadas por PDVSA, de la para aquel entonces llamada Contribución Especial por Precios Extraordinarios del Mercado Internacional de los Hidrocarburos también aportados por la estatal petrolera y de los excedentes de reservas internacionales que determinara el BCV. A partir de esa fecha, producto de la sanción del Decreto-Ley que crea la Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Exorbitantes en el Mercado Internacional de los Hidrocarburos (2012), actualmente es

²⁶² Publicada en la Gaceta Oficial N° 38.269 en fecha 9 de septiembre de 2005, reformada por Acta de Asamblea Extraordinaria de Accionistas de fecha 11 de mayo de 2006 publicada en Gaceta Oficial N° 38.468 de fecha 28 de junio de 2006.

el receptor de lo que por concepto de este tributo se genere, así como de los excedentes de reservas internacionales, lo que en la práctica es casi lo mismo.

***B.1.2. Impacto de la creación del FONDEN
en la descentralización***

***B.1.2.1. Deducibilidad de las transferencias
efectuadas por PDVSA***

A pesar de no estar del todo clara la naturaleza jurídica de la obligación que se impuso a PDVSA entre julio de 2005 y abril de 2011, de efectuar los comentados aportes al FONDEN, dado su origen legal, pudiera considerarse como un gasto deducible a efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de la estatal petrolera. Al deducirse esas cantidades, menor fue la base imponible de aquel tributo y por ende la base de cálculo del Situado Constitucional.

Igual impacto se produce respecto de lo que hoy día paga la industria petrolera por concepto de las Contribuciones Especiales por Precios Extraordinarios y Exorbitantes. Es de observar sin embargo que, con el cambio en los conceptos de Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en la Ley dictada en el 2013, ese impacto se verá atenuado.

Bajo la versión anterior de este instrumento (Decreto-Ley de 2012), se consideraba como Precio Extraordinario al promedio mensual de las cotizaciones internacionales de la cesta de hidrocarburos líquidos venezolanos que superara al precio del barril de petróleo establecido en la Ley de Presupuesto del ejercicio fiscal de que se tratare, pero que no superase los US\$ 70/Bl, en la recientemente sancionada versión de la Ley, aquél techo es elevado a US\$ 80/Bl.

Como consecuencia de la medida anterior, también fue ajustado el concepto de Precio Exorbitante, que bajo el Decreto-Ley de 2012 comprendía tres escenarios o tramos, que hoy día se mantienen, aunque variando sus pisos y techos. Es así como bajo el Decreto-Ley derogado, el primer tramo comprendía precios superiores a los US\$ 70/Bl pero inferiores a US\$ 90/Bl, que ahora pasan a ser de US\$ 80/Bl y de US\$ 100/Bl, respectivamente; un segundo tramo que era aplicable

cuando el precio era superior a los US\$ 90/Bl e inferior a los US\$ 100/Bl, que ahora se ajustan a US\$ 100/Bl y a US\$ 110/Bl y; un tercer tramo que se correspondía con precios superiores a los US\$ 100/Bl que ahora aplica cuando el precio es superior a los US\$ 110/Bl.

Con esta modificación, tanto en el concepto de Precios Extraordinarios como de Precios Exorbitantes, se ve reducida la base de cálculo de las contribuciones, por cuanto el precio promedio de la cesta de hidrocarburos líquidos tendrá que superar los US\$ 80/Bl en lugar de los US\$ 70/Bl para que se configure el hecho imponible y nazca la obligación de pagar la Contribución Especial sobre Precios Extraordinarios, en tanto que los US\$ 90/Bl en lugar de los US\$ 80/Bl para que surja la obligación de pagar la Contribución Especial por Precios Exorbitantes, siempre que el precio empleado en la Ley de Presupuesto sea inferior a ese valor (US\$80/Bl).

A efectos de una más clara visualización del efecto de la reforma, suponiendo que el precio promedio de la cesta venezolana fuera de US\$ 106/bl, las contribuciones en cuestión operarían como sigue bajo el régimen derogado y el recientemente implementado:

Decreto-Ley de 2012:

Precio Presupuestado: US\$ 55/bl

Precio Promedio mensual: US\$ 106/bl

Precio Extraordinario (hasta 70): US\$ 15/bl

Alícuota: 20%

Contribución por Precio Extraordinario: US\$ 15/bl x 20% = US\$ 3/bl

Precio Exorbitante: US\$ 36/bl

Contribución por Precio Exorbitante:

- (70 a 90) = US\$ 20 x 80% = US\$ 16/bl

- (90 a 100) = US\$ 10 x 90% = US\$ 9/bl

- (más de 100) = 6 x 95% = US\$ 5,7/bl

Total: US\$ 33,7/bl

Ley 2013:

Precio Presupuestado: US\$ 55/bl

Precio Promedio mensual: US\$ 106/bl

Precio Extraordinario: (Hasta 80) = US\$ 25/bl

Alícuota: 20%

Contribución por Precio Extraordinario: US\$ 25/bl x 20% = US\$ 5/bl

Precio Exorbitante: US\$ 26/bl

Contribución por Precio Exorbitante:

- (80 a 100) = US\$ 20 x 80% = US\$ 16/bl

- (100 a 110) = US\$ 6 x 90% = US\$ 5,4/bl

- (más de 100) = 0

Total: US\$ 26,4/bl

33,6/bl (2012) Vs. 26,4/bl (2013)

B.1.2.2. FONDEN y el Fondo de Estabilización Macroeconómica, impacto en los entes menores

La gran dependencia que tiene el funcionamiento del Estado venezolano respecto del comportamiento del mercado de los hidrocarburos, obligó en la década de los noventa a la creación de un fondo que permitiera ahorrar los excedentes obtenidos como consecuencia de las alzas en el precio del petróleo, recursos estos que sólo era posible retirar con miras a financiar el gasto público cuando se daban ciertas condiciones y circunstancias estrictamente reguladas por la ley (reglas de disciplina), todo lo cual permitía cumplir con ese objetivo de estabilidad económica y financiera, al que luego se refirió el Constituyente de 1999 en el Artículo 321 de la Carta Magna, y volvió a versionarse a nivel legal a partir de 2003.

De acuerdo con el Artículo 11 de la Ley del Fondo de Estabilización Macroeconómica (LFEM) de 2003, entre los recursos que conformaban al fondo se encontraban precisamente los aportados por PDVSA, por concepto de ingresos petroleros, medida esta que encontraba total sentido al ser precisamente éstos la fuente principal de ingresos públicos del país, capaz de producir efectos distorsionantes.

Bajo la versión de la LFEM de 2003, los recursos del fondo podían ser usados en caso de producirse una disminución en los ingresos fiscales de origen petrolero totales o del ingreso por exportación de petróleo crudo y sus productos, con relación al promedio de dichos ingresos recaudados en los últimos tres años calendarios o en el caso de un decreto de estado de emergencia nacional. En estos supuestos, PDVSA podía retirar un monto que no excediera el 75% de la diferencia entre los ingresos estimados para ese ejercicio y el promedio de dichos ingresos recaudados en los últimos tres años calendarios, previa aprobación del Directorio del FEM y la opinión de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional. Asimismo, se establecía un nivel máximo de acumulación de recursos para PDVSA de 30% del promedio de las exportaciones petroleras de los últimos tres años. En el caso de excederse aquél nivel, el superávit era destinado al Fondo de Ahorro Intergeneracional; no obstante que, si PDVSA requería ejecutar planes especiales de inversión para el manejo y expansión de sus operaciones, podía hacer uso de parte de dicho excedente, previa aprobación de su Asamblea de Accionista.

La referida LFEM de 2003, fue posteriormente reformada y publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.670 de fecha 25 de abril de 2007, destacando entre las variaciones en ella contenidas, la desaparición de PDVSA como aportante de recursos al Fondo de Estabilización Macroeconómica (FEM). Posteriormente, ese instrumento legal experimentó una nueva reforma, esta vez, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.846 del 9 de enero de 2009, que es la actualmente vigente, en la que no se produjo variación alguna que merezca aquí ser comentada.

La reforma experimentada por la LFEM en 2007, había estado precedida de la reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela (LBCV) publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.232 de fecha 20 de julio de 2005, ya comentada (Artículo 113).

Fue así como durante la vigencia conjunta de la LFEM de 2003 y la LBCV de 2005, recursos provenientes de PDVSA eran dirigidos, por una parte, al FEM, y por la otra, al FONDEN, pero en 2007, la reforma de la LFEM eliminó la condición de aportante de PDVSA al FEM, pasando a serlo sólo del FONDEN.

Cada uno de aquellos aportes respondía a criterios distintos, uno, excedentes respecto de lo requerido para el funcionamiento de PDVSA (FONDEN), otro, en función del comportamiento de los niveles de ingreso promedio al margen de los requerimientos de la industria petrolera (FEM), observándose sin embargo, respecto de este último que la titularidad de los recursos los conservaba la estatal petrolera y que previo el cumplimiento de ciertos extremos era posible destinarlos a proyectos de inversión propios. Por el contrario, los recursos transferidos al FONDEN pasaban a ser de la exclusiva propiedad de esta sociedad anónima, sin recibir nada a cambio la estatal petrolera.

Se pasó así de un esquema en el que los ingresos percibidos en exceso por concepto de exportaciones petroleras eran aportados al FEM (hasta 2005), a uno en el que se compartían, entre aquél fondo y el FONDEN (2005-2007), para finalmente regir a partir de abril de 2011, uno en el ingresan únicamente al FONDEN.

Más allá del aporte recibido por el FONDEN de PDVSA conforme a lo previsto en la LBCV de 2005, a partir de 2008 comenzó a recibir además el tributo previsto en la Ley que crea la Contribución Especial por Precios Extraordinarios del Mercado Internacional de Hidrocarburos de 2008, fuente esta última que se mantiene hoy día, sólo que con los ajustes que supusieron sus subsiguientes reformas en 2012 y 2013, quedando sin embargo suprimido el primero.

Mientras bajo la vigencia del Artículo 113 de la LBCV, PDVSA sólo transfería al FONDEN aquellas divisas que no requería para su operación local y foránea, con la reforma de 2010 aquél artículo pasó a ser el 125 que antes de ser parcialmente derogado establecía que la estatal petrolera debía transferir todo lo que excediera de ciertos niveles del precio del petróleo, sin tomar en cuenta las necesidades que se pudieran ir presentando para la industria petrolera durante el ejercicio presupuestario, en el que además, la tendencia de los últimos años fue la de subestimar el precio del barril, todo lo cual condujo a la elaboración de presupuestos deficitarios, incluido el de la propia Industria Petrolera.

Siendo ello así, resulta nuevamente obligado plantearse otra interrogante, esta vez, de qué se nutre el FEM desde 2007, teniendo en cuenta que los únicos ingresos ordinarios con fluctuaciones relevantes que pueden impactar la estabilidad monetaria y económica del país, son

los provenientes de la actividad petrolera. Conjuntamente con esta pregunta debe retomarse la relativa a cómo se logra la disciplina requerida en materia de gastos para lograr la estabilidad a que alude el Artículo 321 constitucional, a través de una entidad como el FONDEN, cuya misión es precisamente la de financiar proyectos y Misiones, por la vía del gasto público (sin reglas de disciplina), que no del ahorro.

El FONDEN tiene amplia libertad de acción, dentro de lo que prevé su Decreto de creación y los Estatutos Sociales que la rigen, que no encuentran más límite que el tipo de proyecto a ser financiado y ciertas aprobaciones requeridas de su Directorio Ejecutivo y del Presidente de la República, lo que dista mucho de instaurar un efectivo control en la reinyección de ingresos públicos a la economía.

Visto lo anterior, podría arribarse a la conclusión de que el FEM hoy día sólo existe a nivel formal más no operativo, todo lo cual pareciera traducirse en una violación al tantas veces citado Artículo 321 de la Carta Magna, en tanto por la naturaleza y funcionamiento del FONDEN, este jamás podría sustituirlo como medio para alcanzar el objetivo de evitar que las fluctuaciones del ingreso petrolero afecten el equilibrio fiscal, cambiario y monetario.

El impacto de lo anterior en lo que respecta a los entes menores, incluso va más allá del tema de la deducibilidad por parte de la estatal petrolera de las comentadas transferencias a efectos de la determinación del Impuesto sobre la Renta con el consiguiente impacto en el Situado Constitucional, sino que además, conforme a la LFEM se reconoce a los Estados y Municipios el 20% que les corresponde respecto de los excedentes destinados al FEM por concepto de Situado Constitucional y lo que corresponde por Asignaciones Económicas Especiales, cosa que no ocurre con el caso del FONDEN.

Es así como el Artículo 11 de la LFEM dispone que:

“Artículo 11.- Serán acumulados en las cuentas de las entidades estatales y municipales en el Fondo para la Estabilización Macroeconómica los montos que habrían correspondido al situado constitucional y a las asignaciones económicas especiales, derivados del excedente resultante entre el ingreso ordinario y los gastos ejecutados, efectivamente producidos, conforme a lo

previsto en el artículo 9 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. A los efectos de este artículo, el Ejecutivo Nacional, con las porciones resultantes correspondientes a cada una de las entidades estatales y municipales, adquirirá, por cuenta de éstas, divisas al Banco Central de Venezuela, las transferirá al Fondo para la Estabilización Macroeconómica e informará a dichas entidades el monto correspondiente. Una vez deducidos los montos aquí señalados, el saldo se destinará a la cuenta de la República en el Fondo para la Estabilización Macroeconómica.” (Subrayado nuestro)

Es así como bajo la LFEM, los Estados y Municipios conservaban el carácter de titulares del 20% que les correspondía por concepto de Situado Constitucional respecto de esos excedentes que ingresaban al FEM, quedando simplemente sujetos en su disponibilidad a las reglas de disciplina monetaria contenidas en la Ley, en tanto que actualmente, se les niega participación en tales excedentes, que son ingresados al FONDEN.

B.2. Fondo Especial para el Poder Popular (FOPO)

Como ya indicáramos, la Asamblea Nacional aprobó en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.410, de fecha 28 de septiembre de 2009, la modificación del Acuerdo Primero, numeral 6, literal (a) para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas, contenido en el Modelo de Contrato para las Empresas Mixtas entre la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. y las Entidades Privadas publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.410 de fecha 31 de marzo de 2006.

El cambio se centró en la forma de distribución de la regalía adicional que por las actividades petroleras debe pagar cada empresa mixta. Es así como aquéllas deben entregar a la República Bolivariana de Venezuela como Ventaja Especial, una participación como regalía adicional, de tres como treinta y tres por ciento (3,33%) sobre los volúmenes de hidrocarburos extraídos del Área Delimitada a ser distribuidos de la siguiente manera:

a) Uno coma once por ciento (1,11%) directamente para los municipios donde se realizan actividades petroleras en el país, el cual será distribuido en: (i) un treinta por ciento (30%) de dicho porcentaje por partes iguales entre los municipios donde se desarrollan las actividades primarias de la Empresa Mixta; y (ii) el setenta por ciento (70%) al resto de los municipios donde se realizan las actividades petroleras en proporción a la población y al Índice de Desarrollo Humano de cada una de dichas entidades. Estos porcentajes serán distribuidos conforme a los lineamientos que dicte el Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo.

b) Dos coma veintidós por ciento (2,22%) será distribuido para un Fondo Especial para el Poder Popular (FOPO), dedicado a financiar proyectos de desarrollo endógeno, siempre y cuando esté dentro de los lineamientos del Plan de Nacional de Desarrollo, tomando en consideración el Índice de Desarrollo de cada Municipio.

El presidente de la Comisión de Energía y Minas de la Asamblea Nacional, Ángel Rodríguez, afirmó en 2009 que las Empresas Mixtas petroleras destinarán 2,2% de las regalías que pagan al Estado, a financiar el Fondo Especial para el Poder Popular, administrado directamente por el Ejecutivo Nacional, dedicado a los proyectos de desarrollo endógeno dentro de los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo.

“Con estos ingresos se optimizará la inversión social que se hace con la renta petrolera para fomentar el desarrollo integral, orgánico y sostenido del país y lograr incentivar la inversión real productiva, así como mejorar la salud y la educación, en función del bienestar del pueblo”, concluyó el diputado.²⁶³

Como ya indicáramos, con la última reforma se redujo, a la mitad, el aporte por este concepto a favor de los Municipios, independientemente de que se haya ampliado el universo de estos a percibirlos (Actividades Primarias y demás actividades petroleras). Adicionalmente, reiteramos que han sido numerosas las denuncias efectuadas en cuanto a la oportuna entrega de esos fondos.

²⁶³ <http://www.asambleanacional.gob.ve>

B.3. Fondo Chino-Venezolano

La relación entablada entre la República Popular de China y Venezuela en el marco del llamado Fondo Chino-Venezolano, ha sido producto de la celebración de una serie de acuerdos que pueden describirse esquemáticamente de la siguiente forma:

B.3.1. Acuerdo Marco para el Establecimiento del Fondo Conjunto Chino-Venezolano celebrado el 06 de noviembre de 2007, suscrito por el Banco de Desarrollo Chino (BDC), China National Oil Corporation (CHINAOIL), BANDES, PDVSA, FONDEN y el Ministerio para el Poder Popular para las Finanzas (06/11/07)

En virtud de ese acuerdo, el BDC prestaría al BANDES la cantidad de Cuatro Mil Millones de Dólares. Ese mismo convenio preveía que el pago del préstamo tendría lugar mediante la entrega de crudo, para lo cual se contemplaba su venta por parte de PDVSA (PPSA) a CHINAOIL.

En dicho acuerdo se disponía que:

“1.2.2. Contrato de Compra-Venta: El contrato de compra venta suplementará al acuerdo Gobierno-Gobierno. Los ingresos del petróleo que se obtenga por el contrato de compra-venta será la fuente primaria para compensar los préstamos según los términos del contrato de financiamiento.”

B.3.2. Convenio suscrito el 13 de diciembre de 2007 entre el Ministerio del Poder Popular para las Finanzas y el BANDES, con el objeto de establecer el mecanismo para la percepción de ingresos públicos nacionales por concepto de regalías en el marco de la constitución del Fondo Conjunto Chino-Venezolano

“(…)

2. Que es intención de BDC, Corporación China Nacional Unida de Petróleos (CHINAOIL), BANDES y PDVSA Petróleo, S.A.

(PDVSA) que los recursos producto de la factura petrolera generada por el Contrato de Suministro entre PDVSA y CHINAOIL, sean destinados al repago del servicio de la deuda contraída por BANDES con el BDC.

3. Que de acuerdo con lo pactado en los documentos que regulan la ejecución del Fondo Conjunto Chino-Venezolano, el petróleo que será vendido a CHINAOIL proviene de las regalías en especies que Petróleos de Venezuela, S.A. asigna a la República Bolivariana de Venezuela, por tal motivo Petróleos de Venezuela, S.A. obrará como mandataria de la República en la venta de crudo y/o producto a CHINAOIL.

4. Que CHINAOIL procederá a depositar los recursos correspondientes a la factura petrolera en la Cuenta Colectora que mantendrá BANDES en el BDC.” (Subrayado nuestro)

B.3.3. Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular de China sobre el Fondo de Financiamiento Conjunto

Suscrito en fecha 9 de mayo de 2008 y publicada su Ley Aprobatoria en fecha 18 de septiembre del año 2008, en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.109.

De acuerdo con el Artículo 1 del referido instrumento:

“**Artículo 1.-** Las partes convienen en establecer un Fondo de Financiamiento Conjunto Chino – Venezolano. Los órganos designados por las Partes realizarán, a la luz de los principios de negocios, la cooperación financiera, con el objeto de financiar en la República Bolivariana de Venezuela proyectos de desarrollo económico y social en áreas de infraestructura, industria, agricultura, minería, energía, tecnología y asistencia técnica, entre otras, sobre la base de los principios de igualdad, consultas recíprocas, respeto mutuo de la soberanía y reciprocidad de ventajas.”

B.3.4. Protocolo de Enmienda entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular de China, al Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular de China sobre el Fondo de Financiamiento Conjunto

En fecha 9 de mayo de 2008, fue suscrito Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular de China sobre el Fondo de Financiamiento Conjunto, con el fin de fomentar la cooperación bilateral entre las naciones que suscriben en el ámbito de las actividades de agricultura, la energía y el petróleo, industria de alta tecnología y la infraestructura entre otros.

Dicho Convenio fue modificado a través del Protocolo de Enmienda, cuya ley aprobatoria fue publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.183 de fecha 21 de mayo del año 2009.

De acuerdo al Artículo 1 del Protocolo de Enmienda, se modifica el Artículo 3 del Convenio referente a los recursos del Fondo en los siguientes términos:

“Artículo 3.- El monto del Fondo de Financiamiento Conjunto se ampliará de Seis Mil Millones de Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 6.000.000.000,00) a Doce Mil Millones de Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 12.000.000.000,00). A tales efectos, el valor aumentado del Fondo estará conformado por un préstamo adicional que otorgará el Banco de Desarrollo de la República Popular China al Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES), por la cantidad de Cuatro Mil Millones de Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 4.000.000.000,00), más la cantidad de Dos Mil Millones de Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 2.000.000.000, 00) aportados como inversión adicional por el Fondo de Desarrollo Nacional S.A. (FONDEN) de la República Bolivariana de Venezuela.”

B.3.5. Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular de China sobre Cooperación para Financiamiento a Largo Plazo

Publicada su Ley Aprobatoria en fecha 16 de septiembre de 2010, mediante Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.511.

A través del referido Acuerdo las Partes convinieron definir en forma conjunta una serie de fundamentos y establecerán un mecanismo de cooperación financiera para llevar a la práctica una cooperación financiera de largo plazo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Popular China con el propósito de fomentar la cooperación entre las Partes en proyectos de envergadura en las áreas de construcción de infraestructura, desarrollo social, energía, desarrollo minero y agrícola y acelerar el desarrollo social y económico en Venezuela.

B.3.6. Segundo Protocolo de Enmienda al Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular de China sobre el Fondo de Financiamiento Conjunto Chino-Venezolano

Este Segundo Protocolo fue aprobado mediante Ley Especial emanada de la Asamblea Nacional publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.927 del 22 de mayo de 2012. En dicho instrumento se indica fundamentalmente lo siguiente:

(1).- Las Partes confirman que el Fondo Conjunto Chino-Venezolano es una estructura marco de recaudación de fondos por un monto total de doce mil millones de dólares estadounidenses (US\$ 12.000.000.000), compuesto por dos tramos de la siguiente manera:

(1).- Tramo A (“Tramo A”) por un monto de seis mil millones de dólares estadounidenses (US\$ 6.000.000.000). De esta cantidad, cuatro mil millones de dólares estadounidenses (US\$ 4.000.000.000) derivan de un préstamo otorgado por la Corporación Banco de Desarrollo de China (el Prestamista) al BANDES (Prestatario), por un periodo de tres años (el “Préstamo del Tramo A”), y dos mil millones de dólares

estadounidenses (US\$ 2.000.000.000) derivan de la contribución de inversión realizada por el FONDEN.

(2).- Tramo B (“Tramo B”) por un monto de seis mil millones de dólares estadounidenses (US\$ 6.000.000.000). De esta cantidad, cuatro mil millones de “dólares estadounidenses (US\$ 4.000.000.000) derivan de un préstamo otorgado por el Prestamista al Prestatario por un período de tres años (el “Préstamo del Tramo B”), y dos mil millones de dólares estadounidenses (US\$ 2.000.000.000) derivan de la contribución de inversión realizada por el FONDEN.

(II).- Se proporcionan los recursos financieros para el Tramo A y el Tramo B mediante la concesión de préstamos otorgados por el Prestamista, así como por las contribuciones realizadas por FONDEN. Esto se llevará a cabo a través de la firma de los acuerdos respectivos y/o documentos firmados por los Órganos Designados de las Partes.

(III).- Tras la exitosa culminación del Tramo A y del Tramo B, así como el pago del préstamo inicial del Tramo A y del préstamo inicial del Tramo B por parte del Prestatario al Prestamista, las Partes podrán acordar fases adicionales de cooperación con respecto al Tramo A y Tramo B en el marco del Fondo Conjunto Chino-Venezolano. La entrada por las Partes en fases adicionales de cooperación con respecto al Tramo A y al Tramo B (cada fase sujeta a los montos descritos en el apartado (I) supra), estará sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones:

(1). para cada nueva fase del Tramo A de cooperación, todos los préstamos otorgados por el Prestamista al Prestatario con respecto al Tramo A hayan sido pagados en su totalidad y para cada nueva fase del Tramo B de cooperación, todos los préstamos otorgados por el Prestamista al Prestatario con respecto al Tramo B hayan sido pagados en su totalidad;

(2). la operación y la implementación del Fondo Conjunto Chino-Venezolano y las transacciones contempladas en el presente Acuerdo sean de la satisfacción de las Partes; y

(3). las Partes hayan aprobado nuevas fases de cooperación mediante el intercambio de notas diplomáticas, de conformidad con la legislación de la República Bolivariana de Venezuela y de la República Popular China (según corresponda).

Las Partes reconocen que el préstamo para el Tramo A fue desembolsado en su totalidad por el Prestamista al Prestatario y por el FONDEN en el año 2008, y el correspondiente al Tramo B fue de igual modo desembolsado en su totalidad por el Prestamista al Prestatario y por el FONDEN en el año 2009. Tanto el Tramo A como el Tramo B fueron asignados totalmente a los proyectos de desarrollo económico y social (incluidos los proyectos de cooperación chino-venezolana) en la República Bolivariana de Venezuela.

Las Partes además reconocen que han entrado en la segunda fase del Tramo A de cooperación, de conformidad con los mecanismos descritos en el presente Artículo 3, y la segunda fase del Tramo B de cooperación, y que todas las fases de cooperación posteriores también se suscribirán de conformidad con los mecanismos descritos.

Por su parte, el Artículo 5 del Segundo Protocolo dispone que: La República Bolivariana de Venezuela se compromete a través de PDVSA (El Vendedor) a vender combustible y/o petróleo crudo de conformidad con el (los) contrato (s) petrolero (s) al Comprador (CNPC) en cantidades no menores a 230.000 barriles diarios, para la fecha en la que las obligaciones asumidas con respecto a las facilidades hayan sido completadas e incondicionalmente cumplidas por el Prestatario; el Comprador depositará el dinero de la compra del petróleo crudo y combustible directamente en la cuenta de cobro abierta y mantenida por el Prestatario y el Prestamista; la porción correspondiente del dinero depositado en la cuenta de cobro se utilizará como fuente (no exclusiva) de financiamiento para el Prestatario con el fin de facilitar el reembolso por parte del Prestatario al Prestamista del capital, los intereses y otros montos correspondientes que adeuda el Prestatario al Prestamista en lo relativo a cualquier préstamo otorgado por el Prestamista al Prestatario con respecto al Tramo A y/o Tramo B de cooperación.

Las autoridades legislativas y ejecutivas de la República Bolivariana de Venezuela garantizarán, a través del ordenamiento jurídico, que mientras el referido Acuerdo esté en vigencia, la estructura del mencionado reembolso y las transacciones contempladas según los términos del Acuerdo cumplan con la legislación de la República Bolivariana de Venezuela y sean implementadas sin problemas.

El Fondo Conjunto Chino-Venezolano se destinará a los proyectos de desarrollo social y económico, incluidos los proyectos de cooperación chino-venezolana, en la República Bolivariana de Venezuela en las áreas de infraestructura, industria, agricultura, minería, energía, asistencia técnica y tecnológica.

Este Segundo Protocolo expirará en una fecha (la “Fecha de Expiración”) en la que se cumplan 3 meses después de la última fecha en que:

(I) Todo el monto de dinero adeudado al Prestamista por parte del Prestatario con respecto al Tramo A de cooperación sea reembolsado en su totalidad; y

(II) Todo el monto de dinero adeudado al Prestamista por parte del Prestatario con respecto al Tramo B de cooperación sea reembolsado en su totalidad.

Además de lo mencionado anteriormente, dentro de un período de 3 meses antes de la Fecha de Expiración, las Partes podrán prorrogar el plazo del Acuerdo a través de intercambio de notas diplomáticas que confirmen el mismo, de conformidad con la legislación de la República Bolivariana de Venezuela y de la República Popular China (según corresponda).

La terminación del Acuerdo no afectará la ejecutada o el desarrollo de cualquiera de los acuerdos y contratos previamente suscritos bajo el marco establecido en el Acuerdo.

Este Segundo Protocolo de Enmienda expirará en el mismo momento en el que expire el Acuerdo Original (con las enmiendas realizadas por este Segundo Protocolo de Enmienda).

Respecto de esta relación contractual deben hacerse las siguientes observaciones en el marco del tema objeto del presente análisis:

1) Debe tenerse claro que la relación prestamista-prestatario ha sido entablada exclusivamente entre la BDCH (prestamista) y el BANDES (prestataria), no siendo por tanto la República Bolivariana de Venezuela, como persona jurídica, distinta de aquella sociedad anónima, quien adeuda a la entidad china el dinero prestado. El compromiso asumido por la República Bolivariana de Venezuela es el de vender crudo a CHINAOIL y el que el dinero que de ella se obtenga se destine al pago

de la deuda asumida por el BANDES. Cabría entonces aquí preguntarse, en que carácter paga la República la deuda que tiene un tercero (BANDES). Es que acaso, el BANDES a su vez le presta ese dinero a la República, estándose presente ante pagos efectuados por terceros y consiguientes compensaciones (República paga a CDCH por instrucciones de BANDES y con ello salda las deudas que con éste tiene). De ser ello así, cabría preguntarse hasta que punto no estamos realmente ante un endeudamiento de la República logrado a través de interpuesta persona (BANDES) y al margen del régimen de crédito público contemplado en el Artículo 312 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

2) En lo que respecta al compromiso asumido por la República Bolivariana de Venezuela frente a CHINAOIL de venta de petróleo, debe traerse a colación a la figura de la “Regalía Petrolera en Especie”. La LOH es clara y expresa al establecer que el cumplimiento de la Regalía Petrolera puede efectuarse tanto en dinero como en especie, a discreción del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Poder Popular para el Petróleo y la Minería.

La Regalía Petrolera tiene lugar en especie cuando se concreta mediante la entrega de un bien distinto al dinero (barriles de petróleo).

En el caso planteado, pareciera que en primera instancia, PDVSA Petróleo, S.A. (PPSA) paga en especie la “Regalía Petrolera” a la República, pero ésta, antes de que se produzca la tradición de la cosa a su persona, instruye la venta en su nombre de la especie a un tercero (CHINAOIL). Al ponerse a disposición de la República la especie, se concreta el cumplimiento de la “Regalía Petrolera” y luego lo que sigue es la ejecución del rol que como, comisionista o mandatario de la República, asume PPSA.

El crudo y/o derivados vendidos por PPSA son propiedad de la República y la venta que de ellos se hace es imputable a esta última, de allí que ella como mandante o comitente sea la destinataria del precio pagado por CHINAOIL a través del BANDES. PPSA simplemente tendría derecho a una comisión por su gestión, de haber sido ello así pactado, y tendría derecho a que le sean cubiertos los gastos que la misma supuso, así como también, la cobertura de los gastos de transporte, almacenamiento y mejoramiento o refinación, de haberlos.

Desde el punto de vista contable, estas ventas no deben ser registradas como generadoras de ingresos propios de PPSA, en tanto los resultados de las mismas corresponden a la República, quien al optar por la entrega de barriles de petróleo para ejercer su derecho patrimonial sobre la explotación petrolera, simplemente está tomando posesión de lo que es suyo y en ese carácter gira instrucciones a PPSA para que venda el crudo o su equivalente en derivados.

Cuando la Regalía Petrolera es en especie, no media un pago, por lo que PPSA no tiene una deuda con la República equivalente al valor de mercado de cada barril, sino que simplemente su obligación es la entrega por concepto de regalía petrolera de un treinta por ciento (30%) de la producción, que no es suya, sino de la República.

Se trata entonces de bienes que desde el momento de su causación entran a formar parte del Tesoro Nacional y pueden ser dispuestos, previo cumplimiento de los extremos de ley, para cubrir gastos públicos, entre ellos, el pago de deuda pública. El hecho de que se trate de bienes, como señalamos, no los excluye del Tesoro Nacional, pero además, el hecho de que a éste no ingresen materialmente, no los exime del régimen al que se sujeta la disposición de los componentes del Tesoro Nacional.

3) En base a los dos comentarios antes efectuados y vinculándolo con el tema presupuestarios, resulta forzoso observar que como fuera señalado, bienes como los barriles de petróleo que recibe la República por concepto de Regalía Petrolera forman parte del Tesoro Nacional, motivo por el cual se encuentran sujetos a las mismas reglas de disposición que el dinero que a aquél engrosa. El que la República disponga de esos barriles y más claramente aun, que lo haga respecto del dinero en efectivo que percibe de su venta, necesariamente debe someterse a las reglas que rigen al presupuesto y al Tesoro Nacional. Vale aquí preguntarse, si el ingreso de esos fondos al BANDES y su utilización para honrar la deuda que éste tiene con CDCH, no es otra muestra más de manejos al margen del presupuesto de la Nación. Es forzoso igualmente preguntarse, si esos recursos al ser contabilizados como ingresos públicos (Regalía en Especie) lo están siendo como ordena el Artículo 14 del Decreto-Ley que crea la Contribución Especial por Precios Extraordinarios y sobre Precios Exorbitantes del Mercado Internacional de los

Hidrocarburos (máximo US\$ 70/B1). Por otra parte, surge igualmente la inquietud de cómo queda reflejado el diferencial entre aquel precio y al que efectivamente se vende el crudo y/o derivados a CHINAOIL.

Ingresos públicos como los provenientes de la venta de crudo y derivados propiedad de la República, al estar afectados al pago de una deuda en concreto pudieran ser otra expresión de violación a la Regla de la Unidad del Tesoro y más específicamente de su consecuencia de no afectación, salvo que fuera posible enmarcarla en el supuesto de excepción previsto en el Artículo 34.2. de la LOAFSP, lo que luce remoto.

Más allá del tema jurídico antes planteado, ha sido denunciado por el Diputado Miguel Ángel Rodríguez que entre otros efectos negativos derivados de la celebración de estos acuerdos está el relativo al precio al que supuestamente vende PPSA por cuenta de la República el crudo a CHINAOIL, que según el Diputado es muy inferior al precio de mercado y además compromete la producción petrolera nacional a futuro por un tiempo considerable.

Circunscribiendo nuevamente nuestro análisis al tema del financiamiento de la descentralización, de ser tal denuncia cierta, el perjuicio para los entes menores pudiera venir dada además, por el tratamiento conferido presupuestariamente al barril de petróleo o a los derivados vendidos por la República a través de PPSA. Siendo que el barril ha estado subvalorado por muchos años a efectos presupuestarios, (Ingresos Ordinarios), no queda claro si ha sido reconocido en ese mismo ámbito, el diferencial entre lo presupuestado, lo percibido por Regalía en Especie y el precio efectivo de venta del crudo o de sus derivados. De no haberse dado el tratamiento apropiado a tan complejo tema, el Situado Constitucional se habría visto afectado, en perjuicio de los entes menores.

B.4. Convenios de Cooperación Energética

Se ha convertido en una práctica frecuente por parte del Estado Venezolano, la celebración de acuerdos con ciertos países, en virtud de los cuales, se establecen obligaciones recíprocas, que en el caso de Venezuela se centran en el suministro de petróleo o derivados y en el

caso de los otros Estados suscriptores, de la prestación de servicios o el suministro de bienes.

Tales han sido los casos de los Convenios Energéticos suscritos por la República Bolivariana de Venezuela, entre otros, con: Argentina, Uruguay, Bolivia, Nicaragua y Cuba, aun cuando existen otros de carácter multilateral, como es el caso de los de PETROCARIBE.

B.4.1. Algunos de los Convenios, Tratados y Acuerdos suscritos

B.4.1.1 Argentina

- Convenio Integral de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina

El 6 de abril de 2004 se celebra el referido convenio, habiendo tenido como precedente el suscrito el 12 de julio de 2000. En virtud del referido convenio, las partes se comprometen recíprocamente a prestarse servicios y suministrarse las tecnologías y productos que estén a su alcance. Es así como Venezuela se obliga a proveer a Argentina, a su solicitud, Fueloil y Gasoil, a la par que se compromete a gestionar la compra de productos provenientes de Argentina.

Desde el punto de vista financiero, Venezuela se comprometió a suministrar Fuel Oil hasta la cantidad de 8 millones de barriles (aprox. 1,2 MMT) y de Diesel hasta un total de 1 millón de barriles (152 Mm3), entre mayo y octubre de 2004 (CAMMENSA-PDVSA).

Tales ventas se harían a valor de mercado y serían abonadas por la empresa argentina CAMMENSA en un fideicomiso (BANDES).

De tratarse de un embarque FOB, a los 45 días del embarque o de optarse por la modalidad CIF, a los 45 días de recibidos, se pagaría el 20% de su valor.

El 80% restante sería garantizado por CAMMENSA mediante 12 títulos valores con vencimiento mensual.

Sobre estos documentos se aplicaría una tasa de 2% anual sobre los saldos.

Este Convenio tendría una vigencia de 3 años, prorrogable por períodos similares, al menos que una de las partes lo denunciara. Dicha denuncia debía notificarse 30 días antes del vencimiento del contrato y se haría efectiva 6 meses después de dicha notificación. La referida

denuncia no afectaría programas o proyectos en ejecución, al menos que las partes hubieran acordado lo contrario.

- Addendum N° 16 al Convenio Integral de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina (G.O N° 39.968 del 19 de julio de 2012)

Se adopta un Mecanismo Financiero para la aplicación de la deuda consolidada refinanciada de PPSA, en virtud del cual, ésta cederá, en el marco de los respectivos contratos de refinanciamiento y de conformidad con sus términos, los títulos emitidos y a emitirse por CMMESA y ENARSA, a favor de fideicomisos constituidos o a constituirse en la República Argentina, los cuales tendrán como única finalidad pagar el capital adeudado por CMMESA y ENARSA, en el carácter invocado en dichos Contratos de Refinanciamiento, a través de las exportaciones de los productos argentinos establecidos o a establecerse en los anexos del convenio y sus Addenda que realicen a la República Bolivariana de Venezuela.

NACIÓN FIDEICOMISOS S.A., ejerce el rol de Fiduciario, emite Valores Representativos de Deuda por cada título transferido al Fideicomiso, los que estarán destinados a efectuar los pagos a las empresas argentinas por los productos que se exporten en el marco del Convenio Integral de Cooperación.

B.4.1.2. Uruguay

- Tratado de Seguridad Energética entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay (G.O N° 38.861 del 30/01/08)

Como antecedente a este Tratado, se encuentra el Convenio Integral de Cooperación Energética entre Venezuela y Uruguay, celebrado el 2 de marzo de 2005. El Tratado suscrito en el 2008, fue aprobado mediante ley especial sancionada por la Asamblea Nacional.

En virtud de este Tratado, Uruguay adquirió el derecho a participar en el Bloque Suramericano de la Faja Petrolífera del Orinoco. A esos fines, Uruguay crearía y ampliaría su capacidad de refinación de manera de poder procesar el crudo que de aquélla se extrajera.

En materia de Gas, las partes acordaron el desarrollo de iniciativas que permitan abastecer a Uruguay. A tales fines, se crearán empresas mixtas estatales.

En ese esfuerzo, las partes prevén participar conjuntamente en los siguientes proyectos:

- Cuantificación, certificación y explotación de reservas de los yacimientos existentes en el Bloque Ayacucho 6 del área Ayacucho, estado Anzoátegui.
- Expansión y adaptación de la Refinería La Teja mediante la construcción de un módulo de conversión profunda de 60 MD.
- Suministro de crudo, productos refinados y GLP hasta por 43,8 MBD o sus equivalentes energéticos en el marco del Acuerdo de Cooperación Energética de Caracas.
- Suministro de Coque para la industria cementera por PDVSA y suministro de Clinker a Venezuela por parte de ANCAP mediante la construcción de 2 nuevas plantas clinkerozadoras, cada una de 500 MTn/año, ubicadas en el Departamento de Payasaindu y el Departamento de Minas de Uruguay y el suministro de 100 Mtn/año de Coque por parte de PDVSA.
- Conformación de una Empresa Mixta entre ANCAP y PDVSA para el suministro de Coque a las plantas de producción de Clinker en el Uruguay y la comercialización de Coque en la región suramericana.
- Participación de PDVSA en el complejo sucroalcoholero de Bella Unión para la fabricación de azúcar, electricidad y alcohol como modelo sustentable y balanceado de obtener volúmenes de Etanol.

En lo que respecta a las posibilidades de modificación del Tratado, se requerirá del acuerdo común de voluntad de las partes, entrando en vigencia tales cambios en la oportunidad en que ellas determinen.

Este Tratado tendría una vigencia de 10 años, pudiendo ser prorrogado automáticamente por períodos consecutivos de 5 años, a menos que una de las partes notifique por escrito y por la vía diplomática a la otra parte, su intención de no prorrogarlo. Tal notificación deberá hacerse por lo menos 6 meses antes del vencimiento del instrumento.

Cualquiera de las partes podrá denunciar en cualquier momento el tratado mediante notificación escrita, por la vía diplomática. La denuncia se hará efectiva a los seis meses de recibida la notificación.

La denuncia no afectará proyectos acordados que se encuentren en ejecución, los cuales continuarán realizándose hasta su culminación, al menos que las partes acuerden lo contrario.

B.4.1.3. Bolivia

- **Corto plazo:** PPSA efectúa la venta de crudo y/o derivados a las correspondientes estatales petroleras (YPFB/ANCAP), generándose cuentas por cobrar pagaderas a 90 días respecto del 25% del precio de los suministros. A medida que PPSA recibe los pagos, los ingresa a su patrimonio, pero inmediatamente los transfiere a PDVSA conforme a su práctica interna (Cámara de Compensación). PDVSA por su parte, también de manera inmediata aporta esos recursos a fideicomisos constituidos en el BANDES, en los que ella aparece como Fideicomitente y Beneficiaria y BANDES como Fiduciario. También se designa como beneficiario del fideicomiso, a las Empresas Exportadoras que expresamente designe PDVSA o por quienes ésta califique como “Entes Ejecutores” de los contratos suscritos con las empresas estatales de esas Naciones. La masa fiduciaria es desembolsada según instrucciones impartidas por el Ministerio de Petróleo y Minería, que se deriven de Asamblea Extraordinaria de accionistas de PDVSA.

- **Largo Plazo:** Respecto del 75% restante del precio de la venta, se registra un financiamiento a 17 años, para lo cual la compradora emite un pagaré a favor de PPSA, que luego es endosado en beneficio de la República, reconociéndose con ello el pago de la “Regalía Petrolera”. Tales pagarés se reconocen como medio de pago a su valor nominal a la fecha del endoso.

Las cantidades adeudadas por PPSA a la República por concepto de “Regalía Petrolera” vinculadas a los suministros efectuados a YPFB y a ANCAP al ser calculadas por el Ministerio para el Poder Popular de Petróleo y Minería, son por éste disminuidas, en función de los suministros de crudo y/o derivados efectuados a aquellas empresas y en el marco del Acuerdo Energético Petrocaribe.

B.4.1.4. Cuba

- Convenio Integral de Cooperación entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela (30/10/00)

Este convenio suscrito el 30 de octubre de 2000, tendría una validez de 5 años, pudiendo prorrogarse automáticamente por un período igual, salvo que alguna de las partes lo denunciara. En caso de ser denunciado, ello debería hacerse con por lo menos 30 días de anticipación a su vencimiento, haciéndose aquella efectiva, 6 meses después de notificada.

La referida denuncia no debía afectar programas y proyectos en ejecución, al menos de las partes expresamente acordaran lo contrario.

En virtud del referido Convenio las partes se comprometen a elaborar de común acuerdo, programas y proyectos de cooperación. En tal virtud, Cuba prestará servicios y suministrará las tecnologías y productos que estén a su alcance para apoyar el programa de desarrollo económico y social de Venezuela. Tales bienes y servicios serán definidos cada año, según el acuerdo de ambas partes precisando el monto monetario, las especificaciones, regulaciones y modalidades en que serán entregados. Estos bienes y servicios serán pagados por Venezuela en el valor equivalente a precio de mercado mundial, en petróleo y sus derivados.

En el Convenio originalmente celebrado, Venezuela se comprometió a suministrar a Cuba hasta un total de 53.000 barriles diarios. La transmisión de estos barriles se haría a las empresas cubanas CUPET y CUBAMETALES por parte de PDVSA. Hoy día, extraoficialmente se alude a la venta de 100.000 barriles diarios.

Los precios serían determinados por el mercado en base a las fórmulas aplicables.

Tales ventas serían sobre la base de un esquema de financiamiento mixto, de corto y largo plazo, utilizándose las escalas aplicables al Acuerdo Energético de Caracas, que era el siguiente:

Precio Promedio de realización/venta por barril en \$	Ajuste %
>15 US\$/Bl	5
>20 US\$/Bl	10
>22 US\$/Bl	15
>24 US\$/Bl	20
>30 US\$/Bl	25

La anterior fórmula era aplicable también a los combustibles y lubricantes.

B.4.1.5. NICARAGUA

- Acuerdo de Cooperación Energética Petrocaribe, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Nicaragua (G.O N° 38.623 de fecha 9 de febrero de 2007 - Derogado)

En virtud de este convenio Venezuela se comprometió a suministrar crudo, productos refinados y GLP o sus equivalentes energéticos a Nicaragua hasta por la cantidad de 10.000 bl/día, sobre una base promedio mensual. Dicho suministro sería objeto de evaluación y ajustes en función de la evolución de las compras y necesidades del Gobierno de la República de Nicaragua, de Venezuela y de las decisiones que adopte la OPEP.

Se indica que los suministros estarán sujetos a las políticas y prácticas comerciales de PDVSA (precios referenciales del mercado), más sin embargo, Venezuela pondrá a disposición esquemas de financiamiento de acuerdo con las siguientes condiciones:

- Un período de gracia de pago de capital de hasta 2 años
- Tasa de interés anual de 2%
- El monto de los recursos financiados aplicables y el precio de financiamiento se determinará de acuerdo a la siguiente escala:

Precios actuales de compra (FOB-Vzla) por barril en dólares USA	Factor de determinación de los recursos financieros	Años de financiamiento
>15	5	15
>20	10	15
>22	15	15
>24	20	15
>30	25	15
>40	30	23
>50	40	23
>100	50	23

- La porción de contado deberá ser cancelada a los 90 días del Conocimiento de Embarque
- No se aplicarán intereses a los primeros 30 días
- La tasa de interés de 2% anual se causará durante los 60 días restantes
- El flete deberá ser cancelado a más tardar a los 30 días siguientes al conocimiento de embarque
- Cuando el precio del barril exceda los US\$ 40 el período de pago se extenderá a 23 años más los 2 años de gracia, estableciéndose un total de 25 años, reduciéndose el interés al 1%
- Para el pago diferido, Venezuela podrá aceptar se le pague con productos y/o servicios, para lo cual las empresas nicaragüenses deberán ofrecer precios preferenciales
- Cuando resulte procedente, las obligaciones recíprocas que existan entre ambos países podrán extinguirse por la vía de la compensación.

La transmisión de propiedad del petróleo y sus derivados, en cualquiera de los casos aquí señalados, se realiza a través de la celebración de contratos tipo PDVSA en condiciones CIF.

En lo que respecta a su vigencia, esta era de un año prorrogable automáticamente por períodos iguales y sucesivos.

El acuerdo podía ser modificado o denunciado cuando el interés del Gobierno de Venezuela así lo exigiera, en cuyo caso sería notificado

al Gobierno de la República de Nicaragua, por escrito y por la vía diplomática, con 30 días de anticipación.

- Acuerdo sobre la Cooperación Energética en el Sector Energético entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Nicaragua

Fue aprobado mediante Ley Especial sancionada por la Asamblea Nacional publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.976 del 25 de octubre de 2007.

En virtud de dicho Convenio, ambas partes se comprometen en el marco de iniciativas como PETROAMERICA y PETROCARIBE al fortalecimiento de sus relaciones energéticas, para lo que crearán empresas mixtas, en las que una de las partes sea PDVSA. De igual manera se contempla el suministro de crudos y productos refinados hasta los volúmenes que se acuerden entre las partes y el establecimiento de un mecanismo de retribución.

Se contempla en ese instrumento también, la posibilidad de suministro directo de gas a Nicaragua por vía terrestre, a través del Gasoducto Transcaribeño o vía marítima, a través de la cadena de GNL.

En lo que respecta a su enmienda, el Acuerdo dispone que se requerirá del mutuo acuerdo entre las partes, por la vía diplomática, a propuesta de cualquiera de las partes. Tales modificaciones entrarán en vigencia en la fecha de la última notificación y previo el cumplimiento de los requisitos legales internos de cada país.

El Acuerdo permanecerá en vigor por 5 años y será prorrogado automáticamente por períodos consecutivos de 1 año, a menos que una de las partes notifique a la otra, por escrito y por vía diplomática, su intención de no renovarlo, por lo menos con seis meses de anticipación al vencimiento del mismo.

- Ley aprobatoria del Acuerdo Energético del ALBA entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Nicaragua

Fue suscrito el 29 de abril de 2007 y la Ley de su aprobación publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.910 del 15 de abril de 2008.

La República Bolivariana de Venezuela suministrará directamente, crudos, productos refinados y GLP a la República de Nicaragua por la cantidad de veintisiete mil barriles diarios (27 MBD) o sus equivalentes energéticos por intermedio de una empresa mixta conformada entre PDVSA y la empresa estatal del país signatario o directamente por Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA). Dicho suministro será objeto de evaluación y ajuste en función de la evolución de las compras de la República de Nicaragua, de las disponibilidades de la República Bolivariana de Venezuela, de las decisiones que adopte la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), y de cualquier circunstancia que obligue a la República Bolivariana de Venezuela a cambiar la cuota asignada según lo especificado en este Acuerdo.

A efectos de este Acuerdo tendrá el siguiente esquema financiero:

- El cincuenta por ciento (50%) de la factura será pagada en un período de noventa (90) días con un interés de un dos por ciento (2%) anual y el cincuenta por ciento (50%) restante será pagado en un período de veintitrés (23) años más dos (2) años de gracia, con un interés de un dos por ciento (2%) anual.

- Del cincuenta por ciento (50%) financiado, la empresa mixta o la filial de PDVSA que haya sido designada para el suministro, asumirá el veinticinco por ciento (25%). Esta porción, una vez deducidos los costos operacionales y financieros, se asignan al Fondo ALBA a los noventa (90) días de la facturación, el cual, servirá para financiar obras de infraestructura, proyectos sociales y otros en la República de Nicaragua.

- El otro veinticinco por ciento (25%) del cincuenta por ciento (50%) financiado, será asumido por la República de Nicaragua.

- La facturación de las ventas realizadas a la empresa mixta mencionada en el Artículo Primero del Acuerdo (CVP/Nicaragua) se harán con base en precios referenciados al mercado internacional. En todos los casos el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela se reserva hacer las entregas al puerto del destino, para lo cual sólo el financiamiento cubrirá el monto del valor del producto (FOB-VZLA) y el flete deberá ser cancelado de contado.

- Los pagos de intereses y de amortización de capital de las deudas contraídas por la República de Nicaragua, podrán realizarse mediante

mecanismos de compensación comercial, cuando así sea solicitado por la República Bolivariana de Venezuela.

A partir de su entrada en vigor, este Acuerdo sustituyó cualquier otro Acuerdo Energético de Cooperación firmado entre ambos países en anteriores oportunidades en lo referente al suministro por parte de la República Bolivariana de Venezuela de volúmenes de crudos, productos refinados y GLP.

El Acuerdo permanecerá vigente por un período de un (1) año, pudiendo ser prorrogado automáticamente por períodos iguales y consecutivos, a menos que una de las partes, notifique por escrito y por la vía diplomática a la otra parte, su intención de denunciarlo, por lo menos con seis (6) meses de anticipación al vencimiento del Acuerdo.

La terminación del Acuerdo no afectará la realización de programas y proyectos iniciados bajo su vigencia los cuales continuarán hasta su conclusión, a menos que las partes acuerden lo contrario.

Este Acuerdo podrá ser modificado cuando el interés de la República Bolivariana de Venezuela así lo exija, en cuyo caso será notificado a la República de Nicaragua, por escrito y por la vía diplomática, con treinta (30) días de anticipación.

B.4.1.7. PETROCARIBE

1.7.1. Tratado de Seguridad Energética PETROCARIBE (TSE) (G.O N° 38.861 del 30/01/06)

Las partes suscriptoras son Belice, Cuba, Dominica, Haití, Jamaica, Granada, San Vicente y las Granadinas, Nicaragua, Surinam y Venezuela.

En virtud de este Tratado respecto del cual la Asamblea Nacional sancionó una Ley Aprobatoria, se establece que Venezuela de conformidad con su ordenamiento jurídico brindará a los países del Caribe las condiciones y medios indispensables para cubrir las necesidades de suministro de petróleo y sus derivados de la región, y así garantizar la seguridad y estabilidad energética del Caribe.

De esta manera, Venezuela garantizará un suministro seguro y estable de crudo, productos refinados y GLP.

El resto de las partes se comprometen a ampliar y crear su capacidad de refinación y a modernizar la infraestructura energética, todo ello, dentro de sus posibilidades.

En materia de gas, energía eléctrica y energías renovables a igual compromiso en materia de infraestructura se comprometieron todas las partes. A estos fines los suscriptoras se obligaron a crear Empresas Mixtas Binacionales.

Se encomienda a PDV-Caribe la coordinación, ejecución y seguimiento de los proyectos de infraestructura energética, desarrollo y asistencia social.

Las modificaciones que pretendan hacerse al Tratado, deberán hacerse mediante enmiendas concertadas entre las partes. Las propuestas de cambio deberán ser notificadas al Depositario del mismo (Cancillería Venezolana), quien las comunicará a las demás partes y en un plazo de 3 meses darán respuesta sobre las mismas, por la vía diplomática.

La vigencia del Tratado es de 5 años, pudiendo ser prorrogado automáticamente por períodos consecutivos.

Cualquiera de las partes podrá denunciar el Tratado mediante notificación dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela. La denuncia surtirá efectos seis meses después de la fecha de recibida la notificación.

- Ley Aprobatoria del Tratado de Seguridad Energética PETRO-CARIBE (TSE), celebrado el 11 de agosto de 2007 y (G.O N° 38.861 del 30/01/08)

El presente Tratado tiene por objeto desarrollar entre las Partes Contratantes un proceso amplio y sostenido de integración que contribuya con la seguridad energética de la región del Caribe, complementando las fuentes de energías primarias disponibles con el potencial y desarrollo de energías renovables; promoviendo el intercambio tecnológico para la búsqueda de nuevas fuentes; desarrollando la cadena de la energía en procura de su industrialización y fomentando el uso racional de la misma, en búsqueda del máximo ahorro y la eficiencia energética.

Tomando como base los recursos energéticos existentes en los países del Caribe y sus potencialidades, las Partes Contratantes se

comprometen a desarrollar el objeto de este Tratado, a través de los siguientes ejes de acción:

La República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, brindará a los países del Caribe las condiciones y medios indispensables para cubrir las necesidades de suministro de petróleo y sus derivados de la región, y de esta manera, garantizar la seguridad y estabilidad energética del Caribe.

La República Bolivariana de Venezuela, de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo de Cooperación Energética PETROCARIBE, garantizará un suministro seguro y estable de crudo, productos refinados y GLP, con el objetivo de mitigar los efectos especulativos en la comercialización de la energía, minimizar las consecuencias de la intermediación y contribuir con la seguridad energética de la región.

Las Partes Contratantes se comprometen, en la medida de lo posible, a crear y ampliar su capacidad de refinación, con el fin de contar con suficiente disponibilidad de productos que les permita cubrir el déficit regional y con ello consolidar un polo de refinación en la zona del Caribe y así disminuir la dependencia respecto a actores transnacionales en la cadena de valor de la energía.

Las Partes Contratantes se comprometen, en la medida de lo posible, a construir, ampliar y/o modernizar la infraestructura energética necesaria para el despacho, recepción, transporte, almacenaje y distribución de crudo y productos, con el fin primordial de crear un sistema de suministro seguro y permanente para la zona del Caribe. Para ello, la República Bolivariana de Venezuela pondrá a la disposición de las Partes Contratantes, su experiencia y capacidad técnica en materia de exploración, producción, industrialización y comercialización de hidrocarburos con la finalidad de profundizar la transferencia de tecnología y la formación de capital humano en la región.

Las Partes Contratantes se comprometen a desarrollar paralelamente las políticas y medidas necesarias tendientes al uso racional eficiente de la energía que contribuya al desarrollo sostenible de nuestros pueblos.

El Tratado podrá ser enmendado por consenso entre las Partes Contratantes. A tal efecto las Partes Contratantes podrán proponer enmiendas por escrito al depositario del Tratado, el cual procederá

de inmediato a comunicar toda enmienda propuesta a las Partes Contratantes, las cuales en un lapso de tres (3) meses, darán respuesta sobre las mismas, por la vía diplomática.

El Tratado permanecerá vigente por un período de cinco años, pudiendo ser prorrogado automáticamente por períodos consecutivos.

Cualquiera de las Partes Contratantes podrá denunciar el presente Tratado mediante notificación escrita dirigida al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela. La denuncia surtirá efectos seis (6) meses después de la fecha en que se haya recibido la notificación.

B.4.1.8. Resolución N° DM 061-D, por la cual se ordena publicar la Declaración Conjunta de los Presidentes de la República Bolivariana de Venezuela y los Estados Unidos Mexicanos, en ocasión del XXVII Aniversario de Cooperación Energética para países de Centroamérica y el Caribe (G.O N° 38.882 del 3-3-08)

A partir del 3 agosto de 2007, se renovó el Programa de Cooperación Energética para Países de Centroamérica y el Caribe por un año más, con base en los principios expresados en las sucesivas Declaraciones Conjuntas emitidas a partir del 3 de agosto de 1980, conforme a los siguientes términos:

Venezuela y México decidieron suministrar en forma conjunta crudo y productos petrolíferos, hasta por 160.000 barriles diarios, 80.000 barriles diarios cada uno a los siguientes países: Barbados, Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panamá, y República Dominicana. Dicho suministro sería objeto de evaluación y ajuste, en función de la evolución de las compras de los países participantes y de las disponibilidades de los países proveedores.

Los abastecimientos que Venezuela y México efectúan dentro de este Programa se regirían por las políticas y prácticas comerciales establecidas por sus empresas petroleras estatales.

Venezuela y México otorgarían créditos para financiar el intercambio comercial de bienes y servicios y/o proyectos de desarrollo

económico a corto, mediano y largo plazo, así como gastos locales, de acuerdo a sus respectivas políticas y prácticas financieras y a la escala siguiente:

Precio promedio de realización/venta por barril (dls. americanos)	Porcentaje de financiamiento
De 15.00 a 17.00	20%
De 18.00 a 20.99	21%
De 21.00 a 23.99	22%
De 24.00 a 26.99	23%
De 27.00 en adelante	25%

En el caso de aquellos países participantes que permitieran la importación de crudos y productos refinados por sus empresas privadas, las compras realizadas por éstas, con destino al mercado interno de dichos países, serán reconocidas para los efectos del otorgamiento del financiamiento de acuerdo con lo anteriormente expuesto y a los mecanismos que Venezuela y México establezcan.

En el marco del esquema de cooperación financiera acordado en 2002, Venezuela y México instrumentarán un mecanismo de créditos compensados, de acuerdo a los lineamientos que para tal efecto se emitan, lo cual permitirá agilizar la utilización, de los recursos del Programa así como reforzar la cooperación a favor de los países participantes.

B.4.2. Consideraciones jurídicas en torno al impacto de los Convenios de Cooperación Energética en el financiamiento de los entes menores

Al describir y evaluar alguno de los referidos Convenios de Cooperación Energética resulta relevante tener presente como ha venido operando la instrumentación de buena parte de ellos y cuál el papel jugado por Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA).

En tal sentido es importante reiterar que las operadoras de PDVSA, especialmente PPSA y las llamadas Empresas Mixtas, al dedicarse

a la extracción de crudo, tienen la obligación de cumplir frente a la República Bolivariana de Venezuela con la “Regalía Petrolera” y en el caso de las últimas, adicionalmente, con las “Ventajas Especiales”.

Estas obligaciones pueden ser satisfechas mediante la entrega de dinero en efectivo o de barriles de petróleo, según la República lo decida por órgano del Ministerio del Poder Popular para el Petróleo y la Minería. Cuando la Regalía es honrada en especie, la República puede encargar a PPSA, el procesamiento y almacenamiento del crudo, así como su posterior exportación. Cuando este es el acuerdo entre la República y PPSA, esta última vende por cuenta de aquella el crudo o sus derivados a empresas estatales de otros países (CUPET, CMMENSA, CUBAMETALES, YPFB, ANCAP, etc.) bajo los términos contenidos en los Convenios de Cooperación Energética. El dinero proveniente de esas ventas, es recibido por PPSA y transferido por ésta a PDVSA, quien luego lo deposita en el BANDES en unos fideicomisos. A la par de la anterior transacción comercial, la República Bolivariana de Venezuela con base en los referidos convenios adquiere bienes y servicios de empresas constituidas en los países suscriptores o de éstos mismos. Con ocasión a tales consumos, se generan cuentas por pagar de la República a sus proveedores foráneos que son pagadas con los recursos depositados en los referidos fideicomisos.

En virtud de lo anterior, tanto la transferencia de propiedad de crudo, como de derivados es con ocasión a una venta, en tanto que la adquisición de bienes y servicios provenientes del exterior, lo son con ocasión de una compra o contratación onerosa, todo lo cual genera deudas y acreencias que son extinguidas por las partes involucradas por la vía del pago. No obstante ello, una de las principales críticas que se ha hecho a la adopción de este mecanismo, gira en torno a los términos comerciales de tales operaciones, es decir, precios fijados y plazos para el pago, asunto este que sólo parcialmente se desprende de los cuerpos principales de los referidos instrumentos, ya que son manejados a través de anexos que no son objeto de publicación en Gaceta Oficial y que se han mantenido en estricta reserva por parte del Poder Central.

Es de observar en relación al proceder antes descrito que, conforme a la LOH, cuando la Regalía Petrolera es honrada en especie, en

caso de que PPSA le preste servicios de almacenamiento y transporte a la República, éstos han de ser por aquélla cobrados a ésta. Adicionalmente, debería efectuarse un pago por parte de la República a la operadora estatal por la labor de refinación adelantada por instrucciones de ésta, con miras a la obtención de productos.

Tal como fuera señalado respecto del caso del Fondo Chino-Venezolano, en el caso de estos Convenios de Cooperación Energética, el perjuicio para los entes menores pudiera venir dado también, por el tratamiento conferido presupuestariamente al barril de petróleo o a los derivados vendidos por la República a través de PPSA. Siendo que el barril ha estado subvalorado por muchos años a efectos presupuestarios, (Ingresos Ordinarios), no queda claro si ha sido reconocido en ese mismo ámbito, el diferencial entre lo presupuestado, lo percibido por Regalía en Especie y el precio efectivo de venta del crudo o de sus derivados. Por otra parte, en el caso de algunos de estos Convenios, el plazo conferido para el pago de las ventas de crudo o derivados, así como los niveles de los intereses cobrados, sin lugar a dudas también inciden en aquello a lo que tienen derecho los Estados y Municipios.

V) CONSIDERACIONES FINALES

Efectuadas las consideraciones anteriores, que sin lugar a dudas son tan solo el análisis de una muestra de las políticas y prácticas seguidas por los Poderes Públicos en los últimos años, no cabe duda de la merma que no sólo en competencias, sino también, en fuentes de financiamiento han sufrido los entes menores, justificada parcialmente en el supuesto fortalecimiento del Poder Popular.

Independientemente del objetivo perseguido por las autoridades y sin entrar a evaluarlo en cuanto a política, por no haber sido ese el propósito de este escrito, lo que si resulta evidente es la existencia de numerosas muestras de actuaciones cuestionables jurídicamente y de dudosa legalidad, que ameritarán su evaluación por parte de los órganos competentes.

Hecho este recuento, es mucho lo que tocará reconstruir, sólo que sobre las bases de una experiencia descentralizadora que contribuyó a

forjar el ideario democrático en el país, la noción de ciudadanía y el respeto a las regiones, escenario este que constituye la mayor garantía de que el resurgimiento de la descentralización será una realidad posible en el futuro democrático del país.

Ante el panorama anteriormente descrito caracterizado por la disminución de la autonomía administrativa y financiera de los Estados y Municipios, la omisión por parte de la Asamblea Nacional en la sanción de leyes fundamentales para terminar de sentar y desarrollar las bases constitucionales de la descentralización, las prácticas y políticas gubernamentales emprendidas contra los alcaldes y gobernadores, los efectos negativos de la reforma electoral en cuanto a la vulneración del principio de la representación proporcional de las minorías, reiteramos lo señalado por Allan BREWER-CARIAS, cuando calificó en el año 1993 a la descentralización como el instrumento para lograr la participación política; y a ésta como la única vía para que la democracia venezolana se perfeccionara. “Por eso la descentralización ha estado en estos últimos tiempos y estará en el futuro próximo, en el centro de la política de cambio. Por ello hemos dicho que hasta cierto punto, con la descentralización nos estamos jugando la democracia.”²⁶⁴

VI) BIBLIOGRAFÍA

- 1) BREWER-CARIAS, Allan. *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993*. Editorial Arte, Caracas 1994.
- 2) SAINZ DE BUJANDA, F. “Lecciones de Derecho Financiero”. Décima Edición. Madrid. Universidad Complutense.
- 3) VILLEGAS, Héctor. “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Depalma, 3era Edición, Buenos Aires.
- 4) www.pdvsa.com/
- 5) www.transparenciavenezuela.org.ve. “Nuestro Presupuesto 2013”
- 6) www.asambleanacional.gob.ve

²⁶⁴ BREWER-CARIAS, Allan. *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993*. Editorial Arte, Caracas 1994, p. 21.

LA IMPUTACIÓN DE PAGOS: UN EXAMEN PRELIMINAR DE LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL CUBANO

*Leonardo B. Pérez Gallardo**

SUMARIO

1. LA IMPUTACIÓN DE PAGOS COMO MODO ESPECIAL DE PAGO O CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. PRESUPUESTOS. 2. IMPUTACIÓN VOLUNTARIA. 2.1 IMPUTACIÓN POR EL DEUDOR. 2.2. LA LLAMADA "IMPUTACIÓN POR EL ACREEDOR". CARÁCTER SUPLETORIO. PROPUESTA DEL ACREEDOR DE LA DEUDA A EXTINGUIR POR EL PAGO EN LA OPORTUNIDAD EN QUE ESTE SE PRACTICA. EL SILENCIO DEL DEUDOR A TRAVÉS DE LA NO OPOSICIÓN A LA CITADA PROPUESTA. RELEVANCIA JURÍDICA. 3. IMPUTACIÓN LEGAL. 3.1. REGLAS LEGALES DE LA IMPUTACIÓN. 3.1.1. A LA DEUDA EXIGIBLE. 3.1.2. A LA PRIMERAMENTE EXIGIDA, DE SER VARIAS LAS EXIGIBLES. 3.1.3. A LA PRIMERAMENTE VENCIDA, SI NINGUNA SE HA EXIGIDO. 3.1.4. LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD, DE HABER VENCIDO VARIAS AL MISMO TIEMPO: EXCEPCIÓN LEGAL A LA INDIVISIBILIDAD DEL PAGO. BIBLIOGRAFÍA.

* Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial Facultad de Derecho Universidad de La Habana. Notario.

1. LA IMPUTACIÓN DE PAGOS COMO MODO ESPECIAL DE PAGO O CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. PRESUPUESTOS

La imputación de pagos ha sido calificada como un modo especial del pago de las obligaciones, precisamente en razón de las peculiaridades que este ofrece²⁶⁵.

Ha sido definida doctrinariamente de manera algo heterogénea como “el poder para declarar (el deudor) sobre qué deuda paga de las varias que tiene”²⁶⁶, “la designación de la deuda a que ha de aplicarse el pago que se realiza, cuando el deudor tiene varias obligaciones a favor del mismo acreedor”²⁶⁷ “la aplicación de un pago verificado por el deudor a una de las varias relaciones de deudas existentes entre él y su acreedor”²⁶⁸, “el conjunto de reglas que definen a cuál de varias obligaciones habrá de aplicarse el pago que satisface el deudor”²⁶⁹, “[c]

²⁶⁵ Así lo sistematiza CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español. Común y foral*, tomo III – *Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 17ª edición, revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO, Reus, Madrid, 2008, p. 447. Y ello superando tesis anteriores que lo ubicaban entre los subrogados o sustitutivos del pago. Empero, en realidad en la imputación de pagos, no hay un mecanismo dirigido tan solo a lograr el fin que el pago propone, a través de otro medio distinto al pago, sino una manera o modo de realizar el pago o cumplimiento, no hay mecanismo alternativo como en el pago por cesión de bienes o en el pago por consignación, sino un modo directo, si bien especial, de lograr el cumplimiento o pago.

²⁶⁶ POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, 3ª edición, Biblioteca científica y literaria, Barcelona, s.f., p. 229.

²⁶⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil... III, cit.*, p. 448.

²⁶⁸ DÍAZ PAIRÓ, Antonio, *Teoría general de las obligaciones*, volumen I, s. Ed., México D. F., 1997, p. 142. Seguido también en la doctrina patria por RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Manual de obligaciones y contratos*, primera parte, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1997, p. 52.

²⁶⁹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Patricio RAFFO BENEGAS, Rafael A. SASSOT, *Manual de Derecho Civil – Obligaciones*, 11ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 421.

onsiste (...) en determinar cuál de las obligaciones o accesorios de ellas quedan extinguidos con el pago efectuado por el deudor si él no es suficiente para cancelar todas las de la misma naturaleza que existan entre las partes”²⁷⁰, es “el criterio o criterios por virtud de los cuales, en el caso de pluralidad de obligaciones, se decide a cuál de ellas debe entenderse referido el pago realizado”²⁷¹. Con mejor técnica se aduce que “es aquella operación que transforma una prestación en el pago de una obligación determinada. Se trata, pues, de una declaración de voluntad, expresa o tácita, que acompaña a la actuación del deudor, transformándola en pago (...). Declaración cuya inexistencia o imposibilidad de determinación habrá de ser sustituida, en su caso, por el Ordenamiento, con el mismo fin”²⁷².

En fin, la imputación de pago, es la declaración que hace el deudor, al momento de ejecutar la prestación, en supuestos en que tiene contraída con el mismo acreedor varias deudas homogéneas o de la misma especie, nacidas o no de las mismas fuentes²⁷³, en principio exigibles y vencidas, cuando el pago realizado es insuficiente para extinguir las deudas, y ante la duda o incerteza de la determinación de cuál de las varias deudas ha de considerarse cumplida. Facultad que en todo caso, seguirá teniendo, aun cuando en ausencia de tal declaración de su parte, el acreedor en ocasión del cumplimiento o pago efectuado, proponga la imputación, para lo cual se exige que no haya oposición actual por el deudor y, a falta de ello, su determinación será *ex lege*, conforme con las reglas previstas a tal propósito.

²⁷⁰ ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, tomo II, 4ª edición actualizada, Dislexia virtual, s.l., s.f., p. 30.

²⁷¹ Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen II – *Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2008, p. 595.

²⁷² Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y Etelvina VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al artículo 1272”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo director), tomo XVI, vol. 1º: artículos 1156 a 1213 del Código Civil, 2ª edición, enero 1991, Id. vLex: VLEX-234337, en <http://vlex.com/vid/234337>, consultado el 25 de diciembre de 2013, pp. 1-2.

²⁷³ Posición contraria en el Derecho cubano sostiene DELGADO VERGARA, Teresa, “El cumplimiento o pago de las obligaciones”, en *Teoría general de las obligaciones: comentarios al Código Civil cubano*, Nancy C. Ojeda Rodríguez y Teresa Delgado Vergara, Félix Varela, La Habana, 2005, p. 209.

Es mayormente conteste la doctrina en que para que opere se requieren ciertos presupuestos, a saber:

- 1°. La existencia de una pluralidad de deudas (en sentido estricto) entre un mismo deudor y un mismo acreedor (ya sean personas naturales o personas jurídicas).
- 2°. Que dichas deudas sean homogéneas o de la misma especie, esencialmente pecuniarias.
- 3°. Que las deudas no satisfechas sean exigibles, vencidas y líquidas (requerimiento que no viene establecido en nuestro Código Civil).
- 4°. Que el pago realizado no cubra o satisfaga todas las deudas pendientes.

Conviene repasar cada uno de estos postulados para entender orgánicamente la figura.

- 1°. La existencia de una pluralidad de deudas (en sentido estricto) entre un mismo deudor y un mismo acreedor (ya sean personas naturales o personas jurídicas)

Se da como base o presupuesto para que este modo de pago tenga lugar que entre el deudor y el acreedor existan varias deudas (en el sentido de prestaciones a cumplir por el deudor). Entiéndase que se trata de pluralidad de deudas, así de una misma obligación pueden derivarse, tanto la deuda de capital, como la deuda de intereses²⁷⁴, y no por ello dejaría de operar un supuesto de imputación de pagos, si se dan el resto de los presupuestos.

A la par de la pluralidad de deudas, en principio ha de tratarse de un solo deudor y un solo acreedor, aunque se refuta esta tesis mayormente aceptada doctrinariamente (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y VALLADARES RASCÓN), sobre la base de la posibilidad de aplicar las reglas de imputación de pagos por analogía a supuestos de pluralidad de acreedores, o cuando una persona estuviere legitimada para cobrar los créditos de

²⁷⁴ ABELIUK MASASEVICH, R., *Las obligaciones...*, II, p. 30, expresa que el problema que suscita la imputación de pagos se dable también en el caso de una sola obligación principal, pero con obligaciones accesorias, como el pago de intereses. En todo caso se trataría, a mi juicio, de una sola obligación de la cual se genera una deuda principal y una deuda accesoria.

otra, coincidiendo en que esta otra también es acreedora del mismo deudor (siempre que se den los demás requisitos)²⁷⁵

2º. Que dichas deudas sean homogéneas o de la misma especie, esencialmente pecuniarias

La pluralidad de deudas subsistente entre deudor y acreedor han de ser de la misma naturaleza o especie. No obstante, no puede perderse de vista que los codificadores están pensando en deudas pecuniarias, aunque expresamente nada se diga al efecto²⁷⁶. De ahí la posibilidad de que sea aplicable, al menos teóricamente, este mecanismo de pago en deudas no necesariamente, en las prestaciones positivas de dar, sino también en las positivas de hacer, aun cuando ello sea inusual²⁷⁷. A mi juicio, excluible en supuestos de prestaciones negativas o de abstención²⁷⁸.

Esta homogeneidad en las deudas ha de entenderse como de igual naturaleza o cualidad. De ahí que cabría la imputación en supuestos no solo de varias deudas dinerarias sino también de prestaciones sobre bienes determinados, distintos al dinero. Lo que no se hace necesario es que sean de la misma cantidad, pues resultando de diferentes cantidades, la incertidumbre de qué deuda ha de considerarse cumplida con el pago realizado (al no cubrir este el monto de todas las deudas) subsiste, y ello es lo que justifica la función jurídica de la imputación, para convertir la prestación realizada en pago de determinada deuda.

²⁷⁵ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y E. VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al...”, *cit.*, p. 2,

²⁷⁶ Así lo expresan DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Tecnos, 6ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 1992, p. 185. Igualmente BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO, R. y E. VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al...”, *cit.*, p. 3, ABELIUK MASASEVICH, R., *Las obligaciones...*, II, p. 30.

²⁷⁷ Tal y como expresan OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE, “La imputación del pago”, en www.castillofreyre.com, p. 6.

²⁷⁸ Comparto la tesis de que en las obligaciones de esta naturaleza en que la prestación debida es una abstención, al dejar el deudor de abstenerse de actuar, habría ya un incumplimiento de su parte, resarcible por los daños y perjuicios causados *ex* artículos 81 y 82 del Código Civil. Por lo tanto, no habría una incertidumbre de a cuenta de cuál de las deudas se ha de imputar el pago, sino cuál es la obligación incumplida para el consecuente resarcimiento, pero ello no entra en clave de imputación. *Apud* OSTERLING PARODI, F. y M. CASTILLO FREYRE, “La imputación...”, *cit.*, p. 7.

Comparto el criterio del profesor ACEDO PENCO, de que no es dable exigir que todas las deudas existentes entre el deudor y el acreedor sean homogéneas o de la misma especie, sino suficiente con que al menos dos de ellas, lo sean²⁷⁹. El número dos hace el plural y el plural en las circunstancias en que se concibe la figura que estudiamos, se hace *sine qua non* para que surja la duda de la determinación del pago realizado, a cuenta de qué deuda ha de entenderse. Si hubiere una sola no hay nada que imputar, y si hubieren varias de distinta naturaleza o especie y se cumple una de ellas, tampoco se hace necesaria la imputación.

A la interrogante de qué debe entenderse por deudas de la misma especie BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO y VALLADARES RASCÓN responden: “que serán de una misma especie aquellas que a la hora de la imputación de pagos puedan plantear dudas sobre el destino de la prestación ejecutada por el deudor, en el sentido de que dicha prestación podría satisfacer en principio tanto a las unas como a las otras. Esto ocurre sólo cuando las cosas objeto de la obligación pertenezcan al mismo género. Ciertamente dentro de las obligaciones genéricas, serán las que recaigan sobre bienes que se determinan por su número, peso o medida, las que con mayor frecuencia planteen problemas de imputación de pagos, tanto por su mayor número en el tráfico, como por su mayor fraccionabilidad. Como es lógico, dentro de esos bienes fungibles ocupa el primer lugar en el tema de imputación de pagos el dinero”²⁸⁰.

3º Que las deudas no satisfechas sean exigibles, vencidas y líquidas

Para que tenga lugar la imputación de pagos, es necesario además que las deudas sobre las cuales se aplica el pago, sean exigibles y vencidas. La exigibilidad de una deuda, supone la posibilidad de su reclamación y ello depende de que esta esté sujeta o no a término o a condición. Algunos de los códigos civiles consultados establecen *ad pedem literae* como un presupuesto de la imputación de pagos que la deuda sea exigible, empero en nuestro contexto la exigibilidad de la deuda ha de ser estudiada con matices, dado que el artículo 238 establece el

²⁷⁹ ACEDO PENCO, Ángel, *Teoría general de las obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 129.

²⁸⁰ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y E. VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al...”, *cit.*, p. 3,

beneficio del término en principio, en favor del deudor (manifestación del principio *favor debitoris*), salvo que las partes en el acto jurídico hayan establecido lo contrario o se derive de la propia naturaleza y circunstancias de la obligación, o sea, para que el término esté establecido a favor del acreedor o de ambos, ello tiene que venir dispuesto en el título de la obligación, derivado de un previo pacto o acuerdo entre las partes, si el título es un acto jurídico bilateral, o porque ello traiga causa de la propia naturaleza intrínseca de la obligación. De ahí que el deudor puede, según la regla contenida en el citado artículo 238, declarar la imputación y aplicar el pago a cualquiera de las deudas contraídas con el acreedor, aun cuando el término no haya transcurrido, sin que pueda rechazar justificadamente el pago el acreedor, salvo las excepciones a las que he venido aludiendo. Como expresa BORDA, en el contexto del Derecho argentino, “si el plazo se hubiera estipulado sólo en favor del deudor, no habría razón para oponerse a que éste, haciendo renuncia de su derecho al plazo, imputare el pago a la deuda que le resultare más conveniente”²⁸¹. Sobre el vencimiento, en aras de no ser reiterativo, me referiré en ocasión de estudiar las reglas de imputación legal de pagos.

En relación con la liquidez, para dar por extinguida una obligación, en razón del pago o cumplimiento, se exige la determinación de su cuantía. Poco se podrá hacer si el deudor no sabe a cuánto asciende el monto de su deuda. La liquidez implica la determinación, matemáticamente hablando, del monto de la deuda. Puede que al momento del cumplimiento la deuda no esté líquida, pero ello se entendería superado si al menos a través de esa operación aritmética puede determinarse su cuantía. Con más razón entonces, que se deseche una declaración de imputación por el deudor, cuando ni el mismo deudor sabe a cuánto asciende la deuda. Por este motivo algunos ordenamientos jurídicos toman precaución en este orden, como el Código Civil paraguayo que establece en su artículo 591 que la imputación por el deudor procede, “*siempre que sea líquida*” (la deuda), al igual que el artículo 352 del

²⁸¹ Tómese en consideración que en el Derecho argentino, como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en principio, el plazo se estipula a favor de ambas partes. *Vid.* BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, tomo I, 9ª edición, actualizada por Alejandro BORDA, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 557.

Código Civil de Brasil, en tanto el Código Civil peruano, en sentido negativo, prohíbe la imputación, a menos que la asienta el acreedor, en el caso de una deuda ilíquida (artículo 1652), posición esta última que había sido asumida antes por el Código Civil uruguayo en el artículo 1476 (segundo párrafo)²⁸².

4º. Que el pago realizado no cubra o satisfaga todas las deudas pendientes

Por supuesto, no hay necesidad de imputar el pago, si este cubriera el saldo de todas las deudas pendientes. Por ello se exige que el pago realizado por el deudor no sea suficiente. Los actualizadores de la obra de LAFAILLE, en el Derecho argentino, con razón lo incluyen como cuarto requisito de la imputación, pues como con acierto aducen si el pago realizado logra “cubrir todas las deudas, resultaría estéril plantear el problema de la imputación”²⁸³. En tal sentido se ha dicho, con toda razón, que la imputación encierra un problema de cantidad, no de calidad, “frente a la totalidad homogénea de las deudas, o de las distintas partes en una deuda, el pago del deudor, satisfaciéndola cualitativamente, cuantitativamente no alcanza a cubrirlas”²⁸⁴.

2. Imputación voluntaria

En principio, la imputación le corresponde a los sujetos de la relación obligatoria, o sea, al deudor o al acreedor. Son ellos los sujetos legitimados para hacerlo. Empero, nada quita que la imputación la realice el fiador, en su condición de garante del cumplimiento de las obligaciones, cuando, ante el incumplimiento por parte del deudor, el fiador

²⁸² Posición contraria asumen BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y E. VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al...”, *cit.*, p. 7, quienes al examinar el Código Civil español (artículo 1172) arguyen que “es normal realizar pagos a cuenta de deudas cuya cuantía no se haya determinado todavía. Lo que quiere decir que no hay ningún inconveniente para que el deudor o el acreedor imputen una prestación al pago de una deuda ilíquida”.

²⁸³ LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil. Tratado de las obligaciones*, tomo I, 2ª edición actualizada y ampliada por Alberto J. BUERES y Jorge A. MAYO, La Ley, Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 613.

²⁸⁴ Así, BORRAJO DACRUZ, Efrén, “La imputación del pago (Estudio histórico crítico)”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 8, Madrid, 1955, p. 240.

realiza un pago que no cubre todas las deudas que tiene garantizadas frente a un mismo acreedor, siempre que se trate de un mismo deudor.

2.1. Imputación por el deudor

La clásica declaración de voluntad en que la imputación consiste, es de autoría del deudor, quien tiene la facultad de declarar a cuál de las varias deudas contraídas se ha de aplicar (imputar) el pago insuficiente realizado. Según la jurisprudencia española, el señalamiento o designación de la deuda a la cual se aplica el pago entraña “una declaración de voluntad receptiva, en principio correspondiente al deudor, sobre el destino de la prestación que realiza” (Sentencia de 25 de octubre de 1985 -*Actualidad Civil*, ref. 49/1986- del Tribunal Supremo de España que recoge tal pronunciamiento ya hecho en la Sentencia de 11 de mayo de 1984 que a su vez reitera lo dicho en la Sentencia de 13 de mayo de 1969)²⁸⁵. Indudablemente la imputación, que hay que distinguir del pago, es una declaración de voluntad del deudor, de naturaleza no comercial²⁸⁶, que no requiere solemnidad constitutiva²⁸⁷, cuya eficacia depende de que éste se desprenda de ella y llegue a la esfera de actuación del acreedor. No se trata de que dicha declaración requiera aceptación por el acreedor. No obstante, el pago a que conduce la prestación que se ejecuta debe cumplimentar los requisitos de identidad e integridad que se predicán de él. Por ello el acreedor puede oponerse al pago que el

²⁸⁵ En la doctrina le atribuyen tal carácter DÍAZ PAIRÓ, A., *Teoría general...*, I, *cit.*, p. 143, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y E. VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al...”, *cit.*, p. 8, VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “Comentarios al artículo 1256”, en *Código Civil comentado*, tomo VI (Manuel Muro, director), 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 444, ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2ª edición, Reus, Madrid, 2013, p. 52, DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN, *Sistema...*, II, *cit.*, p. 186.

²⁸⁶ *Apud* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, II, *cit.*, pp. 595-596.

²⁸⁷ A juicio de VIDAL RAMÍREZ, cuando comenta el respectivo precepto del Código Civil peruano, regulador de la imputación voluntaria de pagos (artículo 1256), extensivo tal planteamiento a otros códigos civiles de nuestro entorno geográfico: “La norma no prescribe formalidad, por lo que la imputación puede formularse oralmente sin que nada obste para que se haga documentalmente, especialmente para la prueba de haberse efectuado la imputación”. Es lógico las garantías que a los fines probatorio reporta la imputación exteriorizada en sede documental, pero ello enerva la posibilidad que tiene el deudor de hacerlo oralmente. *Vid.* VIDAL RAMÍREZ, F., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 444. Con idéntico parecer, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y E. VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al...”, *cit.*, p. 8.

deudor pretenda realizar cuando la prestación ofrecida no cumple con los requisitos apuntados. La especialidad de este pago es que viene de la mano de la imputación que hace el deudor, en la oportunidad en que lo realiza, sobre cuál de las varias deudas se aplica (*vid.* artículo 239.1 *in fine* del Código Civil cubano), le es entonces lícito al acreedor oponerse al pago, y con ello a la imputación (o elección del deudor) cuando este es parcial, o no corresponde al objeto de la prestación debida, o la deuda no está vencida o no es líquida, según los ordenamientos jurídicos estudiados, “... tanto el pago como, consecuentemente, la imputación tienen por destinatario al acreedor. Este, además, no tiene por qué someterse a un pago y, en nuestro caso, a una imputación de pagos arbitrarios, contrarios a las normas que el Ordenamiento establece para su protección. De ahí que la imputación tenga que ser una declaración de voluntad recepticia (...). Sólo permitiendo al acreedor conocer la voluntad del deudor con respecto a la prestación realizada, podrá enjuiciar su procedencia y obrar en consecuencia de acuerdo con sus intereses. Esto quiere decir que la imputación de pagos llevada a cabo directamente por el deudor sólo surte efecto cuando su declaración ha llegado a conocimiento del acreedor, al menos potencialmente”²⁸⁸.

Esto justifica que se hable en el Derecho comparado de que tal facultad del deudor a imputar la prestación que ejecuta se encuentre sometida a límites. Así, los comentaristas del Código Civil de Québec apuntan que para que la imputación sea válida hace falta que el acreedor esté obligado a recibir el pago y el artículo 1569 de dicho Código, no permite al deudor imputar el pago a una deuda no vencida de preferencia a una deuda vencida, a menos, en primer lugar, que lo asienta el acreedor, o, en segundo lugar, en caso de una obligación a término cuando este es estipulado en su favor (del deudor), y se prevé en el contrato la posibilidad de pagar por anticipación; en ausencia de un término estipulado únicamente en beneficio del deudor, este no puede pagar por anticipación e imputar el pago sobre una deuda no vencida, toda decisión contraria tendrá por efecto retirarle al acreedor el beneficio del término y permitir al deudor preparar el terreno para la prescripción de una deuda vencida, o ejercer injustamente un medio de presión sobre

²⁸⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y E. VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al...”, *cit.*, p. 8.

su acreedor, el cual no tendrá otra opción que acudir al tribunal a fin de evitar la prescripción de su crédito. Y por último, en tercer lugar, cuando las reglas de uso entre el deudor y su acreedor permitan el pago. De igual manera la regla de la indivisibilidad del pago, impide forzar al acreedor a recibir un pago parcial por vía de imputación²⁸⁹.

Similar posición se adopta por los autores argentinos²⁹⁰, chilenos²⁹¹ y peruanos²⁹², si bien no comparto la tesis del profesor VIDAL RAMÍREZ, de considerar que en estos casos, en que por ley se limita la facultad del deudor a imputar deudas ilíquidas, no exigibles, ni vencidas, la imputación se torna bilateral pues requiere del asentimiento del acreedor. Aunque, en efecto, se trata de límites a la facultad de imputar el pago, límites que impone la ley en respeto de los derechos del acreedor, sobre la base a su vez de ser considerados presupuestos o requisitos fijados por el legislador para que opere la imputación. Si el asentimiento del acreedor fuese formativo de la declaración de voluntad del deudor, de modo que esa declaración la convirtiese en acuerdo o pacto de imputación, ello estaría presente siempre, pues aún tratándose de deudas exigibles, vencidas y líquidas, el acreedor tiene la potestad de controlar el pago o cumplimiento, de modo que este se adecue a los requisitos establecidos o convenidos, según corresponda, en el título de la obligación. Cuando se dice que la facultad del deudor tiene límites y no es absoluta, se refiere concretamente al efecto mismo de la imputación que es convertir la prestación ejecutada en pago. Imputación y pago están conectados, pero dogmáticamente son diferentes. Imputar puede el deudor, pero para que esa imputación convierta la prestación ejecutada en pago, requiere que cumpla con los requisitos fijados en el título obligacional y los presupuestos legales del pago. Como se trata de normas dispositivas, como lo son la mayoría de las reguladoras de las obligaciones y de los contratos, la autonomía privada puede derribarlas. Si las partes (deudor y acreedor) llegan a un acuerdo que permita el pago de una deuda ilíquida o no

²⁸⁹ *Apud.* KARIM, Vincent, *Les obligations*, vol. 2 (art. 1497 à 1707 C.c.Q.), 3e édition, Wilson and Lafleur Itée, Montréal, 2009, p. 379.

²⁹⁰ *Vid. per omnia*, LLAMBIAS, J. J., P. RAFFO BENEGAS, R. A. SASSOT, *Manual de...*, *cit.*, p. 422; BORDA, G. A., *Tratado...*, *Obligaciones*, I, *cit.*, pp. 557-558.

²⁹¹ *Vid.* ABELIUK MASASEVICH, R., *Las obligaciones...*, II, p. 31.

²⁹² *Vid.* VIDAL RAMÍREZ, F., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 444.

vencida, o incluso el pago del capital, antes de que los intereses (regla legal desconocida en el Derecho cubano), no estaríamos en presencia de una imputación voluntaria del deudor, contenida en el artículo 239.1 del Código Civil, sino de un acuerdo de imputación. Y aunque pareciera que con este razonamiento llegue al mismo argumento del profesor VIDAL RAMÍREZ, no es así. No incluiría este acuerdo bajo el supuesto de imputación voluntaria del deudor, a pesar de que el artículo 1256 *in fine* del Código Civil peruano, contiene en el supuesto normativo dedicado a la imputación voluntaria del deudor esta segunda hipótesis en la que no estaríamos frente a tal imputación, sí voluntaria, en contraste con la legal, pero no del deudor, sino ante un acuerdo de imputación²⁹³, que viabilizaría la posibilidad de un pago parcial a una deuda ilíquida o no vencida. Supuesto que tendría amparo en el ordenamiento jurídico cubano según el dictado del artículo 312 del Código Civil (principio de autonomía privada). En fin, la imputación voluntaria del deudor siempre es unilateral, lo cual no quiere decir que pueda existir un acuerdo entre deudor y acreedor que permita imputar el pago a deudas que no cumplen con los requerimientos que el propio Derecho positivo exige para que se de la figura objeto de estudio.

Es dable ahondar en el papel del acreedor en la imputación voluntaria de pagos por el deudor a los fines de clarificar aún más lo que he venido explicando. El acreedor controla el cumplimiento, pero no puede imponerle al deudor una imputación distinta a la que él ha elegido. “El ordenamiento y los pactos vinculantes pueden ser utilizados por el acreedor como un tamiz que no permita el paso del pago y de la imputación indebidos, pero no como un instrumento para modificar la voluntad de imputación de acuerdo con los moldes vinculantes para el deudor. Sólo así se respeta, en verdad, la libertad fundamental del

²⁹³ Con una opinión vacilante en este sentido se expresa BORRAJO DACRUZ, E., “La imputación...”, *cit.*, p. 242. A su juicio, “Cuestión distinta es la de si en el caso de que el pago venga determinado por un acuerdo anterior entre las partes, es posible hablar de imputación del pago. La aplicación de éste en un determinado sentido existe. Sin embargo, no puede decirse que haya una imputación, en el sentido que el término tiene en el Derecho positivo. El acuerdo anterior excluye toda duda respecto a la aplicación del pago. La institución hemos de configurarla, precisamente, como referida al pago cuando, al hacerse éste, existan dudas respecto de su destino”.

deudor a la hora del pago”²⁹⁴. Ciertamente el acreedor no puede erigirse en el protagonista de la imputación voluntaria de pagos que compete al deudor, si no está de acuerdo con el pago, procede su rechazo y para ello tiene la facultad de acudir a la vía judicial, superando la etapa del pago voluntario, pero ello es harina de otro costal, no imputación de pagos propiamente dicha. “El deudor es, en principio, totalmente libre para realizar el pago, luego también para imputar la prestación al pago que desee. Ciertamente que el acreedor puede presionar esa voluntad con una serie de medidas legales (...) lo que no puede hacer en ningún caso (...) es forzar directamente la voluntad del deudor o prescindir de ella. Esto supondría transformar el crédito de derecho relativo en derecho absoluto”²⁹⁵.

Otro tema de vital significado en este orden es la tempestividad de tal declaración de voluntad por el deudor. No es dable declarar la voluntad imputatoria en cualquier momento. Díez-PICAZO sostiene que la facultad de imputar la deuda atribuida al deudor es de ejercicio perentorio²⁹⁶. Los codificadores tienden a establecer, al igual que lo hace el autor de nuestro Código Civil, que tal declaración procede “*en la oportunidad del pago*”²⁹⁷. No obstante, ha de entenderse con matices tal expresión para evitar una exégesis que de al traste con la función misma que desempeña la imputación de pagos. El legislador advierte que la imputación debe ser declarada en ocasión del pago, pero en modo alguno regula en norma imperativa esa coetaneidad entre la una y el otro, o sea, imputación y pago no tienen que hacerse cronométricamente al mismo tiempo. Nada priva al deudor a que declare con carácter anticipado su voluntad de imputar el pago a la deuda que posteriormente paga. El pago realizado en tales circunstancias es válido.

²⁹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y E. VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al...”, *cit.*, p. 10.

²⁹⁵ *Idem*, p. 11.

²⁹⁶ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, II, *cit.*, p. 598.

²⁹⁷ Así, y a modo de ejemplo, en el Derecho comparado se suele emplear frases muy similares, a saber: “*al tiempo de hacer el pago*” (artículo 1172 del Código Civil español, artículo 1437 del Código Civil de Honduras y artículo 1256 del Código Civil de Perú), “*al hacer el pago*” (artículo 1404 del Código Civil de Guatemala), “*cuando paga*” (artículo 2050 del Código Civil de Nicaragua), “*al efectuar el pago*” (artículo 591 del Código Civil de Paraguay), “*en el acto del pago*” (artículo 1475 del Código Civil de Uruguay). “*cuando pague*” (artículo 1253 del Código Civil francés y artículo 1302 del Código Civil de Venezuela).

Ahora bien, si declarado el pago anticipadamente, después rectifica y pretende imputar el pago a otra de las deudas, aun cuando el acreedor no pueda impedirlo, demostrado que ello le ha provocado perjuicios, pudiera reclamar su indemnización²⁹⁸.

Tampoco ha de tener trascendencia, interpretado ello con sentido común y racionalidad, que la declaración de imputación llegue al acreedor después de realizar el pago, siempre que sea en un tiempo breve, prudencial, racional, conforme con las costumbres y los usos del tráfico, máxime en los casos en los que pago e imputación no se hacen frente al deudor, sino se utilizan instrumentos de pagos como giros, o transferencia bancaria o ingreso en una cuenta bancaria, o se paga a un tercero expresamente designado. Como aducen BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y VALLADARES RASCÓN “no se puede entender con rigor matemático que la recepción de la prestación y la de la declaración coincidan exactamente. Eso sí, habrán de producirse muy seguidas en el tiempo, de manera que el acreedor no permanezca en la incertidumbre sobre el destino de lo recibido más que el período que quepa deducir de los usos del tráfico”²⁹⁹. El silencio del deudor sobre la deuda a la que imputa el pago, puede resultar el puente necesario para que el acreedor proponga entonces a qué deuda se ha de imputar el pago.

En la doctrina peruana ORTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, al igual que VIDAL RAMÍREZ, defienden la tesis de que la declaración de imputación le es dable al deudor hasta antes de aceptar el recibo expedido por el acreedor³⁰⁰. Sin embargo, la formulación del Código Civil cubano en este orden puede mover a la equivocidad en la interpretación del momento hasta el cual le es dable al deudor declarar la imputación. Según el apartado 1 del artículo 239, el deudor ha de declararla “*en la oportunidad de pago*”, de no hacerla, le corresponderá al acreedor hacer la propuesta de imputación a la deuda que él designe o determine (*electio*) también “*en la oportunidad de efectuarse aquel*”, siempre que no se oponga el deudor inmediatamente. De modo que, a diferencia del resto de los códigos civiles que permite que tal determinación la haga

²⁹⁸ *Apud*. LLAMBÍAS, J. J., P. RAFFO BENEGAS, R. A. SASSOT, *Manual de...*, *cit.*, p. 422.

²⁹⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y E. VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al...”, *cit.*, p. 9.

³⁰⁰ ORTERLING PARODI, F. y M. CASTILLO FREYRE, “La imputación...”, *cit.*, p. 9, VIDAL RAMÍREZ, F., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 444.

el acreedor en el momento de expedir el recibo o carta de pago, como corresponde, el Código Civil cubano, no le da una mayor cobertura al deudor. Este tendrá como tope la oportunidad del pago, si no lo declara, en esa propia ocasión el acreedor, al recibir el pago, tendrá la oportunidad de proponer la imputación. De lo contrario se activa el mecanismo de reglas legales que a tal fin establece el apartado 2 del propio artículo. Según el artículo 237 del Código Civil, el deudor tiene el derecho, una vez efectuado el pago, a que se le entregue recibo al respecto, e incluso si el pago es por el todo, a que se le cancele o se le devuelva el título de la obligación. No obstante, no se exige que la expedición del recibo o la cancelación del título de la obligación se hagan coetáneamente con el pago. Podría el acreedor al momento de expedir el recibo proponer la aplicación del pago, aunque este instante sea posterior al momento del pago, tal iniciativa de imputación correspondería al acreedor, de no haberse pronunciado antes el deudor, pero aún así, el deudor tendría a su favor la oposición de la imputación, de hacerlo con inmediatez.

2.2. La llamada “imputación por el acreedor”. Carácter supletorio. Propuesta del acreedor de la deuda a extinguir por el pago en la oportunidad en que este se practica. El silencio del deudor a través de la no oposición a la citada propuesta. Relevancia jurídica

La llamada “imputación de pagos del acreedor” es uno de los capítulos más escabrosos de esta figura.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos consultados vinculan en el orden formal, el vehículo idóneo para corporificar la declaración de voluntad del acreedor, al recibo o carta de pago³⁰¹, primera diferencia con la imputación de pagos del deudor para la cual no se exige forma-

³⁰¹ Establecen que la imputación de pagos se haga en el recibo, los códigos civiles de Bolivia (artículo 318), España (artículo 1172, segundo párrafo), Guatemala (artículo 1405), Honduras (artículo 1437, segundo párrafo), Nicaragua (artículo 2053, primer párrafo) Paraguay (artículo 593, Perú (artículo 1258), Uruguay (artículo 1475), Venezuela (artículo 1304), Francia (artículo 1255).

Hacen alusión a la carta de pago (a la postre sinónimo de recibo), los códigos civiles de Chile (artículo 1596), Colombia (artículo 1653, segundo párrafo), Costa Rica (artículo 783, párrafo inicial), Ecuador (artículo 1638, segundo párrafo).

lidad alguna, siendo incluso posible una voluntad presunta del deudor, con todo lo que ello provoca en el terreno de las conjeturas jurídicas.

No obstante, el tratamiento que ofrece el Código Civil cubano en este orden es diferente pues no impone al acreedor que su declaración de voluntad resulte vertida en el recibo o en la carta de pago. Tiene igual suerte que la del deudor, puede ser verbal o escrita, solo se exige que su propuesta de determinación se haga coincidir con la oportunidad en la que se efectúa el pago. Por supuesto ello hará más irregular la situación, pues el hecho de que el ordenamiento exija una cierta formalidad para que se haga constar la declaración de voluntad del acreedor, permitirá deslindar con mayor nitidez, cuando es posible que se active la imputación legal de pagos.

La doctrina científica se ha preguntado si realmente existe una imputación de pagos por el acreedor aunque los códigos civiles hagan referencia a ella³⁰². Ciertamente, el Código Civil cubano en su artículo 239.2 *in fine*, supedita la existencia de la declaración del acreedor, a que no exista una oposición inmediata por el deudor. De existir esta, no tendría lugar la llamada “imputación del acreedor”. En un inicio, de una mera lectura de la norma legal en el Código Civil cubano, la nombrada “imputación del acreedor”, está supeditada al condicionante de la no oposición del deudor³⁰³, sin que se indique qué motivos podrían llevar al deudor a la oposición, en principio, cualquier imputación que proponga el propio acreedor del pago realizado, quedará a las resultas del criterio del deudor, quien puede oponerse a ello, pues en última instancia quien decide la imputación es él y no el acreedor.

La doctrina española que ha refutado la existencia de una verdadera “imputación del acreedor” se ha refugiado en dos tesis, una que le otorga carácter convencional o contractual y otra que sostiene la

³⁰² Me refiero esencialmente a autores españoles, que tras el estudio del artículo 1172.2 han llegado a conclusiones negativas al respecto. *Vid. per omnia* BORRAJO DACRUZ, E., “La imputación...”, *cit.*, pp. 242 y ss. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y E. VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al...”, *cit.*, p. 9, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, II, *cit.*, p. 598. Sin embargo, si bien el Código Civil cubano no reproduce literalmente el contenido del artículo 1172.2 del Código Civil español, de su lectura cabría colegir el mismo resultado, a saber: que la elección que toda imputación de pagos supone, al final es decidida por el deudor.

³⁰³ La mayoría de los códigos civiles consultados establecen como condición de la llamada imputación del acreedor, que el deudor lo asienta.

existencia de una verdadera declaración de voluntad recepticia, más que del acreedor, del deudor.

Sostiene BORRAJO DACRUZ que estamos en presencia de un verdadero contrato de imputación, “La aplicación del pago efectuada por el acreedor logra eficacia si el deudor la acepta. Si el deudor no está conforme, la imputación consignada en el recibo del pago no tiene eficacia. En conclusión, el artículo 1.172-II no permite mantener en la exposición de la teoría de la imputación del pago una rúbrica independiente para la imputación del acreedor. Tal denominación no es más que una forma residual de la vieja regulación del Derecho romano clásico. El BGB, con su lógica rigurosa, desde el momento en que no concede eficacia a la voluntad del *accipiens* en cuanto a la imputación del pago se refiere, ha roto con las tradicionales fórmulas legales y no menciona la intervención del acreedor y su recibo de pago. En Derecho español, lo mismo que en el C. de Napoleón, la necesaria aceptación del deudor para que sea eficaz la aplicación que el acreedor puede hacer en el recibo, la transforma en un acuerdo o contrato y subsume, así, la pretendida “imputación del acreedor” en el supuesto general de una imputación convencional”³⁰⁴. En tal sentido el autor dibuja la existencia de un verdadero contrato de imputación, en el que la manifestación de voluntad del deudor puede ser expresa o tácita. Esta última cuando no objeta o rechaza en un tiempo prudencial la declaración del acreedor expresada en el recibo de pago (algo similar a lo que establece en este sentido el artículo 239.2 del Código Civil cubano, al aludir a la posible oposición del deudor a la declaración hecha por el acreedor en la oportunidad de efectuarse el pago, oposición que ha de hacerse, según el sentido literal de la norma, “inmediatamente”). Tal tesis consiguió algún predicamento en la doctrina científica. Entre nosotros DÍAZ PAIRÓ se afilió a ella, en ocasión de dar respuesta a la expresión contenida en el artículo 1172.2 *in fine*, a cuyo tenor sustentó, sin dar más argumentos, la existencia de un contrato o convenio de aplicación o imputación de pagos³⁰⁵.

³⁰⁴ BORRAJO DACRUZ, E., “La imputación...”, *cit.*, p. 244.

³⁰⁵ Me refiero a lo relativo a la invalidación del contrato, a que alude dicho precepto que tanto quebradero de cabeza ha dado en la doctrina científica española. *Vid.* DÍAZ PAIRÓ, A., *Teoría general...*, *cit.*, p. 144.

Por su parte BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y VALLADARES RASCÓN, en tesis que me parece más lograda, refutan la existencia de un contrato de imputación en tales circunstancias³⁰⁶, si bien comparten con BORRAJO DACRUZ que no existe propiamente dicho una “imputación del acreedor”, criterio que no se ha seguido por los autores del borrador del Anteproyecto de Libro IV del Código Civil español de 2007, que con mejor técnica en la regulación de la figura en lo que a otros temas concierne, mantienen en esencia la “imputación del acreedor”³⁰⁷. Según sus argumentos “El contrato responde en abstracto a una valoración igualitaria por parte del Ordenamiento de los intereses de las partes. Por ello, sólo si éstas llegan a un acuerdo totalmente libre y voluntario quedan vinculadas a su cumplimiento. Pero éste no es el caso contemplado en el párrafo 2.º del artículo 1.172 del Código civil con respecto a la imputación de pagos. Aquí el conflicto de intereses existente entre acreedor y deudor se soluciona siempre, de acuerdo con lo que hemos visto, a favor del deudor. Este, respetando el marco jurídico de lo debido, es quien tiene siempre la última palabra, por lo que se refiere a la imputación de pagos. Lo que no es obstáculo para que se avenga a una propuesta del acreedor. Allanamiento que no es consecuentemente un acuerdo contractual, sino que es una adaptación, totalmente libre y voluntaria del deudor de su imputación a la deseada por el acreedor. La prueba está en que puede prescindir totalmente de esa imputación deseada por el acreedor e imponerle la imputación que él quiera”³⁰⁸, a salvo, claro están los derechos del acreedor, que tal y como se ha expuesto, puede rechazar la prestación ejecutada cuando no cumplimente los requisitos del pago. “Resulta que no se trata de un contrato y, sin

³⁰⁶ Igual criterio sostiene Díez-PICAZO, L., *Fundamentos... II, cit.*, p. 595.

³⁰⁷ “Artículo 1163: *El que tuviere varias deudas de la misma especie a favor del mismo acreedor podrá declarar, al tiempo de hacer un pago no bastante para extinguirlas todas, a cuál de ellas debe aplicarse.*

“A falta de tal declaración, el pago se imputará a la obligación vencida; entre las vencidas, a la más gravosa para el deudor; entre las igualmente gravosas, a la más antigua; y en última instancia, el pago se imputará a las distintas deudas a prorrata.

Si el deudor aceptare del acreedor un recibo en el que se hiciese la aplicación del pago, no podrá pretender una imputación diferente, a menos que hubiere mediado cualquiera de las causas que invalidan el consentimiento”.

³⁰⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y E. VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al...”, *cit.*, p. 18.

embargo, en apariencia al menos, la voluntad del deudor queda vinculada por la aceptación de una oferta del acreedor. Pero esto no es verdaderamente así. El deudor es quien tiene tanto la iniciativa (haga uso de ella o no) como la última palabra en la imputación de pagos. Luego su vinculación al «pacto» no es sino la vinculación que nace de la declaración de voluntad recepticia cuando ésta llega a conocimiento de su destinatario, aquí el acreedor. Pero entonces, se preguntará, ¿cómo cabe la modificación de una imputación anterior?, ¿por qué ésta no es irrevocable? La contestación a esta objeción es la siguiente. Toda imputación de pagos del deudor es irrevocable desde el momento en que queda perfeccionada: recepción por el acreedor de la prestación y de la declaración de voluntad de imputar del deudor (que por ello es declaración recepticia). Pero la irrevocabilidad se produce frente al acreedor y éste, al pretender una imputación distinta (en el momento mismo o inmediatamente después), libera al deudor de la misma, trasladándola a un momento posterior: cuando el deudor se mantenga firme en su postura, acepte la petición del acreedor o, finalmente, opte por una nueva imputación. Sólo cuando estos intentos del acreedor por alterar la voluntad del deudor cesen o no tengan lugar, sólo entonces el carácter irrevocable y propio de la declaración de voluntad recepticia se produce. Y esto es, en definitiva, lo que ocurre en el párrafo 2.º del artículo 1.172 del Código civil, cuando el deudor acepte la petición del acreedor. No se trata de que quede vinculado por un contrato, sino que queda vinculado por el carácter irrevocable de su declaración de voluntad recepticia”³⁰⁹.

En definitiva, el peso del acreedor en la imputación de pagos, es más virtual o figurado que real. De ahí la necesidad de “los matices que hay que introducir al afirmar también con respecto a la «imputación del acreedor» que ésta se produce igualmente mediante una declaración de voluntad recepticia. Lo es en el sentido primario de que, como sugerencia o petición que el acreedor hace al deudor (aunque esté basada en una posición de fuerza por las razones que sean), sólo puede ser considerada así cuando llegue a conocimiento del mencionado deudor. Lo es también en el sentido propio de que, mientras que el acreedor no desligue al deudor de su carácter irrevocable mediante una actuación que implique

³⁰⁹ *Idem*, pp. 18-19.

una desestimación de la imputación propuesta (rechazo, nueva imputación...), el acreedor queda vinculado por ella”³¹⁰.

En tal sentido, el artículo 239.2 de nuestro Código Civil, como también el artículo 1172.2 del Código Civil español, al igual que sus homólogos de los códigos civiles de corte románico³¹¹, no hacen sino regular la posibilidad que tiene el acreedor, no de imputar la deuda, sino de proponer una determinada imputación, la cual es decidida por el deudor³¹². Otro significado no tendría la expresión, consagrada en nuestro Código Civil de que la designación por el acreedor de la deuda que ha de entenderse pagada, procede, “*siempre que el deudor no se oponga a ello inmediatamente*”, dicho de otro modo, siempre que la acepte. El silencio del deudor al no oponerse a la propuesta del acreedor, ha de entenderse como aceptación de ésta (*vid.* artículo 49.2 del Código Civil), siempre y cuando el deudor silente, pueda y deba hablar³¹³, tal y como acontece en este supuesto, en que el codificador le impone el deber de hablar, de pronunciarse, de lo contrario tendrá los efectos que el Derecho determina: el tener por aceptada (por el deudor) la propuesta del acreedor de imputación de pagos³¹⁴. Se trataría de un silencio

³¹⁰ *Ibidem*, p. 19.

³¹¹ De ahí las expresiones utilizadas por los codificadores, solo distinguibles por ciertos giros del lenguaje, a saber: “*acepta un recibo*” (artículo 318 del Código Civil de Bolivia y artículo 2052 del Código Civil de Nicaragua), “*y si el deudor la acepta*” (artículo 1596 *in fine* del Código Civil de Chile, artículo 1654 *in fine* del Código Civil de Colombia y artículo 1639 del Código Civil de Ecuador) “*acceptare recibo del acreedor*” (artículo 1405 del Código Civil de Guatemala), “*si acceptare del acreedor*” (artículo 1437, segundo párrafo, del Código Civil de Honduras), “*hubiese aceptado recibo del acreedor*” (artículo 593 del Código Civil de Paraguay y artículo 1258 del Código Civil de Perú) “*ha aceptado un recibo*” (artículo 1459 del Código Civil de Uruguay) “*acceptare un recibo*” (artículo 1304 del Código Civil de Venezuela) “*haya aceptado un recibo*” (artículo 1255 del Código Civil francés).

³¹² Al decir de DIEZ-PICAZO al referirse al artículo 1172.2 del Código Civil español “la facultad de imputar continúa siendo facultad del deudor”, de modo que tal “precepto establece solamente una imposibilidad de reclamar contra la imputación del acreedor derivada de la aceptación o de la aquiescencia y de los criterios derivados de la buena fe y de la coherencia del comportamiento”. *Vid.* DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, II, *cit.*, p. 598.

³¹³ Sobre la intelección del precepto, *vid.* ROGEL VIDE, Carlos y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, “Comentarios al artículo 49”, en *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo I - *Disposiciones preliminares – Relación jurídica*, volumen II (en imprenta) y la bibliografía que allí se cita.

³¹⁴ En la doctrina cubana se califica la ausencia de oposición por el deudor como “un acuerdo tácito sobre la imputación”. *Vid.* RAPA ÁLVAREZ, V., *Manual de...*, primera parte, *cit.*, p. 52.

pronunciado, apreciado con sentido común y racionalidad, y como también ya he expresado en otro orden en este propio trabajo. Y lo digo, dado que la oposición del deudor es calificada por el autor del Código Civil, de inmediata, sin ningún otro matiz. Según la fórmula empleada, el acreedor debe hacer la propuesta de imputación en la oportunidad del pago, sin más formalidades, no después, a menos que también le sea permitido por el deudor. Para que tal propuesta como declaración de voluntad recepticia, adquiera firmeza, y se torne irrevocable, dándose por eficaz el pago, al convertirse a través de la imputación, la prestación en pago, ha de tener la aquiescencia del deudor, de manera que si este no se pronuncia en ese tiempo prudencial, que no de modo cronometrado en la oportunidad del pago, se irradian los efectos a que se refiere el artículo 49.2 del Código Civil, y se tendrá por extinguida la deuda que en su momento eligiera el acreedor como proyecto de imputación.

3. Imputación legal

En defecto de las anteriores opciones, corresponde al legislador determinar como posibilidad de cierre, reglas de imputación de pagos, que tienen un carácter subsidiario o supletorio. Por ello, lo primero que hay que descartar para que sean aplicables tales reglas es que no exista ninguna voluntad hipotética o presunta del deudor de imputar el pago.

3.1. Reglas legales de la imputación

Las reglas legales de imputación tienen un carácter prelatorio y en sentido general pretenden beneficiar al deudor, sin menoscabar los derechos del acreedor. Como expresa KARIM el régimen de imputación legal se fundamenta en los principios de equidad y en la intención presunta de las partes de aplicar a su situación las reglas legales previstas. Estas reglas son apropiadas y razonables para preservar el interés de la parte débil, es decir del deudor, sin causar, no obstante, perjuicio al acreedor. Los criterios establecidos deben servir de guía a los tribunales en la apreciación del ensamble de los hechos para arribar a una decisión con equidad relativa a la imputación³¹⁵.

³¹⁵ KARIM, V., *Les obligations*, 2..., cit., p. 387.

Es dable acotar que el Código Civil cubano regula de modo peculiar las reglas legales de imputación, no reproduciendo los criterios que suelen ser muy similares en los códigos civiles de corte románico que toman en cuenta esencialmente el criterio de la onerosidad, a partir de la existencia o no de garantías reales o personales, incluso sobre la base de la naturaleza misma de cada garantía³¹⁶.

³¹⁶ Así, el artículo 316.II del Código Civil de Bolivia establece: “II. En su defecto, el pago se imputará a la deuda que esté vencida; si hay varias deudas vencidas, a las que estén **menos garantizadas**; si están **igualmente garantizadas**, a la **más onerosa** para el deudor; y si son **todas onerosas**, a la **más antigua** (...)”, el artículo 1406 del Código Civil de Guatemala, a cuyo tenor: “No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se entenderá aplicado el pago a la que sea de plazo vencido; si hay varias de plazo vencido a la que fuere **más onerosa** para el deudor; si son de igual naturaleza, a la **más antigua** (...)”, el artículo 1439, primer párrafo, del Código Civil de Honduras, según el cual: “Cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda **más onerosa** al deudor entre las que estén vencidas”, el artículo 591, segundo párrafo, del Código Civil de Paraguay, que dispone: “A falta de declaración, el pago debe ser imputado a la deuda **más onerosa**; entre varias deudas **igualmente onerosas**, a la **más antigua**”, el artículo 1259 del Código Civil de Perú, cuyo tenor literal dispone: “No expresándose a que deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la **menos garantizada**; entre varias deudas **igualmente garantizadas**, a la **más onerosa** para el deudor; y entre varias deudas **igualmente garantizadas y onerosas**, a la **más antigua**”, el artículo 1480 del Código Civil de Paraguay, que establece: “No expresándose en el recibo a cuál deuda se haya hecho la imputación, debe imputarse entre las de plazo vencido, a la que por entonces tenía el deudor **más interés en pagar**; sea porque **devengara réditos**, porque se hubiese señalado alguna **pena**, por mediar **prenda o hipoteca** o por otra razón semejante. Si las demás deudas no son de plazo vencido, se aplicará la paga a la vencida, aunque **menos gravosa**. Si todas son de igual naturaleza, la imputación se hace a la **más antigua**”, el artículo 784.1 del Código Civil de Portugal, que regula: “Se o devedor não fizer a designação, deve o cumprimento imputar-se na dívida vencida; entre várias dívidas vencidas, na que oferece **menor garantia** para o credor; entre várias dívidas **igualmente garantidas**, na **mais onerosa** para o devedor; entre várias dívidas **igualmente onerosas**, na que primeiro se tenha vencido; se várias se tiverem vencido simultaneamente, na **mais antiga em data**”, el artículo 1305 del Código Civil de Venezuela que formula: “A falta de declaración el pago debe ser imputado primero sobre la deuda vencida; entre varias deudas vencidas sobre la que ofrezca **menos seguridades** para el acreedor; entre varias **igualmente garantizadas** sobre la **más onerosa** para el deudor; entre varias **igualmente onerosas** sobre la **más antigua**”. Preceptos en su mayoría inspirados en el artículo 1256 del Code Napoléon, que establece que “Cuando el recibo no contenga ninguna imputación, el pago deberá ser imputado a la deuda que el deudor tenga más interés en pagar de entre las que fueran igualmente vencidas; si no, a la deuda vencida, aunque fuera **menos onerosa** que las no vencidas. Si las deudas fueran de igual naturaleza, la imputación se hará a la **más antigua** (...)”. Y que parece ser el modelo inspirador de codificaciones modernas como el Código europeo de contratos, según el cual, en su artículo 84.3: “Cuando ni deudor ni acreedor se han

3.1.1. *A la deuda exigible*

La primera de las reglas contenidas en el artículo 239.3 a) del Código Civil es la relativa a priorizar la deuda exigible. Una deuda es exigible cuando es susceptible de reclamación sin más, o sea, sin necesidad de esperar por el cumplimiento de algunos de los elementos accidentales como el término o la condición. Esto es, si el deudor tiene contraídas varias deudas con el acreedor, ha de priorizarse aquella que ya es reclamable porque con ello se evita que recaiga sobre el deudor cualquier mecanismo de apremio o medida cautelar para garantizar el cumplimiento de una obligación que ya puede ser solicitado o incluso se evita el ejercicio por el acreedor de un juicio ejecutivo. El Código Civil cubano sin descartar que la deuda exigible pueda ser más onerosa para el deudor – aunque pudiera no serlo-, parte del criterio de la exigibilidad para dar por aplicado el pago insuficiente realizado por el deudor sobre aquella de las deudas que en la oportunidad de realizarse este, ya era exigible. Con esta regla se atiende el interés del acreedor en ver su créditos exigibles satisfechos, pero a su vez en justo equilibrio que busca el autor de la norma legal, se toma en cuenta el interés presunto del deudor en ver pagada, en primer lugar, la deuda por la cual está expuesto a procedimientos judiciales.

3.1.2. *A la primeramente exigida, de ser varias las exigibles*

De todas las deudas exigibles, o sea, de las que pueden, potencialmente, ser susceptibles de reclamación, se imputará el pago a aquella

*pronunciado sobre la imputación, el pago debe imputarse a la deuda vencida; entre varias deudas vencidas **igualmente garantizadas**, a la que sea **más onerosa** para el deudor; entre varias deudas **igualmente onerosas** para el deudor, a la más antigua” y por los principios del Derecho europeo de contratos, que en su artículo 7.109 (3) “A falta de imputación realizada por alguna de las partes, y conforme a lo dispuesto en el párrafo 4, el cumplimiento se imputa a la obligación que cumpla con alguno de los siguientes criterios en el orden indicado:*

- a) a la obligación que se encuentre ya vencida o que sea la primera en vencer;*
- b) a la obligación respecto de la cual el acreedor tenga una **garantía menor**;*
- c) a la obligación que sea **más onerosa** para el deudor;*
- d) a la obligación surgida en primer lugar”.*

En todos los casos la negrita pertenece al autor.

que primeramente se haya exigido, con ello se refuerza satisfacer el interés del acreedor que ya ha requerido o reclamado al deudor para el cumplimiento de determinada deuda, de las varias que tiene contraída, que a su vez son exigibles, y de igual manera el del deudor que ya ha sido expuesto a la reclamación de la deuda, incluso judicialmente. Se estará a la prueba no solo de la exigencia, sino de su fecha, pues si varias han sido exigidas, la data de la exigencia será un elemento decisorio para la imputación. Corresponderá al acreedor probar estos dos extremos, la exigencia de la deuda en cuestión y la fecha en que se hizo, para lo cual se aconseja, profilácticamente, la práctica de un requerimiento de pago en sede notarial (*vid.* artículo 295 del Código Civil y artículos 85 b) y artículos del 89 al 95 del Reglamento notarial). No se toma en cuenta, a diferencia de otros códigos civiles el criterio de la onerosidad. Cualquiera que sea la naturaleza gravosa u onerosa de la deuda para el deudor, lo importante es su exigibilidad.

3.1.3. A la primeramente vencida, si ninguna se ha exigido

De no haberse exigido ninguna por el acreedor, entonces se acude (inciso c) del artículo 239.3)) al criterio de vencimiento. Es importante distinguir estos dos conceptos que suelen confundirse, mientras que la exigibilidad supone la posibilidad de reclamación de la deuda, el vencimiento está conectado con la llegada del plazo establecido, o el advenimiento de la condición impuesta, de modo que se hace perentorio su cumplimiento. Igualmente, puede estar supeditado a la liquidez, “En principio, parece que una deuda vencida puede no ser exigible a veces cuando no sea líquida (y la liquidez sea requisito de su exigibilidad) y que, consecuentemente, la exigibilidad de una deuda puede estar dependiendo de su liquidez. Verdad que lo normal es que una deuda vencida sea una deuda exigible”³¹⁷.

V.gr., una deuda pura es exigible desde el mismo momento de su constitución, a resguardo lo previsto en el artículo 234.2 del Código

³¹⁷ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y E. VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al artículo 1174”, *cit.*, p. 9.

Civil. Sin embargo, una deuda a plazo (o a término como dispone el Código Civil cubano cuando regula la materia) sin estar vencida, puede ser exigida por el acreedor – aunque de manera excepcional-, cuando así se haya previsto en el título constitutivo de la obligación, o se derive de la naturaleza o circunstancias de esta, o sea, si el término se constituyó en su beneficio, puede ser exigida la deuda, aunque no estemos en presencia de una deuda vencida, pues el vencimiento supondría el advenimiento del tiempo previsto para su cumplimiento al llegar el plazo fijado.

En sede de imputación de pagos, si el acreedor no ha exigido ninguna de las deudas, ha de entenderse aplicado el pago realizado a la deuda que primeramente venció. De la redacción del inciso c) del artículo 239.3 del Código Civil cabe colegir que varias deudas son exigibles, tras su vencimiento, pues otra idea no da la expresión “*primeramente haya vencido*”, lo cual supone que hay más de una deuda vencida, de lo contrario se hubiere dicho “a la deuda vencida”. La regla contenida en el inciso c), aunque independiente, hay que interpretarla en relación con la precedente, regulada en el inciso b), de manera que de ser varias las deudas exigibles por vencimiento, lo cual favorecería la duda, de efectuar el deudor un pago insuficiente, y no existir una de ellas que haya sido la primeramente exigida (supuesto que permitiría aplicar la regla prevista en el inciso b)), entonces hay que acudir al vencimiento. Si varias de esas deudas son exigibles, es porque son susceptibles de reclamación por el acreedor, en principio, con éxito para él. Ante tales circunstancias, no se toma en cuenta la fecha o data de constitución de la obligación, o sea su antigüedad, sino la fecha de vencimiento, *v.gr.*, en el caso de una obligación a término, constituido este a favor del acreedor, ha de entenderse por vencida, no desde que se hizo exigible, sino desde que sobrevino el término, exigible pudo haber sido antes por el acreedor, que como tenía el término a su favor, en cualquier momento podía reclamar del deudor su cumplimiento, pero vencida solo estuvo, en la fecha en que sobrevino el término fijado. Tal fecha sería la que se tendría en cuenta para, en caso de darse las demás circunstancias, aplicar la regla legal contenida en el inciso c) del artículo 239.3 del Código Civil.

3.1.4. *La regla de proporcionalidad, de haber vencido varias al mismo tiempo: excepción legal a la indivisibilidad del pago*

Por último, se establece el criterio de la proporcionalidad que desplaza el de la exigibilidad. Si resulta que varias deudas vencieron al mismo tiempo, y en consecuencia son exigibles, y no hay imputación voluntaria, por disposición legal se establece el prorrateo de las deudas en proporción al valor de cada una, en correspondencia con el valor que representa la prestación ejecutada.

El dilema teórico que ofrece el tema es si es posible o no, compeler por ley al acreedor a recibir un pago parcial, que rompería con la integridad del pago. “El pago, para ser regular y determinar la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor, debe ser íntegro, lo que significa que el deudor debe prestar todo aquello que hubiere sido programado en la obligación y que apareciese comprendido dentro de ella”³¹⁸. Digamos que esta regla de cierre está formulada en la mayoría de los códigos civiles³¹⁹, como última alternativa que al decir de OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE al estudiarla en el Código Civil peruano “más que por su utilidad práctica, es el complemento de una hipótesis teórica difícil de presentarse”³²⁰. Lo que sí que es dable apuntar es que la aplicación de esta última regla no es automática, sin más. El acreedor puede evitar su aplicación, si en la oportunidad del pago que realiza el deudor, rechaza la prestación por ser este pago irregular cuando su monto o cuantía no satisfaga ninguna de las deudas, o satisfaciendo unas, resulta parcial respecto de otras. Recordemos que la aplicación del artículo 239.3 del Código Civil cubano es supletoria, y solo cabe cuando el acreedor no

³¹⁸ Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, II, cit., p. 576.

³¹⁹ Vid. artículo 316.2 *in fine* del Código Civil de Bolivia, artículo 783.4 del Código Civil de Costa Rica, artículo 1174, segundo párrafo, del Código Civil de España, artículo 1406 *in fine* del Código Civil de Guatemala, artículo 1439, segundo párrafo, del Código Civil de Honduras, artículo 2053, segundo párrafo, del Código Civil de Nicaragua, artículo 591, tercer párrafo, del Código Civil de Paraguay, artículo 1259 *in fine* del Código Civil de Perú, artículo 1480 *in fine* del Código Civil de Uruguay, artículo 784.2 del Código Civil de Portugal, artículo 1305 *in fine* del Código Civil de Venezuela, artículo 1256 *in fine* del Código Civil de Francia.

³²⁰ OSTERLING PARODI, F. y M. CASTILLO FREYRE, “La imputación...”, *cit.*, p. 20.

ha objetado el pago, por falta de control del cumplimiento prestacional que a él le incumbe. Eso sí, como arguyen BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y VALLADARES RASCÓN, en el contexto de la imputación legal supletoria reconocida en el artículo 1174.2 del Código Civil español “esa voluntad ha de manifestarse en el momento de recepción de la prestación o inmediatamente después, es decir, en el período de tiempo en que aún está en juego la determinación del destino de pago de la prestación realizada por el deudor, puesto que es entonces cuando ese destino ha de concretarse necesariamente (...) Lo que quiere decir que la mayoría de las veces el acreedor se dará cuenta del efecto perjudicial para él y contrario a sus derechos demasiado tarde para poder ejercer eficazmente estos últimos, rechazando el pago en cuestión. Normalmente esto ocurrirá mucho después de haber recibido la prestación de que se trate (cuando se plantee un conflicto). De manera que (...) ya no será tiempo para un rechazo eficaz del pago, operando la posesión de la cosa junto con la imputación supletoria del artículo 1.174 del Código civil como pago definitivo (...)”³²¹.

De lo que vengo exponiendo cabe deducir que el acreedor puede rechazar el pago parcial ejecutado por el deudor, pero si no lo hace tempestivamente, la ley lo impondrá a través de las reglas que ella misma establece con carácter supletorio, como una excepción a la indivisibilidad del pago o cumplimiento, dando por válido y eficaz el pago realizado. “En conclusión, el orden legal, si no hay imputación voluntaria oportunamente efectuada, impone respecto del pago y sobre los créditos exigibles al deudor, una imputación de carácter supletorio pero definitivo, es decir que, una vez impuesta vincula a las partes lo mismo que la imputación voluntaria y ni el acreedor, ni el deudor, unilateralmente o de común acuerdo, pueden cambiarla en perjuicio de terceros”³²².

³²¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y E. VALLADARES RASCÓN, “Comentarios al artículo 1174”, *cit.*, p. 2,

³²² BORRAJO DACRUZ, E., “La imputación...”, *cit.*, p. 260. Con igual tenor, en la doctrina patria, RAPA ÁLVAREZ, V., *Manual de...*, primera parte, *cit.*, p. 53.

RESUMEN

Se ofrece un análisis preliminar de la imputación de pagos como modo especial de pago o cumplimiento de las obligaciones que opera cuando se practica un pago, insuficiente en el orden cuantitativo, en supuestos de existencia de más de una deuda, homogénea o de la misma especie, constituidas por un deudor frente a un mismo acreedor, de modo que su función jurídica resulta determinar a qué deuda de las varias contraídas hay que aplicar ese pago insuficiente, teniendo a salvo en todo caso los derechos del acreedor. El Código Civil cubano a tal fin se inscribe entre los códigos romanistas que regulan la figura, con la peculiaridad que brinda en todo caso la aplicación del pago a iniciativa del acreedor en tales circunstancias.

PALABRAS CLAVES

Imputación de pagos
voluntaria
legal, exigibilidad
vencimiento, liquidez

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes doctrinales:

ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, tomo II, 4ª edición actualizada, Dislexia virtual, s.l., s.f.; **ACEDO PENCO, Ángel**, *Teoría general de las obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2010; **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo** y **Etelvina VALLADARES RASCÓN**, “Comentarios a los artículos 1272, 1273 y 1274”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo director), tomo XVI, vol. 1º: artículos 1156 a 1213 del Código Civil, 2ª edición, enero 1991, Id. vLex: VLEX-234337, en <http://vlex.com/vid/234337>; **BORDA, Guillermo A.**, *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, tomo I, 9ª edición, actualizada por Alejandro BORDA, La Ley, Buenos Aires, 2008; **BORRAJO DACRUZ, Efrén**, “La imputación del pago (Estudio histórico crítico)”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 8, Madrid, 1955; **CASTÁN**

TOBEÑAS, José, *Derecho civil español. Común y foral*, tomo III – *Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 17ª edición, revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO, Reus, Madrid, 2008; **DÍAZ PAIRÓ, Antonio**, *Teoría general de las obligaciones*, volumen I, s. Ed., México D. F., 1997; **DELGADO VERGARA, Teresa**, “El cumplimiento o pago de las obligaciones”, en *Teoría general de las obligaciones: comentarios al Código Civil cubano*, Nancy C. Ojeda Rodríguez y Teresa Delgado Vergara, Félix Varela, La Habana, 2005; **DÍEZ-PICAZO, Luis**, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen II – *Las relaciones obligatorias*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996; **DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN**, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Tecnos, 6ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 1992; **KARIM, Vincent**, *Les obligations*, vol. 2 (art. 1497 à 1707 C.c.Q.), 3e édition, Wilson and Lafleur Itée, Montréal, 2009; **LAFAILLE, Héctor**, *Derecho Civil. Tratado de las obligaciones*, tomo I, 2ª edición actualizada y ampliada por Alberto J. BUERES y Jorge A. MAYO, La Ley, Ediar, Buenos Aires, 2009; **LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Patricio RAFFO BENEGAS, Rafael A. SASSOT**, *Manual de Derecho Civil – Obligaciones*, 11ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1997; **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE**, “La imputación del pago”, en www.castilliofreyre.com; **POTHIER, Robert Joseph**, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, 3ª edición, Biblioteca científica y literaria, Barcelona, s.f.; **RAPA ÁLVAREZ, Vicente**, *Manual de obligaciones y contratos*, primera parte, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1997; **ROGEL VIDE, Carlos**, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2ª edición, Reus, Madrid, 2013; **VIDAL RAMÍREZ, Fernando**, “Comentarios al artículo 1256”, en *Código Civil comentado*, tomo VI (Manuel Muro, director), 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

II. Fuentes legales:

Código Civil de la República de Argentina de 25 de septiembre de 1869, con jurisprudencia de la CJSN, edición a cargo de Luis F. P. LEIVA FERNÁNDEZ, La Ley, Buenos Aires, 2009; *Código Civil de la República de Bolivia*, Decreto Ley N° 12760 de 6 de agosto de 1975, edición de 1998; *Código Civil de Brasil*, Ley N° 10406 de 10 de enero del 2002, 4ª edición, ampliada y actualizada hasta el 20 de mayo del 2006, a cargo de Nelson NERY JUNIOR y Rosa Maria DE ANDRADE NERY, Editora RT Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006; *Código Civil de la República de Chile* de 14 de diciembre de 1855, con citas de jurisprudencia, anotaciones y concordancias, actualizada al 15 de enero del 2009, a cargo de Javier BARRIENTOS GRANDÓN, Legal Publishing, Abeledo Perrot, Editorial Jurídica Santiago de Chile, 2009; *Código Civil de la República*

de Colombia, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley 57 de 1887, 3ª edición, Legis Editores S.A., s.l., 1999; *Código Civil de la República de Costa Rica* de 26 de abril de 1886 (revisado y actualizado), 9ª edición, Porvenir, San José, 1996; *Código Civil de la República de Cuba*, Ley N° 59 de 16 de julio de 1987 (Anotado y concordado por Leonardo B. PÉREZ GALLARDO) Ciencias Sociales, La Habana, 2011; *Código Civil de la República de Ecuador*, 7ª edición (Codificación RO-S 104: 20 noviembre de 1970), actualizado a junio de 1997, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, s. l.; *Código Civil de la República de El Salvador*, decretado el 23 de agosto de 1859, ordenada su promulgación por Decreto Ejecutivo de 10 de abril de 1860, publicado en el Diario Oficial el 14 de abril de 1860, actualizado con sus reformas, Ricardo Mendoza Orantes, editor, Editorial Jurídica salvadoreña, 2006; *Código Civil del Reino de España* de 6 de octubre de 1888, 30ª edición, Tecnos, Madrid, 2011; *Código Civil de la República de Francia* de 21 de marzo de 1804, 66ª edición, Petit Codes, Dalloz 1976 – 1977; *Código Civil de la República de Guatemala*, sancionado por Decreto-Ley N° 106 de 14 de septiembre de 1963, en vigor desde el 1º de julio de 1964, AYALA and JIMÉNEZ Editores, Guatemala, C. A.. 1991; *Código Civil de la República de Honduras*, sancionado por Decreto N° 76 de 19 de enero de 1906, Graficentro Editores, Tegucigalpa. s. f.; *Código Civil de la República de Italia* de 16 de marzo de 1942, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 1993; *Código Civil del Distrito Federal de México*, 2ª edición, ISEF, México, 2001; *Código Civil de la República del Perú*, promulgado por Decreto Legislativo N° 295 de 24 de junio de 1984, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición actualizada, Jurista editores, Lima, 2011; *Código Civil de la República de Portugal* de 1966, vigente desde 1967, Livraria Almedina, Coimbra, 1992; *Código Civil de la República de Paraguay*, Ley N° 1183, en vigor desde el 1º de enero de 1987, 3ª edición, Intercontinental Editora, Asunción, Agosto de 1993; *Código Civil de la República Oriental del Uruguay* sancionado en 1914, concordado, edición a cargo de Gustavo Ordoqui Castilla, Ediciones del Foro, Montevideo, 2010; *Código Civil de la República de Venezuela*, reformado en julio de 1982, Editorial PANAPO, 1986; *Código europeo de contratos*, en pdf; *Principios del Derecho europeo de contratos* (versión revisada y completada 1998), en pdf; *Borrador del anteproyecto del Libro IV del Código Civil español de la Comisión general de codificación* (situación al 19 de diciembre de 2007), en pdf; **PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Juliette ALMAGUER MONTERO y Nancy C. OJEDA RODRÍGUEZ** (compiladores), *Compilación de Derecho Notarial*, Félix Varela, La Habana, 2007.

LA TRANSACCIÓN Y SU HOMOLOGACIÓN EN MATERIA LABORAL

*Juan García Vara**

SUMARIO

BREVES ANTECEDENTES. 1. TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL Y TRANSACCIÓN JUDICIAL. 1.1 REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LA TRANSACCIÓN. 1.2 FORMALIDADES. 1.3 CONCURRENCIA DE REQUISITOS Y FORMALIDADES. 2. COMPETENCIA ATRIBUIDA POR LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA, PARA HOMOLOGAR UNA TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL. 3. EL EFECTO DE COSA JUZGADA. CONCLUSIONES.

* Abogado UCV. Ampliación de estudios en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social UCV. Magister Scientiarum UCV. Escolaridad completa en Estudios de doctorado UCV. Profesor Postgrado UCV y UCAB. Juez Superior del Trabajo (Jub). Autor de publicaciones y ensayos. Expositor en congresos, jornadas y talleres en materia laboral. Miembro del Colegio de Abogados del Distrito Capital. Miembro de Número del Instituto Venezolano de Derecho Social. Miembro Titular del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo. Miembro de Número de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo. Miembro Mayor de la Federación Interamericana de Abogados. Miembro de Número de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

BREVES ANTECEDENTES

El CC³²³ establecía, a los efectos de la transacción, que las partes se daban, prometían o retenían cada una alguna cosa, configurándose una mutua concesión para lograr la finalización de un litigio pendiente o precaver uno eventual, participando dicha transacción de la condición de cosa juzgada. El CC vigente³²⁴ incorpora en su articulado de manera contundente que la transacción requiere “recíprocas concesiones”, para poder poner fin a un litigio o precaver uno que pudiera surgir, considerando la transacción como cosa juzgada entre las partes, sin hacer referencia a la homologación.

La CRV³²⁵ establecía, de manera clara y determinante, que eran “irrenunciables por el trabajador las disposiciones que la ley establezca para favorecerlo o protegerlo”, negando la posibilidad de transacción, porque al transar un derecho se estaba renunciando al mismo, por lo menos parcialmente.

El CPC³²⁶, por su lado, no hace referencia a las recíprocas concesiones, pero si establece que la transacción celebrada entre las partes tiene la misma fuerza que la cosa juzgada; además, señala que la transacción pone fin a un proceso pendiente³²⁷. Si quisiéramos aplicar por analogía el contenido del texto adjetivo civil, tendríamos que concluir que la transacción judicial es para poner fin a un juicio vigente, donde se ha impuesto una contención, no para un acuerdo extrajudicial entre partes.

³²³ Código Civil (1916), artículos 1770 y 1778

³²⁴ Código Civil (1982), artículos 1713 y 1718

³²⁵ Constitución de la República de Venezuela (1961), artículo 85

³²⁶ Código de Procedimiento Civil (1990), artículo 255

³²⁷ *Ibidem*, artículo 256

Posteriormente la CRBV³²⁸ también contiene un enunciado sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales, negando la posibilidad de renuncia o menoscabo de esos derechos laborales; no obstante, flexibiliza un tanto la prohibición cuando permite la transacción y convenimiento de esos derechos laborales, pero limitado a la circunstancia que haya finalizado la relación laboral y que se observen los requisitos establecidos en la ley para transigir derechos laborales.

En cuanto a los textos legales y reglamentarios en materia laboral propiamente dicha, la LOT³²⁹ establece la prohibición sobre la renuncia de las disposiciones que favorezcan a los trabajadores, pero señala en el Parágrafo Único de dicha norma que no se impide a las partes poner fin a un juicio pendiente o precaver uno eventual, mediante la celebración de una transacción o conciliación, estableciendo los requisitos para su legalidad, entre los cuales destaca una relación circunstanciada de los hechos que la motiven y de los derechos comprendidos en dicha transacción, para poder determinar por el juez laboral o el funcionario administrativo del trabajo, según sea, a los efectos de una homologación, si ciertamente en el acuerdo escrito se evidencian las recíprocas concesiones.

Continuando con los textos especiales de nuestra materia –laboral–, el RLOT³³⁰ contempla la irrenunciabilidad, desarrollando el principio contenido en la Ley, pero comportando la flexibilidad frente a la norma estricta de la prohibición, esto es, permitiendo irrenunciabilidad de derechos, para aceptar los acuerdos transaccionales.

La posibilidad de la transacción, señala la norma reglamentaria, también está sujeta al cumplimiento de ciertos extremos, entre los que resaltan la relación circunstanciada de los hechos que motivan la transacción, así como la indicación de los derechos comprendidos en ésta. Concluye la norma reglamentaria señalando que la transacción celebrada entre las partes, debidamente homologada por el juez o el funcionario administrativo del trabajo –según el caso– adquiere la condición de cosa juzgada.

³²⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), artículo 89.2

³²⁹ Ley Orgánica del Trabajo (1997), artículo 3

³³⁰ Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (1999), artículos 9 y 10.

El RLOT vigente³³¹ insiste que la transacción sólo es posible una vez finalizada la relación de trabajo, para poner fin a un litigio pendiente o bien para precaver uno eventual, cumpliendo con los demás requisitos formales, entre los que resaltan, que la transacción ha de constar de manera escrita, indicando la relación circunstanciada de los hechos que la motiven y de los derechos comprendidos, no siendo aceptada la simple relación de derechos, y produce efectos de cosa juzgada, debidamente homologada. Si la transacción se presenta ante el funcionario administrativo del trabajo, éste deberá verificar que la actuación de las partes está libre de coacción, violencia, coerción; negada la homologación por el funcionario, se procede como indica la LOPA³³²

El RLOPCYMAT establece, para el caso que se trate de una transacción en materia de salud, seguridad, condiciones y medio ambiente de trabajo, debemos tener en cuenta los requisitos señalados supra y, adicionalmente, que se incluya la oportunidad del pago y que el monto acordado “pagar al trabajador o a la trabajadora sea, como mínimo, el fijado por INPSASEL³³³ en un informe pericial realizado al efecto”³³⁴ (subrayado del autor de este trabajo).

De esta manera el reglamentista ha puesto un tope mínimo para llegar a un acuerdo transaccional entre patrono y trabajador en los casos de salud, seguridad y condiciones y medio ambiente de trabajo. Y aquí nos preguntamos ¿Si se acuerda por las partes un monto superior al fijado por el INPSASEL, dónde está la recíproca concesión del laborante? (subrayado del autor de este trabajo).

Corresponde por último, hacer referencia a la LOTTT³³⁵, cuando contempla la irrenunciabilidad de los derechos laborales de los trabajadores, reiterando la posibilidad de transacciones y convenimientos una vez finalizado el vínculo de trabajo, que versen sobre derechos litigiosos o discutidos, que se presente por escrito, con una relación

³³¹ Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (2006), artículos 10 y 11.

³³² Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), artículo 50.

³³³ Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales

³³⁴ Reglamento Parcial de la LOPCYMAT (2007), artículo 9. No consta en ninguna disposición de la LOPCYMAT esta facultad de INPSASEL, para tener que reglamentarla.

³³⁵ Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012), artículo 19.

circunstanciada de los hechos que la motiven y de los derechos que conforman la transacción

1. Transacción extrajudicial y transacción judicial.

La transacción en materia laboral puede ser extrajudicial o judicial, dependiendo del organismo o funcionario ante el cual se presente la transacción, cuando se persigue la homologación por el ente competente. Hay autores que agregan la transacción prejudicial, celebrada para precaver un litigio futuro.

Si la transacción se presenta en sede administrativa del trabajo, corresponde al funcionario del trabajo –Inspector del Trabajo– impartirle la homologación³³⁶, si, por supuesto, la transacción llena los requisitos legales concurrentes comentados más adelante, independientemente que las partes manifiesten su conformidad con los términos del escrito contentivo de la transacción de los derechos laborales. Si las partes quieren la homologación por la autoridad administrativa del trabajo, la transacción tiene forzosamente que ajustarse a los requisitos legales exigidos por la norma, de manera tal que esté garantizado el principio constitucional³³⁷ sobre la irrenunciabilidad de los derechos que favorecen a los trabajadores.

Si se pretende que la homologación sea impartida por un juez con competencia laboral –transacción judicial–, se requiere que la transacción llene los requisitos legales y que el juez tenga competencia para impartir la homologación, sin que sea obligante para el juez que las partes hayan acordado presentar la transacción en instancia judicial. Las transacciones judiciales producen el mismo efecto de una sentencia, lo que los franceses denominan “transacciones de expediente”, constituyen una sentencia ejecutoriada.

La transacción judicial o la extrajudicial, representan una de las formas de auto composición procesal; al recibir alguna de estas transacciones la homologación, adquiere la misma eficacia de una sentencia, poniendo fin a la controversia.

³³⁶ RLOT, párrafo primero, artículo 11.

³³⁷ CRBV, artículo 89, numeral 2.

Por lo expuesto surge la necesidad de distinguir entre transacción prejudicial (precaer un litigio eventual), transacción extrajudicial y la transacción judicial.

Para concluir en este punto, la ejecución de una transacción depende de la homologación de la misma.

1.1 Requisitos para la validez de la transacción.

Como enunciado inicial, se puede afirmar que la transacción en materia laboral exige mayores formalismos y requisitos que en las otras materias jurídicas.

Independientemente de los requisitos establecidos en la legislación, los cuales mencionaremos infra, hay uno que resalta en primer lugar, cual es, la capacidad para transigir y, de actuar por representación, estar facultado expresamente para ello.

El Código Civil, sobre la capacidad para transar, señala concretamente:

El mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración.

Para poder transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto que exceda de la administración ordinaria, el mandato debe ser expreso.³³⁸ (subrayado del autor de este trabajo).

Y,

Para transigir se necesita tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción.³³⁹ (subrayado del autor de este trabajo).

Por su parte el Código de Procedimiento Civil³⁴⁰ establece:

El poder faculta al apoderado para cumplir todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por la ley a

³³⁸ Artículo 1688

³³⁹ Artículo 1714

³⁴⁰ Artículo 154

la parte misma; pero para convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remates, recibir cantidades de dinero y disponer del derecho en litigio, se requiere facultad expresa. (subrayado del autor de este trabajo).

La LOTTT, en su artículo 19, precisa la irrenunciabilidad de los derechos que favorecen a los trabajadores; la posibilidad de celebrar transacciones que consten por escrito, una vez finalizada la relación de trabajo, sobre derechos litigiosos, dudosos o discutidos, conteniendo “una relación circunstanciada de los hechos que la motiven y de los derechos en ella comprendidos”, encargando a los funcionarios –administrativos y judiciales–, con una referencia directa, de velar por la irrenunciabilidad de los derechos laborales de los prestadores de servicios, lo que conlleva, necesariamente, recordando el contenido del Código Civil³⁴¹, a exigir que se establezcan las recíprocas concesiones; sólo así se podrá verificar si se respetan los derechos laborales irrenunciables.

Estos requisitos son de exigibilidad concurrente, esto es, que deben estar presentes todos en cada transacción que se vaya a celebrar.

Señalamos en una oportunidad³⁴²:

El principio de la irrenunciabilidad es una norma sustantiva de orden público en la legislación laboral venezolana, constituye una de sus notas emblemáticas, junto al principio de la progresividad de los derechos laborales; cualquier acto que vulnere o violente el principio de irrenunciabilidad es nulo. El principio de irrenunciabilidad condiciona la validez de las transacciones; si un acuerdo transaccional quebranta o atenta contra el principio de la irrenunciabilidad de derechos sustanciales laborales, no puede producir efectos jurídicos, es inválido.

Autores patrios se han pronunciado sobre la transacción, particularmente sobre el punto relativo a las recíprocas concesiones: Aníbal Dominici, comentando el artículo 1713 del CC, expone que la causa de la transacción es el litigio pendiente o eventual, que las partes quieren

³⁴¹ Artículo 1713.

³⁴² Sustantivo Laboral en Venezuela, Ediciones Liber, Caracas 2012, pp. 53 y 54.

terminar o precaver por medio de ella... Si las partes no se dan, ceden, reconocen, prometen o retienen alguna cosa, recíprocamente, el acto no será transacción sino renuncia o donación.³⁴³

Luis Sanojo, refiriéndose a la transacción, también concluye en las recíprocas concesiones, agregando: Síguese de aquí que cuando no hay concesiones mutuas, no hay transacción. Cuando no hay tales concesiones, habrá desistimiento, pero no transacción (Omissis)³⁴⁴.

Alejandro Pietri, citando a Savigny, señaló sobre las concesiones en las transacciones que: Toda transacción implica necesariamente un abandono recíproco. Puede, pues, considerársela como una operación parcial y una remisión parcial³⁴⁵.

La Sala de Casación Social del TSJ, en fallo reciente, sobre las recíprocas concesiones, sentó³⁴⁶:

Considera la Sala que al observar la recurrida que en el documento presentado y el pago realizado no hubo concesión por parte de la demandada, concluyendo que no existe transacción, está ajustada a derecho por lo que no resulta aplicable el artículo 1.713 del Código Civil. Igualmente, al no existir transacción por no haberse cumplido el requisito de concesiones recíprocas establecido en el artículo 1.713 referido, tampoco resulta aplicable el artículo 1.718 eiusdem, razón por la cual, la recurrida no incurrió en falta de aplicación de los artículos denunciados.

Exigiendo en el texto de la transacción que se incluyan las recíprocas concesiones, posibilita que el laborante verifique las ventajas de la transacción y qué representan las desventajas por la concesión que otorga sobre los derechos laborales.

1.2 Formalidades

La transacción debe constar por escrito, no puede alegarse una transacción y, menos pretender su homologación, si no constan por escritos los extremos transigidos, es decir las recíprocas concesiones.

³⁴³ Aníbal Dominici, *La Transacción*, Fabreton Editores, Caracas 1991, pp. 7 y 8.

³⁴⁴ Luis Sojo, *La Transacción*, ob cit, p. 19.

³⁴⁵ Alejandro Pietri, *La Transacción*, ob cit. p. 53.

³⁴⁶ Sentencia N° 0434 del 17 de junio de 2013, expediente 11-019.

Adicionalmente, si se actúa por representación, como se señalara supra, la persona que otorga el poder debe tener capacidad para transigir³⁴⁷ y la facultad debe constar expresamente en el instrumento poder, como prescribe la norma específica.³⁴⁸

Además, la transacción sólo es posible efectuarla una vez finalizada la relación de trabajo, esto es, que mientras esté vigente el vínculo de trabajo no podrá acordarse una transacción sobre derecho laborales; no puede el patrono valerse de la circunstancia de la existencia de la relación de trabajo para obtener del laborante su aceptación sobre transacción de derechos surgidos con ocasión de la prestación de servicios personales subordinados. La transacción no puede llevarse a cabo estando pendiente la continuidad de la relación de trabajo o frente a la posibilidad de perder la fuente de trabajo si no acepta los términos que le han ofrecido para dar por terminado el derecho originado por su trabajo.

Uno de los requisitos comentados en precedencia señala que la transacción debe representar para las partes entre sí, recíprocas concesiones, pero estas recíprocas concesiones deben constar en forma clara en el escrito contentivo de la transacción, de manera que el trabajador pueda ciertamente determinar qué parte de sus derechos está cediendo en favor del patrono.

1.3 Concurrencia de requisitos y formalidades

Los requisitos y formalidades enunciados supra deben constar, de forma concurrente, en cada escrito contentivo de una transacción sobre derechos laborales, salvo el instrumento poder, que sólo se exigirán en los casos de actuación por representación.

Si faltara alguno de los requisitos esenciales y formales, no podrá hablarse de transacción y no podrá solicitarse la homologación ante el funcionario competente—juez o inspector del trabajo—; quedará, en todo caso, como comprobante de recibo de sumas de dinero.

³⁴⁷ Código Civil, artículo 1714

³⁴⁸ Código de Procedimiento Civil, artículo 154

Y otro elemento, que no se explana directamente en el escrito transaccional, pero de evidente importancia para la validez, es que el trabajador haya obrado con absoluta libertad, sin constreñimiento, violencia, dolo o engaño, pues de lo contrario, la transacción no recibiría la homologación correspondiente, de ser solicitada por las partes, al haber vicios en el consentimiento.

2. Competencia atribuida por la Sala Político Administrativa, para homologar una transacción extrajudicial

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en relación con la materia de la homologación declara que el Poder Judicial sí tiene jurisdicción para conocer y decidir la solicitud de homologación de una transacción celebrada extrajudicialmente, para lo cual analiza en primer término el contenido del artículo 29 de la LOPT y destaca que la competencia de los tribunales del trabajo está referida para conocer los asuntos de carácter contencioso y que la transacción presentada al tribunal del trabajo para obtener la homologación “fue celebrada extrajudicialmente, esto es, no tiene carácter contencioso”, para concluir que, en principio, “el Poder Judicial no tendría jurisdicción para conocer la solicitud de homologación de la referida transacción”.

Luego argumenta la mencionada Sala en su fallo, que por el principio *in dubio pro operario*, “debe atenderse a la interpretación de las normas que más favorezcan la situación del trabajador y que declarar la falta de jurisdicción frente a la Administración Pública “provocaría una dilación indebida que atentaría contra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva”, para concluir indicando “que ambas partes escogieron la vía judicial como la más idónea para conocer y decidir la solicitud planteada”.³⁴⁹

En el caso bajo análisis de la Sala no existía un procedimiento previo en el cual se hubiese planteado una transacción con el ánimo de poner fin a un proceso, se trataba de una transacción que se llevó a cabo extrajudicialmente.

³⁴⁹ Sentencia N° 3, de 17 de enero de 2013, expediente 2012-0984.

Hay actuaciones que se llevan a cabo en tribunales del trabajo y no constituyen materia de contención, como sería la oferta real, pero es que en estos casos no se le pide al juez ningún pronunciamiento, pues el trabajador está en su absoluto derecho a no aceptar la oferta. La oferta real sólo representa, en materia laboral, la posibilidad de una confesión del patrono sobre una obligación pecuniaria a favor de su trabajador y que para librarse de posibles cargas –intereses de mora y corrección monetaria- ofrece la suma de dinero que creyere adeudar. Al juez no se le pide que en la oferta que señale si el monto consignado es suficiente o si no representa el valor de los conceptos que pudiera adeudar. Por el contrario, en la homologación sí se le exige al juzgador un pronunciamiento, cuidando que no se conculquen los derechos irrenunciables del trabajador.

De acuerdo con el texto correspondiente al fallo de la nombrada Sala, copiado parcialmente supra, se puede resumir el criterio, así:

1. Se fundamenta en el artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo
2. Que la competencia de los tribunales del trabajo está referida para conocer los asuntos contenciosos.
3. Que la transacción fue celebrada extrajudicialmente.
4. Que la transacción no tiene carácter contencioso
5. Que el Poder Judicial no tendría jurisdicción para conocer la solicitud de homologación de la referida transacción.
6. Que por el principio *in dubio pro operario* lo más favorable para el trabajador es que la homologación corresponda a los tribunales del trabajo
7. Que las partes escogieron la vía judicial para que conociera sobre la solicitud de homologación planteada.

Al respecto se observa que el mencionado artículo 29 de la LOPT, establece:

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. (subrayados del autor de este trabajo)

Y con base a esta disposición adjetiva, la Sala Político Administrativa del TSJ concluye que las transacciones extrajudiciales no son asuntos contenciosos del trabajo y, por tanto, en principio, no correspondería su homologación por los tribunales del trabajo, pero luego le atribuye la competencia por el principio *in dubio pro operario* y porque las partes escogieron la vía judicial.

Efectivamente la norma *in comento* no incluye la revisión de las solicitudes graciosas o no contenciosas a los fines de que sean conocidas por los juzgados del trabajo.

De acuerdo con el razonamiento de la Sala, el argumento fundamental para declarar la competencia de los tribunales del trabajo, está en el principio *in dubio pro operario*, no obstante que concluyó en su examen que por el artículo 29 citado, la competencia no era de los tribunales del trabajo, al no tratarse de una situación contenciosa.

El texto constitucional en cuestión, artículo 89, reza:

El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

(Omissis)

3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad. (subrayado del autor de este trabajo).

Por su parte la LOPT³⁵⁰, señala en su artículo 9:

Cuando hubiere duda acerca de la aplicación o la interpretación de una norma legal o en caso de colisión entre varias normas aplicables al mismo asunto, se aplicará la más favorable al trabajador. En caso de duda sobre la apreciación de los hechos o de las pruebas, se aplicará igualmente la que más favorezca al trabajador. La norma adoptada se aplicará en su integridad. (subrayado del autor de este trabajo).

Para la aplicación del principio *in dubio pro operario* —en caso de duda resolver a favor del trabajador— se requiere como premisa fundamental que exista duda, duda sobre la interpretación de una norma legal o duda sobre cuál disposición aplicar en caso de existir varias normas aplicables.

En el caso de la competencia para la homologación de una transacción celebrada extrajudicialmente, lo primero que debemos precisar es ¿cuál es la duda?; porque si no hay duda, no tiene, en este caso, asidero legal el principio *in dubio pro operario* cuando se trata del pedimento de homologación ante un tribunal del trabajo, de una transacción celebrada extrajudicialmente.

No hay duda, porque como se lee de la sentencia de la nombrada Sala, ésta concluye que no existe un procedimiento contencioso para exigir la intervención judicial, porque la transacción es extrajudicial.

La conducta procesal a seguir es la pautada en el RLOT (2006)³⁵¹, esto es, la competencia del Inspector del Trabajo para pronunciarse sobre la solicitud de homologación de la transacción extrajudicial. El

³⁵⁰ Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

³⁵¹ Parágrafos Primero y Segundo del artículo 11 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

artículo 29 de la LOPT se circunscribe a los casos contenciosos, calificación de despido y de amparo; no incluye otro más. El juez decide dentro de un proceso, no puede hacerlo fuera de él; pero tampoco es la solución obligar a las partes a instaurar un proceso para presentar la transacción a los efectos de su homologación.

Aquí no se trata de la duda sobre la aplicación de dos normas de procedimiento. Hay una sola norma, la del artículo 29 de le LOPT, no hay otra norma para aplicar, en caso de duda, el derecho más favorable al trabajador; no tenemos dos normas para comparar, en el supuesto negado que surgiera la duda, sobre cuál es la más favorable.

Un juzgado de instancia, pronunciándose sobre la homologación de las transacciones extrajudiciales, afirmó:

(Omissis) tenemos que la Sala estimó en virtud del principio *in dubio pro operario* consagrado en el numeral 3 del artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe atenderse a la interpretación de las normas que más favorezcan la situación del trabajador; garantizando su tutela judicial efectiva protegida constitucionalmente, visto que ambas partes fueron contestes en escoger la vía judicial para conocer y decidir la solicitud planteada, concluyendo la Sala que de (sic) que en ese caso concreto debía ser homologada la transacción suscrita entre las partes, aun cuando no se tratara de hechos contenciosos, y a pesar que es la Inspectoría del Trabajo el órgano legalmente competente y a través del procedimiento conciliatorio en la vía administrativa de realizar la respectiva homologación de las transacciones que contengan hechos no contenciosos, siendo ese el órgano intermediario para revisar los límites de dichas transacciones, tal y como lo prevé la propia ley *(Omissis)* declara: HOMOLOGADA la transacción celebrada por las partes y se le otorga fuerza y carácter de COSA JUZGADA pasada en autoridad judicial (subrayado del autor de este trabajo).

Es del conocimiento del foro que algunos jueces del trabajo caen en evidentes contradicciones al señalar que la jurisdicción laboral no es competente para homologar una transacción si no ha habido un litigio, si los derechos incluidos en la transacción no han sido discutido en juicio; pero luego empiezan a analizar la transacción para declarar la violación

al principio de irrenunciabilidad de los derechos del laborante. Si no se tiene la competencia, no puede haber pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

Como fácil resulta apreciar, a pesar que el órgano judicial asienta que no se trata de hechos contenciosos y que la Inspectoría del Trabajo es el órgano legalmente competente, en la parte dispositiva del fallo homologa la transacción, con lo cual, a pesar de señalar la competencia a otro ente, procede a decidir como si fuera el organismo competente, apoyándose en el fallo de la Sala Político-Administrativa, mencionado supra, que entre otros argumentos jurídicos, en nuestro criterio, no es vinculante a estos efectos.

El principio constitucional sobre la tutela efectiva, no se ve afectado porque la homologación de la transacción extrajudicial esté a cargo de la autoridad administrativa del trabajo –Inspector del Trabajo–, ni “provocaría una dilación indebida”, y menos resulta contundente el alegato de que las partes escogieron esa vía, porque como sabemos, no son las partes las que establecen o dan competencia a un juez, sino la propia ley. Si las partes se ponen de acuerdo, por caso, para que un juez del trabajo se pronuncie sobre el registro de un contrato colectivo, o fije oportunidad para la celebración de una convención normativa laboral, ello no le dará la competencia al tribunal del trabajo. No son las partes las que establecen la competencia de un tribunal.

En otro orden de ideas, sobre la alegada dilación que pudiera tener la homologación en la sede administrativa, debemos tener en cuenta que en ésta las partes pueden concurrir sin necesidad de patrocinio de letrado, no tienen las partes que distraer tiempo en la búsqueda de un abogado que los representen o asistan, mientras que en los tribunales, cada parte deberá estar representada o asistida por abogado en ejercicio; adicionalmente a esto, la representación judicial se ve limitada en estas actuaciones, porque quien ha de impartir la homologación debe asegurarse que la transacción no está viciada por hechos de violencia, dolo, engaño, que las partes actúan libre de constreñimiento, porque de lo contrario, la transacción resultaría nula, porque ésta debe ser consentida sin coacción o coerción, voluntariamente; verificaciones éstas que no puede estar contenidas en las respuestas del representante judicial, sino que deben surgir de la exposición directa de cada parte.

Recientemente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³⁵², sentó:

Así, en el presente caso, observa esta Sala que los elementos fácticos que revisten el hecho en concreto y que originaron la disputa sobre el cobro de diferencia de los conceptos laborales reclamados por el actor, fueron ampliamente analizados y resueltos tanto en vía extrajudicial, a través de la homologación, por parte del Inspector del Trabajo del Estado Zulia, de la transacción celebrada, como en vía judicial, ante los tribunales de instancia, los cuales declararon con lugar la cuestión previa de la cosa juzgada opuesta por la empresa demandada (*Omissis*)(subrayado del autor del trabajo).

Del criterio expuesto por la Sala Constitucional, se aprecia que se contempla la homologación por vía extrajudicial por ante la Inspectoría del Trabajo; mientras que si se ha interpuesto una acción judicial para reclamar lo transado, sí tienen competencia los tribunales del trabajo, para decidir la excepción de cosa juzgada, no para solicitar la homologación de una transacción extrajudicial.

3. El efecto de cosa juzgada

Uno de los efectos principales que tiene la transacción debidamente homologada es la cosa juzgada.

Sobre la cosa juzgada, en relación con el alcance de los conceptos que la integran, se concluye que no se puede incluir en una transacción la renuncia de cualquier otro reclamo, porque la cosa juzgada aplica sólo al contenido de la “relación circunstanciada de los hechos que la motiven y de los derechos en ella comprendidos”.

En efecto, la Sala de Casación Social, en fallo dictado hace poco, ha sentado³⁵³:

³⁵² Expediente N° 13-0441, sentencia N° 1293, del 08 de octubre de 2013

³⁵³ Sentencia N° 0403, de fecha 12 de junio de 2013

Cuando, al decidir un juicio por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos derivados de la relación de trabajo, el juez encuentra que se ha alegado y probado la celebración de una transacción judicial (...) y que la misma ha sido debidamente homologada, lo que debe hacer es determinar si todos los conceptos demandados se encuentran comprendidos en la transacción celebrada, pues sólo a éstos alcanza el efecto de cosa juzgada.

(*Omissis*)

Del extracto jurisprudencial transcrito, se colige que al ser alegada la existencia de la cosa juzgada, en virtud de un acuerdo transaccional celebrado ante el órgano administrativo del trabajo, el *ad quem* debe verificar que exista identidad en el objeto, es decir, que la demanda verse sobre los mismos conceptos, la identidad entre los sujetos, y que el acuerdo transaccional derive del mismo título, es decir, de la misma relación laboral.

Ciertamente en el escrito contentivo de una transacción, aun con la declaratoria de homologación, no puede extenderse en sentido global para pretender abarcar todos los derechos surgidos de la prestación del servicio. Deben estos especificarse puntualmente, para poder establecer las recíprocas concesiones. No resultaría válida ninguna acotación expuesta en sentido general, no produciría efectos, como sería, por caso, “se incluye en esta transacción cualquier otro concepto originado por la prestación de servicios”

Mas allá de lo expuesto en precedencia, el sábado 16 de noviembre de 2013, en la celebración del IV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo del Instituto Venezolano de Derecho Social (IVDS), me correspondió dictar una ponencia que fue titulada “La transacción y su homologación en materia del trabajo” y en ella hice especial análisis de la sentencia de la Sala Político-Administrativa (N° 3, de 17 de enero de 2013, expediente 2012-0984), señalando concretamente que los Tribunales del Trabajo no eran competentes para pronunciarse sobre la homologación de una transacción extrajudicial, porque los dos fundamentos de la decisión de la Sala Político-Administrativa –principio *in dubio pro operario* y la escogencia por las partes para conocer la

jurisdicción laboral— no resultaban procedentes, a pesar que la referida Sala lo sostuvo y mantuvo dicho criterio en varias oportunidades³⁵⁴.

El miércoles 20 de noviembre de 2013, la citada Sala, dicta un fallo³⁵⁵, señalando:

(Omissis) en virtud que es el propio artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el que establece que los Tribunales del Trabajo son competentes para resolver los asuntos “*contenciosos*” del trabajo, y siendo que las transacciones extrajudiciales carecen de tal condición, el Poder Judicial no tiene jurisdicción para homologar las mismas. Así se decide.

Establecido lo anterior, esta Sala Político-Administrativa abandona el criterio respecto a la posibilidad de que los Tribunales con competencia en materia laboral puedan homologar transacciones extrajudiciales, acogido hasta ahora.

De esta manera, la propia Sala deja sin efecto su criterio, concluyendo que los Tribunales del Trabajo no son competentes para pronunciarse sobre la homologación de una transacción extrajudicial, quedando la competencia exclusivamente en la Inspectoría del Trabajo.

CONCLUSIONES

1.- Cuando se trata de la homologación de una transacción extrajudicial, la competencia para impartirla atañe exclusivamente al organismo administrativo del trabajo –Inspectoría del Trabajo–; no es competencia de los tribunales del trabajo pronunciarse sobre la homologación solicitada en una transacción extrajudicial, porque no representa una de las competencias atribuidas para sustanciar y decidir una controversia.

2.- La transacción –para que pueda impartirse la homologación– requiere cumplir con los requisitos exigidos por las normas sustantivas

³⁵⁴ Sentencia N° 00933 del 13 de julio de 2011, expediente N° 2011-0680; sentencia N° 01289 del 01 de noviembre de 2012, expediente N° 2012-1376; sentencia N° 00452 del 07 de mayo de 2013, expediente N° 2013-0157

³⁵⁵ Sentencia N° 1323, expediente N° 2013-0992

y adjetivas que la regulan, principalmente que las partes tengan facultad para transigir, que consten las recíprocas concesiones y que no exista vicio del consentimiento en su celebración.

3.- La transacción debidamente homologada, produce los efectos de la cosa juzgada.

4.- La competencia para pronunciarse sobre la solicitud de homologación de una transacción celebrada extrajudicialmente, incumbe exclusivamente a la autoridad administrativa del trabajo, esto es, las Inspectorías del Trabajo.

COMPÉTENCE-COMPÉTENCE Y LA REMISIÓN AL ARBITRAJE

*Francisco González de Cossío**

* González de Cossío Abogados, SC (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

Hay algo profundo e interesante en la relación entre la remisión al arbitraje y la facultad del árbitro de decidir sobre su competencia (el principio *compétence-compétence*). Su comprensión y correcta implementación es crucial pues implica en esencia un justo medio entre dos polos que incluyen derechos fundamentales. Por un lado, el derecho a que se cumpla el pacto arbitral: el derecho fundamental a acudir al arbitraje. Por otro, el derecho fundamental a obtener justicia estatal: el derecho público subjetivo de tutela judicial. Para explicar por qué, a continuación abordo el significado de *compétence-compétence*, el motivo por el que existe y el dilema que resuelve, no sin antes mencionar el régimen de trasfondo: el derecho público subjetivo a obtener justicia.

Como regla, están los tribunales estatales para resolver los problemas entre particulares. De ello se cerciora la Constitución. El mismo precepto contempla el derecho a no ejercer dicho derecho. Más puntualmente, el derecho a utilizar mecanismos alternativos de solución de controversias. Dicho derecho existe por el simple hecho que hay ocasiones en que lo que más conviene o lo que le puede interesar al gobernado es encausar un problema a uno de los mecanismos que conforman el género de solución alternativa de controversias. Los motivos son diversos, y no son objeto de esta nota.³⁵⁶ Lo que es conveniente aquí mencionar es que si un particular hace uso de dicho derecho, el pacto debe ser respetado.

Aceptado ello, puede suceder que la validez del pacto sea objeto de diferencia de opinión – en sí, una disputa. Esto encierra – o más bien puede encerrar – una ironía. Si una persona considera que no existe la obligación de arbitrar, exigir que se encause en arbitraje la solución a

³⁵⁶ Éstos son abordados en ARBITRAJE, Ed. Porrúa, 4ª Ed. 2014. El marco conceptual detrás de cuándo usarlos está en las páginas 9 y siguientes.

dicha postura es hacer justamente a lo que se opone. Obligarlo a cumplir la obligación cuya existencia cuestiona.

Este es el dilema que deseo comentar en esta nota. Para entender su solución, es necesario tener un cabal entendimiento del principio *compétence de la compétence*.

SIGNIFICADO DE *COMPÉTENCE DE LA COMPÉTENCE*

Compétence, en su mejor expresión, significa que el árbitro es el *primer* juez de su jurisdicción. Es decir, la versión más refinada de *compétence* es que es una *regla de tiempos*: el árbitro decide primero, el juez en definitiva.

El principio es frecuentemente citado como emblemático del arbitraje. Como uno de sus principios más caros. Lo que con menos frecuencia se comenta es la función que cumple. Su por qué y para qué.

Si *compétence* no existiera, tendría que inventarse. El motivo se hace aparente si se considera lo que ocurriría en un mundo *sin* *compétence*.

Un ejemplo puede ilustrar por qué. *A* demanda a *B*. *B* opone como excepción (defensa) que el contrato es nulo. No se trata de una táctica dilatoria o uno de los –frecuentemente vistos– argumentos “escopeta” que cuestionan todo, desde la identidad del tribunal, todas sus órdenes procesales, hasta la marca del café usado en las audiencias. Y por supuesto, *la validez del contrato*. Se trata de un argumento que puede ser exitoso dada la inteligencia con la que se presenta, y sobre todo por que descansa en una norma imperativa contenida en el derecho aplicable que bien puede tener el resultado indicado.

Una respuesta natural es aducir que la cuestión sobre la validez del contrato que contiene el acuerdo arbitral es parte del género de disputas comprendidas en la cláusula arbitral (que dice “Toda disputa de este contrato será ventilada en arbitraje”). Pero ello detona un problema. Si *B* cuestiona la validez del contrato, incluyendo la validez jurídica de las obligaciones contenidas en el mismo, una de las cuales es arbitraje, *exigir* arbitraje invita una discusión semejante a lo que la lógica llama

“afirmar el consecuente”: suponer el resultado. Dar efectos justamente a la obligación que se está cuestionando.

Es en esta coyuntura analítica que entra *compétence*. No es un paso obligado –ni en la lógica ni en la jurídica. Es un paso de política legislativa. En su expresión cruda, *kompetenz* significaba ‘el árbitro es el juez de su jurisdicción’. Su expresión refinada es ‘el **primer** juez de la jurisdicción del árbitro es el árbitro’. ¿Por qué el primer? Por que el juez *final* será el juez estatal competente.

No puede ser al revés –y por tres motivos. Primero, por que el árbitro no puede pasar juicio sobre la determinación del juez. Segundo, si el juez pasara juicio *ex ante* sobre la jurisdicción del árbitro, el efecto sería que para arbitrar, se necesitaría litigar –un contrasentido si se considera que el núcleo de la voluntad de las partes al pactar arbitraje es no litigar. Lo que en el *Liber Amicorum Cremades y Derains* llamé “*La Ironía de Compétence*”:³⁵⁷ para arbitrar sería necesario litigar. Tercero, es válido suponer que éste resultado *lamentable* se tornaría en *insoportable*: cualquier cuestionamiento, sin importar cuán banal e improcedente sea, daría lugar a que tuviera que litigarse judicialmente –probablemente durante años– para que se le dé la razón a quien quería recurrir al arbitraje en primer lugar.

Una táctica dilatoria preciosa por exitosa.

Es lo anterior lo que explica el que exista la decisión de política arbitral que los cuestionamientos sobre la jurisdicción de un tribunal arbitral sean considerados por el tribunal arbitral mismo, salvo casos de nulidad “manifiesta” (según la visión francesa) o “gateway” (en términos de Estados Unidos). Es decir, en su esencia, *compétence* es un principio que da efectos a la voluntad de las partes. Que evita caer en la ironía que para *arbitrar* es necesario *litigar*.

Esto es importante recalcar pues es frecuentemente pasado por alto. Jurisdicciones diversas –a veces por sus máximos tribunales– han errado en este punto. Los motivos han sido entendibles: la preocupación de afirmar el consecuente. Exigir arbitrar cuando se cuestiona todo es suponer demasiado. Sin embargo, conocidos los motivos ya indicados, se torna en entendible y aceptable. Y por ende venerable.

³⁵⁷ Miguel Ángel Fernández Ballesteros y David Arias (eds.), *La Ley*, Wolters Kluwer, 2010.

LA REMISIÓN AL ARBITRAJE

La remisión al arbitraje es la forma en que se implementa lo anterior. Entendido el dilema, la redacción de la norma que acoge el principio no es fácil. Si se mal diseña, puede afectarse un derecho fundamental: ya sea por exceso o por defecto. Por *exceso*, si se encausan al arbitraje casos que deberían ir a los tribunales. Por *defecto*, si se encausan a los tribunales casos que debían acabar en arbitraje.

¿Cómo distinguir?

Los artículos 7° y 25 de Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial N° 36.430 de Venezuela dicen:

El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. ...

El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. ...

El artículo 5° de la Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial N° 36.430 de Venezuela dice:

... En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.

La relación entre ambos preceptos es la esencia de esta nota. Los artículos 7° y 25 contiene el principio: *compétence*. El 5° la manera de implementarlo cuando una de las partes lo incumple: la remisión al arbitraje vía la incompetencia del juzgador a quien le es planteado el asunto amparado por un acuerdo arbitral. Este es —y debe ser— el punto de partida de todo el análisis. No hacerlo sesga. Corre el riesgo de errar por comenzar en un punto de partida diverso al correcto.

Es ante este trasfondo que debe plantearse la incógnita: *¿quid iuris* si existe duda³⁵⁸ sobre la competencia, como resultado de un duda sobre la validez o alcance del acuerdo arbitral?

Esta duda ha enigmado a varios. Después de todo, mucho depende de ella. Una postura sobre-estimulada del arbitraje propiciaría que, quien tiene un duda legítima sobre la competencia, sea turnado al arbitraje —algo injusto, pues no pactó arbitraje. Por otro, que una persona que pactó el arbitraje presumiblemente por su ventaja en velocidad o uni-instancialidad, sea obligada a litigar en varias instancias y durante mucho tiempo, la cuestión sobre si existe un deber de acudir al arbitraje. Y concluida dicha discusión, aún así tiene que litigar su asunto—durante algo de tiempo y varias instancias. Un resultado que hace nugatorio su pacto.

La solución al dilema, el punto medio que no comete el error de defecto ni de exceso, está en comprender la naturaleza de *compétence: una regla de tiempos*. Si una parte cuestiona la validez de un acuerdo arbitral, y por ende, la jurisdicción de un tribunal arbitral, ello debe ser decidido por el árbitro atento a los artículos 7° y 25. Si la duda se presenta al juzgador como motivo para no remitir al arbitraje, conforme al artículo 5°, el juez debe:

1. **Suposición: validez del acuerdo arbitral:** Como punto de partida, el acuerdo arbitral se presume válido, por lo que se debe remitir al arbitraje de inmediato.
2. **Vencimiento de la Suposición:** La determinación del mérito del argumento de invalidez debe ser conspicua. “Notoria”, dice el derecho arbitral mexicano.³⁵⁹ “Manifiesta” dicen los franceses y los peruanos.³⁶⁰ “Evidente” dicen otros. El punto: tiene que ser un motivo casi incuestionable. Axiomático. Si es discutible, *tiene que irse al arbitraje*. Ya tendrá oportunidad el juez de analizar la determinación del árbitro durante el juicio de

³⁵⁸ Por seriedad analítica, supongo que el cuestionamiento jurisdiccional es serio. Que no es fruto de una táctica dilatoria. Después de todo, éstas quedan comprendidas en la regla (remisión), y no detonan el dilema que busca abordar este ensayo.

³⁵⁹ Artículo 1465 del Código de Comercio.

³⁶⁰ Artículo 16(3) y 16(4) del Decreto Legislativo 1071.

nulidad o ejecución del laudo. (Y la carga de la prueba está en los hombros de quien se opone a la remisión.)

3. **Ante la duda, remitir:** Cualquier duda sobre la validez, eficacia o imposible ejecución del acuerdo arbitral debe ser resuelta a favor de la remisión.

COMENTARIO FINAL

Uno de los juristas más influyentes de la historia de Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, observaba que:

The life of the law has not been logic, it has been experience.

[La vida del Derecho no ha residido en la lógica, sino en la experiencia]

Compétence es un producto de la *experiencia*, no la *lógica*. De entender que sin *compétence*, no se lograría la voluntad de las partes, y que se accidentarían procesos arbitrales. Ante ello, *compétence* es la pieza de política legislativa que cambia el cauce natural que generaría problemas.

EL PRINCIPIO COMPETENCIA-COMPETENCIA Y LA FACULTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA DECIDIR SOBRE SU PROPIA, EXISTENCIA

*Pedro Saghy**

* Especialista en resolución de conflictos. Actúa como árbitro y asesor de partes. Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas; D.S.U. en derecho civil, DEA en Derecho privado general y Doctor en Derecho por la Universidad Panthéon-Assas Paris 2. Profesor de resolución alternativa de conflictos, UCAB. Socio de Norton Rose Fulbright, Caracas. pedro.saghy@nortonrosefulbright.com

La doctrina más autorizada en el arbitraje internacional dice que el principio competencia-competencia es “uno de los principios más importantes pero igualmente uno de los más delicados del derecho arbitral”.³⁶¹

Sabemos que este principio tiene dos efectos: uno positivo y uno negativo. El primero, permite que el tribunal arbitral decida sobre su propia competencia. Es el efecto fundamental de este principio. El segundo, obliga a los jueces ordinarios a declararse incompetentes y respetar la prioridad que tiene el tribunal arbitral para determinar si es o no competente para resolver la controversia. Es decir, se trata del principio de incompetencia de los tribunales ordinarios, en presencia de una cláusula arbitral.

En términos básicos, el principio competencia-competencia le otorga al tribunal arbitral la capacidad excepcional de decidir su competencia para resolver la controversia planteada. Así, cualquier objeción sobre la competencia del tribunal arbitral debe ser resuelta por el propio tribunal arbitral.

El beneficio de este principio es indudable: evitar que el simple argumento del demandado sobre la incompetencia interrumpa la misión del tribunal arbitral, hasta que otra autoridad (judicial) se pronuncie sobre el argumento.

La aceptación de este principio no se hizo en ausencia de críticas: ¿si la cláusula es defectuosa (existencia y validez), cómo es que el tribunal arbitral tiene competencia para tomar su decisión? El círculo vicioso era evidente. Luego de interesantes discusiones resulta claro para la doctrina que la fuente de este principio es la legislación arbitral

³⁶¹ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard and Berthol Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 409, # 650.

aplicable y no la cláusula arbitral. Es la ley y no la cláusula arbitral quien le otorga este poder de decisión al tribunal arbitral.

En resumen, el principio competencia-competencia otorga al tribunal arbitral la competencia de decidir las incidencias que el demandado oponga en relación a su competencia, incluyendo las relativas a la validez de la cláusula arbitral. La nulidad de la cláusula arbitral no afecta esta competencia pues su origen es legal.

Hasta aquí, todo parece claro. Sin embargo, existe una situación en la que la aplicación de este principio resulta algo paradójica, por el desplazamiento de los puntos neurálgicos del problema.

Esto ocurre cuando la objeción que debe resolver el tribunal arbitral se refiere a su propia existencia. En otras palabras, cuando la incidencia sobre la competencia que debe resolver el tribunal arbitral se refiere a su calificación como “tribunal” y por lo tanto sobre su facultad para tomar cualquier decisión.

En la práctica, creo que esta paradoja pudiera presentarse en diferentes formas y circunstancias. En mi experiencia como árbitro, recientemente tuve la oportunidad de confrontarla cuando tuvimos que revisar si los árbitros habíamos sido correctamente designados. Es decir, si se había cumplido con el procedimiento acordado por las partes para el nombramiento de los árbitros.

Evidentemente, la duda era razonable. De lo contrario, el tribunal arbitral hubiera confirmado su autoridad con la misma fuerza que fue cuestionada, apoyándose en la ley y en la lógica. Sin embargo, al revisar con detalle el acuerdo de las partes surgió no sólo la duda sobre si el nombramiento había sido realizado correctamente sino sobre nuestra propia capacidad para tomar una decisión.

En efecto, al apreciar que los árbitros no fuimos designados correctamente, surgieron las siguientes dudas: ¿qué poder de decisión tienen personas irregularmente designadas? Si los miembros del tribunal no habíamos sido designados correctamente, ¿qué nos diferenciaba de cualquier otra persona para poder escribir algunas ideas en un documento, firmarlo y pretender que las partes debían cumplirlo?; ¿la designación irregular de árbitros tiene algún valor?

El problema no estaba en la cláusula arbitral. El problema era el propio tribunal arbitral y eso nos llevaba a cuestionarnos si la ley nos

otorgaba algún poder. En particular, si podíamos ejercer el principio competencia-competencia. En efecto, para que pudiéramos considerar el ejercicio de la facultad que otorga este principio, teníamos primero que reconocer que éramos un tribunal arbitral.³⁶² Y eso era precisamente lo que estaba en duda. Si decidíamos que el tribunal no había sido correctamente constituido, significaba reconocer que no había tribunal arbitral. Entonces, de nuevo, ¿quiénes éramos nosotros?, ¿cómo podíamos decidir esta situación y qué poder tenía nuestra decisión?

La competencia de los jueces proviene de la ley y la designación de la persona con facultad para ejercer esos poderes (el juez) consiste en un acto oficial. Sin embargo nunca veremos a un juez decidiendo una controversia sobre su propio nombramiento. Se trata de dos situaciones jurídicas distintas, que no pueden ser tratadas ni en el mismo procedimiento ni por el mismo juez.

En el arbitraje, es diferente. El poder de los árbitros para tomar decisiones proviene de la voluntad de las partes. Incluso en los casos en lo que la designación la hace una institución (centro de arbitraje, juez, etc.) se procede de conformidad con lo acordado por las partes, bien de forma directa según expresado en la cláusula arbitral, bien de forma indirecta aplicando el reglamento escogido por las partes. Así sucedió en nuestro caso.

La pregunta es ¿pueden los árbitros cuestionar su propia designación?, ¿Esta decisión forma parte de las facultades otorgadas por el principio competencia-competencia?

Después de mucho reflexionar, se decidió que efectivamente la designación de los árbitros había sido contraria a lo acordado por las partes. En consecuencia, se declaró la incompetencia y se ordenó la reposición del procedimiento para realizar una nueva designación.

A pesar de la decisión la duda persistió. ¿El tribunal decidió ejercer el principio competencia-competencia o por el contrario reconoció que

³⁶² Ley de Arbitraje Comercial venezolana. “Artículo 7: El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia...”. (subrayado agregado).

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. “Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia...”(subrayado agregado).

en vista de los errores en su nombramiento era incompetente para tomar cualquier decisión?

En nuestra opinión, entendemos que en este caso existía un tribunal arbitral, a pesar de que su nombramiento había sido cuestionado. Sin embargo, mientras no se tomase la decisión que reconociera la irregularidad del nombramiento, sólo había argumentos a favor y en contra de la existencia del tribunal arbitral y sus facultades.

En consecuencia, el tribunal arbitral podía ejercer todos sus poderes, incluyendo el principio competencia-competencia que le otorgaba la capacidad de decidir sobre su propia competencia, lo que en nuestra opinión debe interpretarse en el sentido más amplio.

Lo interesante de este caso es la transferencia del centro de gravedad del problema. Normalmente, las partes critican la cláusula arbitral y por vía de consecuencia la competencia del tribunal. Esos casos se apoyan en la autoridad del tribunal arbitral para decidir la validez o existencia de la cláusula arbitral. En el caso que hemos comentado, las partes exigen el respeto de cláusula arbitral y rechazan la autoridad del tribunal arbitral. En consecuencia, la decisión se apoya en la cláusula arbitral y decide la validez o inexistencia del tribunal arbitral. Caracas, septiembre 2015.

“UN DISCURSO MEMORABLE”

Hildegard Rondón de Sansó

En el Auditorio de la Antigua Biblioteca de la UCAB, el pasado 29 de noviembre, día de Don Andrés Bello, se celebró un acto en homenaje a los miembros de las Academias Nacionales, que han sido profesores o alumnos de la UCAB. El orador de orden para la ocasión fue el Académico de la Lengua, Horacio Biord Castillo, Doctor en Historia y Jefe del Centro de Antropología del Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas.

Señaló el disertante que como en otras esferas, las corrientes que han predominado en las universidades y en las academias son: *la globalización*, fuerza centrípeta que tiende hacia la uniformidad y, *la particularización*, tendencia centrífuga que por el contrario, busca la diversidad. Estas fuerzas actuaron sobre la sostenibilidad de la sociedad industrial que fuera hasta fecha cercana, el paradigma del desarrollo, cuyas bases quedaron afectadas por lo que el orador definiera como “*quiebre*” de la modernidad, que se produjo a mediados del siglo XX, en virtud de los horrores bélicos, del lanzamiento de las bombas atómicas, de la guerra fría y de sus muros de odio. Tales sucesos conformaron el fracaso de tesis como las del socialismo real y la de las recetas neoliberales.

Analizó el autor con pinceladas rápidas pero tajantes, nuestra época de cambios, retos, dilemas; dogmas convertidos en falacias que, llevados a Latinoamérica, una región de contrastes entre sus enormes riquezas naturales y la expansión económica de alguna de ellas, y las desigualdades existentes, obliga a **convocar diálogos constructivos y no excluyentes que se traduzcan en nuevos pactos sociales.**

Biord propone una renovación ante los retos de la nueva época que revalorice nuestras instituciones una vez que sean depuradas, mediante cambios tecnológicos en los modelos productivos, en los patrones de consumo y quizás también de una nueva conciencia cosmogónica

y antropológica. Todo ello lo ve posible en una América Latina con su identidad geopolítica y lingüística, que deberá operar en bloques y éstos en sub-bloques. Es en este proceso donde está el rol fundamental de las universidades y de las academias, a las cuales corresponde ir a la cabeza de la actualización y de la transformación. Las universidades deben operar en la construcción de esas nuevas reparticiones, no solamente geopolíticas y económicos, sino también epistemológicos. Para obtener estos fines es necesario que la labor de preparación de los estudiantes sea de una gran excelencia en todas las áreas de conocimiento, debiendo incluirse en su formación la capacidad de advertir los retos y dilemas que tendrán que enfrentar como ciudadanos de una localidad, específico o de una esfera regional. Aquí es donde el disertante nos da uno de sus grandes mensajes y es el de que: *no se trata de formar tecnócratas sino seres humanos integrales; ni de formar trabajadores de compañías trasnacionales, sino ciudadanos latinoamericanos conscientes de su papel en un mundo caracterizado por una verdadera universalización. Alerta contra el temor de las universidades latinoamericanas como fábricas de egresados que, por variadas causas, entre las cuales está la de una sensibilidad social escasamente desarrollada, emigren hacia otros bloques del mundo globalizado, defraudando la esperanza de nuestros pueblos, desarraigándose como hombres y mujeres que son nuestra mayor riqueza, e impidiendo la transferencia de conocimientos hacia los sectores más oprimidos.*

A su vez exige de las academias, que han sido censuradas, tildándolas de camarillas fosilizadas operantes solo para la autoalabanza, demostrar su verdadera esencia y contribuir con la responsabilidad de la geopolítica del saber, la formación y la transferencia.

No hay espacio para otros comentarios, pero hasta aquí los efectuados son reveladores de la altura magistral y visionaria ofrecida al país a través de un Discurso Memorable.

**TRABAJOS PREMIO
ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES**

**LA INVIABILIDAD
DEL SISTEMA VENEZOLANO
DE PLANIFICACIÓN CENTRALIZADA
DE PRECIOS**

Luis Fraga Lo Curto

PREMIO VERSIÓN ESTUDIANTES

PREFACIO*

Hemos de aclarar que la razón por la cual consideramos de relevancia capital el estudio del teorema de la imposibilidad del sistema centralizado de precios en el derecho, es la de desmontar los mitos que han dotado de viabilidad económica a las normas de regulación de precios establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

La economía y el derecho son ramas de la ciencia que se encuentran históricamente hermanadas. No es casualidad por tanto, que varios de los más notables estudiosos de la economía hayan sido juristas y viceversa³⁶³. Pero los nexos entre estas dos ciencias no se circunscriben solamente a la historia, ni son puramente anecdóticos. Resulta pues evidente que el derecho produce consecuencias económicas, y esto es así, puesto que la regulación del mercado se manifiesta a través del ordenamiento jurídico. Sin embargo, el derecho por sí sólo es incapaz

* Nuestra pretensión con este trabajo de investigación no es la de servir de bandera de ningún sistema económico, ni tratar de convencer a los lectores en las doctrinas de determinada escuela o corriente del pensamiento. Nuestro único interés, como claramente lo expresa el título, es demostrar, a través de razonamientos de absoluta rigurosidad científica, la inviabilidad del sistema de planificación centralizada de precios que se trata de imponer a los venezolanos. Esta investigación se debe en gran medida a los comentarios y discusiones con los profesores IGNACIO DE LEÓN y JOSÉ MIGUEL AZPURUA-ALFONZO.

³⁶³ ADAM SMITH, MAX WEBER, CARL MENGER, JOSEPH SCHUMPETER, LUDWIG VON MISES, FRIEDRICH HAYEK, entre otros, estudiaron formalmente derecho antes de iniciar sus investigaciones en otros temas que, sin ninguna duda, resultaron fundamentales en el desarrollo de la economía como rama del conocimiento. Por otro lado y por nombrar sólo algunos, tanto RONALD COASE (quien a partir de su teorema del coste social comenzó a analizar las instituciones jurídicas desde la perspectiva de sus consecuencias económicas, fundando así la corriente del *análisis económico del derecho*) como JAMES BUCHANAN (autor de la teoría de la elección pública, que pretende estudiar la voluntad de los burócratas en base a la elección racional y el interés individual), fueron economistas que contribuyeron enormemente en el estudio del derecho.

de explicar una cantidad de fenómenos sociales que ocurren a nuestro alrededor, por lo que se hace necesario recurrir a otras ciencias. Es por ello que consideramos de meritoria utilidad el análisis económico del derecho a los fines de poder comprender con mayor claridad las distintas instituciones jurídicas.

En este sentido, en el presente trabajo analizaremos económicamente las principales normas de regulación de precios en Venezuela. Nuestra principal finalidad es demostrar la inviabilidad del sistema de precios de planificación centralizada, por lo que partiremos describiendo la teoría del valor-trabajo que sirve de base a este sistema, así como la formación de los precios en un régimen económico cerrado. Dicha tarea la haremos desde la perspectiva de la escuela austríaca de economía.

Denominaremos *teorema de la imposibilidad del sistema de precios centralizado* a la integración y síntesis de: 1) La teoría de la imposibilidad del cálculo económico en el socialismo de LUDWIG VON MISES, 2) La teoría de los órdenes espontáneos y el uso de la información en la sociedad de FRIEDRICH HAYEK, 3) La teoría de la función empresarial de ISRAEL KIRZNER y desarrollada por JESÚS HUERTA DE SOTO y 4) La teoría de la elección pública de JAMES BUCHANAN.

Nuestro análisis se limitará a determinar si estas normas son contrarias o no a las leyes universales de la economía, y si la aplicación del sistema centralizado de precios se adapta a la acción humana y al carácter espontáneo de las instituciones sociales, por lo que podríamos enmarcar nuestra investigación dentro del análisis económico del derecho en su vertiente evolutiva³⁶⁴. Este análisis descriptivo será acompañado de una pequeña revisión de algunos datos empíricos que refuerzan nuestra tesis.

La presente investigación se circunscribe dentro de la teoría de la acción humana, y en base a ésta trataremos de explicar de manera resumida los conceptos de *utilidad*, *valor* y *precio*. Por otro lado, analizaremos la incompatibilidad de la noción de *precio justo* con la formación libre de los precios, así como su contradicción con el concepto de justicia como atributo de la conducta humana, para demostrar que el

³⁶⁴ SPECTOR, HORACIO (2004). *Introducción. Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Pág. 13.

sistema establecido en el ordenamiento jurídico venezolano se basa en una noción de precio inexistente y falsa.

Por último, pasaremos entonces a estudiar las inconsistencias teóricas de la regulación de precios en Venezuela, específicamente del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos (en adelante Ley de Costos y Precios Justos), así como su incompatibilidad con las nociones de acción humana, evolución social, orden espontáneo y función empresarial. Nos referiremos con especial fuerza a la nueva Ley de Costos y Precios Justos, puesto que aunque en el pasado han existido regulaciones parciales de los precios (algunas que incluso conviven con la nueva Ley), por primera vez en nuestra historia se pretende aplicar un sistema centralizado de control total y absoluto de los precios, lo cual representa la aniquilación del intercambio voluntario y su sustitución por el sometimiento a la voluntad burocrática. Hoy, como dijo alguna vez el profesor CHESTER WRIGHT, “*la regulación gubernamental de los precios no es una proposición teórica sino un hecho*”³⁶⁵, situación que consideramos justificación suficiente para traer de nuevo a flote las teorías que demuestran su inviabilidad económica.

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO DE PRECIOS

1. ACLARACIONES PRELIMINARES SOBRE EL MÉTODO

El análisis económico del derecho permite estudiar las instituciones jurídicas, ya no sólo desde la perspectiva de su validez frente al resto del ordenamiento, o de su adecuación o no a principios morales socialmente aceptados, sino además de su coherencia con las leyes de la economía, con la finalidad de descubrir si se adaptan a la acción humana, promoviendo eficientemente el descubrimiento empresarial y la coordinación social.

³⁶⁵ WRIGHT, CHESTER W. (1913). *The economics of governmental price regulation*. Pág. 126.

El gran padre del *análisis económico del derecho* fue el recientemente fallecido profesor emérito de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago y Premio Nobel de Economía, RONALD COASE, quien dio inicio a esta corriente a través de la publicación en 1960 de su ensayo *The problem of social cost*³⁶⁶. A partir de COASE, las instituciones jurídicas empiezan a estudiarse de una manera bastante diferente a la tradicional, utilizando los métodos propios de la economía para comprender sus consecuencias. Sin embargo, el análisis económico del derecho está inundado de paradigmas neoclásicos. Esta corriente parte del supuesto de que el individuo es racional y busca maximizar beneficios, y que las normas jurídicas constituyen una estructura de incentivos externos que determinará el comportamiento humano³⁶⁷. Para los neoclásicos, el análisis económico del derecho se limita a determinar si las normas jurídicas son eficientes³⁶⁸ en el sentido paretiano³⁶⁹ o en el mejor de los casos, eficientes bajo el criterio Kaldor-Hicks³⁷⁰, para poder descubrir si el derecho es Pareto-superior o no, por lo que es necesario entonces recurrir a los datos empíricos que así los *demuestran*.

Lo que haremos en esta investigación es totalmente diferente, puesto que utilizaremos el método apriorístico deductivo de la escuela austríaca de economía. Dice el profesor LUDWIG VON MISES que los principios de la economía:

“No derivan de la experiencia. Son como aquellos de la lógica o la matemática, deducibles a priori. No están sujetos a verificación o a falsificación a través de la experiencia o los

³⁶⁶ KIRAF, THIERRY (1998). *Economie et droit*. Pág. 1058.

³⁶⁷ POSNER, RICHARD (2007). *El análisis económico del derecho*. Pág. 26.

³⁶⁸ SPECTOR, HORACIO (2004). *Introducción. Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Pág. 9.

³⁶⁹ Una situación Pareto-superior, llamada así por el concepto de eficiencia del economista italiano WILFREDO PARETO, es aquella donde, luego de una asignación inicial de recursos a una serie de personas, al cambiar dicha asignación se mejora a al menos uno de los individuos sin perjudicar a los demás. Vid: *Ibidem*. Pág. 9.

³⁷⁰ Bajo el criterio Kaldor-Hicks, *“la mera existencia de perdedores no excluye que el cambio sea Pareto-superior; en efecto, podría ocurrir que los ganadores de hecho compensaran a los perdedores de modo que éstos quedarán, por lo menos, igual de lo que estaban antes del cambio”*. Este criterio se basa en la eficiencia del cambio si favorece el aumento de la riqueza. Vid: *Ibidem*. Pág. 12.

hechos empíricos. Estos son tanto lógica como temporalmente anteriores a cualquier comprensión de los hechos históricos. Son el requisito necesario para cualquier apreciación intelectual de los eventos históricos."³⁷¹

Para MISES, el punto de partida del pensamiento económico “no son axiomas elegidos arbitrariamente, sino proposiciones autoevidentes presentes de forma clara y necesaria en todas las mentes humanas”³⁷². Así, partiremos de un axioma autoevidente³⁷³ e irreductible, que es entendido por los seres humanos no gracias a datos empíricos, sino por introspección³⁷⁴, e iremos construyendo supuestos que consideramos relevantes y a través de una cadena de razonamientos lógico-deductivos llegaremos a una teoría universal³⁷⁵.

El axioma central y el punto de partida de la teoría económica es la acción humana³⁷⁶, concepto que explicaremos más adelante. Para los austríacos, los conceptos de eficiencia estática y equilibrio general³⁷⁷ son irrelevantes, puesto que su intención no es estudiar los *estadios finales* de la economía sino comprender el proceso de mercado³⁷⁸. En este sentido, un concepto básico para la escuela austríaca es el de eficiencia dinámica ligado a la creación y coordinación empresarial³⁷⁹. Como veremos más adelante, la información empírica sobre la que descansa la economía neoclásica muchas veces todavía no ha sido creada,

³⁷¹ VON MISES, LUDWIG (1998). *Human Action. A Treatise on Economics*. Pág. 32.

³⁷² VON MISES, LUDWIG (1962). *The Ultimate Foundation of Economic Science. An Essay on Method*. Pág. 4.

³⁷³ Un axioma es una verdad autoevidente porque “no se puede negar su verdad sin caer en la contradicción” HANS-HERMANN HOPPE (2007). *Economic Science and the Austrian Method*. Pág. 18.

³⁷⁴ FACCHINI, FRANÇOIS (2007). *Apriorism, Introspection, and the Axiom of Action: A Realist Solution*. Pág. 234.

³⁷⁵ KARPOUZANOV, MOMTCHIL (2011). *The study of individual action and the pillars of the Austrian School of Economics*. Pág. 16.

³⁷⁶ *Ibidem*. Pág. 17.

³⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 71.

³⁷⁸ KIRZNER, ISRAEL (1997). *Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach*. Pág. 64.

³⁷⁹ Dice el profesor HUERTA DE SOTO (2009) que es dinámicamente eficiente el sistema que “aviva la creatividad empresarial y la coordinación” de los desajustes sociales. Vid: *The Theory of Dynamic Efficiency*. Pág. 21 y 23.

debido a la naturaleza dinámica del proceso empresarial³⁸⁰. La eficiencia bajo los criterios utilizados por la vertiente neoclásica del análisis económico del derecho es, por ende, imposible de determinar³⁸¹. Es por ello que los datos empíricos no sirven para construir sobre ellos la teoría económica, ni para demostrar una ya existente, sino para exponer indicios de la aplicabilidad de aquella que fue desarrollada a priori³⁸², que en nuestro caso será la inviabilidad del sistema venezolano de precios, y sus ineficientes resultados prácticos.

2. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL SISTEMA DE PRECIOS VENEZOLANO

Ahora bien, ciertamente el derecho debe configurarse como un sistema coherente, completo y lógico y a su vez basarse en los valores y principios que informan a la sociedad. Pero esto no es suficiente. El derecho debe ser aplicable de tal forma que el ser humano pueda cumplirlo sin desnaturalizar su conducta. Si uno de los fines del derecho es que sus normas se cumplan, estas normas deben adaptarse a la acción humana y no al revés.

Esta afirmación hace necesario que los juristas conozcan la acción humana, entiendan cómo funciona y qué elementos la componen, para poder construir un derecho eficiente en sus fines y verdaderamente aplicable a la realidad. Es así que nos preguntamos: ¿Es el sistema de planificación centralizada de precios coherente con las leyes universales de la economía? ¿Se adapta a la acción humana?

Dice el profesor GUILLERMO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, que una de las más interesantes paradojas a la que se puede dar respuesta es el atractivo que emana de los sistemas económicos cerrados como el socialismo, pues a pesar de haberse demostrado en numerosas ocasiones sus inconsistencias teóricas, y de haber fracasado todas y cada una de las veces en que ha sido puesto en práctica, sigue siendo un ideal de bastante

³⁸⁰ *Ibidem*. Pág. 41.

³⁸¹ STRIGHAM, EDWARD (2001). *Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planning*. Pág. 48

³⁸² VON MISES, LUDWIG (1998). *Human Action. A Treatise on Economics*. Pág. 37.

influencia en el mundo³⁸³. Añade nuestro autor que el socialismo es una añoranza atávica de los más primitivos instintos de la humanidad, el deseo de regresar a la tribu colectivista, negando así la evolución hacia la sociedad abierta, de relaciones complejas, cuya moral se basa en el intercambio voluntario, la creación individual y la búsqueda constante de la mejora material y espiritual³⁸⁴.

El desconocimiento que tienen de la acción humana quienes respaldan el sistema de precios centralizado, o peor aún, el desprecio hacia ésta, deriva de un pobre entendimiento de la evolución social. El sistema de precios de planificación central conlleva la inútil tarea de conducir colectivamente (y por ende de forma centralizada) la evolución social.

Nos decía FRIEDRICH HAYEK que las similitudes entre la evolución social y la biológica son, en primer lugar, que ambas poseen el mismo proceso de selección³⁸⁵, pues en ambas se elige aquello que permite “*un aumento poblacional y de las riquezas*”³⁸⁶ de la especie humana, y en segundo lugar, que ambos tipos de evolución se caracterizan por desconocer las etapas, procesos y fórmulas necesarias para funcionar³⁸⁷. En efecto se rigen por la regla de la selección, pero la característica principal de esta regla es su espontaneidad, puesto que permite la adaptación humana a situaciones desconocidas e impredecibles³⁸⁸.

La espontaneidad de la evolución social es una característica favorable, pues permite que ésta avance de una forma enormemente más rápida que la evolución biológica³⁸⁹. Debemos decir, por ende, que la estructuración deliberada de etapas, procesos y fórmulas ideales para el desarrollo, es absolutamente contraria tanto a la evolución social como a la evolución biológica, siendo éstas mecanismos de adaptación a futuros eventos desconocidos³⁹⁰ que de ninguna manera pueden ser previstos a través de una pretendida sistematización racional.

³⁸³ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, GUILLERMO (2011) *Civilización, Economía y Orden Espontaneo. La Inviabilidad Evolutiva del Socialismo*. Pág. 4.

³⁸⁴ Ibidem. Pág. 4.

³⁸⁵ HAYEK, FRIEDRICH (1988). *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*. Pág. 6.

³⁸⁶ Ibidem. Pág. 6.

³⁸⁷ Ibidem. Pág. 26.

³⁸⁸ Ibidem. Pág. 25.

³⁸⁹ HAYEK, FRIEDRICH (1988). *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*. Pág. 16.

³⁹⁰ Ibidem. Pág. 16.

La obsesión colectivista de conducir la evolución social mediante estructuras representa una total obstrucción de su normal funcionamiento.

Los sistemas económicos cerrados pretenden estructurar el proceso creativo que produce la evolución social, a través de la conducción de la acción humana. Y cuando hablamos de conducción, no es simplemente una regulación dentro de lo que HAYEK ha llamado *normas de recta conducta*³⁹¹, esas normas que permiten establecer las fronteras entre los derechos y obligaciones de los ciudadanos y que a su vez delimitan la responsabilidad derivada del traspaso ilegítimo de dichas fronteras, sino que su finalidad va más allá, pues pretende modificar, dirigir y gobernar centralizadamente, mediante normas autoritarias y doctrinantes, la acción humana.

El mecanismo más evidente mediante el cual se pretende conducir la acción humana es el sistema de planificación central de los precios. Es por eso que a través de la presente investigación nos preguntaremos si este sistema puede lograr sus objetivos, y cuáles han sido los resultados alcanzados luego de su ejecución práctica.

CAPÍTULO II

NOCIONES GENERALES

SOBRE EL SISTEMA CENTRALIZADO DE PRECIOS

1. LA TEORÍA DEL VALOR-TRABAJO MARXISTA

La teoría marxista del valor se basa en buena parte en las teorías anteriores de ADAM SMITH y DAVID RICARDO. La labor (infructuosa) de KARL MARX fue tratar de darle una explicación a las inconsistencias de los clásicos sobre la medida del valor que desplazaban una larga tradición subjetivista que dominaba Francia, Italia y España³⁹². Para SMITH, “*el valor de una mercancía, para la persona que la posee y no*

³⁹¹ HAYEK, FRIEDRICH (2006). *Derecho, legislación y libertad*. Pág. 113.

³⁹² ROTHBARD, MURRAY (2006). *Classical Economics. An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*. Pág. XI.

piensa consumirla, sino cambiarla por otras, es igual a la cantidad de trabajo que le permite comprar o comandar”³⁹³. Seguía diciendo SMITH, que “*lo que se compra mediante dinero o bienes, se compra con trabajo*”³⁹⁴.

Sin embargo, MARX encontró en esa afirmación una inconsistencia, puesto que como dice FRANCISCO ZAMORA, parecería decir que el valor será “*tanto más grande cuanto más perezoso o menos hábil sea el trabajador que lo produce*”³⁹⁵. MARX pensó entonces resolver este problema, afirmando que la medida del valor no era cualquier tipo de trabajo, sino aquel que se considerara socialmente necesario, en el tiempo socialmente necesario para producirlo³⁹⁶.

Diversos errores³⁹⁷ se han encontrado en la teoría del valor de MARX. En primer lugar, la utilización de la unidad trabajo socialmente necesario, como si dicha información fuese objetiva y de algún modo pudiese ser determinada en unidades de tiempo, cuando que, como veremos más adelante, ese tipo de información es tácita, subjetiva y de imposible transmisión³⁹⁸. Por otro lado, la no consideración de los bienes para los que no es necesario llevar a cabo trabajo alguno, y aun así pueden ser intercambiados y poseen valor, como la tierra, por ejemplo³⁹⁹. Además, la ignorancia en su teoría de la explotación de la preferencia temporal. Como resalta el profesor HUERTA DE SOTO:

*“Pretende, pues, Marx que al trabajador se le pague no el valor de lo que produce, sino sensiblemente más de lo que produce, al exigir que se le abone el valor íntegro de su aportación al proceso productivo, pero valorada, no en el momento en que cada aportación se produce, sino en el momento temporalmente posterior en que el proceso productivo total ya ha sido terminado”*⁴⁰⁰.

³⁹³ ZAMORA, FRANCISCO (1981). *Tratado de teoría económica*. Pág. 138.

³⁹⁴ *Ibidem*. Pág. 138

³⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 155.

³⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 155.

³⁹⁷ Sobre este tema, la objeción intelectual más importante se encuentra en la obra de EUGEN VON BÖHM-BAWERK publicada en 1896 *Karl Marx and the close of his system*.

³⁹⁸ HUERTA DE SOTO, JESÚS (2010). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Pág. 184

³⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 186.

⁴⁰⁰ *Ibidem*. Pág. 186.

Por último, el hecho de que toda la teoría del valor-trabajo desde SMITH hasta MARX se destruye al no poder determinar cuánto vale el trabajo, cayendo en un “*ineludible razonamiento circular que nada explica*”⁴⁰¹. Puesto que el valor del trabajo vendría determinado por “*un valor de coste de reproducción del mismo en términos de los bienes que son necesarios para mantenerlo que, a su vez, estaría determinado por el trabajo incorporado a éstos y así sucesivamente*”⁴⁰². Llevar la teoría objetiva del valor a sus últimas consecuencias, nos permitiría pensar que es posible determinar los precios de los bienes y servicios y por ende, planificar centralizadamente toda la sociedad. Si a esto le agregamos la concepción de que el precio está influenciado por la explotación que lleva a cabo el capitalista sobre la plusvalía, y el odio pernicioso en contra de la propiedad privada sobre los medios de producción, nos encontramos con la legitimación perfecta de los políticos para acabar con el mercado y la propiedad. Una abolición del mercado que se puede dar destruyendo la propiedad privada de los medios de producción y permitiendo un limitado derecho de uso sobre los bienes de consumo.

No podemos llamar propiedad, como lo hacía LUDWIG VON MISES⁴⁰³, a la falsa propiedad marxista sobre los bienes de consumo. La verdadera la propiedad es un derecho pleno, exclusivo y excluyente que tiene como contenido el poder de usar, gozar y disponer de un bien⁴⁰⁴, de cuyo dominio nadie puede ser privado salvo causa de utilidad pública resuelta mediante juicio e indemnización previa⁴⁰⁵. La propiedad marxista sobre los bienes de consumo no es verdadera propiedad, como no es posesión, ni tampoco nuda propiedad, ni siquiera un derecho de usufructo, puesto que se limita a uno solo de los caracteres de la propiedad privada: el *ius utendi* o derecho de uso sobre la cosa. Derecho que además, como demostraremos más adelante, se encuentra supeditado a la voluntad del órgano distribuidor de los bienes de consumo.

⁴⁰¹ Ibidem. Pág. 186.

⁴⁰² Ibidem. Pág. 186.

⁴⁰³ VON MISES, LUDWIG (2012). *Economic Calculation in the Socialist Commonwealth*.

⁴⁰⁴ AGUILAR GORRONDONA, JOSÉ LUIS (2007). *Cosas, bienes y derechos reales*. Pág. 229.

⁴⁰⁵ KUMMEROW, GERT (2002). *Bienes y derechos reales*. Pág. 230.

2. LA DISTRIBUCIÓN DE LOS BIENES CONSUMO EN LA SOCIEDAD CERRADA

La ejecución práctica de la sociedad de economía cerrada se hace a través de dos estrategias: en primer lugar, la colectivización de los medios de producción (que en adelante llamaremos bienes de capital); en segundo lugar, la limitación del derecho de goce y disposición sobre los bienes de consumo. Estas estrategias, que parecen excluyentes, pueden ser llevadas a cabo en conjunto, como veremos luego en el capítulo que dedicaremos a la experiencia venezolana.

Ahora bien, independientemente de cuál de las dos estrategias antes mencionadas se utilice o incluso siendo las dos al mismo tiempo, el primer problema que debe ser resuelto por la sociedad cerrada es la de la distribución de los bienes de consumo. Es irrelevante la forma en que la comunidad sea propietaria de los bienes de capital, también es irrelevante el criterio que utilizará el órgano estatal para distribuir los bienes de consumo entre los camaradas de la sociedad cerrada, si lo hará de acuerdo a las necesidades de cada cual, de acuerdo a la cantidad de trabajo, de forma absolutamente igualitaria o incluso arbitrariamente.

Lo cierto es que en la sociedad cerrada, una autoridad colectiva (llámese Ministerio de Planificación, o más cercano a nuestra realidad, Superintendencia Nacional de Costos y Precios) debe decidir e imponer las necesidades, los gustos y las decisiones de millones de individuos, para así distribuir los bienes de consumo producidos.

Afirmamos que en una sociedad cerrada hay un limitado derecho de uso sobre los bienes de consumo, puesto que los individuos no pueden decidir qué usar, sino que deben elegir entre aquellos bienes que le son impuestos por la autoridad colectiva. La distribución de los bienes de consumo en la sociedad cerrada no es producto de la combinación de las miles de voluntades humanas, sino de aquello que la Administración Pública crea correcto o prioritario para los individuos.

3. LA FORMACIÓN DE LOS PRECIOS EN LA SOCIEDAD CERRADA

El sistema de precios es, como afirmó POPKIEWICZ, “*el eslabón más débil de la teoría y la práctica del funcionamiento del socialismo*”⁴⁰⁶. Los precios, como veremos más adelante, son el producto de dos instituciones sociales de carácter evolutivo. En primer lugar, los intercambios voluntarios y en segundo lugar, el dinero.

Ahora bien, no es decidido por cada uno de los camaradas de la sociedad cerrada, de forma individual, el valor de los bienes y servicios que le son ofrecidos, es decir, el individuo no puede decidir cuál de los medios escasos que le ofrece la naturaleza es mejor para alcanzar sus fines. Los precios, son producto de la valoración subjetiva de millones de individuos intercambiando indirectamente bienes y servicios. Sin embargo, en la sociedad cerrada este intercambio no está permitido. Por ende, los precios monetarios no son producto del intercambio voluntario, sino de decisiones doctrinantes, basadas en lo que la Administración Pública cree y piensa que los individuos valoran más o menos⁴⁰⁷. El dinero y los intercambios voluntarios permiten que las valoraciones de los individuos se transformen en precios de mercado. Por lo que si se destruye a cualquiera de estas instituciones, se volvería imposible realizar los cálculos económicos necesarios para asignar de forma eficiente los bienes y servicios que produce una sociedad. En la sociedad cerrada los precios son fijados de forma centralizada por una autoridad económica.

⁴⁰⁶ POPKIEWICZ, JÓZEF (1973). *Le système des prix en économie socialiste*. Pág. 49.

⁴⁰⁷ Los profesores ROBERT L. SCHUETTINGER y EAMONN F. BUDER han dedicado buena parte de su vida académica al estudio de la historia de los controles de precios, concluyendo siempre que no sólo son una mala fórmula para luchar contra la inflación y la escasez, sino que además son el mecanismo perfecto que empeora ambas. En su libro “*Forty centuries of wage and price controls: how not to fight inflation*”, describen cómo hace más de 4000 años, con el Código de Hammurabi, se realizó un minucioso control de los precios de los bienes y servicios más comunes para aquel entonces, que luego sería copiado por Egipto, Grecia y Roma. Estos hechos han sido recogidos también por los profesores ANTONIO CANOVA, LUIS HERRERA ORELLANA y GIUSEPPE GRATEROL en su reciente libro *Individuos o masa. ¿En qué tipo de sociedad quieres vivir?*

Venezuela, durante más de setenta años, ha vivido intensos controles de precios y brutales estatizaciones que han llevado a la población a una precaria situación de pobreza. El aumento inescrupuloso del capital estatal y el intervencionismo dentro de las relaciones de intercambio voluntario han ido destruyendo el aparato productivo, generando graves problemas de inflación y escasez. A lo largo de las siguientes páginas demostraremos que la abolición de la propiedad privada y la coacción sobre el intercambio voluntario, impiden la formación de los precios, haciendo imposible y caótico este sistema.

CAPÍTULO II LA FORMACIÓN DE LOS PRECIOS EN EL MERCADO LIBRE

1. ACCIÓN HUMANA, VALOR Y UTILIDAD

Para poder determinar la importantísima función de los precios en la economía libre, es necesario primero definir, de la manera más breve posible, las nociones de *acción humana*, *valor* y *utilidad*, conceptos que informan la noción de precio que estudiaremos posteriormente.

Está muy claro que el ser humano actúa, esto es un hecho auto-evidente que no necesita demostración y que no puede ser reducido más allá de sí mismo. La acción humana es el axioma sobre el cual se cimienta toda la teoría económica⁴⁰⁸ y por ello, un concepto para nosotros fundamental. La acción humana, en palabras de su máximo definidor, es una conducta consiente e intencional, una respuesta del ego a los estímulos externos del ambiente⁴⁰⁹. La acción humana no es sólo movimiento, es también pensamiento, es todo acto deliberado y voluntario que lleva a cabo el individuo para alcanzar ciertos *fin*es que son de su interés, utilizando para esto los *medios* escasos que le ofrece

⁴⁰⁸ KARPOUZANOV, MOMTCHIL (2011). *The study of individual action and the pillars of the Austrian School of Economics*. Pág. 17.

⁴⁰⁹ VON MISES, LUDWIG (1998). *Human Action: A treatise on economics*. Pág. 11.

la naturaleza⁴¹⁰. En otras palabras, es el acto enmarcado en la necesidad de los individuos de superar su situación actual, de mejorar.

El ser humano ha logrado evolucionar, no sólo por un instinto de supervivencia animal, sino por un deseo, pensado, racional y planificado de mejorar. El ser humano está constantemente buscando su mejora, y no cualquier mejora, sino una que sea evidente y directamente relacionada con su actuación. La importancia de la acción humana es que a partir de su definición, podemos decir que la *“ciencia económica es aquella que se encarga del estudio de la conducta humana en relación con sus fines y los medios escasos”*⁴¹¹ que le ofrece la naturaleza para alcanzar dichos fines.

La noción de acción humana es indispensable para definir el valor, que según el profesor HUERTA DE SOTO es *“la apreciación subjetiva, psíquicamente más o menos intensa, que el actor da a su fin”*⁴¹². El valor es entonces la apreciación de la búsqueda de desarrollarse a sí mismo, que es el fin del sujeto. Es así que podemos decir que el valor es subjetivo.

Ahora bien, si el valor es la apreciación de los fines del sujeto, la utilidad es *“una idea o información de tipo subjetivo, disperso e inarticulable, es decir, una apreciación o proyección de la mente humana sobre las cosas o medios económicos, psicológicamente tanto más intensa conforme el actor crea subjetivamente que más útil le serán dichos medios para alcanzar los fines perseguidos”*⁴¹³. Dicho de otra forma, la utilidad es la apreciación subjetiva de los medios que sirven al sujeto para alcanzar sus fines, es decir, los medios necesarios para desarrollarse a sí mismo.

Así pues, la acción humana combina la apreciación de los fines que se quieren obtener (valor) y de los medios que se van a utilizar para obtener dichos fines (utilidad). Todo esto inserto en un mundo en

⁴¹⁰ HUERTA DE SOTO, JESÚS (2010). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Pág. 45.

⁴¹¹ ROBBINS, LIONEL (1945). *An essay on the nature and significance of economic science*. Pág. 16.

⁴¹² HUERTA DE SOTO, JESÚS (2010). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Pág. 44.

⁴¹³ *Ibidem*. Pág. 184.

el que los medios para alcanzar los fines de la acción humana son escasos, mientras que las necesidades del ser humano son infinitas. En este sentido, el hombre cuando actúa representa mentalmente una escala de necesidades o valoraciones con arreglo a la cual ordena su proceder⁴¹⁴. Por esta razón, debe priorizar los fines y medios más valiosos. La forma en que lleva a cabo esta priorización es a través de la utilidad marginal decreciente.

2. LA UTILIDAD MARGINAL DECRECIENTE

Así pues, como vimos con anterioridad, siendo los medios escasos, el actor debe determinar cuáles son los fines más valiosos y cuáles son los medios idóneos para satisfacerlos. Cada unidad de medio de que disponga el actor será apreciada en función del fin que desee alcanzar⁴¹⁵.

Entonces, si el fin del actor es la satisfacción de un antojo de azúcar, en primer lugar debe elegir el medio idóneo para ello. Habiendo escogido el chocolate como medio, la apreciación de dicho medio se verá reflejada a través de las unidades de medio necesarias para alcanzar el fin. En este caso en concreto la unidad de medio sería una barra de chocolate. En este sentido, el medio será más o menos valioso dependiendo de la cantidad de unidades de medio (barras de chocolate) necesarias para satisfacer el antojo de azúcar.

Imaginemos que el actor cuenta con tres barras de chocolate. Con la primera barra saciará su antojo de chocolate, la segunda barra podrá almacenarla para otra ocasión y la tercera puede usarla para ser intercambiada por otro bien que necesite. Si el actor pierde una barra de chocolate, no pierde la oportunidad de saciar el antojo, sino la unidad que se encuentra al margen, es decir, en este caso, la posibilidad de intercambiar la barra de chocolate por otro bien. Por lo que el valor de un bien se basa en la utilidad que el sujeto le dé a la unidad de medio que se encuentre en el margen y cada unidad de medio irá perdiendo utilidad a medida que se satisfaga la necesidad del actor.

⁴¹⁴ VON MISES, LUDWIG (1998). *Human Action. A Treatise on Economics*. Pág. 114.

⁴¹⁵ HUERTA DE SOTO, JESÚS (2010). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Pág. 50.

Lo mismo se aplica a las transacciones económicas más complejas, sólo que cambia la unidad de medio, que en vez de una barra, puede ser, un kilo o una tonelada de chocolate, dependiendo de cuáles son las necesidades específicas del sujeto.

La utilidad marginal decreciente es, según el profesor HUERTA DE SOTO, el valor subjetivo de cada unidad de un bien, relevante y perfectamente intercambiable para un actor en el contexto de su acción humana⁴¹⁶. Aunque la utilidad marginal sea una ley universal, se deben tomar en cuenta los detalles propios de cada caso para entender cómo el actor valora el bien. En cada caso particular variará la unidad de medio, aunque el método de valoración siga siendo el mismo.

Sabiendo cuál es la unidad de medio tendremos siempre claro que esta ley opera cada vez que se lleva a cabo una acción humana. Así por ejemplo, en una situación normal, un individuo valora más una onza de oro que un vaso de agua (paradoja del valor), pero en el medio del desierto, a punto de morir de sed, posiblemente ocurra lo contrario. En el primer caso, el actor, sentado en su oficina, con acceso fácil al agua, no está decidiendo entre morir de sed o no, sino posiblemente entre comercializar toneladas de agua o barras de oro. En cada caso hay una diferencia en la utilidad que el actor le dará al bien y también en cuál es la unidad de medio. Mientras en el primer caso la unidad de medio de apreciación del agua se puede medir en vasos, en el segundo caso, la unidad puede ser toneladas.

Puede que cambie entonces la unidad de medio, pero el actor siempre actúa buscando la satisfacción de sus fines. Es por ello que como ha dicho LUDWIG VON MISES, es falso que los bienes y servicios se intercambien tomando en consideración el trabajo que tomó realizarlos, y que por el contrario lo determinante es el valor subjetivo que tengan para el actor en el acometimiento de sus fines⁴¹⁷.

De esta manera es posible que un bien de la misma naturaleza cuya producción resulte más trabajosa, sea menos valioso que otro en el que se necesita menos trabajo para ser concluido. Esto por supuesto acaba

⁴¹⁶ HUERTA DE SOTO, JESÚS (2010). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Pág. 50.

⁴¹⁷ VON MISES, LUDWIG (2012). *Economic Calculation in the Socialist Commonwealth*. Pág. 28.

con la teoría del valor-trabajo de MARX. Elaborar una alpargata a mano es sin duda una artesanía que implica muchas horas hombre de trabajo y dedicación, mientras que un zapato deportivo de una marca reconocida, es confeccionado en tan solo minutos por máquinas dentro de una cadena de producción automatizada. La diferencia entre el precio de una alpargata y un zapato deportivo de una marca reconocida, no viene en modo alguno determinada por la cantidad de trabajo empleado para su confección, sino por el valor que el individuo asigna a cada bien. Parece evidente que el zapato deportivo tendrá un mayor valor, en especial si se impone a los individuos el uso obligatorio de alpargatas.

3. ¿CÓMO SE FORMAN LOS PRECIOS REALMENTE?

Ya vimos cómo los individuos valoran los bienes y servicios en el marco de la acción humana, sin embargo, esta valoración subjetiva y personal no logra definir por sí misma el fenómeno de la formación de los precios.

Sabemos que los precios nacen en el marco de la propiedad privada de los medios de producción, en donde los agentes capitalistas compiten entre ellos, a través de “*un proceso de búsqueda de información relevante*”⁴¹⁸, para llegar al consumidor y obtener la mayor ganancia posible. Los precios nacen en un entorno en el que existe dinero, propiedad privada e intercambios voluntarios. Pero, ¿qué son los precios?

Mientras el valor es una apreciación que puede ser organizada en una escala ordinal (primero, segundo, tercero, etc., me gusta más, menos, etc.), los precios permiten una transformación hacia una escala en números cardinales⁴¹⁹. Así, mientras la escala del valor se limitaría a establecer que un individuo prefiere a “X” sobre “Y”, los precios permiten determinar que “X” es 100 bolívares y “Y” 70.

El intercambio voluntario ocurre porque un individuo “A” tiene un bien “C” que valora menos que otro “D”, y a su vez un individuo

⁴¹⁸ DE LEÓN, IGNACIO (2007). *¿Políticas Antimonopolios o Políticas Anti-Competencia?* Pág. 178.

⁴¹⁹ HUERTA DE SOTO, JESÚS (2010). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Pág. 169.

“B” tiene el bien “D” y lo valora menos que el “C”. El intercambio es entonces la sustitución de un bien de menor valor por otro de mayor valor, desde la perspectiva de cada una de las partes que conforman la transacción. Sin embargo, en esta sustitución simple de un bien por otro, todavía la escala de valoración es ordinal, puesto que el individuo “A” desea más a “D” que a “C” y el individuo “B” lo contrario. Pero para que ocurra esta transacción, debe existir la doble coincidencia de necesidades típica del contrato de permuta, es decir, que “A” quiera el bien de “B” y viceversa.

Sabemos, por supuesto, que esta doble coincidencia es una de las mayores desventajas de la permuta, y que las transacciones económicas que se realizan en la sociedad moderna son de lejos mucho más complejas. Por esta razón, nace un medio de intercambio más eficiente, que permite llevar a cabo transacciones económicas sin el requerimiento de la doble coincidencia de necesidades: el dinero.

Las sociedades monetarias modernas se caracterizan por sus transacciones económicas de tipo indirecto, es decir, no hay un intercambio entre “A” y “B” de bienes “C” y “D”, sino que “A” desea el bien “D” de “B”, pero “B” no desea el bien “C” de “A”, sino uno “E” que está en manos de “F”. De esta forma “A” no puede emplear su bien para obtener aquello que desea, sino que debe conseguir el bien “E” para satisfacer la necesidad de “B”. En este caso no existe un intercambio directo, sino que se tiene que recurrir a otra mercancía como medio de intercambio.

Mientras las sociedades se vuelven más especializadas y el trabajo se divide cada vez más, la necesidad de intercambios indirectos aumenta. De hecho, el intercambio directo y simple que ejemplificamos con anterioridad hoy día es una excepción.

El dinero es una mercancía⁴²⁰. La ventaja del dinero sobre el resto de las mercancías, es que no todas éstas son requeridas por las personas, sin embargo el dinero es universalmente deseado porque puede ser intercambiado por cualquier bien o servicio⁴²¹. En este sentido, el dinero es el medio de intercambio por excelencia y como ha dicho

⁴²⁰ TURGOT (1991) *Reflexiones acerca de la formación y distribución de la riqueza*. Pág. 32.

⁴²¹ DAY, A. C. L. (1967). *Principios de Economía Monetaria*. Pág. 12.

el profesor JAMES-OTIS RODNER, no es un fin en sí mismo, sino un mecanismo que permite obtener otros bienes y servicios, por lo que su valor viene determinado por la capacidad que tiene de ser utilizado para adquirir otros valores⁴²². Dice nuestro autor que además de medio de pago, es un medio de atesoramiento de valor, así como una unidad de cuenta de los bienes y servicios que se encuentran en el mercado⁴²³. El dinero, como apunta LUDWIG VON MISES, es necesario en una sociedad basada en la división del trabajo, y donde existe propiedad privada sobre los bienes de consumo y los bienes de capital⁴²⁴.

Los precios se forman en economías monetarias donde la propiedad de los bienes de capital es privada, y el intercambio de los bienes de consumo es libre y voluntario. Los precios sintetizan la valoración que todos los individuos de cierta sociedad le dan a un bien o servicio, por lo que reflejan las necesidades, los gustos y las elecciones de un gran número de personas⁴²⁵. La modificación de los precios a través del tiempo responde a mecanismos de adaptación social propios de los fenómenos complejos que rigen nuestra sociedad, por lo que para poder entender este fenómeno, es necesario adentrarnos en la teoría de los órdenes espontáneos de FRIEDRICH HAYEK.

4. LOS ÓRDENES ESPONTÁNEOS Y LA EVOLUCIÓN SOCIAL

En nuestra opinión, el aporte más importante de FRIEDRICH HAYEK a las ciencias sociales es su teoría de los órdenes espontáneos. Así como podemos afirmar que LUDWIG VON MISES cambió para siempre la concepción de la economía al definir la acción humana y centrar en ella el estudio económico, también podemos decir, sin exagerar, que la teoría

⁴²² RODNER, JAMES-OTIS (2005). *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*. Pág. 83 y 84.

⁴²³ RODNER, JAMES-OTIS (1988). *Nueva definición del dinero y de la obligación pecuniaria*. Pág. 80.

⁴²⁴ VON MISES, LUDWIG (1953). *The Theory of Money and Credit*. Pág. 29.

⁴²⁵ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, GUILLERMO (2012). *Libertad y orden espontáneo. La inviabilidad económica del socialismo y sus implicaciones ecológicas*. Pág. 53.

de los órdenes espontáneos evolutivos cambió para siempre el estudio de las ciencias sociales en general.

A diferencia de la concepción socialista basada en la transformación histórico-dialéctica del individuo, HAYEK desarrolla su teoría sobre la base de la evolución darwiniana, de la adaptación del individuo a hechos impredecibles y desconocidos⁴²⁶. Las ciencias sociales en general y la economía específicamente, se encargan de estudiar fenómenos sociales complejos dentro de los cuales se encuentran los órdenes espontáneos de modificación evolutiva.

Estos distintos procesos se encargan del ordenamiento de la vida en sociedad, de la convivencia. Los órdenes sociales no son el resultado de la construcción consiente de uno o más sujetos, sino de la interacción entre ellos⁴²⁷. Su nacimiento no se debe ni a la naturaleza, ni tampoco a una estructuración humana deliberada y planificada, sino al ensayo y error típico de la evolución humana. Estos órdenes son, entre otros, el derecho, la moral, el lenguaje, la familia, el mercado, el dinero, etc. Los órdenes que describe HAYEK son instituciones de nacimiento espontáneo porque nadie decidió que debían existir.

La moral, por ejemplo, es el conjunto de principios y valores socialmente aceptados que rigen el comportamiento del individuo frente a sus congéneres y mediante la cual éste decide lo que está bien y lo que está mal, lo que es bondadoso o malvado. Pero la moral no ha sido planificada por nadie. Decía HAYEK que los seres humanos, a través de nuestra evolución, nos hemos dado cuenta de lo que es bueno y lo que es malo, por las consecuencias prácticas que cada uno de nuestros actos ha traído, y en base a esto, hemos decidido calificarlos de morales o no⁴²⁸. Tampoco el dinero es una institución natural, no se encuentra en nuestro entorno salvaje, sino que ha sido creado por el hombre. Ahora bien, su creación no ha sido una imposición deliberada o planificada. El hombre ha mantenido el dinero como medio de intercambio por su facilidad y eficiencia a la hora de realizar transacciones indirectas y

⁴²⁶ HAYEK, FRIEDRICH (1988). *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*. Pág. 25.

⁴²⁷ SANTANATOGLIA, ELIANA M. (2008). *La teoría jurídica de Friedrich A. von Hayek. Sus antecedentes y aportes epistemológicos a la teoría jurídica*. Pág. 168.

⁴²⁸ HAYEK, FRIEDRICH (1988). *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*. Pág. 6.

complejas. El dinero se ha ido transformando a través del tiempo con el fin de adaptarse a las necesidades humanas.

Lo mismo ocurre con el resto de los órdenes espontáneos, cada uno desde una perspectiva distinta. Lo que caracteriza a todos los órdenes espontáneos por igual es su modificación evolutiva, por lo que puede decirse que la teoría hayekiana de los órdenes espontáneos es una teoría que, a través de los fenómenos sociales complejos, intenta explicar la evolución social.

La evolución social es un proceso de transmisión de información de una generación a otra en determinados grupos humanos⁴²⁹. Ya habíamos dicho con anterioridad que la espontaneidad de la evolución social hace que sea infinitamente más rápida que su par biológica, por lo que los intentos colectivistas de conducirla no son más que estorbos que impiden su normal funcionamiento.

La evolución social ha hecho que el hombre pueda desprenderse de los impedimentos biológicos que pesan sobre él. A pesar de que las condiciones genéticas de nuestro cuerpo no nos permitirían sobrevivir por nosotros mismos en la tundra de Groenlandia, la evolución social nos ha permitido encontrar las herramientas necesarias para vivir tranquilamente en esas condiciones. Por eso dice HAYEK que la evolución social avanza con mayor rapidez que la evolución biológica, porque nos ofrece medios que permiten adaptarnos con mayor facilidad.

Consideramos así la posibilidad de afirmar, que si pudiese dársele fecha al comienzo de la civilización, debería ser entonces aquel momento en el que la evolución social superó a la evolución biológica y por ende la supervivencia humana dejó de estar atada a las condiciones genéticas, para depender de la adaptación social. Ese momento debe ser calificado como el triunfo de la humanidad civilizada.

Los mecanismos que nos han permitido alcanzar ese grado enorme de desarrollo y cultura son siempre muy despreciados por el socialismo: el dinero, los intercambios voluntarios, la propiedad privada. Gracias a estos mecanismos es que existen los precios, gracias a los precios se ha facilitado enormemente la cooperación social y el intercambio

⁴²⁹ HAYEK, FRIEDRICH (1988). *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*. Pág. 25.

entre personas desconocidas y gracias a esta cooperación e intercambio, es que muchas sociedades han logrado desarrollarse y conseguir paz social.

Sin embargo, los socialistas no paran de decirnos que el intercambio voluntario y la propiedad privada son contraproducentes, que gracias a estos, los precios se forman de una manera injusta, que privilegia a unos pocos y que excluye a la gran mayoría, pero, ¿qué tan cierto es esto?

5. ¿EXISTEN LOS PRECIOS JUSTOS?

Justo o injusto son calificativos que sólo pueden atribuirse a la conducta humana⁴³⁰. Los demás hechos, independientemente de que nos agraden o no, son ajenos a la justicia.

Para HAYEK, “*aplicar el término justo a realidades distintas a las acciones humanas o de las normas por las que estas se rigen implica un error de categoría*”. De esta forma, concluye: “*nada que no esté sujeto al control humano puede ser justo*”⁴³¹. Por otro lado, dice HANS KELSEN que la justicia es la adecuación de la conducta humana a las normas del orden social⁴³².

Por supuesto KELSEN tenía una concepción de orden social un tanto distinta a la de la tradición austríaca de economía. Para KELSEN las normas del orden social (es decir, el derecho) son premeditadas y diseñadas por el hombre. Este orden social, que puede ser justo o no, tiene como fin último regular efectivamente la conducta humana de tal forma que éste alcance su felicidad social⁴³³. Para HAYEK, el orden jurídico es un fenómeno complejo compuesto a su vez de dos órdenes internos: 1. En primer lugar el *orden cosmos*, una cantidad de valores, principios, costumbres y conocimiento jurídico, inarticulable, no planificado ni diseñado deliberadamente por el hombre, que carece de un origen

⁴³⁰ HAYEK, FRIEDRICH (2006). *Derecho, legislación y libertad*. Pág. 220

⁴³¹ *Ibidem*. Pág. 220

⁴³² KELSEN, HANS (2000). *What is justice? Justice, law and politics in the mirror of sciences*. Pág. 2.

⁴³³ *Ibidem*. Pág. 2.

determinable; 2. Y en segundo lugar el *orden taxis*, que son las reglas y normas positivizadas por el ser humano de distintas maneras (leyes, jurisprudencia vinculante, contratos, normas privadas de convivencia, etc.)⁴³⁴. El orden social de KELSEN se limita al orden taxis que describía HAYEK. Mientras que para éste último, por el contrario, el orden jurídico no sólo está formado por el derecho positivo visible sino también por otra serie de informaciones invisibles.

Para HAYEK el derecho es un orden social espontáneo, complejo, cuya modificación evolutiva implica que ambos órdenes internos (cosmos y taxis) se retroalimentan mutuamente.

La justicia es la adecuación de la conducta humana a los órdenes internos del derecho. Por otro lado, siendo que el orden taxis, es también consecuencia de la conducta humana planificada, éste también puede ser calificado de justo o injusto si se lo compara al orden cosmos, lo cual hace ver que HAYEK utiliza mecanismos propios del derecho para calificar al ordenamiento jurídico, distanciándose así del resto de los iusnaturalistas, del realismo jurídico e incluso de algunos positivistas que en última instancia acuden a la moral. De esta forma pudiésemos decir que la conducta humana que contraría un orden taxis puede ser considerada contraria al ordenamiento jurídico, pero debe ser interpretada de acuerdo al orden cosmos para poder luego ser calificada de justa o injusta.

Ahora bien, que un individuo se lance por la ventana de un rascacielos y no quede suspendido en el aire, no es algo que podamos calificar como justo o injusto, quizá es bueno o malo, pero en definitiva es un hecho natural que no compete a la justicia. Cuando los hechos son naturales, no queda ninguna duda de que la justicia es un calificativo completamente ajeno.

Sin embargo, cuando los hechos calificados como justos o injustos ocurren dentro de los otros órdenes espontáneos, gracias a fenómenos complejos impredecibles y en los que la voluntad humana juega un papel ínfimo, el asunto puede tornarse un tanto difícil.

⁴³⁴ SANTANATOGLIA, ELIANA M. (2008). *La teoría jurídica de Friedrich A. von Hayek. Sus antecedentes y aportes epistemológicos a la teoría jurídica*. Pág. 164 - 167.

Los órdenes espontáneos no son, en efecto, consecuencia directa de la acción humana individualizada y planificada, sino de la interacción social de muchísimas acciones humanas. Su forma de modificación no es, tampoco, la estructuración y planificación de forma directa por el ser humano, sino la adaptación social producto de la evolución por selección. Esto nos hace concluir que todos los hechos que devienen de los órdenes espontáneos, al escapar del control humano, no pueden ser calificados como justos o injustos.

El problema está en determinar cuáles hechos son producto directo de la acción humana y cuáles derivan de los órdenes sociales espontáneos. Así las cosas, en el caso que nos compete, hemos visto con anterioridad que el precio es una noción que se forma como consecuencia de la interacción social entre muchas acciones humanas y cuya modificación en el tiempo atiende a fenómenos sociales complejos que escapan de nuestro control⁴³⁵. En este sentido, los precios no son consecuencia de la acción humana individual, sino el producto de unos ordenes espontáneos en particular, que son el mercado (conjunto de interacciones voluntarias) y el dinero, por lo que no pueden, como mal lo hace nuestro ordenamiento jurídico, ser calificados como justos o injustos.

CAPÍTULO IV LA IMPOSIBILIDAD DEL SISTEMA DE PRECIOS CENTRALIZADO

1. EL CÁLCULO ECONÓMICO Y LA IMPORTANCIA DE LOS PRECIOS

Los agentes que forman parte de la economía necesitan de los precios. Éstos son una información valiosísima que les indicará en qué invertir, cuánto producir, estimar el margen de ganancia o de riesgo. Los

⁴³⁵ Decía el cardenal jesuita JUAN DE LUGO en sus *Disputationes de iustitia et iure*: “*pretium iustum mathematicum, licet soli Deo notum*” (que podría traducirse como “*el precio justo depende de tanto factores que sólo Dios sabe cuál es*”). Vid: HUERTA DE SOTO, JESÚS (2010). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Pág. 101.

precios permiten, parafraseando a MISES, que los actores no tengan que producir y consumir en medio de una oscuridad informativa⁴³⁶.

Sin precios los productores no podrán responder de manera eficiente a las necesidades de los consumidores. Son tan importantes que el profesor JOAQUÍN SÁNCHEZ-COVISA ha dicho que la ausencia de un sistema de precios y la imposibilidad del cálculo económico en el socialismo es la objeción más importante que se puede hacer al sistema de precios centralizado⁴³⁷.

Así pues, el precio es el indicador que permite el cálculo económico, es decir, es el sintetizador de información que permite valorar y distribuir de manera eficiente los recursos existentes. Dice MISES que “*a través del cálculo económico, o bien se efectúa una estimación del resultado de la futura actuación, o bien se cifran las consecuencias de la acción ya practicada*”⁴³⁸.

La importancia del cálculo económico yace en la necesidad de asignar los recursos eficientemente. Este cálculo es hecho por los consumidores y productores, quienes escogen entre las opciones que la economía de mercado les ofrece. Esto nos lleva a concluir que afirmar la imposibilidad del cálculo económico, sería a su vez decir que el sistema de precios centralizado es de imposible realización.

Luego de que en 1920 LUDWIG VON MISES publicara su *Die Wirtschaftsrechnung im sozialistischen Gemeinwesen* (en castellano, *Cálculo Económico en la Comunidad Socialista*), se produce una verdadera discusión sobre la imposibilidad del sistema de precios centralizado. A partir de este momento, quedó demostrado que el sistema de precios de planificación centralizada enfrenta un error intelectual que hace inviable (o en el mejor de los casos, enormemente difícil) su puesta en práctica. Como ha dicho HUERTA DE SOTO:

⁴³⁶ Dice LUDWIG VON MISES (2012) que “*en la comunidad socialista cada cambio económico se convierte en una empresa cuyo éxito no puede ni ser valorado de antemano ni con posterioridad. El actor económico está a tientas en la oscuridad. El socialismo es la supresión de la economía racional.*” Vid: *Economic Calculation in the Socialist Commonwealth*. Pág. 23.

⁴³⁷ SÁNCHEZ-COVISA, JOAQUÍN (1987). *Política y precios*. Pág. 1.

⁴³⁸ VON MISES, LUDWIG (1998). *Human Action. A Treatise on Economics*. Pág. 256.

*“Este debate, por la talla científica de las personalidades implicadas, su nivel teórico e influencias que el mismo ha tenido en el posterior desarrollo de nuestra ciencia, es uno de los más importantes y preñados de consecuencias en la historia del pensamiento económico”*⁴³⁹.

Ya vimos con anterioridad que la formación de los precios en la sociedad cerrada está en manos de una autoridad colectiva, es decir, que los funcionarios del gobierno deben decidir cuáles bienes y servicios son prioritarios y cuáles no, y en qué cantidades se producirán, etc.

Esto resulta bastante engorroso, por no decir imposible, pues como afirma MISES *“ningún hombre por sí solo, puede manejar las innumerables posibilidades de producción, para determinar el valor prioritario de cada una de ellas, sin la ayuda de un sistema de cálculo”*⁴⁴⁰. Antes decía FRIEDRICH VON WIESER que ningún individuo *“podría llegar a informarse de las innumerables posibilidades económicas existentes”*⁴⁴¹.

Pero no se trata sólo del enorme manejo de la información como hizo ver ENRICO BARONE⁴⁴², sino de que la información no puede ser creada en el socialismo, puesto que los precios nacen como consecuencia del rol fundamental que juegan el dinero y los intercambios voluntarios en el proceso de producción. Al eliminar alguna de estas instituciones, no hay precios, por lo que el problema no puede ser resuelto a través ecuaciones de economía matemática⁴⁴³.

Al no haber precios, los agentes económicos carecerán de la información necesaria para llevar a cabo una planificación individual racional, no podrán llevar a cabo cálculos económicos⁴⁴⁴. Los precios determinados por la autoridad colectiva, no son verdaderos precios, puesto

⁴³⁹ HUERTA DE SOTO, JESÚS (2010). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Pág. 157.

⁴⁴⁰ VON MISES, LUDWIG (2012). *Economic Calculation in the Socialist Commonwealth*. Pág. 15.

⁴⁴¹ HUERTA DE SOTO, JESÚS (2010). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Pág. 165.

⁴⁴² Vid: BARONE, ENRICO (1963). *The Ministry of Production in the Collectivist State*. Pág. 245 - 290.

⁴⁴³ Vid: VON MISES, LUDWIG (2000). *The Equations of Mathematical Economics and the Problem of Economic Calculation in a Socialist State*. Pág. 27 - 32.

⁴⁴⁴ ARROUS, JEAN (1990). *Socialisme et planification : O. Lange et F.A. von Hayek*. Pág. 69.

que no surgieron del intercambio voluntario, son valoraciones impuestas basadas en estudios estadísticos, que como veremos más adelante, no pueden determinar el verdadero valor de las mercancías. A pesar de que muchos economistas seguidores del positivismo filosófico han afirmado que el problema de la planificación socialista se encuentra resuelto⁴⁴⁵, muchos piensan lo contrario. LEÓN TROTSKY, por ejemplo, ha dicho que *“la contabilidad económica es impensable sin relaciones de mercado”*⁴⁴⁶.

Lo cierto es que en la práctica, las afirmaciones de MISES parecen arrojar cada vez más indicios de certitud, pues todas y cada una de las economías socialistas han terminado en colapsos terribles, escasez, inflación y hambrunas o simplemente se han transformado en sistemas capitalistas disfrazados, como ocurre hoy en día en China⁴⁴⁷. Así pues, como los planificadores centrales no han podido encontrar un sustituto para el precio libre⁴⁴⁸, y conscientes de que resulta imposible realizar actividad económica alguna sin cálculo económico, han desarrollado una forma parasitaria de subsistencia.

Ya en 1920, MISES advertía que la economía de la Unión Soviética podía mantenerse en pie gracias a que en el mundo existen países libres de donde pueden obtener información para fijar sus precios. Por supuesto esto trajo distorsiones enormes, pero al menos les permitía mantener cierta estabilidad. En este sentido, afirmaba nuestro autor que:

“Lo que es un hecho irrefutable, es que la Unión Soviética no ha empezado a discutir el problema del cálculo económico, ni tiene hasta ahora razón alguna para hacerlo. Para los bienes rusos producidos y comerciados en el mercado internacional, no existen prohibiciones gubernamentales, por el contrario, éstos se

⁴⁴⁵ SCHUMPETER (1983) es un ejemplo de esto. Vid: *Capitalismo, socialismo y democracia*. Tomo I. Pág. 229.

⁴⁴⁶ HAYEK, FRIEDRICH (1945). *The use of knowledge in society*. Pág. 529.

⁴⁴⁷ Sobre este tema es indispensable la lectura de *How China became capitalist* de los profesores RONALD COASE y NING WANG (2012).

⁴⁴⁸ La noción de precio libre es tautológica, pues como afirma DE LEÓN (1994) *“si el precio no refleja la estructura valorativa del mercado (...) no es técnicamente un precio sino un simple número impuesto por la autoridad gubernamental”*. Vid: *Inflación, prácticas monetarias y especulación*. Pág. 266.

valoran en dinero. Ni siquiera el gobierno soviético puede negar la necesidad, confirmada por la creciente cantidad de dinero en circulación, de mantener un sistema de precios, por lo menos durante el período de transición"⁴⁴⁹.

Si analizamos con detenimiento las afirmaciones de MISES, nos encontramos frente a la falla teórica más grave de la sociedad cerrada, puesto que se estaría aseverando que el sistema socialista no es posible, sin que exista un mercado libre de donde se puedan tomar precios de referencia.

Si el socialismo surge como una reacción al capitalismo, resulta increíble y paradójico que dependa de este último para llevar a cabo una actividad de tanta importancia como la asignación de recursos. El socialismo no ha encontrado, hasta ahora, un sistema que pueda sustituir al mercado libre en la eficiente asignación de los bienes y servicios que necesita una sociedad, por lo que toma la información que se genera en los países libres como una referencia para poder determinar sus precios. Sin embargo, como veremos más adelante, incluso esta solución parasitaria es de imposible ejecución, como lo demostró en su momento HAYEK.

2. LA NATURALEZA DE LA INFORMACIÓN Y LOS ÓRDENES ESPONTÁNEOS EVOLUTIVOS

MISES refutó la posibilidad económica del socialismo al afirmar que en ausencia de un sistema de precios libre, de mercado, donde exista propiedad privada sobre los bienes de capital, la información que transmiten dichos precios nunca se genera, lo que imposibilita el cálculo económico y la planificación individual racional, dejando claro que el problema del socialismo no era de manejo de información, sino de generación de la información. Pero HAYEK fue más allá afirmando que el socialismo es imposible por la falta de precios en el mercado, así

⁴⁴⁹ HUERTA DE SOTO, JESÚS (2010). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Pág. 41.

como de cualquier tipo de información, producida por su centralización. HAYEK afirma que siendo el mercado un orden espontáneo que se modifica a través de la evolución social, y siendo que dicha evolución se caracteriza por la adaptación a situaciones impredecibles sobre las cuales no tenemos conocimiento previo, es imposible que el planificador central obtenga la información necesaria para determinar los precios de los bienes y servicios.

La información requerida por el planificador es una información que sólo puede ser generada en los órdenes espontáneos cuya modificación se lleva a cabo, como vimos antes, través de procesos evolutivos complejos, de interacción social libre y voluntaria.

Los precios son, en efecto, “*sintetizadores de información que permiten estimar racionalmente el método menos costoso de producción y conjeturar razonablemente las valoraciones futuras estimadas de la demanda*”⁴⁵⁰, pero no se trata de los precios solamente, sino de toda la información necesaria para planificar la producción de los bienes y servicios de un país.

El error de quienes respaldan la planificación central de los precios es creer que la información está *dada* y que la labor de la autoridad colectiva es tomar esta información y utilizarla para construir un sistema económico planificado y racional⁴⁵¹. El problema de esta concepción es que la información nunca está dada y que por el contrario debe ser creada.

Para HAYEK la discusión no debe centrarse en si la planificación económica debe realizarse o no, sino si esta planificación se llevará a cabo por una sola mente omnipresente y omnipotente o si se llevará a cabo por cada uno de los individuos que conforman la sociedad, tomando en cuenta su experiencia, su conocimiento y sus necesidades⁴⁵².

Ahora bien, el tipo de información necesaria para llevar a cabo una planificación económica, es una que por su naturaleza no puede ser tomada por una autoridad a través de estadísticas⁴⁵³. Esta información,

⁴⁵⁰ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, GUILLERMO (2011). *Civilización, economía y orden espontáneo. La inviabilidad evolutiva del socialismo*. Pág. 9.

⁴⁵¹ HAYEK, FRIEDRICH (1945). *The use of knowledge in society*. Pág. 519.

⁴⁵² *Ibidem*. Pág. 520.

⁴⁵³ *Ibidem*. Pág. 524.

ha dicho el profesor HUERTA DE SOTO⁴⁵⁴, no puede ser obtenida por la autoridad colectiva por cuatro razones:

- a. Primero, por razones de volumen (es imposible que la Superintendencia de Costos y Precios Justos asimile constantemente el enorme volumen de información práctica diseminada en las mentes humanas);
- b. Segundo, dado el carácter esencialmente intransferible a la Administración Pública de la información que se necesita (por su naturaleza subjetiva, práctica, tácita y no articulable);
- c. Tercero, porque, además, no puede transmitirse la información que aún no ha sido descubierta ni creada y que sólo surge como resultado del libre proceso de mercado a través del ejercicio de la función empresarial sometida al derecho;
- d. Y cuarto, porque el ejercicio de la coacción estatal impide que el empresario descubra o cree la información necesaria para coordinar la sociedad.

Siendo que es imposible para la autoridad colectiva tomar la información necesaria para la planificación económica, también es imposible el método ideado por los planificadores centrales de utilizar como base de determinación de los precios las referencias del mercado internacional, para solventar el problema del cálculo económico.

3. LA GENERACIÓN DE LA INFORMACIÓN Y LA FUNCIÓN EMPRESARIAL

Así pues, habiendo afirmado que la autoridad no tiene acceso a los datos necesarios para llevar a cabo el cálculo económico, nos queda describir el proceso mediante el cual se genera dicha información.

Como ha afirmado HUERTA DE SOTO, el cálculo económico es posible gracias a la información que crea y genera el proceso empresarial⁴⁵⁵, por lo que al anular la propiedad privada de los bienes de capital,

⁴⁵⁴ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, GUILLERMO (2011). *Civilización, economía y orden espontaneo. La inviabilidad evolutiva del socialismo*. Pág. 8 y 9.

⁴⁵⁵ HUERTA DE SOTO, JESÚS (2010). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Pág. 196.

y sacar al empresario del proceso de generación de riqueza, éste se hace imposible. Sin embargo, poco se sabe del proceso empresarial y muchas veces es relegado a un segundo plano en el estudio de la economía. Para el *mainstream* económico, el estudio del proceso empresarial se centra en la naturaleza de la empresa como ente organizativo⁴⁵⁶. Desde la perspectiva neoclásica, el empresario es visto “*de forma imprecisa como el dueño de una firma quien, operando en un mercado de equilibrio, tiene la posibilidad de maximizar*”⁴⁵⁷, pero no de obtener un beneficio empresarial puro gracias a los errores de equilibrio entre inputs y outputs. El empresario pareciera no tener ninguna función en el mercado.

LUDWIG VON MISES y FRIEDRICH HAYEK cambiaron esta perspectiva simplista del proceso de mercado. El primero centrando el estudio de la economía en la acción humana, que desde un enfoque empresarial, es el aprovechamiento individual de la incertidumbre⁴⁵⁸. El segundo, entendiendo que el mercado no es un orden donde la información se encuentra dada, sino que esta información debe ser creada a través del proceso empresarial⁴⁵⁹.

Las tradiciones económicas no-austríacas construyen sus teorías sobre la base de modelos de seres humanos, personas ideales: el homo *œconomicus* neoclásico, aquel ser humano que frente a los estímulos del ambiente, reacciona racionalmente maximizando utilidad y procesando adecuadamente la información que conoce; o el hombre nuevo marxista, de carácter altruista y revolucionario, que no actúa para la satisfacción de fines propios sino como un medio social. Sobre la base de un ser humano modélico es muy fácil construir una teoría, pero cuando dejamos al descubierto las inconsistencias del modelo, se derrumba todo intento teórico. Ni el homo *œconomicus*, ni el hombre nuevo, ni ningún otro modelo de ser humano existe, esa es la verdad. Uno de los grandes aportes de la escuela austríaca de economía a las ciencias

⁴⁵⁶ COASE, RONALD (1937). *The nature of the firm*. Pág. 386 y 387.

⁴⁵⁷ KIRZNER, ISRAEL (1997). *Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach*. Pág. 69.

⁴⁵⁸ VON MISES, LUDWIG (1998). *Human Action. A Treatise on Economics*. Pág. 249.

⁴⁵⁹ HAYEK, FRIEDRICH (1945). *The use of knowledge in society*. Pág. 519.

sociales es que a partir de ellos se empieza a construir teoría económica sobre la base de seres humanos reales.

A partir de MISES y HAYEK, se empieza a entender cómo actúa el ser humano para alcanzar sus fines. Se empieza a comprender el rol empresarial del ser humano y su importancia en la generación de riqueza y en la creación de información. En este sentido, nos dice el profesor ISRAEL KIRZNER⁴⁶⁰ que hay dos tipos de información o conocimiento:

1. El primer tipo es aquel para el que existe una oferta y una demanda. Es el que ofrecen las universidades, los libros, las centrales telefónicas, los canales de televisión y que todos los seres humanos demandamos porque conocemos su existencia. En este sentido, es posible que se desconozca el número telefónico de una persona X, sin embargo se sabe que al comprar las páginas amarillas, se encontrará esta información. Se es parcialmente ignorante, puesto que se conoce cómo obtener dicha información.
2. El segundo tipo de información o conocimiento, es uno para el cual no hay oferta, ni tampoco demanda, porque es información que no ha sido creada. Acá la ignorancia es absoluta, *sheer ignorance* dice el profesor KIRZNER. Antes de que existiesen personas que hiciesen zapatos, jamás se hubiese podido obtener información sobre cómo cubrirnos los pies, porque no se sabía que existía esa necesidad, porque no se sabía lo que es un zapato. Todavía nadie había tenido la idea ingeniosa.

Este último tipo de información es generado por la “*percepción de la oportunidad de ganancia que depende de la vigilancia del empresario*”⁴⁶¹. A alguien se le ocurre (porque es más inteligente, porque tuvo suerte, porque estaba más despierto que el resto de nosotros), que los seres humanos necesitamos cubrirnos los pies, y entonces inventa el zapato. Esta actividad o proceso de carácter informativo, es lo que KIRZNER llama *entrepreneurship*, que puede traducirse como función empresarial.

⁴⁶⁰ KIRZNER, ISRAEL (1997). *Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach*. Pág. 72.

⁴⁶¹ TARDIEU, LUC (2005). *La fonction entrepreneuriale dans la firme*. Pág. 4.

El proceso empresarial es característico del ser humano, de su raciocinio, de su imaginación y de su constante búsqueda de la mejora personal. La persona ingeniosa tiene una idea que le hace satisfacer un fin individual: crea el zapato para poder cubrirse los pies, y gracias a esta idea, genera riqueza que favorece a toda la humanidad. Gracias al proceso empresarial, se genera información todos los días, a cada instante. Este proceso permite resolver los desajustes sociales (necesidad de cubrirse los pies y ausencia de zapatos) a través de la búsqueda de ganancia. El ingenio empresarial es un proceso de constante descubrimiento, que no puede ser igualado por una computadora en la oficina del funcionario. El sistema de precios centralizado destruye el proceso empresarial a través de la colectivización de los medios de producción, o a través de políticas económicas coactivas y asfixiantes, ocasionando también la destrucción de la fuente generadora de la información indispensable para producir y distribuir los bienes y servicios que necesita una sociedad.

4. LA ACTUACIÓN POLÍTICA Y LA DETERMINACIÓN DE LOS PRECIOS

Habiendo estudiado el proceso empresarial, nos queda entender cómo se comporta quien aplica el control de precios: el funcionario. Los políticos son vistos como gerentes del interés colectivo⁴⁶². Esto no sólo lo repiten ellos mismos, sino que también lo hacen los teóricos del Derecho Público y los científicos políticos. Es de la creencia corriente que como la función del político es servir a la sociedad, su comportamiento responde al interés general. El político es entonces el altruista por excelencia. Pero, ¿qué tan cierto es esto? ¿Realmente la actuación de los políticos responde a la satisfacción del interés general?

Todos los individuos actúan siempre en la búsqueda de la mejora personal. De eso se trata la acción humana que describía LUDWIG VON MISES, el acto individual, deliberado y voluntario que lleva a cabo el ser humano para alcanzar ciertos fines que son de su interés, utilizando para

⁴⁶² RIVERO, JEAN y WALINE, JEAN (1996). *Droit administratif*. Pág 10.

esto los medios escasos que le ofrece la naturaleza. Esto es una regla general. Los seres humanos siempre, absolutamente siempre, buscamos el interés personal. Incluso en las más nobles, solidarias y filantrópicas ocasiones. El simple hecho de querer hacer algo, demuestra que tenemos interés en ello. Esto no quiere decir que seamos egoístas, sino individualistas porque actuamos de forma voluntaria.

Ahora bien, si la actuación humana es siempre individualista, ¿son los políticos y burócratas una excepción? JAMES BUCHANAN nos decía que no. El individuo no se comporta diferente en el mercado de como lo hace en la arena política, cuando clama actuar por el bien público⁴⁶³.

La importancia de esta afirmación es enorme, puesto que uno de los argumentos del intervencionismo es que los seres humanos somos individualistas y actuamos sólo por beneficio personal, por lo que el Estado debe garantizar que estas acciones no afecten a los menos afortunados. El Estado debe intervenir para equilibrar la búsqueda del interés particular de los individuos con el interés general de la sociedad, debe corregir al mercado. Sin embargo, estas afirmaciones parten del supuesto de que las correcciones políticas del mercado funcionarán perfectamente⁴⁶⁴.

Las políticas públicas, en especial aquellas que se relacionan con el control de precios, tienen como intención arreglar los llamados fallos de mercado⁴⁶⁵, sin embargo el profesor BUCHANAN duda de estos fallos y se pregunta “¿fallos con respecto a qué?”⁴⁶⁶. ¿Cuáles son los

⁴⁶³ BUCHANAN, JAMES (2003). *Public Choice: Politics without Romance*. Pág. 17.

⁴⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 16.

⁴⁶⁵ Los llamados fallos de mercado han sido resumidos por JOSEPH STIGLITZ (2000) en *La economía del sector público*. Éstos son las externalidades positivas y negativas, la oferta incompleta de bienes públicos, el desequilibrio de información, la competencia imperfecta y la inestabilidad de los ciclos económicos. Todos estos fallos han sido demostrados como falsos. El de las externalidades y los bienes públicos por RONALD COASE (1937, 1960 y 1974) en *The nature of the firm, The problem of social cost* y *The lighthouse in economics* y ELINOR OSTROM (1990) en *The government of the commons*. El del desequilibrio informativo y la competencia imperfecta por FRIEDRICH HAYEK (1945) en *The use of knowledge in society* e ISRAEL KIRZNER (1973 y 1997) en *Competition and Entrepreneurship* y *Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach*. Por último, pero no menos importante, el del desequilibrio de los ciclos, por LUDWIG VON MISES (1953) en *The Theory of Money and Credit* y FRIEDRICH HAYEK (1933) *Monetary theory and trade* y en general, a través de toda la teoría austríaca del ciclo económico.

⁴⁶⁶ BUCHANAN, JAMES (2003). *Public Choice: Politics without Romance*. Pág. 16.

parámetros de comparación para afirmar de manera definitiva que el mercado falla? ¿Los programas del gobierno? Los economistas, abogados y científicos políticos asumen de entrada que el mercado falla, pero que las políticas públicas, por el contrario, funcionan perfectamente. Esto es absoluta y rotundamente falso.

BUCHANAN demostró que los políticos y los funcionarios actúan igual que el resto de los seres humanos, es decir, buscan su interés particular y no siempre velan por el resguardo del interés general. Esto es lógico, los políticos y los funcionarios son humanos. Los funcionarios públicos, al igual que el resto de nosotros, buscan constantemente avanzar en su carrera, subir de puesto, obtener mayor salario y mayor influencia, ser más respetados. Los funcionarios públicos no escapan del individualismo característico de nuestra especie.

La diferencia crucial entre el mercado público de las decisiones políticas y el mercado privado del intercambio individual, es que el primero se caracteriza por producir efectos coactivos, mientras que el segundo se caracteriza por su voluntariedad. Resulta entonces gravemente falso que el político, quien responde a sus intereses particulares, pueda lograr un equilibrio entre el interés privado y el interés general.

El político busca la satisfacción personal en un ámbito muy distinto al del resto de los individuos, pues su satisfacción personal depende del dinero público. El mercado público y el privado no se diferencian en las motivaciones de los individuos, sino en la forma en la que se satisface el interés particular. Mientras que el privado satisface sus necesidades a través de medios propios, el político lo hace a través de medios ajenos, los medios de todos los ciudadanos.

Así es como BUCHANAN afirmaba que no son los fallos del mercado a lo que se le debe buscar arreglo, sino a los fallos de gobierno. Lo fallos producidos por el ser humano individualista que tiene además potestades burocráticas a su favor. El individualismo que caracteriza al ser humano, combinado con el poder coactivo del Estado, es un arma peligrosísima.

El sistema de precios centralizado pretende corregir los fallos de mercado poniendo en manos de los políticos la potestad de determinar las valoraciones subjetivas que los individuos dan a los bienes y servicios. Ya hemos demostrado sobradamente que los políticos no pueden

llevar a cabo esta tarea, pero además debemos agregar que si pudiesen hacerlo, lo harían siguiendo su propio interés y no velando por el bien común.

CAPÍTULO VI LA EXPERIENCIA VENEZOLANA

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS A LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS PRECIOS EN VENEZUELA

Venezuela ha transitado el camino del intervencionismo desde sus inicios como República. Luego de mantenerse aislada durante la colonia, el período de lucha por la independencia dejó al país destruido. Mientras el mundo cambiaba gracias al estallido de la revolución industrial, Venezuela seguía manteniendo las instituciones económicas rupestres de la colonia, favorecedoras del proteccionismo y la regulación estatal. En el país se intentaron ejecutar diversos controles con fines loables, que finalizaron en desastrosos resultados. Salvo un cortísimo e infructuoso período durante el primer gobierno de José Antonio Páez⁴⁶⁷, cuando la cartera de Exterior y Hacienda estuvo en manos de Santos Michelena, un gran conocedor de las ideas del liberalismo económico⁴⁶⁸, y durante los breves períodos de gobierno de Juan Pablo Rojas Paúl, Raimundo Andueza Palacios e Ignacio Andrade⁴⁶⁹, en el país no se han experimentado reformas económicas que favorezcan la libertad, el intercambio voluntario y en general, el enriquecimiento.

Desde el Decreto del 9 de septiembre de 1939⁴⁷⁰, los precios de varios bienes y servicios han sido regulados, mediante decretos dictados bajo el amparo de suspensiones o restricciones a los derechos

⁴⁶⁷ Vid: ZAMBRANO SEQUÍN, LUIS (2002). *Reformas económicas liberales en el gobierno conservador*.

⁴⁶⁸ CARRILLO BATALLA, TOMÁS ENRIQUE (2001). *Cuentas Nacionales de Venezuela 1831-1873*. Pág. 17.

⁴⁶⁹ CARRILLO BATALLA, TOMÁS ENRIQUE (2002). *Cuentas Nacionales de Venezuela 1874-1914*. Pág. 19.

⁴⁷⁰ GARCÍA SOTO, CARLOS (2012). *Introducción a la evolución histórica del control de precios en el ordenamiento jurídico venezolano*. Pág. 17.

individuales⁴⁷¹. En el año 1961 mediante el Decreto No. 455 de fecha 23 de enero, se suspendieron las libertades económicas establecidas en la Constitución que ese mismo día se publicaba, con la excusa de mantener mayor control sobre el país, azotado por los movimientos subversivos y las guerrillas de izquierda que actuaban en contra del entonces presidente Rómulo Betancourt⁴⁷². Luego en el año 1983, mediante el Decreto No. 1.971, se establece un sistema que permite el control de precios, sin que deban ser declarados como de primera necesidad los productos destinatarios de la regulación.

La supervisión administrativa en la formación de los distintos precios de bienes y servicios ha pasado por las manos de la Comisión Nacional de Abastecimientos, la Comisión Nacional de Costos, Precios y Salarios, el Instituto para la Defensa del Consumidor, el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y un largo etcétera hasta la actual Superintendencia Nacional de Costos y Precios. Para 1984 se dictó la Ley que creaba la Comisión Nacional de Costos, Precios y Salarios, el antecedente histórico que más se asemeja a la actual Superintendencia, creada en el año 2011, cuando la obsesión reguladora llegó a su cúspide con la promulgación de la Ley de Costos y Precios Justos.

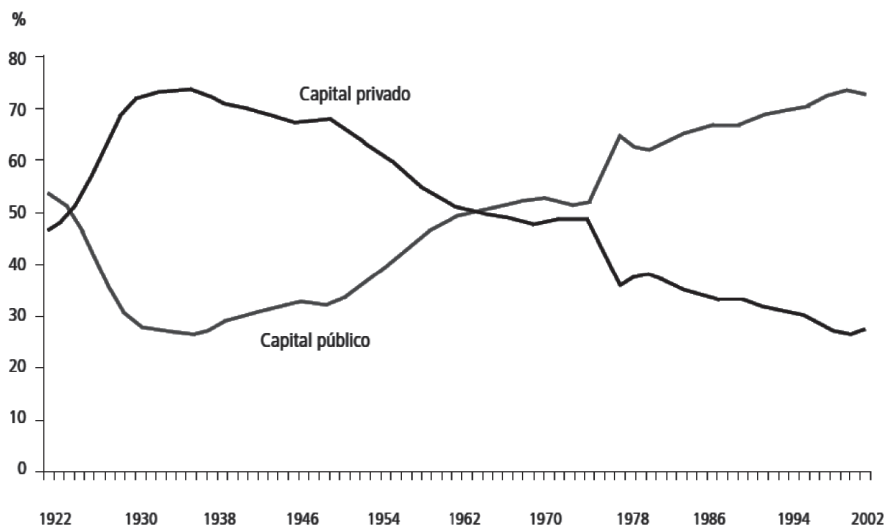
Nuestros gobiernos han regulado también otros precios, a través del establecimiento de controles cambiarios, salarios mínimos, dictando regulaciones especiales (en materia de salud, arrendamiento, seguros, servicios del sector bancario, vehículos, etc.), así como estatizando los bienes de capital⁴⁷³, llegando hasta el punto actual, en el que el sector público es bastante más relevante que el privado en nuestra economía. El aumento desmedido de la participación estatal en el mercado (ver Gráfico N°1), así como las políticas de control de precios antes descritas, han convertido a Venezuela en una economía altamente inflacionaria como puede mostrarse en el Cuadro N°1.

⁴⁷¹ AGUILAR GORRONDONA, JOSÉ LUIS (2010). *Contratos y garantías*. Pág. 413.

⁴⁷² MONCHO STEFANI, RODRIGO (2013). *Comentarios sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Costos y Precios Justos*. Pág. 220.

⁴⁷³ Asegura el profesor ASDRÚBAL BAPTISTA (2005) que para el año 2002, el 70% de los bienes de capital no residencial estaban en manos del Estado. Vid: *El capitalismo rentístico. Elementos cuantitativos de la economía venezolana*. Pág. 108.

GRAFICO N°1: PORCENTAJE DE CAPITAL NO RESIDENCIAL PÚBLICO Y PRIVADO⁴⁷⁴



CUADRO N°1: COMPORTAMIENTO DE LA TASA DE INFLACIÓN POR DÉCADAS⁴⁷⁵

Década	Promedio de la tasa de inflación (%)
1950-1959	1,3
1960-1969	1,4
1970-1979	6,0
1980-1989	19,4
1990-1999	47,4
2000-2009	21,6

⁴⁷⁴ Gráfico realizado por ASDRÚBAL BAPTISTA. Vid: Ibidem. Pág. 108.

⁴⁷⁵ Los datos de 1950 a 1999 provienen de GUERRA, JOSÉ; OLIVO, VÍCTOR y SÁNCHEZ, GUSTAVO (2002). *El proceso inflacionario en Venezuela: un estudio con vectores autorregresivos*. Pág. 16. Los datos del año 2000 en adelante provienen del cálculo de las variaciones acumuladas del Índice de Precios al Consumidor del Área Metropolitana de Caracas hechas por el Banco Central de Venezuela y el Instituto Nacional de Estadística y disponibles en la página web del BCV.

Ahora bien, a los fines de la presente investigación, por limitaciones de espacio, analizaremos sólo la Ley de Costos y Precios Justos, que nos parece un ejemplo tan nefasto como explicativo y suficiente, permitiéndonos conectar la teoría antes desarrollada con la realidad de nuestro país.

2. LA FORMACIÓN DE LOS PRECIOS BAJO LA LEY DE COSTOS Y PRECIOS JUSTOS

La Ley de Costos y Precios Justos es una nueva estocada a la libertad, sin duda alguna. Mediante esta Ley se ha pretendido dismantelar lo poco que quedaba del sistema de precios libres, para pasar a un sistema cerrado en el que los precios de todos los bienes y servicios son fijados por la Administración Pública.

Según la Exposición de Motivos, la Ley pretende acabar con el poder monopólico, bajar los altos márgenes de ganancia, democratizar el acceso a los bienes y servicios y lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria en la construcción del socialismo. Así mismo, en su artículo 4 se establece que, a través del Sistema Nacional de Costos y Precios Justos, se materializarán, entre otros, los siguientes fines: 1. Establecimiento de mecanismos de control previo a empresas cuyas ganancias son *excesivas* en proporción a las estructuras de costos, 2. Identificación a empresas que fijan precios *excesivos*, 3. Fijación de criterios justos de intercambio. 4. Incremento de la eficiencia económica. 5 Elevación del nivel de vida del pueblo venezolano. ¿Cómo se pretenden lograr estos fines? ¿Se ha logrado de forma eficiente? Eso es lo que analizaremos de seguidas.

En el artículo 17 de la Ley, el Ejecutivo, que fue dotado de potestades legislativas mediante Ley Habilitante, planteó dos formas para la determinación del precio *justo* de los bienes y servicios:

- a. En primer lugar, a través de la *“información suministrada por los administrados, bien a requerimiento del órgano actuante, o recabada de otros órganos de la Administración Pública que la tuvieren a disposición. Dicha información debe estar conforme a sus estructuras de costos directos, indirectos, gastos*

generales, de administración, de distribución y venta, cuando procedan, así como la utilidad esperada con base a las expectativas y riesgos asumidos.”

- b. Y en segundo lugar, *“elementos que, por su vinculación con el caso sometido a consideración para determinación del precio justo de determinado bien o servicio, hagan mérito para presumirse válidos para la determinación de los aspectos que conforman el precio, o el costo que lo compone.”*

La primera forma de determinación pretende calcular los precios en base a la estructura de costos y el margen de ganancia, y la segunda, mediante la utilización por parte de la Administración Pública de cualquier otro elemento de convicción.

a. La estructura de costos, gastos y utilidad esperada como base de determinación de los precios

Como ya vimos anteriormente, la primera forma de determinación de precios establecida en la Ley de Costos y Precios Justos se basa en los costos directos e indirectos, los gastos, así como la utilidad esperada luego de la venta de los bienes y servicios. Ahora bien, esta primera forma de determinación, constituye el método fracasado de planificación central que hemos estudiado con anterioridad. El tratar de sacar de los cerebros de los individuos la información necesaria para determinar los precios, es un método que como ya vimos ampliamente, es imposible.

Es imposible porque la Administración Pública, ni siquiera contando con los profesionales mejor formados del planeta, está en la capacidad de manejar la cantidad de información necesaria para fijar los precios de todos los bienes y servicios. Es imposible porque incluso encontrado la manera de procesar toda la información necesaria, la mayor parte de esta información (si no toda) es subjetiva, tácita e inarticulable, por lo que no puede ser transmitida por los administrados a la Superintendencia. Además es imposible porque muchas veces la información que la Administración trata de buscar todavía no ha sido creada e incluso, nunca se creará gracias a la coacción estatal ejercida en contra del proceso empresarial.

La base de determinación establecida en el artículo 17 de la Ley es absolutamente arbitraria, puesto que los precios son sintetizadores de miles de datos informativos que van muchísimo más allá que la simple estructura de costos y gastos, así como las ganancias del actor. Detrás de los precios está la experiencia del actor, la escasez del producto, la mayor o menor valoración que le otorgan a ese bien o servicio los usuarios y un larguísimo etc. Para la Ley, un buen servicio y un mal servicio que compartan la misma estructura de gastos y costos, deben tener el mismo precio, puesto que la determinación no la hace el usuario, a través de su elección personal y subjetiva, sino el funcionario que sentado en su oficina recibirá su remuneración mensual tenga o no tenga éxito en lo que hace.

Ahora bien, existe otra inconsistencia, no menos importante, en la metodología de cálculo que establece la Ley. Es preciso recordar que muchos de los costos y gastos a los que hace referencia la norma, antes de convertirse en tales, fueron precios, precios que serán determinados por la Superintendencia en base a la estructura de costos y gastos, que alguna vez fueron precios, y así sucesivamente, en un procedimiento circular que como bien ha admitido el economista socialista JÓZEF POPKIEWICZ, nunca acaba⁴⁷⁶. Pero es que además, los artículos 7 y 31, numeral 3, de la Ley otorgan a la Superintendencia Nacional de Costos y Precios la potestad de controlar y determinar los costos empresariales con la finalidad de generar y construir el precio justo. Es decir, los costos y gastos que provienen de precios justos que ya fueron determinados por la Administración Pública, cuando se convierten en tales, pueden ser controlados y determinados de nuevo y por ende cambiados de forma arbitraria por la Superintendencia, utilizando el método que a ésta le parezca más conveniente, como establece el artículo 31 en sus numerales 3 y 10.

Por otro lado, el mismo artículo 31 en su numeral 10, otorga a la Superintendencia la potestad de determinar la utilidad que deben recibir las empresas. No nos queda duda de que esto no traerá otra consecuencia que la aniquilación del proceso empresarial y por ende la destrucción del aparato generador de información en la sociedad, como lo han

⁴⁷⁶ POPKIEWICZ, JÓZEF (1973). *Le système des prix en économie socialiste*. Pág. 50.

prevenido los profesores ISRAEL KIRZNER y JESÚS HUERTA DE SOTO. Esta base de cálculo no tiene ningún futuro, y traerá como consecuencia diversos desajustes en el mercado que probablemente incentivarán una baja en la producción nacional y la diversidad de productos, así como un aumento de la escasez y la inflación. Este tipo de normas traen como consecuencia la constitución de distintos mercados negros donde prospera la desregulación que aunque ilegal, resulta menos costosa que el cumplimiento de la Ley.

Para evitar los errores en el cálculo económico que ya vimos, el Ejecutivo Nacional ideó una forma alternativa para fijar los precios, que como vimos antes, ya fue utilizada por la extinta Unión Soviética, que es la de utilizar los precios de referencia que se generan en el mercado libre internacional, lo que como hemos dicho es una de las más alarmantes contradicciones del sistema económico socialista, el cual, en definitiva, no puede existir sin la información que extrae de los sistemas capitalistas de libre mercado.

b. Los precios del mercado internacional y otras referencia exógenas al sistema como base de determinación de los precios

La segunda forma de determinación permite a la Administración Pública utilizar cualquier otro elemento que considere válido y que tenga vinculación con el caso que se somete a su consideración. Creemos pues que esta base para la determinación del precio es la válvula de escape del sistema y la justificación para usar precios del mercado internacional como referencia. Y esta creencia nuestra no es infundada, porque el 22 de noviembre de 2012, el entonces vicepresidente de la República, a propósito de la reciente entrada en vigencia de la Ley, comparó una serie de productos venezolanos con sus equivalentes en Brasil, Colombia, Perú y Chile, casualmente países en los que dichos bienes no se encuentran sometidos a una regulación de precios⁴⁷⁷.

⁴⁷⁷ AGENCIA VENEZOLANA DE NOTICIAS. *Fiscales comenzarán este miércoles auditorías en empresas importadoras y productoras*. (2011, 22 de noviembre).

Por otro lado, al leer apenas el primer párrafo de la exposición de motivos podemos ver como se hace alusión a los precios del mercado internacional de la manera siguiente:

“El poder monopólico o monopsónico y la cartelización, se han constituido en la política aplicada, por los empresarios, para dominar el mercado, siendo ellos quienes fijan los precios y condiciones comerciales, que no se corresponde a referentes internacionales, ni obedecen a una estructura de costos justificable.”

Así mismo, en el artículo 18 de la Ley se otorga a la Superintendencia la potestad de *“establecer lineamientos para la planificación y determinación de los parámetros de referencia para la determinación de precios justos”*.

Una extraordinaria coincidencia que se repite en todos los sistemas de precios centralizados es la utilización del mercado internacional como referencia en la determinación de los precios internos. Sin embargo, el profesor LUDWIG VON MISES diría que no hay coincidencia, de hecho es la única manera en que puede dársele una solución momentánea al problema del cálculo económico. Sin embargo, como ya hemos visto, tomar estos precios de referencia y utilizarlos como base en la determinación, en nada resuelve el problema de fondo, puesto que la verdadera información que se encuentra sintetizada en el precio es intransmisible, además que la formación de dichos precios de referencia responde a situaciones culturales, políticas, económicas, sociales, históricas y geográficas diferentes.

Es preciso hacer ver que basar nuestro sistema de precios en referencias internacionales es una acción peligrosa que ya está dando frutos. Pretender conducir las decisiones y preferencias de los venezolanos, imponiéndoles los precios (y por ende también las valoraciones subjetivas) de los habitantes de otros países es absolutamente arbitrario e incluso ofensivo. Es completamente absurdo que a partir de ahora los venezolanos tengan que adaptar sus valoraciones subjetivas a las *“referencias internacionales”*, es decir, acomodar sus gustos, necesidades y preferencias, a las de los chilenos, colombianos, brasileños o cualquier otra nacionalidad que la Superintendencia decida es la correcta. El

legislador está tomando al venezolano por tonto, o en el mejor de los casos, por menor de edad, haciéndole creer que sus valoraciones son equivocadas y que por ende la Administración Pública debe decidir por él, tomando como referencia las valoraciones de aquellos que considere sí son inteligentes, o en el mejor de los caso, adultos.

Los desajustes de pretender imponer las decisiones de los políticos, por encima de las de millones de venezolanos ya están a la vista y es lo que a continuación analizaremos.

CAPÍTULO VI

LA EJECUCIÓN PRÁCTICA DEL SISTEMA DE PRECIOS CENTRALIZADO EN VENEZUELA

1. LOS INDICIOS DE INAPLICABILIDAD DEL SISTEMA DE COSTOS Y PRECIOS JUSTOS VENEZOLANO

A través del análisis de los datos que a continuación presentaremos, no pretendemos dar una demostración empírica al teorema de la imposibilidad del sistema de precios centralizado, ni comprobar el error intelectual del socialismo. El teorema de la imposibilidad del sistema de precios centralizado es verdadero, puesto que se basa en un axioma autoevidente y se desarrolla a través de una construcción lógica válida. La teoría socialista en su vertiente prescriptiva, por el contrario, fue construida sobre la base de un modelo de ser humano inexistente (hombre nuevo), y por ende es imposible; por otro lado, su vertiente descriptiva se basa en una teoría del valor falsa que desemboca en premisas inconsistentes y en una ausencia total de conclusión. En ambos casos la comprobación empírica es absolutamente innecesaria.

El método utilizado en esta investigación, como dijimos antes, es el apriorístico deductivo utilizado por la escuela austríaca, basado en axiomas exentos de comprobación empírica. ¿Cuál es el rol de los datos en el método austriaco? Ofrecer indicios de aplicabilidad o inaplicabilidad de la teoría. Como hicimos ver en páginas anteriores, la información indispensable para llevar a cabo demostraciones empíricas que determinan la eficiencia dentro de los criterios de Pareto y Kaldor-Hicks,

así como aquella necesaria para planificar centralizadamente el mercado, es una que por su naturaleza no puede ser transmitida, puesto que depende del proceso dinámico de descubrimiento empresarial. Así pues, por las mismas razones que negamos la posibilidad de la planificación centralizada de precios, negamos rotundamente la posibilidad de llevar a cabo un método empírico en las ciencias sociales⁴⁷⁸ que sirva de demostración formal, y en nuestro caso, para determinar la eficiencia. Es por ello que los datos históricos a los que haremos referencia a continuación, no deben ser vistos como la demostración de nuestra investigación, sino simplemente como una recopilación de indicios de certitud.

De acuerdo con lo dicho, pasaremos ahora a analizar los indicadores de Precios al Consumidor, Escasez y Diversidad, calculados por el Banco Central de Venezuela conjuntamente con el Instituto Nacional de Estadística antes y después de la Ley.

a. Comportamiento del Índice Nacional de Precios al Consumidor

Venezuela ha padecido una situación de aumento de los precios desde mediados de los años setenta, que luego se ha vuelto sostenida y crónica desde la década de los ochenta⁴⁷⁹. Este proceso inflacionario persistente ha sufrido aceleraciones en los períodos en los que se han aplicado controles de precios de forma intensiva y durante períodos prolongados⁴⁸⁰. Como veremos a continuación, una de estas aceleraciones la vivimos actualmente luego de la implementación del sistema de precios de planificación centralizada. Ahora bien, para poder determinar los cambios en los precios de algunos bienes y servicios representativos, durante ciertos períodos de tiempo y así poder estimar (así sea de forma imprecisa⁴⁸¹) la inflación, el Banco Central de Venezuela,

⁴⁷⁸ HUERTA DE SOTO, JESÚS (2009). *The Theory of Dynamic Efficiency*. Pág. 60.

⁴⁷⁹ GUERRA, JOSÉ; OLIVO, VÍCTOR y SÁNCHEZ, GUSTAVO (2002). *El proceso inflacionario en Venezuela: un estudio con vectores autorregresivos*. Pág. 16.

⁴⁸⁰ *Ibidem*. Pág. 16.

⁴⁸¹ Concordamos con GASTON OLIVE (1976) en que la inflación por su carácter macroeconómico es irreductible a la simple constatación de la alza de un índice general de precios. Vid: *L'inflation: de quoi parlons-nous?* Pág. 5-6.

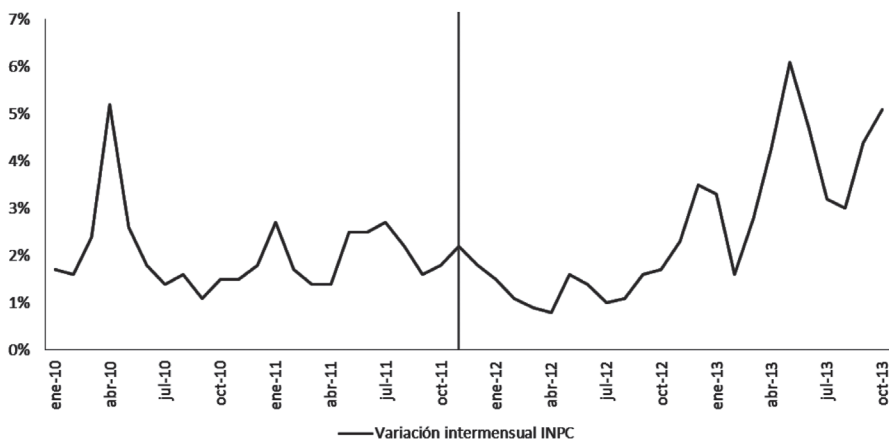
en conjunto con el Instituto Nacional de Estadística, calculan el Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC), un indicador de canasta fija basado en la fórmula de Laspeyres⁴⁸². El Banco Central de Venezuela define al INPC como “*un indicador estadístico que se utiliza como referencia para estimar la inflación del país: mide el cambio promedio experimentado por los precios de una canasta de bienes y servicios representativa del consumo de los hogares venezolanos, en un período determinado*”⁴⁸³.

Así pues, en el Gráfico N°2 es posible observar que durante el período estudiado, salvo durante los meses de marzo y abril de 2012, el indicador se ha mantenido en cifras superiores al 1%. En este sentido, el indicador refleja el problema de inflación sostenida que mencionábamos atrás, incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley (representada por la línea roja). Sin embargo, cuando promediamos los resultados intermensuales del indicador antes y después de la entrada en vigencia de la Ley, nos encontramos con un indicio importante de que el sistema de precios no ha sido dinámicamente eficiente, ni ha colaborado con el descenso de los precios que califica de *excesivos*. Antes de la entrada en vigencia de la Ley, el Índice Nacional de Precios al Consumidor tuvo un promedio de 2,04%, mientras que luego de la entrada en vigencia de la Ley, el promedio del indicador subió a 2,56%. Durante el año 2013, el promedio del indicador hasta el mes estudiado fue de 3,85%, llegando a un máximo de 6,10% durante el mes de mayo.

⁴⁸² BANCO CENTRAL DE VENEZUELA. *El índice nacional de precios al consumidor de Venezuela*. Pág. 2.

⁴⁸³ *Ibidem*. Pág. 1.

GRÁFICO N°2: VARIACIÓN INTERMENSUAL DEL INPC⁴⁸⁴



b. Escasez de bienes y servicios que integran la canasta del Índice Nacional de Precios al Consumidor

La escasez es una situación fundamental en la economía, pues como vimos con anterioridad, LIONEL ROBBINS decía que la “*ciencia económica es aquella que se encarga del estudio de la conducta humana en relación con sus fines y los medios escasos*”⁴⁸⁵. Sin embargo, esta noción genérica de escasez, natural al mercado, no es la que estudia el indicador de nuestro Banco Central. El Índice de Escasez representa el porcentaje de bienes y servicios (estudiados por el Índice Nacional de Precios al Consumidor del Área Metropolitana de Caracas) ausentes del mercado. Este índice toma como referencia la situación del mercado para el mes de mayo de 2003⁴⁸⁶.

Ahora bien, en el Gráfico N°3 observamos que durante el período estudiado, salvo durante los meses de julio y agosto de 2010,

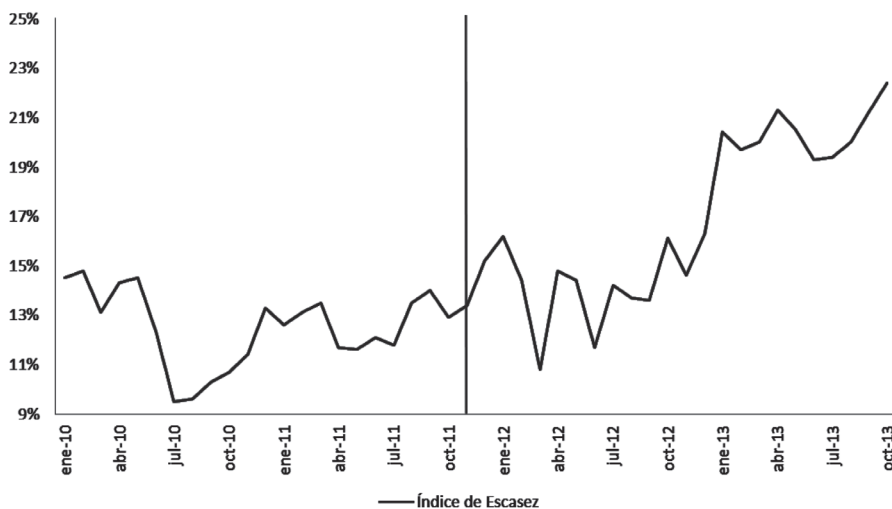
⁴⁸⁴ Datos tomados de la página web del Banco Central de Venezuela. En Información Estadística. Variaciones porcentuales mensuales del INPC.

⁴⁸⁵ ROBBINS, LIONEL (1945). *An essay on the nature and significance of economic science*. Pág. 16.

⁴⁸⁶ BANCO CENTRAL DE VENEZUELA. *El índice nacional de precios al consumidor de Venezuela*. Pág. 5.

el indicador se ha mantenido en cifras superiores al 10%. En este sentido, el indicador refleja un problema de escasez antes y después de la entrada en vigencia de la Ley. Sin embargo, al promediar los resultados intermensuales del indicador antes y después de la entrada en vigencia de la Ley, podemos encontrar que antes de la entrada en vigencia de la Ley, el Indicador de Escasez tuvo un promedio de 12,54%, mientras que luego de la entrada en vigencia de la Ley, el Indicador subió en más de cuatro puntos, promediándose en 16,97%.

**GRÁFICO N°3: ÍNDICE DE ESCASEZ
DE LOS BIENES Y SERVICIOS DEL INPC-AMC⁴⁸⁷**



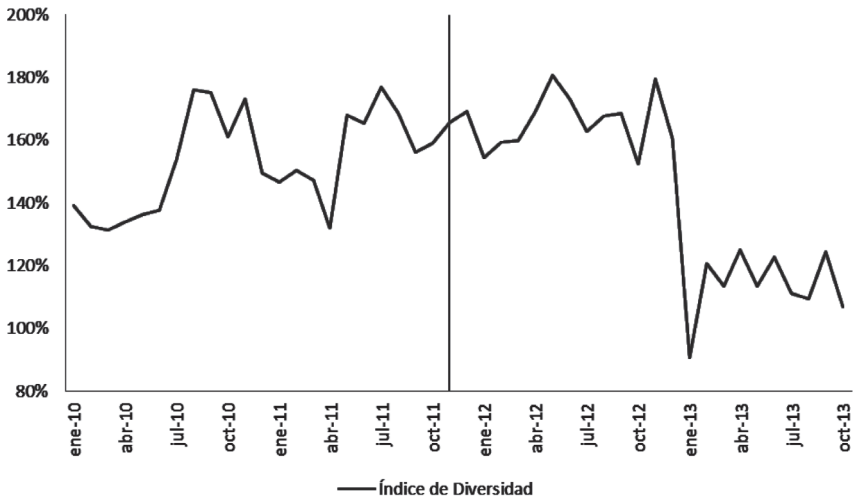
El Índice de Diversidad AMC, por su parte, pretende “*estimar la mayor o menor presencia de marcas, formatos o variedades en los establecimientos*”⁴⁸⁸. En este sentido, en el Gráfico N°4 podemos observar que al promediar los resultados intermensuales del Indicador antes y después de la entrada en vigencia de la Ley, nos topamos con un indi-

⁴⁸⁷ Datos tomados de la página web del Banco Central de Venezuela. En Notas de Prensa. Índice de precios al consumidor e índice de remuneraciones a los asalariados.

⁴⁸⁸ BANCO CENTRAL DE VENEZUELA. *El índice nacional de precios al consumidor de Venezuela*. Pág. 6.

cio importante de disminución de la diversidad de bienes y servicios, lo cual indudablemente representa una merma del nivel de vida de los venezolanos. Antes de la entrada en vigencia de la Ley, el Indicador de Diversidad tuvo un promedio de 153,69%, mientras que luego de la entrada en vigencia de la Ley, el promedio del Indicador disminuyó en 8,87 puntos ubicándose en 144,82%. Durante el año 2013, el promedio del Indicador hasta el mes estudiado fue de 113,66%, llegando a un mínimo de 90,50% durante el mes de enero.

GRÁFICO N°4: ÍNDICE DE DIVERSIDAD DE BIENES Y SERVICIOS DEL INPC-AMC⁴⁸⁹



CAPÍTULO VII CONCLUSIONES

De esta manera, luego del análisis llevado a cabo en la presente investigación, llegamos a las siguientes conclusiones:

- i. Los seres humanos actuamos buscando ciertos fines, utilizando para ello los medios escasos que nos ofrece la naturaleza.

⁴⁸⁹ Datos tomados de la página web del Banco Central de Venezuela. En Notas de Prensa. Índice de precios al consumidor e índice de remuneraciones a los asalariados.

- ii. Siendo los medios escasos, los seres humanos debemos priorizar nuestros fines, y determinar, a través de la valoración, cuáles de ellos son más o menos útiles para satisfacer nuestras necesidades personales.
- iii. El valor de los bienes y servicios es subjetivo y depende de las apreciaciones psíquicas de cada individuo; por ende es indeterminable *à forfait*.
- iv. La transformación de las valoraciones subjetivas en precios es posible gracias a la existencia de intercambios voluntarios indirectos y propiedad privada sobre los bienes de capital y los bienes de consumo.
- v. La información necesaria para la formación de los precios es, por su naturaleza, tácita, práctica, subjetiva e inarticulable.
- vi. Esta información se crea gracias al descubrimiento empresarial de desajustes sociales y al posterior equilibrio de estos a través de la búsqueda de ganancias.
- vii. Los precios se modifican a través de mecanismos evolutivos típicos de los órdenes espontáneos, y estas modificaciones son indeterminables, puesto que permiten la adaptación humana a situaciones desconocidas e impredecibles.
- viii. En este sentido, los precios no pueden ser clasificados como justos o injustos, puesto que ni su creación, ni su modificación en el tiempo, dependen de forma directa de la conducta humana individual, sino de una multiplicidad indeterminable de intercambios voluntarios.
- ix. La inexistencia de propiedad privada o la coacción sobre la función empresarial y los intercambios voluntarios, impiden la formación de los precios.
- x. La inexistencia de precios hace imposible el cálculo económico individual y por ende también la planificación económica colectiva.
- xi. Aunado a que los burócratas no pueden determinar los precios, si pudiesen hacerlo, lo harían teniendo en cuenta (como todos los seres humanos) sus fines personales y no protegiendo el bien común.

- xii. Por otro lado, Venezuela vive un proceso de, por un lado, colectivización y abolición de la propiedad privada sobre los bienes de capital y por otro, control total de la función empresarial y los intercambios voluntarios de bienes de consumo.
- xiii. Desde que comenzó el proceso de colectivización de los bienes de capital a mediados de los años setenta, Venezuela se encuentra sumergida en una situación de inflación sostenida.
- xiv. El proceso inflacionario se ha acelerado en momentos en los que se aplican controles de precios intensivos y durante largos períodos de tiempo.
- xv. En la actualidad se intenta aplicar un sistema de control total y absoluto de los precios.
- xvi. Dicho control es de imposible ejecución puesto que los métodos de cálculo se basan en un tipo de información que por su naturaleza es subjetiva, indeterminable e inclusive a veces todavía inexistente, al que la Administración Pública jamás puede tener acceso.
- xvii. Este control de precios causa además una coacción a los actores que impide el descubrimiento empresarial y por ende la generación de información.
- xviii. Además de haberse demostrado que dicho control es imposible, existen indicios importantes de que el mismo no ha sido eficiente paliando la inflación, y aumentando la cantidad y diversidad de bienes y servicios, sino que por el contrario, ha colaborado con el aumento sostenido de los precios y la disminución de la cantidad y diversidad de los bienes y servicios en el mercado.

En este sentido, podemos finalizar diciendo que el sistema venezolano de planificación centralizada de precios refleja, de nuevo, el inevitable fracaso a que conlleva el intentar conducir desde la Administración Pública los intereses subjetivos de los individuos y por ende, la imposibilidad de llevar a cabo controles de precios que cumplan con los objetivos de reducir la inflación, la escasez y la diversidad de bienes y servicios.

BIBLIOGRAFÍA

1. Literatura especializada

- AGUILAR GORRONDONA, JOSÉ LUIS (2007). *Cosas, bienes y derechos reales*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- AGUILAR GORRONDONA, JOSÉ LUIS (2010). *Contratos y garantías*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- ARROUS, JEAN (1990). *Socialisme et planification : O. Lange et F.A. von Hayek*. Revue française d'économie. Vol. 5. N°2. Paris: Arthème Fayard.
- BAPTISTA, ASDRÚBAL (2005). *El capitalismo rentístico. Elementos cuantitativos de la economía venezolana*. Cuadernos del CENDES. Vol. 22. N° 60. Septiembre - diciembre. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- BARONE, ENRICO (1963). *The Ministry of Production in the Collectivist State*. En HAYEK, FRIEDRICH (Ed.) *Collectivist Economic Planning*. London: Routledge & Kegan Paul LTD.
- BUCHANAN, JAMES (2003). *Public Choice: Politics without Romance*. Policy Magazine. Vol. 19. N° 3. Sidney: Centre of Independent Studies.
- CANOVA, ANTONIO; HERRERA, LUIS y GRATEROL, GIUSEPPE (2013). *Individuos o masa. ¿En qué tipo de sociedad quieres vivir?* Caracas: Editorial Galipán.
- CARRILLO BATALLA, TOMÁS ENRIQUE (2001). *Cuentas Nacionales de Venezuela 1831-1873*. Caracas: Banco Central de Venezuela.
- CARRILLO BATALLA, TOMÁS ENRIQUE (2002). *Cuentas Nacionales de Venezuela 1874-1914*. Caracas: Banco Central de Venezuela.
- COASE, RONALD (1937). *The nature of the firm*. Economica. Vol. 4. N° 16. Londres: London School of Economics.
- COASE, RONALD (1960). *The problem of social cost*. Journal of law and economics. Vol. 3. Chicago: The Chicago University Press.
- COASE, RONALD (1974). *The lighthouse in economics*. Journal of law and economics. Vol. 17. N° 2. Chicago: The Chicago University Press.
- COASE, RONALD y WANG, NING (2012). *How China became capitalist*. Hampshire: Palgrave MacMillan.
- DAY, A. C. L. (1967). *Principios de Economía Monetaria*. Madrid: Editorial Credos.
- DE LEÓN, IGNACIO (1994). *Inflación, prácticas monopólicas y especulación: Las amenazas a los derechos de los consumidores en una economía abierta*. En XIX Jornadas "J.M. Domínguez Escovar" sobre Inflación y Derecho. Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.

- DE LEÓN, IGNACIO (2007). *¿Políticas Antimonopolios o Políticas Anti-Competencia?* En *Jornadas Internacionales Derecho sobre la Libre Competencia*. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo.
- FACCHINI, FRANÇOIS (2007). *Apriorism, Introspection, and the Axiom of Action: A Realist Solution*. *The Quarterly Journal of Austrian Economics*. Vol. 10. N°3. Auburn: Ludwig von Mises Institute.
- GARCÍA SOTO, CARLOS (2012). *Introducción a la evolución histórica del control de precios en el ordenamiento jurídico venezolano*. En NIKKEN, CLAUDIA (Coord.). *Ley de Costos y Precios Justos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- GUERRA, JOSÉ; OLIVO, VÍCTOR y SÁNCHEZ, GUSTAVO (2002). *El proceso inflacionario en Venezuela: un estudio con vectores autorregresivos*. En GUERRA, JOSÉ (Comp.). *Estudios sobre la inflación en Venezuela*. Caracas: Banco Central de Venezuela.
- HAYEK, FRIEDRICH (1933). *Monetary theory and the trade cycle*. Nueva York: Sentry Press.
- HAYEK, FRIEDRICH (1945). *The use of knowledge in society*. *The American Economic Review*. Vol. 35. N°4. Nashville: American Economic Association.
- HAYEK, FRIEDRICH (1988). *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*. Chicago: The Chicago University Press.
- HAYEK, FRIEDRICH (2006). *Derecho, legislación y libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- HOPPE, HANS-HERMANN (2007). *Economic Science and the Austrian Method*. Auburn: Ludwig von Mises Institute.
- HUERTA DE SOTO, JESÚS (2009). *The Theory of Dynamic Efficiency*. Nueva York: Routledge.
- HUERTA DE SOTO, JESÚS (2010). *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Madrid: Unión Editorial.
- KARPOUZANOV, MOMTCHIL (2011). *The study of individual action and the pillars of the Austrian School of Economics*. *EUL Journal of Social Sciences*. Vol. II. Issue 2. Lefka: European University of Lefke.
- KELSEN, HANS (2000). *What is justice? Justice, law and politics in the mirror of sciences*. New Jersey: The Law Book Exchange, Ltd.
- KIRAF, THIERRY (1998). *Economie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ?* *Revue économique*. Vol. 49. N°4. Paris: Institut d'études politiques de Paris (Sciences Po).
- KIRZNER, ISRAEL (1973). *Competition and Entrepreneurship*. Chicago: The Chicago University Press.

- KIRZNER, ISRAEL (1997). *Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach*. Journal of Economic Literature. Vol. 35. N°1. Nashville: American Economic Association.
- KUMMEROW, GERT (2002). *Bienes y derechos reales*. Caracas: McGraw-Hill Interamericana.
- MONCHO STEFANI, RODRIGO (2013). *Comentarios sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Costos y Precios Justos*. Anuario de Derecho Público IV - V. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila.
- OLIVE, GASTON (1976). *L'inflation: de quoi parlons-nous?* Économie et Statistique. N°77. Paris: Institut national de la statistique et des études économiques.
- OSTROM, ELINOR (1990). *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press.
- POPKIEWICZ, JÓZEF (1973). *Le système des prix en économie socialiste*. Revue de l'Est. Vol. 4. N°3. Paris: Centre national de la recherche scientifique.
- POSNER, RICHARD (2007). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ROBBINS, LIONEL (1945). *An essay on the nature and significance of economic science*. Londres: MacMillan and Co.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, GUILLERMO (2011) *Civilización, Economía y Orden Espontáneo. La Inviabilidad Evolutiva del Socialismo*. Caracas: Libertad y Prosperidad.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, GUILLERMO (2012). *Libertad y orden espontáneo. La inviabilidad económica del socialismo y sus implicaciones ecológicas*. Caracas: Centro de Economía Política Juan de Mariana.
- RIVERO, JEAN y WALINE, JEAN (1996). *Droit administratif*. Paris : Éditions Dalloz.
- RODNER, JAMES-OTIS (1988). *Nueva definición del dinero y de la obligación pecuniaria (El pago escritural y la transferencia electrónica)*. Revista de Derecho Mercantil. Año III. N°5. Enero - junio. Caracas: Editorial Revista de Derecho Mercantil, C.A.
- RODNER, JAMES-OTIS (2005). *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- ROTHBARD, MURRAY (2006). *Classical Economics. An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*. Volume II. Auburn: Ludwig von Mises Institute.

- SÁNCHEZ-COVISA, JOAQUÍN (1987). *Política y precios*. Tópicos de Actualidad N° 631. Guatemala: Centro de Estudios Económico-Sociales.
- SANTANATOGLIA, ELIANA M. (2008). *La teoría jurídica de Friedrich A. von Hayek. Sus antecedentes y aportes epistemológicos a la teoría jurídica*. Revista de Análisis Institucional. N°2. Buenos Aires: Fundación Friedrich A. von Hayek.
- SEQUÍN, LUIS ZAMBRANO (2002). *Reformas económicas liberales en el gobierno conservador*. Revista Montalbán UCAB N°35. Caracas: Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Católica Andrés Bello.
- SCHUETTINGER, ROBERT L. y BUDER, EAMONN F. (1979). *Forty centuries of wage and price controls: how not to fight inflation*. Washington: The Heritage Foundation.
- SCHUMPETER, JOSEPH A. (1983). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Tomo I. Barcelona: Ediciones Orbis.
- SPECTOR, HORACIO (2004). *Introducción. Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- STIGLITZ, JOSEPH (2000). *La economía del sector público*. Barcelona: Antoni Bosch, editor.
- STRIGHAM, EDWARD (2001). *Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planning*. The Quarterly Journal of Austrian Economics. Vol. 4. N°2. Auburn: Ludwig von Mises Institute.
- TARDIEU, LUC (2005). *La fonction entrepreneuriale dans la firme*. Revue d'économie industrielle. Vol. 109. 1er trimestre. Niza: Éditions De Boeck.
- TURGOT, ANNE-ROBERT-JACQUES (1991) *Reflexiones acerca de la formación y distribución de la riqueza*. BAPTISTA, ASDRÚBAL (Trad.) Caracas: Academia Nacional de Ciencias Económicas.
- VON MISES, LUDWIG (1953). *The Theory of Money and Credit*. New Heaven: Yale University Press.
- VON MISES, LUDWIG (1962). *The Ultimate Foundation of Economic Science. An Essay on Method*. Princeton: D. Van Nostrand Company, Inc.
- VON MISES, LUDWIG (1998). *Human Action. A Treatise on Economics*. Auburn: Ludwig von Mises Institute.
- VON MISES, LUDWIG (2000). *The Equations of Mathematical Economics and the Problem of Economic Calculation in a Socialist State*. The Quarterly Journal of Austrian Economics. Vol. 3. N° 1. Auburn: The Ludwig von Mises Institute.
- VON MISES, LUDWIG (2012). *Economic Calculation in the Socialist Commonwealth*. Auburn: Ludwig von Mises Institute.

- VON BÖHM-BAWERK, EUGEN (1949). *Karl Marx and the close of his system*. Nueva York: Augustus M. Kelley.
- WRIGHT, CHESTER W. (1913). *The economics of governmental price regulation*. The American Economic Review. Vol. 3. N° 1. Nashville: American Economic Association.
- ZAMORA, FRANCISCO (1981). *Tratado de teoría económica*. México: Fondo de Cultura Económica.

2. Otras fuentes

- AGENCIA VENEZOLANA DE NOTICIAS. *Fiscales comenzarán este miércoles auditorías en empresas importadoras y productoras*. (2011, 22 de noviembre). Extraído el 10 de agosto de 2013 de: <http://www.avn.info.ve/contenido/fiscales-comenzar%C3%A1n-este-mi%C3%A9rcoles-auditor%C3%ADas-empresas-importadoras-y-productoras>.
- BANCO CENTRAL DE VENEZUELA. *El índice nacional de precios al consumidor de Venezuela*. BCVOZ Económico N°4. Noviembre - diciembre 2010. Año 15. Extraído el 29 de septiembre de 2013 de: <http://www.bcv.org.ve/Upload/Publicaciones/bcvozecon042010.pdf>.
- BANCO CENTRAL DE VENEZUELA. *Variaciones porcentuales mensuales del INPC*. Información Estadística. Extraído el 8 de noviembre de 2013 de: <http://www.bcv.org.ve/c2/indicadores.asp>.
- BANCO CENTRAL DE VENEZUELA. *Índice de precios al consumidor e índice de remuneraciones a los asalariados*. Notas de Prensa. Extraído el 8 de noviembre de 2013 de: <http://www.bcv.org.ve/c4/notasprensa.asp>.