

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS:

Análisis Doctrinario de su Emblemática Obra Jurisprudencial

Coordinación Académica:
**Belén Ramírez Landaeta
y María Amparo Grau**



EDITORIAL
JURÍDICA
VENEZOLANA
INTERNACIONAL

CARACAS, 2024

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

**ANÁLISIS DOCTRINARIO
DE SU EMBLEMÁTICA
OBRA JURISPRUDENCIAL**

Coordinación Académica:
Belén Ramírez Landaeta y María Amparo Grau

Serie Estudios No. 147



2024

R173

Ramírez Landaeta, Belén y Grau, María Amparo

Josefina Calcaño de Temeltas: Análisis doctrinario de su emblemática obra jurisprudencial / Belén Ramírez Landaeta; María Amparo Grau (coordinadoras); Rafael Badell Madrid; (presentación). -- Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA); Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA); Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2024.

544 p.

Serie Estudios, 147

ISBN: 979-8-89342-875-9

1. CALCAÑO DE TEMELTAS, JOSEFINA
2. ACTOS ADMINISTRATIVOS
3. AMPARO CONSTITUCIONAL
4. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
5. DERECHO TRIBUTARIO I. Título

© ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ISBN 979-8-89342-875-9

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company

para: Editorial Jurídica Venezolana International Inc.

Panamá, República de Panamá.

Email: ejvinternational@gmail.com

Portada por: Alexander Cano

Diagramación, composición y montaje por: Mirna Pinto de Naranjo,
en letra Times New Roman 12, Interlineado 13, mancha 19x12.5



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

*Junta Directiva
Periodo 2023-2024*

Presidente:	<i>Luciano Lupini Bianchi</i>
Primer Vicepresidente:	<i>Rafael Badell Madrid</i>
Segundo Vicepresidente:	<i>Cecilia Sosa Gómez</i>
Secretario:	<i>Gerardo Fernández Villegas</i>
Tesorero:	<i>Salvador Yamuzzi Rodríguez</i>
Bibliotecario:	<i>Juan Cristobal Carmona Borjas</i>

Individuos de Número

Luis Ugalde, S.J.	Guillermo Gorrín Falcón
Margarita Escudero León (e)	James-Otis Rodner
Juan Carlos Pró-Rísquez	Ramón Escovar León
José Muci-Abraham	Román J. Duque Corredor (+)
Enrique Urdaneta Fontiveros	Gabriel Ruan Santos
Alberto Arteaga Sánchez	José Antonio Muci Borjas
Jesús María Casal	Carlos Ayala Corao
León Henrique Cottin	César A. Carballo Mena
Allan Randolph Brewer-Carías	Julio Rodríguez Berrizbeitia
Eugenio Hernández-Bretón	Magaly Vásquez González (e)
Carlos Eduardo Acedo Sucre	Héctor Faúndez Ledesma
Luis Cova Arria	Carlos Leáñez Sievert
Humberto Romero-Muci	Luis Guillermo Govea U., h
Ramón Guillermo Aveledo	Oscar Hernández Álvarez
Hildegard Rondón de Sansó (+)	Fortunato González Cruz
Colette Capriles Sandner (e)	Luis Napoleón Goizueta H.
Josefina Calcaño de Temeltas (+)	



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

MIEMBROS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS

ALEMANIA

Dr. Erik Jayme

FRANCIA

Dr. Pierre Michel Eisemann

ARGENTINA

Dr. Diego Fernández Arroyo

Dr. José Claudio Escibano

Dr. Juan Carlos Cassagne

Dr. Eduardo Sambrizzi

Dr. Armando S. Andruet (h)

ITALIA

Dr. Sandro Schipani

Dr. Natalino Irti

JAPÓN

Dra. Yuko Nishitani

BRASIL

Dra. Claudia Lima Marques

MÉXICO

Dr. Leonel Pereznieta Castro

Dr. Bernardo Fernández del Castillo

Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Dr. Ignacio Luis Melo

COLOMBIA

Dr. Mauricio Plazas Vega

Dr. Gilberto Álvarez Ramírez

Dr. Cesáreo Rocha Ochoa

Dr. Augusto Trujillo Muñoz

PERÚ

Dr. Carlos Soto Coaguila

CHILE

Dr. José Luis Cea Egaña

Dr. Claudio Grossman

Dra. Marisol Peña Torres

REPÚBLICA DOMINICANA

Dr. Manuel Morales Lama

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Dr. Symeon Symeonides

URUGUAY

Dr. Didier Opertti Badán

ESPAÑA

Dr. Rafael Navarro-Valls

Dr. César García Novoa

Dr. Miguel Herrero Miñón

Dr. Santiago Muñoz Machado

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

<i>Rafael Badell Madrid</i>	11
-----------------------------------	----

IN MEMORIAM A JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

<i>Allan R. Brewer-Carías</i>	23
<i>Cecilia Sosa Gómez</i>	35
<i>Ramón Escovar León</i>	43
<i>Gabriel Ruan Santos</i>	47

ACTOS ADMINISTRATIVOS

Comentarios a la sentencia de 10 de enero de 1980, caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, con ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas: La aplicación del criterio orgánico para la definición del acto administrativo.

<i>María Amparo Grau</i>	57
--------------------------------	----

La sentencia “Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo”, un antes y un después en el contencioso administrativo.

<i>Rosibel Grisanti de Montero</i>	73
--	----

SILENCIO ADMINISTRATIVO

El silencio administrativo y la sentencia Ford Motors. Su proyección actual.

<i>Miguel Ángel Torrealba Sánchez</i>	89
---	----

De la sentencia “Ford Motors de Venezuela” a la insuficiente regulación actual del silencio administrativo negativo y del agotamiento de la vía administrativa.

Pier Paolo Pasceri Scaramuzza..... 111

Inconstitucional extinción y caducidad de la acción y reclamos contra el silencio administrativo. Venezuela y el derecho comparado (C.S.J. Ford Motor de Venezuela).

Humberto Briceño León 143

AMPARO CONSTITUCIONAL

Comentarios acerca de la sentencia SPA-CSJ “Registro Automotor Permanente”.

María Elena Toro Dupouy..... 167

Josefina Calcaño De Temeltas: Pionera en el Control De Convencionalidad y de la Tutela Judicial De Los Derechos Humanos.

Víctor Rafael Hernández-Mendible 183

El caso *tarjetas banvenez* y la consolidación de la figura del amparo cautelar contencioso administrativo.

Allan R. Brewer-Carías 221

CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La distinción entre la justicia constitucional y la justicia administrativa en el derecho venezolano: En memoria de la profesora Josefina Calcaño de Temeltas.

José Ignacio Hernández G. 269

Los actos de gobierno en Venezuela.

Rafael Badell Madrid..... 289

La suspensión cautelar del trámite de una ley estatal en ejercicio del control preventivo de constitucionalidad.

José Antonio Muci Borjas 331

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Comentarios a la sentencia PAN AMERICAN WORLD AIRWAYS. Consolidación del Contencioso Administrativo, Tutela judicial efectiva, control jurídico de la discrecionalidad y el método histórico en la interpretación del derecho.

Juan Carlos Oliveira Bonomi 347

Comentarios sobre la sentencia del caso nulidad artículos del Reglamento sobre el Retiro y Pago de Prestaciones Sociales a los Funcionarios Públicos de Carrera.

Ana María Ruggeri Cova 353

Comentarios sobre la sentencia “Burgos Romero” y la legitimación activa en el contencioso administrativo venezolano de efectos generales.

Ramsis Ghazzaoui 365

DERECHO TRIBUTARIO

El amparo tributario y el amparo constitucional. Dos acciones homónimas diferenciadas por una esclarecedora sentencia.

Luis Fraga-Pittaluga 393

La sentencia «Becoblohm». Fuente de criterios para la definición de una metodología de interpretación de la norma tributaria.

Leonardo Palacios Márquez 419

TEMAS VARIOS

Los Documentos Administrativos: Análisis jurisprudencial a partir de la Sentencia N° 300 de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 28 de mayo de 1998.

Antonio de Pedro Fernández y Pelayo de Pedro Robles... 457

Análisis de la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa publicada en fecha 11-08-1983, Caso: Cervecería de Oriente, C.A. (sobre contratos administrativos), Magistrado ponente: Dra. Josefina Calcaño de Temeltas.

Juan Domingo Alfonzo Paradisi 497

Otros aportes jurisprudenciales de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas.

Carlos Luis Carrillo Artilles 507

PRESENTACIÓN

Rafael Badell Madrid

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ha decidido auspiciar la publicación de esta obra realizada por la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (Funeda) y la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (Aveda), coordinada por las ex magistradas Belén RAMÍREZ LANDAETA y María Amparo GRAU, para rendir homenaje a Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS, destacada Individuo de Número de esta Corporación.

La misma tiene su origen en la realización con notable éxito un ciclo de foros que se desarrolló de manera muy exitosa y provechosa en el Aula Virtual Allan R. Brewer-Carías, donde se analizó su extraordinaria contribución al derecho público en Venezuela. Ahora se le rinde homenaje a través de la publicación de este libro que recoge lo acontecido en aquellos eventos.

Estos homenajes son muy justos pues la Dra. TEMELTAS, desde su posición de juez y magistrada, primero, del Tribunal de Carrera Administrativa, luego, en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y, finalmente, en la Sala Político-Administrativa (SPA) de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), fue autora de una magnífica y abultada línea jurisprudencial en derecho constitucional y administrativo, tanto sustantivo como adjetivo, que significaron importantísimos y emblemáticos avances jurisprudenciales sobre aspectos fundamentales de estas materias. También fue muy destaca la actuación de la Dra. TEMELTAS en condición de profesora de derecho procesal administrativo y como miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Agradezco especialmente a la Dra. Belén RAMÍREZ LANDAETA el honor que me han dispensado al pedirme que haga la presentación de este magnífico libro homenaje que cuenta con veintitrés (23) estudios y comentarios realizados por distinguidos juristas, académicos y profesores.

La obra está dividida en ocho (8) secciones: (I) *In Memoriam* a Josefina Calcaño de Temeltas; (II) Actos Administrativos; (III) Silencio Administrativo; (IV) Amparo Constitucional; (V) Control de la Constitucionalidad; (VI) Contencioso Administrativo; (VII) Derecho Tributario; (VIII) Temas Varios.

El homenaje inicia con una sección dedicada a honrar la memoria de esta ilustre jurista. Cuatro reconocidos profesores y académicos: Allan R. BREWER-CARÍAS, Cecilia SOSA GÓMEZ, Ramón ESCOVAR LEÓN y Gabriel RUAN SANTOS, se refieren a esta valiosa jurista venezolana.

Primero, el reconocido y brillante jurista Dr. Allan R. BREWER-CARÍAS, narra los inicios profesionales de la Dra. TEMELTAS, cuando regresó de París a finales de 1969, al terminar los cursos de postgrado en derecho administrativo y ciencias de la Administración en la Universidad de París, Place du Pantheon y en el Instituto Internacional de Administración Pública, Place de l'Observatoire en Paris.

Para ese momento BREWER-CARÍAS estaba a cargo de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República y allí empezó la vida profesional de la Dra. TEMELTAS y la relación de amistad entre estos dos juristas.

Luego, la ex Magistrada y ex presidenta de la Corte Suprema de Justicia, profesora y miembro de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Dra. Cecilia SOSA GÓMEZ, con quien la Dra. TEMELTAS compartió la más alta magistratura en la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, se refirió a "*Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS como Magistrado*"; sobre los rasgos de la singular personalidad de la homenajeada, los valores infranqueables que la acompañaron durante su vida, su loable vocación por la carrera judicial, su tenacidad para sentenciar y su rol decisivo en la conformación del contencioso administrativo en Venezuela. Dice la profesora SOSA GÓMEZ "*Me ha pasado con Josefina, que mientras más se aleja su adiós de la Corte Suprema, más descubro hermosas facetas de su personalidad. Resultan curiosos los contrastes de la vida, ella me recibió en el Tribunal y yo la despedí*".

El Dr. Ramón ESCOVAR LEÓN, individuo de número de esa corporación, comenta el legado que nos dejó la académica, profesora y honorable juez *Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS*. ESCOVAR LEÓN se refiere a los extraordinarios aportes de sus líneas jurisprudenciales y su labor doctrinal conformada por más de una veintena de libros y numerosos artículos de investigación, que permearon -sin duda alguna- el derecho venezolano en su conjunto.

El notable académico Dr. Gabriel RUAN SANTOS tuvo la generosidad de escribir unas emotivas “*Palabras en homenaje a Josefina Calcaño. Una jurista ejemplar*”, donde presenta una semblanza de la homenajeada, dando su apreciación personal sobre su persona y su rol como proba magistrada. RUAN SANTOS destaca la valiosísima obra jurídica de la Dra. TEMELTAS, que -en palabras del autor- se circunscribe fundamentalmente en: (i) el contencioso administrativo, donde fue artífice de numerosas sentencias que fundaron las bases para la consolidación de esa rama del derecho durante finales del siglo XX; (ii) las enseñanzas que surgieron del Proyecto de Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, del cual fue corredactora; y (iii) la jurisdicción constitucional, asunto al que dedicó diversos estudios y todo su esfuerzo intelectual y profesional.

La segunda sección del libro homenaje se refiere a uno de los temas centrales del derecho administrativo: los *Actos Administrativos*, e inicia con unos “*Comentarios a la sentencia de 10 de enero de 1980, caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, con ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas: La aplicación del criterio orgánico para la definición del acto administrativo*” de la Dra. María Amparo GRAU, profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello y vice presidenta de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

La Dra. GRAU afirma que dicha sentencia, que estableció la prevalencia del criterio orgánico del acto administrativo con independencia de la naturaleza de las funciones del órgano que lo dicta, fue precursora en la consolidación de un sistema contencioso-administrativo garantista, desde que contribuyó a crear una definición comprensiva de acto administrativo -aún vigente- y logró resaltar el carácter universal de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el sentido de que no existieran actos administrativos excluidos de su control.

Rosibel GRISANTI DE MONTERO, profesora de la Universidad de Carabobo, realizó un estudio que denominó “*La sentencia “Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo”, un antes y un después en el contencioso administrativo*”, en el que, comentando la referida sentencia, hace un interesante estudio y posterior crítica de la tesis de los actos cuasijurisdiccionales, con base a los criterios jurisprudenciales y doctrinales en la materia, concluyendo que -a su juicio- el acto cuasijurisdiccional no existe como una tercera categoría entre el acto administrativo y acto judicial, sino que se trata de un mero acto administrativo, dictado por un órgano administrativo en ejercicio de funciones administrativas, que está sujeto a control jurisdiccional.

La tercera sección de este libro homenaje alude al *Silencio Administrativo*, y cuenta con tres estudios que comentan la conocida sentencia del caso *Ford Motors* con ponencia de la Dra. CALCAÑO DE TEMELTAS. Primero, el estudio del profesor Miguel Ángel SÁNCHEZ TORREALBA, titulado “*El Silencio Administrativo y la sentencia Ford Motors. Su proyección actual*”. El autor estudia el silencio administrativo negativo como una especie de inactividad administrativa (la formal o procedimental), ofreciéndonos una panorámica general del tema, así como una aproximación interpretativa de esa institución, para lo cual se vale de la sentencia *Ford Motors* que logró cambiar la concepción del silencio administrativo, que pasaba de ser entendido como una carga, a plantearlo como una garantía del particular. También refiere a la deficiente regulación del silencio administrativo en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA), y a su gradual pérdida de importancia producto de la derogación de la obligatoriedad de agotar la vía administrativa.

El Dr. Pier Paolo PASCERI SCARAMUZZA, profesor de pre y postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Centroccidental Lisandro Alvarado, escribió un ensayo intitulado *De la sentencia “Ford Motors de Venezuela” a la insuficiente regulación actual del silencio administrativo negativo y del agotamiento de la vía administrativa*”, en el que, a partir de los contrastes existentes entre esa sentencia y la oscura y desarticulada normativa vigente, aborda una serie de interrogantes de gran interés actual sobre la ficción procesal del silencio administrativo negativo y su institución conexas: el agotamiento de la vía administrativa.

Luego, el profesor Dr. Humberto BRICEÑO LEÓN presentó un estudio sobre la “*Inconstitucional extinción y caducidad de la acción y reclamos contra el silencio administrativo. Venezuela y El Derecho Comparado (C.S.J. Ford Motor de Venezuela)*”, donde examina, a la luz de la jurisprudencia y el derecho positivo vigente, la constitucionalidad del artículo 32 de la LOJCA que prevé la caducidad de la acción contra el silencio administrativo negativo, concluyendo que dicha disposición legal es contradictoria e inconstitucional por violar los derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la defensa, a dirigir peticiones y a la oportuna y adecuada respuesta.

La siguiente sección del libro homenaje es sobre el *Amparo Constitucional*. Allí la profesora María Elena TORO DUPOUY, formuló unos “*Comentarios acerca de la sentencia SPA-CSJ “Registro Automotor Permanente*”, en el que hace un meticuloso análisis de la decisión que - en palabras de la autora- “*labró un sitio destacado en la historia del*

amparo en Venezuela”, donde hace la revisión de trece (13) “elementos constitutivos del derecho y de la acción de amparo”, en relación con lo previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, para denotar la marcada influencia que tuvo este fallo en la consolidación del amparo en nuestro país.

Concluye diciendo que “*Se trata de un excelente ejemplo de cómo doctrina, jurisprudencia y legislación, académicos, jueces y legisladores, se retroalimentaban permanentemente para hacer su parte cada uno en el Sistema de Justicia, que debe garantizar los permanentes aplicación y desarrollo de cada uno de los valores, principios y reglas de la Constitución, con especial relevancia en materia de derechos y garantías constitucionales*”.

El Dr. Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE realizó un trabajo titulado “*Josefina Calcaño de Temeltas: Pionera en el control de la convencionalidad y de la tutela judicial de los derechos humanos*”. Allí se refiere al fundamento convencional de la protección de los derechos humanos y el surgimiento de la acción de amparo en el ordenamiento interno; la influencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en la redacción de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, y en la consolidación del control de la convencionalidad difuso nacional o interno; así como los vaivenes jurisprudenciales en materia de amparo cautelar y la amenaza de su supresión; comentando los excepcionales aportes que realizó la homenajeadada desde su posición como magistrado de la Corte Suprema.

Termina la cuarta sección con un estudio del muy distinguido académico Dr. Allan R. BREWER-CARÍAS sobre “*El caso Tarjetas Banavez y la consolidación de la figura del amparo cautelar contencioso administrativo*”, mediante el cual ofrece unas valiosas consideraciones sobre los diversos mecanismos procesales del amparo constitucional, para lo cual se vale de la lucida distinción que hace la decisión *in comento* al diferenciar la acción de amparo ejercida de forma autónoma e independiente, de cuando se ejerce de forma subordinada conjuntamente con otro medio procesal. El profesor Brewer-Carías examina algunos antecedentes de la sentencia del caso *Tarjetas Banavez* y hace referencia a la posterior consolidación de la doctrina jurisprudencial allí asentada.

La quinta sección se refiere al *Control de la Constitucionalidad* e inicia con un estudio del brillante profesor Dr. José Ignacio HERNÁNDEZ G. sobre “*La distinción entre la justicia constitucional y la justicia administrativa en el derecho venezolano: en memoria de la Profesora Josefina CALCAÑO*”

DE TEMELTAS". En este estudio esbozan los criterios utilizados para diferenciar la justicia constitucional de la administrativa, a la vista de las conclusiones acogidas en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del caso *Parque Chorro El Indio*, con ponencia de la magistrado Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS, así como de su obra escrita. Además, hace un balance crítico del desempeño de la Sala Constitucional a partir de las reflexiones de la homenajeadada, proponiendo cuatro reformas principales para el sistema de justicia constitucional venezolano.

Luego, me correspondió a mi -Rafael BADELL MADRID- referirme a "*Los actos de gobierno en Venezuela*". Allí expongo la teoría de los actos y narro cómo fue su tratamiento jurisprudencial en Venezuela, que estuvo marcado por una larga discusión judicial que terminaría con la sentencia del caso *Gruber Odreman y otros*, con ponencia de la Dra. CALCAÑO DE TEMELTAS, al establecer el criterio valiente, valioso y novedoso y aún vigente, de la no exclusión de los actos de gobierno del control jurisdiccional; me refiero luego a su consagración en la Constitución de 1999 y concluyo con algunas consideraciones sobre su sometimiento al control de la constitucionalidad.

El académico José Antonio MUCI BORJAS, profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, contribuyó con esta sección del libro con un estudio que denominó "*La suspensión cautelar del trámite de una ley estatal en ejercicio del control preventivo de constitucionalidad (Un caso de tutela cautelar decretada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas)*".

Allí comenta, explica y analiza la decisión cautelar de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la homenajeadada, proferida en el caso de la demanda por inconstitucionalidad del Proyecto de Ley de Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado Carabobo para el Ejercicio Fiscal del año 1995 -que aún no había sido promulgada-, por medio de la cual se decretó una medida cautelar innominada para suspender el trámite de promulgación y publicación de la referida ley estatal, en ejercicio del control preventivo de la constitucionalidad.

En la sexta sección sobre el *Contencioso administrativo* contamos, primero, con los "*Comentarios a la sentencia PAN AMERICAN WORLD AIRWAYS. Consolidación del Contencioso Administrativo, Tutela judicial efectiva, control jurídico de la discrecionalidad y el método histórico en la interpretación del derecho*" del profesor Juan Carlos OLIVERA BONOMI, donde reseña los cuatro (4) aportes y reflexiones fundamentales de la mentada decisión bajo ponencia de la Dra. CALCAÑO

DE TEMELTAS, a saber: (i) la transformación de las antiguas “apelaciones” previstas en Leyes especiales, en un verdadero contencioso administrativo; (ii) el establecimiento de una interpretación cónsona con la tutela judicial efectiva y el principio pro actione, más allá de cualquier cuestionamiento formal de la acción; (iii) la distinción entre la función jurisdiccional y el activismo judicial; y (iv) la adopción de un método histórico y su conciliación con otros criterios interpretativos como herramienta para desentrañar el sentido y alcance de la ley.

Ana María RUGGERI COVA, profesora de pregrado y postgrado de la Universidad Central de Venezuela, en un trabajo que denominó “*Comentarios sobre la sentencia del caso nulidad artículos del Reglamento sobre el Retiro y Pago de Prestaciones Sociales a los Funcionarios Públicos de Carrera*”, expuso los aspectos elementales de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en pleno, con ponencia -una vez más- de la Dra. CALCAÑO DE TEMELTAS, referida a las acciones de nulidad de actos de efectos generales y su diferencia con el recurso contencioso de anulación contra actos de efectos particulares.

Más adelante aparecen los “*Comentarios sobre la sentencia “Burgos Romero” y la legitimación activa en el contencioso administrativo venezolano de efectos generales*” del Dr. Ramsis GHAZZAOUI, profesor de derecho administrativo y derecho constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. En este trabajo -como el propio autor lo señala- se analiza la noción de legitimación activa en el contencioso administrativo venezolano, a la luz del artículo 112 de la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y la problemática doctrinaria y jurisprudencial que se generó en relación al carácter de los procesos contencioso de anulación de los actos de efectos generales, objeto de la sentencia de la Sala Político Administrativa en el caso *Ramón Burgos Romero*, bajo la ponencia de la magistrado Josefina Calcaño de Temeltas.

La sección VII de este libro en homenaje contiene estudios de *Derecho tributario*, e inicia con un artículo del destacado tributarista Luis FRAGA-PITTALUGA, quien escribió sobre “*El amparo tributario y el amparo constitucional. Dos acciones homónimas diferenciadas por una esclarecedora sentencia*”. Aquí el autor nos ofrece unas valiosas anotaciones en torno a las diferencias de la acción de amparo tributario prevista en el Código Orgánico Tributario y de la acción de amparo constitucional regulada en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derecho y Garantías Constitucionales, a tenor de la lucida distinción hecha en la sentencia de la Sala Político Administrativa del caso *Inmobiliaria El Sitio, C.A.*, bajo la ponencia de la Dra. Calcaño de Temeltas.

También colaboró con esta sección el reconocido tributarista Dr. Leonardo PALACIOS MÁRQUEZ con un trabajo titulado “*La sentencia «Becoblohm». Fuente de criterios para la definición de una metodología de interpretación de la norma tributaria*”. En este estudio, el profesor PALACIOS MÁRQUEZ nos regala unas importantes reflexiones para desentrañar el sentido y alcance de las normas tributarias, inspirado por las enseñanzas de la famosa decisión del caso *Becoblohm* o de *Los agentes aduanales*, la cual -en los términos del autor- constituye “*una de las sentencias más importantes que permiten establecer una metodología para interpretación del Derecho tributario, de la legislación tributaria y de la búsqueda permanente de la racionalización del sistema tributario*”.

La última sección de este libro homenaje denominada “*Temas varios*” contiene tres interesantes estudios en diversas temáticas en los que la homenajeada contribuyó notablemente.

Los profesores Antonio de PEDRO FERNÁNDEZ y Pelayo de PEDRO ROBLES presentaron un estudio en conjunto que denominaron “*Los Documentos Administrativos: Análisis jurisprudencial a partir de la Sentencia N° 300 de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 28 de mayo de 1998*”, donde hacen un examen a fondo de la paradigmática sentencia del caso *C.V.G. Electrificación del Caroní, C.A. (EDELCA)*, que sentó el criterio de los documentos administrativos como una tercera categoría dentro del género de la prueba documental; y refieren al posterior desarrollo jurisprudencial dado por nuestro más alto tribunal en la materia.

El notable profesor Juan Domingo Alfonso PARADISI colaboró a esta sección con un “*Análisis de la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa publicada en fecha 11-08-1983, Caso: Cervecería de Oriente, C.A. (sobre contratos administrativos), Magistrado ponente: Dra. Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS*”, donde expone los criterios asumidos por la jurisprudencia, tanto de la antigua Corte Suprema de Justicia como del actual Tribunal Supremo de Justicia, para distinguir los contratos administrativos de los contratos de la Administración.

El cierre de esta obra quedó a cargo del profesor e investigador Carlos Luis CARRILLO ARTILES, quien contribuyó con un ensayo que tituló “*Otros aportes jurisprudenciales de la Dra. Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS*”, donde reseña algunas de las tantas contribuciones de la magistrada epónima de esta obra, tales como son: (i) la sentencia *Panamerican World Airways Incorporated* sobre la naturaleza sustancial de la actividad desplegada por

el contencioso administrativo; (ii) el fallo del caso *Alba Orsetti de Cabello* sobre la responsabilidad patrimonial administrativa extracontractual del Estado; (iii) la sentencia *Redimaq* sobre la inutilidad de la acción de nulidad frente a inactividad administrativa de primer grado; (iv) la decisión del caso *Alí Quiñones* sobre la naturaleza jurídica de las medidas correctivas ejercidas por el Juez dentro de un proceso y sus diferencias con las medidas disciplinarias; y (v) el voto salvado en la sentencia en el caso *Francisco Ruiz Becerra* sobre reparos al debido control judicial de una destitución disciplinaria de un Juez.

IN MEMORIAM A
JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

- ALLAN R. BREWER-CARÍAS
- CECILIA SOSA GÓMEZ
- RAMÓN ESCOVAR LEÓN
- GABRIEL RUAN SANTOS

**JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS,
SU FORMACIÓN INICIAL Y UNA REFERENCIA A
UNA DE SUS CONTRIBUCIONES
JURISPRUDENCIALES A LA TEORÍA DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO EN LA ÉPOCA DORADA DEL
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL PAÍS**

Allan R. Brewer-Carías

Conocí a Josefina Calcaño de Temeltas a finales de 1969, cuando regresó de París, luego de seguir, entre 1967 y 1969, cursos de postgrado en derecho administrativo y ciencias de la Administración en la Universidad de París, Place du Pantheon, y en el Instituto Internacional de Administración Pública, Place de l'Observatoire en Paris.

Para el momento de su regreso yo ya estaba a cargo de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República, que desde ese año dirigía, y en la cual había agrupado con toda independencia, un extraordinario equipo de jóvenes profesionales en todas las áreas de la Administración Pública, con una buena participación de jóvenes juristas, muchos de ellos con post grados incluso en Francia, país con cuyas instituciones académicas teníamos estrechas relaciones, entre las cuales estaban la propia Facultad de Derecho de la Universidad de París, el Consejo de Estado y el Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, del cual incluso yo era profesor regular en temas de reforma Administrativa.

Entre los amigos y profesionales que ya para 1969 estaban trabajando conmigo en la Comisión, recuerdo, como mis tres principales colaboradores, al profesor Nelson Socorro, Director Nacional de Organización; al profesor Manuel Rachadell, Director de la Escuela Nacional de Administración Pública y a Armida Quintana, Consultor Jurídico. A Armida la conocía de años atrás, pues nos habíamos graduado juntos en la Universidad Central

de Venezuela en 1962; y a Nelson y Manuel, los conocía del Instituto de Derecho Público de la misma Universidad, donde poco tiempo antes habían comenzado a trabajar conmigo, en la sección de Derecho Administrativo, como profesores investigadores, luego de haber completado, ambos, sus estudios de post grado en París.

Al saber del regreso de Josefina Calcaño a Caracas, como ocurrió con tantos otros jóvenes profesionales que ingresaron a la Comisión, ella encontró trabajo de inmediato con nosotros, habiendo ingresado en el área de organización y de la Consultoría Jurídica. como Analista de Organización y Métodos. Allí trabajó en varios temas sobre empresas públicas, tema en el cual, incluso elaboró varios trabajos. También su esposo, Ahmet Temeltas, quien comenzaba a dar sus primeros pasos en un país extranjero, que luego hizo suyo, realizó sus primeros trabajos paralelamente a su dominio progresivo del castellano, en cierta forma vinculados a la propia Comisión.

El ingreso de Josefina a la Comisión, además, coincidió con el trabajo que habíamos iniciado a comienzos de 1970 cuando como Presidente de la Comisión presenté ante la Comisión de Asuntos Sociales de la Cámara de Diputados un documento con observaciones críticas respecto del Proyecto de Ley de Carrera Administrativa que se había comenzado a discutir en las Cámaras legislativas (al margen totalmente del trabajo que desarrollábamos en la Comisión). Ello me llevó, adicionalmente, como mecanismo para poder influir efectivamente en la modificación del Proyecto, a proceder a elaborar, muy rápidamente, con la colaboración de los profesores Manuel Rachadell, Nelson Socorro y Juan Garrido Rovira, un documento de trabajo titulado “Proyecto de Ley sobre los Funcionarios Públicos” que remití a la referida Comisión en abril de 1970, el cual, en definitiva, acogido por aquella Comisión, con varias modificaciones, fue el que dio origen a la Ley de Carrera Administrativa de septiembre de 1970.

Josefina, sin duda, durante su estadía en la Comisión, junto con Armida Quintana, se interesó por el tema de la función pública, habiendo incluso elaborado uno de los primeros estudios sobre la nueva Ley. Ello la llevó luego, entre 1972 y 1974, a integrar el Tribunal de Carrera Administrativa que se había creado con la Ley, como Juez Temporal y Accidental, y a dictar un curso como profesora en la Escuela Nacional de Administración Pública, sobre el Estatuto de la Función Pública, lo que hizo durante varios años hasta 1977.

Como respecto de tantos otros destacados profesionales y profesores, tengo el orgullo de poder decir que Josefina Calcaño comenzó su actividad profesional trabajando conmigo, habiendo así contribuido en algo en su formación profesional.

Yo dejé la Comisión en 1972, viajando de inmediato a la Universidad de Cambridge, Inglaterra, donde estuve de *Visiting Scholar* hasta 1974, y Josefina, igualmente ese año dejó la Comisión y pasó a trabajar a la Consultoría Jurídica del Ministerio de Educación, con la profesora Tatiana de Maekel, quien era la Consultor Jurídico del Ministro profesor Enrique Pérez Olivares.

De allí, luego, en 1974, Josefina pasó a trabajar como asistente del Dr. Martín Pérez Guevara, presidente de la Corte Suprema de Justicia, con quien colaboró estrechamente en la elaboración de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, instrumento que fue el primero que reguló en el país a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y al régimen procesal básico de los juicios contencioso administrativos. Por ello, años después, cuando tocó sacar en la Colección Textos Legislativos de la Editorial Jurídica Venezolana un número sobre la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, habiendo tomado conocimiento de que Josefina tenía un trabajo escrito sobre la misma, le propuse que lo publicáramos, junto con otro trabajo mío sobre la misma Ley, y así salió el libro *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia* (Con colaboraciones de Josefina Calcaño de Temeltas y Allan R. Brewer-Carías), Colección Textos Legislativos, N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1989.

La regulación de la jurisdicción contencioso administrativa en la nueva Ley de 1976, y la creación de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa, fue un detonante fenomenal para el desarrollo del control judicial de la Administración Pública en el país y para el propio desarrollo del derecho administrativo, siendo los aportes de la Corte Primera en ese proceso de una riqueza e importancia excepcionales.

Creada la Jurisdicción, Josefina Calcaño fue designada en 1977, como Magistrada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa, siendo la primera mujer electa para dicha alta posición, habiendo presidido la Corte entre 1978 y 1979, cuando fue designada como magistrada en la sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de nuevo, habiendo sido la primera mujer designada para dicha alta magistratura, cargo que ocupó hasta 1998.

Su desempeño como Juez en ambas Cortes fue encomiable, habiendo sentado jurisprudencia innovadora en múltiples temas del derecho administrativo en el país.

Sin embargo, esas designaciones, por lo que respecta a las relaciones personales, como de hecho ocurrió en relación con otros Magistrados y

Magistradas de las Cortes, se convirtió en una barrera para los que litigábamos ante dichos tribunales. El trato y la relación personal que pudo haber con anterioridad de y materialmente puede decirse que desapareció, como debía ser en la relación litigante - juez, y comenzamos a vernos solo en estrados, a comunicarnos mediante escritos propios del ejercicio profesional, o a coincidir en eventos académicos.

Eran los tiempos en los cuales se litigaba solo con base en alegatos y argumentos jurídicos, que se discutían, escribían y defendían con vehemencia mediante escritos o en informes en estrados; y con ellos en muchos casos se ganaban los casos, cuando se convencía al juez sobre lo justo de los alegatos que se formulaban. Los jueces, sin duda conocen el derecho *—iura novit criá—* pero el juez debe decidir conforme a lo alegado y probado por las partes en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos (art. 12 CPC). Y de allí lo importante de los alegatos en juicio, que sin duda pueden y deben influir en el criterio del juez cuando decide.

Esa época de oro del contencioso administrativo, que coincidió con los años durante los cuales Josefina Calcaño de Temeltas actuó, junto con otras distinguidas magistradas y magistrados que actuaron tanto en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa como en la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, fue por lo demás la que yo conocí y durante la cual actué, desde la posición de abogado consultor y de abogado litigante, teniendo como mira convencer a los jueces de la justicia de los alegatos en los que intervinimos.

Uno de esos casos fue el conocido caso *Ford Motor Company de Venezuela*, que llegó a la Corte Suprema de Justicia en 1979 y el cual se planteó el tema de los efectos del silencio administrativo tal como se había regulado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema, el cual dio origen a una importante sentencia de la Sala Político Administrativa, de fecha 22 de junio de 1982 (Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 11, julio-septiembre 1982, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 150-160), en la cual la Sala incluso cambió una jurisprudencia errada anterior de la propia Sala, interpretando correctamente la norma del artículo 134 de la ley Orgánica.

Yo intervine indirectamente en ese caso, y en la formulación de los alegatos que llevaron al cambio de jurisprudencia, al haber sido consultado en la materia como abogado consultor.

En octubre de 1979, en efecto, el destacado procesalista profesor Arístides Rengel Romberg en su carácter de abogado del Escritorio Travieso, Evans, Ponte, y Hughes me solicitó una Opinión Jurídica en

relación con la interpretación del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en particular, respecto de la aplicabilidad de su segundo aparte sobre el llamado silencio administrativo. Dicha consulta me la formuló con el siguiente texto:

“La Administración de Rentas del Distrito Valencia del Estado Carabobo, formuló a nuestro cliente la FORD MOTOR DE VENEZUELA el Reparó N° 15 de fecha 17 de marzo de 1975 por concepto de Patente de Industria y Comercio. Contra este Reparó apeló la empresa el 13 de mayo de 1975 ante a Cámara Municipal, La Cámara Municipal, en sesión del 31 de mayo de 1979 conoció de la apelación y decidió ratificar el Reparó, lo cual fue notificado a la empresa en Oficio No 002734 de fecha 19 de junio de 1979, notificación que fué recibida el mismo día. Contra esta decisión también en ésta y en toda materia, que: “cuando la ley dice el juez o Tribunal puede o podrá, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio” (Art 13. Cod. Proc. Civ.). Del mismo modo cuando el aparte del artículo 134 dice: “El interesado podrá intentar el recurso...” se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio; de tal modo que el interesado tiene la opción de intentar - el recurso o de esperar la decisión de la Administración, para intentarlo dentro de los seis meses siguientes a la notificación de ésta, según lo prevé la primera parte del citado Art. 134. Siendo un beneficio para el interesado, a fin de que el silencio prolongado no le cause perjuicios, mal puede una interpretación del Art. 134 convertir en una pena de caducidad del recurso del interesado aquel beneficio.

Además, consideramos que la única caducidad que prevé el Art. 134 es la de seis (6) meses contados a partir de la publicación del acto administrativo particular o de su notificación al interesado; y siendo la caducidad una pena, la norma que la contempla es de interpretación estricta, y no puede extenderse -por analogía u otras hipótesis. Por ello, consideramos que la Sala, en la Sentencia referida, ha creado una caducidad no contemplada en la ley, en perjuicio del administrado, siendo que el aparte referido del Art. 134 lo que hace es concederle un beneficio

En vista de lo expuesto, solicitamos su parecer escrito sobre la siguiente cuestión:

1. Si la interpretación del Art. 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, contenida en la decisión referida del 28 de noviembre de 1978 se ajusta al derecho y merece ser seguida o modificada.

2. Si el Recurso de la empresa, propuesto dentro de los seis (6) meses de la notificación de la decisión del Concejo, está oportunamente intentado y debe ser admitido.”

Pues bien, estudiado detenidamente el asunto que se sometió a mi consideración, escribí un extenso dictamen de 48 páginas que firmé con fecha 31 de octubre de 1979, cuando se lo envié al Dr. Rengel Romberg, en el cual desarrollé el tema conforme al siguiente esquema:

“I. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO CONDICIÓN DE ADMISIBILIDAD DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SU EXCEPCIÓN: 1.- El agotamiento de la vía administrativa y el acto administrativo que causa estado. 2.- El recurso jerárquico como medio jurídico para agotar la vía administrativa. 3.- El remedio contra la indefensión provocada por la inacción administrativa: el silencio administrativo.

II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 1. Los sistemas francés, español e italiano de silencio administrativo. A. Los sistemas francés e italiano. B. El sistema español. 2. El sistema venezolano de “silencio administrativo” A. La consagración legal. B. La interpretación jurisprudencial.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL “SILENCIO ADMINISTRATIVO” EN EL SISTEMA VENEZOLANO: 1. Los efectos del “silencio administrativo” 2. La inexistencia de acto administrativo derivado del silencio. 3. El objeto del recurso contencioso-administrativo ejercido en virtud del “silencio”.

IV. EL RECURSO DERIVADO DEL SILENCIO COMO GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LOS ADMINISTRADOS: 1. El silencio administrativo como un beneficio de los administrados. 2. El silencio no exime a la Administración de su obligación de decidir.

V. REQUISITOS FORMALES PARA LA APLICABILIDAD DE LA FIGURA PROCESAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.”

A manera de CONCLUSIÓN en el dictamen dejé sentado el siguiente criterio:

“1. La interpretación que la Corte Suprema de Justicia ha hecho en su sentencia del 28 de noviembre de 1978 sobre el artículo 134 de la Ley Orgánica que la rige, no se ajusta a derecho, y debería ser modificada por la misma Corte, y ello, por las siguientes razones:

A. Porque la figura del silencio administrativo que acoge nuestra legislación está configurada como una garantía a favor del administrado, para permitirle el ejercicio del recurso contencioso-administrativo contra un acto que no causa estado, en caso de inacción de la Administración en la resolución del recurso administrativo interpuesto contra dicho acto;

B. Porque, como consecuencia, su interpretación debe hacerse en beneficio del interesado, para cuyo beneficio se regula el silencio administrativo, y no en su perjuicio.

C. Porque con el transcurso del plazo de silencio administrativo no se produce ningún acto tácito denegatorio, sino solamente, se permite al interesado recurrir ante la vía contencioso-administrativa contra el acto que no causa estado. Se trata, por tanto, de una figura con meros efectos procesales en favor del administrado.

D. Porque la posibilidad que se abre al particular de recurrir ante el silencio administrativo es eso, una posibilidad, facultad, derecho o garantía, y no una obligación y mucho menos –una carga; y si el interesado decide no utilizar el beneficio procesal, puede optar, libremente, por esperar la decisión expresa del recurso administrativo interpuesto, en cuyo caso, de producirse y no satisfacerle sus pretensiones, puede intentar el recurso– contencioso-administrativo contra ese nuevo acto que causa estado.

E. Porque por el hecho de que transcurra el plazo del silencio administrativo sin que la Administración decida, y transcurra el lapso de caducidad para intentar el recurso contencioso previsto en beneficio del particular, no se puede pensar que acto alguno haya adquirido firmeza, pues no hay acto, y precisamente, lo que hay es un no acto. En cuanto al acto administrativo recurrido en vía administrativa, este no puede haber adquirido firmeza, pues, precisamente, por estar recurrido administrativamente, no está firme.

F. Porque por el hecho de que transcurran los lapsos señalados de silencio administrativo, no puede pensarse que se agotó la vía administrativa, que la Administración perdió competencia para decidir posteriormente o que ya no tiene obligación de decidir. Al contrario, de acuerdo con la Constitución (art. 67), la Administración está obligada a decidir los asuntos que se le sometan, es decir, está obligada a dar oportuna respuesta, por lo

que, a pesar de que transcurra los lapsos del silencio administrativo y el particular no use el beneficio jurisdiccional que la Ley le otorgue, la Administración tiene el deber de decidir, para lo cual no puede considerarse que ha perdido competencia.

2. El recurso contencioso-administrativo interpuesto oportunamente por el administrado contra la decisión del recurso administrativo interpuesto y resuelto tardíamente, a pesar de no haberse utilizado en su momento el beneficio jurisdiccional del silencio administrativo, debe ser admitido, pues de lo contrario se lesionaría su derecho a la garantía jurisdiccional sin que Ley alguna lo autorice.”

Queda es esta forma expuesta la opinión solicitada, dejando a salvo, como siempre, cualquier otra mejor fundada en derecho.”

Como no había acuerdo de confidencialidad sobre el texto de mi dictamen, tratándose de una consulta y de una opinión estrictamente jurídica, el texto del estudio salió publicado como artículo con el título: “Consideraciones sobre el silencio administrativo consagrado a los efectos del recurso contencioso administrativo de anulación,” en la *Revista de Control Fiscal*, N° 96, Contraloría General de la República, Caracas, enero-marzo 1980, pp. 11-33.

El Dr. Rengel Romberg, conforme a la opinión expresada, hizo sus alegatos en el juicio contencioso administrativo ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, acompañando a los mismos mi dictamen, el cual fue considerado por la Sala bajo la Ponencia de Josefina Calcaño de Temeltas, lo que indicó efectivamente la sentencia que fue dictada el 22 de junio de 1982 (el texto casi íntegro de la sentencia puede verse en *Revista de Derecho Público*, No. 11, julio-septiembre 1982, pp. 150-160), al expresar que:

“de la empresa recurrente por su parte, con el fin de ilustrar la improcedencia de la solicitud del Concejo Municipal del Distrito Valencia y la procedencia de la admisión del recurso de su representada, produce un extenso escrito elaborado por el administrativista Brewer-Carías, en el cual se sostiene que la interpretación que ha hecho la Sala en su sentencia del 28 de noviembre de 1978 sobre el artículo 134, no se ajusta a derecho y debería ser modificada por la Corte, entre otras razones porque la figura del silencio administrativo que acoge nuestra legislación está configurada como una garantía a favor del administrado para permitirle el ejercicio del recurso contencioso-administrativo contra un acto que no causa estado, en caso de inacción de la Administración en la resolución del recurso administrativo interpuesto

contra dicho acto, y porque con el transcurso del plazo del silencio administrativo no se produce ningún acto tácito denegatorio, sino solamente, se permite al interesado recurrir ante la vía contencioso-administrativa contra el acto que no causa estado; y se trata, por tanto, de una figura con meros efectos procesales en favor del administrado”.

La Sala “Con vista en tales elementos, para decidir” procedió a analizar extensamente la problemática planteada, concluyendo su importante y extensa sentencia acogiendo nuestro criterio, expresando lo siguiente:

“En efecto, acogiendo la opinión del mismo autor traída a los autos por el recurrente, no hay más remedio que admitir “si no se quiere bastardear la institución, que el silencio administrativo supone, por definición, una posibilidad del recurso para el particular que, si no se utiliza, deja las cosas en el mismo punto en que se encontraban si el silencio no hubiese sido consagrado por la ley” (Garrido Falla. “La llamada doctrina del silencio administrativo” p. 114 y 115).

Pero, si todavía no bastara la interpretación literal y lógica que acaba de hacer la Sala para dejar claramente establecido el carácter de garantía procesal a favor del administrado que reviste el silencio administrativo instituido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es pertinente recordar igualmente, como lo ha hecho la Corte en anterior oportunidad, dos reglas fundamentales. para el logro de una interpretación racional de los textos legales: la primera, tener en consideración la naturaleza de la materia legislada y el propósito deseado por el legislador; y la segunda, no interpretar aisladamente una norma, sino en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte. (S. SPA - 19-2-81).

Cuanto, a la primera regla, cabe señalar en el presente caso, que la materia legislada atañe al ejercicio del recurso contencioso-administrativo de anulación y que, en esa materia, el propósito deseado no sólo por el legislador sino por el constituyente venezolano, es de ampliar y no de restringir la garantía jurisdiccional contra los actos arbitrarios o ilegales de la Administración (Art. 206 C. N.); propósito que, en el caso del primer aparte del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se ve patentizado a través del escrito de presentación del proyecto y en la Exposición de Motivos del mismo, en cuyos instrumentos se afirma que con la figura del silencio administrativo “se trata de hacer efectivos los derechos de los administrados ante la eventual desidia de la Administración”, y que “en esta forma se evita que el silencio administrativo impida el oportuno ejercicio de la acción”.

Y respecto a la interpretación de la norma en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte, forzoso es recordar los antecedentes del silencio administrativo como un mecanismo que posibilita al particular el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en ausencia de decisión expresa de la Administración.

Concretando los puntos anteriormente desarrollados en este fallo, la Sala concluye:

1. Que la disposición contenida en el primer aparte del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia consagra una garantía jurídica, que se traduce en un beneficio para los administrados.

2. Que, como tal garantía, debe ser interpretada en sentido amplio y no restrictivo, pues de lo contrario, lejos de favorecer, como se quiso, al administrado, lo que haría es estimular la arbitrariedad y reforzar los privilegios de la Administración.

3. Que esa garantía consiste en permitir el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en ausencia de acto administrativo expreso que ponga fin a la vía administrativa.

4. Que el transcurso del lapso del silencio administrativo sin que el particular ejerza el recurso contencioso-administrativo no acarrea para aquél la sanción de caducidad de tal recurso, contra el acto que en definitiva pudiera producirse.

5. Que el silencio no es en sí mismo un acto, sino una abstención de pronunciamiento y, por consiguiente, no cabe decir que se convierte en firme por el simple transcurso del plazo de impugnación.

6. Que el silencio no exime a la Administración del deber de dictar un pronunciamiento expreso, debidamente fundado.

7. Que es el administrado, quien decide la oportunidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa: durante el transcurso del lapso previsto en el artículo 134, o posteriormente, cuando la Administración le resuelva su recurso administrativo.

8. Que cuando la Administración resuelve expresamente el recurso administrativo después de transcurridos los plazos previstos en el artículo 134, el particular puede ejercer el recurso contencioso-administrativo contra ese acto concreto.

9. Que a partir del momento en que se notifica al interesado la resolución administrativa expresa de su recurso, comienza a correr el lapso general de caducidad de seis meses para el ejercicio del correspondiente recurso contencioso-administrativo; y

10. Que de no producirse nunca la decisión administrativa expresa, no podrá el interesado ejercer el recurso contencioso administrativo pasados los nueve meses a que se refiere el artículo 134 de la L.O.C.S.J., invocando el silencio administrativo.”

Esta sentencia es uno de los tantos ejemplos de cómo se litigaba en el mundo contencioso administrativo en aquellas épocas, con estudio y con argumentos que pudieran convencer al juez, de la justicia de un alegato, al punto incluso, como sucedió en este caso *Motor Ford de Venezuela*, de que la Corte Suprema cambiara un criterio interpretativo de la aplicación de su propia ley que la justicia reclamaba.

Esta forma de litigar, mediante escritos y documentos, era la vía de contacto con los jueces, aun cuando con los mismos hubiera podido haber habido en tiempo atrás relaciones de amistad personal, las cuales, para quienes litigábamos, tuvimos la obligación de poner de lado y materialmente abandonar. Y así fue en mi caso personal con Josefina, como sucedió con tantos otros jueces amigos, con quienes, a pesar del afecto inalterable que permaneció siempre, solo tuve posteriormente la distante relación entre el litigante y el juez en los tribunales, o en eventos académicos en los cuales hubiéramos podido coincidir. El respeto a la majestad de la judicatura y por la independencia judicial obligaba a ello, engalanando a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y a los Jueces que como Josefina Calcaño de Temeltas, contribuyeron a desarrollar en el país.

New York, marzo 2024

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS COMO MAGISTRADO

*Cecilia Sosa Gómez**

Gracias a la profesora María Amparo Grau, por invitarme a presentar la trayectoria en ejercicio de la función de Magistrado de Josefina Calcaño de Temeltas, compañera con quien compartí muchos años de trabajo como jueces de la Sala Político Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela.

Para mí, es un honor combinar y acompañar, en este caso al profesor José Antonio Muci-Borjas quién junto a otros participantes en este Ciclo de encuentros, han analizado sentencias de las que fue ponente, aprobadas y publicadas, como también destacar el valor jurisprudencial de sus disidencias en textos de sentencias presentados por otros Magistrados, sea en la Sala Político Administrativa o en Sala Plena del Máximo Tribunal.

* Abogado graduado en la UCV. Doctor en Derecho Universidad Paris 1, La Sorbona. Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, UCV. Exdirector del Centro de Investigaciones Jurídicas, UCAB. Profesor visitante Cátedra Andrés Bello, Oxford, Inglaterra. Profesor de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de pre y post grado de la UCV, UCAB y UAM. Juez de la República desde 1985 hasta 1999, Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Presidente de la Organización de Cortes Supremas de las Américas. Director Ejecutivo de la Organización Venezuela Progresista en Libertad (*veporlibertad*) desde 1999. Director Académico de la organización Bloque Constitucional de Venezuela. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¿CÓMO ERA LA MAGISTRADO CALCAÑO DE TEMELTAS?
SU PERSONALIDAD, SU FORMACIÓN, SUS VALORES,
SU CONDUCTA CON LOS COMPAÑEROS MAGISTRADOS Y
SU CARÁCTER COMO JUEZ

Creo que tendré el atrevimiento de exponer pinceladas de estas facetas, pues cuando entre a la Corte como Magistrado, sólo ella, única mujer, estaba allí en ejercicio de la magistratura, lo que me llevó a detenerme y observar como lo hacía ella, su conducta ante el resto de los 14 hombres que hasta ese momento la acompañaban.

La primera expresión de respeto hacia mí fue precisamente no darme ningún consejo ni sugerencia de cómo ella se desenvolvía siendo mujer en ese medio, y tal actitud la agradecí pues me permitió asumir mi propio estilo gracias a su silencio; entendí que el mensaje no fue otro que “aprende por ti misma”, aquí no hay patrones.

Tuvo también una enseñanza velada que nos decía a los recién incorporados: observa lo que aquí pasa y cómo funciona. Tanto el magistrado Román Duque Corredor como yo, estábamos acostumbrados a otro ritmo de trabajo en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. No pronunció una palabra para advertirnos, pero sí nos hizo sentir; esto aquí en este tribunal es otra cosa. Ambos, quiero decir Román y mi persona, aprendimos a esperar y poco a poco el equipo se acopló y se hizo eficiente.

Debo reconocer que nunca la llamé por su nombre en público: Josefina. Nos tratamos siempre con mucho respeto y diría con admiración, nuestra confianza mutua fue creciendo, y aquello en que coincidíamos era respetado y conversado, como también cuando teníamos diferencias de criterio.

Me ha pasado con Josefina, que mientras más se aleja su adiós de la Corte Suprema, más descubro hermosas facetas de su personalidad. Resultan curiosos los contrastes de la vida, ella me recibió en el Tribunal y yo la despedí.

Es el momento de recordar las palabras que pronuncié como presidente del Supremo Tribunal, con motivo de su retiro como Magistrado, lo que dio lugar a que la Corte se instalase para despedirla atendiendo a los artículos 17 y 21 de la Ley Orgánica que regía su funcionamiento para aquél entonces, ante la falta absoluta a que diera lugar su retiro.

Para el momento que Josefina deja el tribunal, decía en aquellas palabras que durante los últimos 21 años, quienes trabajamos el

Contencioso Administrativo Venezolano, nos sometimos al ineluctable designio legal del artículo 181 de dicha Ley, cuando dictaminó “Mientras se dicta la ley que organice la jurisdicción contenciosa administrativa...” y sin embargo, no deja de sorprender el vertiginoso desarrollo de esta especial jurisdicción en un país que ni siquiera se había proporcionado una ley propia que la regulara, teniendo que conformarse con subsistir en la transitoriedad que generosamente le permitió la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en su Título VIII.

Esa temporalidad del contencioso administrativo permitió obtener aportes jurisprudenciales de relevancia y significación, que constituyen los mejores proyectos en temas e instituciones jurídicas, enriquecedores sin duda, que precisamente hacen lucir a los magistrados, como Josefina Calcaño de Temeltas. Por ello al despedirla del Tribunal dije:

“... tengo el honor de despedir precisamente, a quien ha sido forjadora incansable de ese aporte y protagonista de los avances del contencioso administrativo en Venezuela.”

Decía en aquella ocasión, que pocas veces los presidentes de la Corte se reservaban la despedida de un compañero. Lo hice y expresé en mis palabras:

“En esta ocasión deseo manifestar el grato placer de hacerlo, no sólo porque Josefina Calcaño de Temeltas tiene hoy en mí su más antigua compañera de Sala, sino porque es motivo de orgullo aprovechar esta oportunidad para resaltar las altas condiciones de jurista, de quien ha decidido voluntariamente retirarse de la más elevada investidura de la carrera judicial.”

Recuerdo que seleccioné algunas sentencias pioneras que tenían un lugar común, la protección de los derechos del administrado, sentencias que además han escudriñando meticulosamente la naturaleza jurídica de las instituciones que proporcionan esas garantías.

En algunos momentos de su vida expresó públicamente, dentro de temas jurídicos, evaluaciones que tocaban temas políticos de altura.

Dijo en 1993 por ejemplo:

“El pueblo venezolano anhela a la par de la libertad, seguridad jurídica, funcionamiento eficaz de los servicios de prestación obligatoria del Estado, medios de subsistencia que garanticen el desarrollo pleno de la personalidad, y certeza del ejercicio pulcro de las funciones públicas.”

Y agregaba:

“Mientras esas y otras exigencias de igual entidad no sean cabalmente comprendidas y atendidas, no podremos afirmar sin engañarnos, que nuestra democracia sea granítica. Al contrario, aunque de pie, no está erguida, sino tambaleante, vulnerable, expuesta a sucumbir por vientos populares de enojo e impaciencia.”

A mi juicio su dedicación para sentenciar estuvo marcada por la investigación de la verdad, asociada con el deseo de perfección, el razonamiento jurídico vinculado a la norma escrita y el idioma debía ser empleado de manera impecable, y en eso competía con el Magistrado Farías Mata; felizmente no era así de exigente con nosotros, el resto de los magistrados.

Considero que ella manejaba una técnica para profundizar en el conocimiento de los casos, mediante la cual pasaba de lo concreto a lo abstracto, de lo menos general a lo más general, y en ese proceso incorporaba la norma o normas aplicables, dándole profundidad al conocimiento de un caso específico.

El inconveniente lo sabía, era que la realidad es mucho más que sistematizaciones, siempre se quedan cortas comparadas con la riqueza de lo que queremos conocer.

No tengo duda que el amor por la lengua española le venía por sangre de Don Antonio Simón Calcaño Henríquez, periodista y escritor. Ese era su padre, quien poseía una prosa clara y precisa con la que manejaba en sus escritos la fibra de su poesía.

Igualmente tenía una costumbre diaria de leer casi todos los periódicos temprano en la mañana, que por cierto lo supe por ella misma; pero nunca le oí un comentario en la Corte. Tenemos que aceptar que la prensa de hace 30 años era culta y selecta con contenidos literarios y relatos de escritores nacionales y extranjeros.

Su personalidad aparecía un tanto introvertida, no hablaba por hablar, separaba muy bien, familia y trabajo, tenía pequeños rasgos infantiles que le quedaban muy bien con su físico de muñeca, de tez muy blanca, ojos grandes y de un color que mostraban sus sueños, tenía una sonrisa cálida y una educación austera.

Era portadora de una fina sensibilidad, tenía una sutil inteligencia y una mentalidad aguda. Pero nada más importante que sus valores: tenía sentido del honor y de la gratitud, era profundamente humana detrás de una aparente rigidez de sus posturas, su manera de sentarse tan derecha, parecía que tocaba el piano en la mesa de sesiones.

En cuanto al estado de ánimo de Josefina en ocasiones se mostraba sensible, y sabía e identificaba perfectamente, quien se aprovechaba de su franqueza.

Manejaba los tiempos de sus discursos de manera cuidadosa, como, por ejemplo: cuando afirmaba que la democracia no era un mito. Más bien la calificaba como una realidad tangible, comprensiva de dos elementos: uno material y otro psicológico. El primero referido al conjunto de instituciones y de principios concretos que la fundamentan y le dan existencia: y el segundo decía que consiste en la postura de quienes creen y viven en un régimen democrático.

Agregaba a esa descripción tan válida, que se necesitaban ambos elementos, y para que esa confluencia se produjera era imperativo fortalecer al Estado de Derecho, acentuando los mecanismos de control de la actividad que ejercen los órganos y autoridades públicas. Ceñirse al Estado de derecho, a las reglas preestablecidas, es la manera de legitimar sus actos y ello acrecienta la confianza y credibilidad de los ciudadanos en la Institucionalidad democrática, y así responderán con actitud positiva y ánimo decidido a defenderla, y luchar por su mantenimiento y mejoramiento.

Demos un giro a su carrera. Josefina Calcaño de Temeltas no fue solamente una Magistrado que sentenciaba casos judiciales en la Sala o en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, ella fue mucho más que eso, fue una legisladora.

Tenemos que reconocer que ella tuvo un maestro excepcional, quien la llevó de la mano por un tiempo y luego ella se transformó en su apoyo en tareas legislativas, se trata de del Magistrado presidente de la Corte Suprema de Justicia, Martín Pérez Guevara, quien se volcó en la elaboración de la Ley que regiría los destinos judiciales de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con la Constitución de 1961, y de allí en adelante siempre contribuyo en proponer criterios para leyes atinentes al sistema de justicia y al área judicial en particular.

Reconozco que no descubrí a tiempo, esta faceta de la Magistrado Temeltas, y lo mucho que hubiera contribuido a clarificar aún más la descentralización de la Justicia.

Resulta que esta experticia estuvo siempre presente en su trabajo, pero más nos hemos ocupado de los criterios jurídicos de sus decisiones y de la argumentación para llegar a ellos.

En este orden de ideas, basta con leer el Discurso de Orden que pronunciara como Magistrado de la Suprema, con motivo del décimo aniversario de la instalación de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. (En el Paraninfo de la UCAB el 10 de octubre de 1986).

Los invito a releerlo. Ese texto constituye una pieza con toda la apariencia de ser hecha con un tecnicismo jurídico, pero en realidad tiene un mensaje diría hasta maternal dedicado a explicar cómo se estructuró el vínculo judicial entre la Suprema y ese Tribunal, como un hijo de aquella, y pasa revista a una evaluación institucional de los diez años transcurridos, explicando con afecto, el fundamento de su regulación en normas de naturaleza transitoria, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Igualmente se adentra en reconocer el cumplimiento parcial de sus objetivos, basada en varios criterios, entre los que destaca el cuestionamiento de concentrar competencias en un solo órgano jurisdiccional en materias civil, mercantil y contencioso administrativo, pues consideraba que se desvirtuaba el principio de especialización de esta jurisdicción de competencias.

Prefiero no especular que opinaría la Magistrado Calcaño de la actual Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Siguiendo en esta línea de la Magistrado Calcaño legisladora, disponemos de un trabajo de su autoría que lo confirma, se trata de la “Evaluación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia a dos décadas de Vigencia.

En esa obra nos aportó sus “Ideas sobre la creación de la Sala Constitucional”, pasando revista a la iniciativa de Martín Pérez Guevara, luego el nacimiento de una nueva estructura jurídica para llegar al control jurisdiccional, incorporó en su análisis el proceso iniciado de la modernización de la Corte, luego el uso del ejercicio de la potestad legislativa para terminar con su propuesta que en 1997, fecha de la obra que comento, como era la creación de la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia.

Por cierto, parece importante examinar estas propuestas de Calcaño, luego de todo lo que ha sucedido en el país con la torcedura constitucional realizada durante años por el hoy Tribunal Supremo de Justicia y en particular, su Sala Constitucional.

Su frase “la democracia no es un mito” la compartimos plenamente, que más que una idea, es una convicción de quienes trabajamos día a día en la construcción y mantenimiento de ese sistema elegido. Permíteme

expresarte, aunque te hayas ido, que con tu labor en la Corte y en el foro jurídico venezolano, eres un honroso ejemplo para el país del servicio público que necesitamos para seguir afirmando que la democracia no es un mito.

La Corte Suprema de Justicia, a la que le dedicaste tantos años de tu vida, siempre tuvo encomendada la tutela de la libertad, el respeto a la vida, la justicia y la paz, consiente que su actividad incide en el desarrollo integral de la persona, preservando su esencia, su dignidad, al garantizarle a éste la efectiva protección de sus derechos fundamentales.

Concluyo diciendo, gracias, Josefina Calcaño de Temeltas, a tu esposo Ahmet e hijo Emil a quienes amaste, así como a tu familia, que estén orgullosos de todo lo que hiciste por tu país, y comprendan que las horas de trabajo en casa, junto a los expedientes, no fueron en vano. Puedes estar tranquila. Siempre te recordaremos.

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

*Ramón Escovar León**

El pasado 18 de enero, en la sede de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, se celebró un homenaje para honrar la memoria de Josefina Calcaño de Temeltas, reconocida como una referencia en el ejercicio de la magistratura. El evento fue patrocinado, además de la Academia, por la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (Aveda) y por el Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas.

Luciano Lupini Bianchi, Rafael Badell Madrid, Cecilia Sosa, Jesús María Casal y Belén Ramírez Landaeta se encargaron de destacar los valores intelectuales, institucionales, universitarios y humanos, así como los aportes de las líneas jurisprudenciales de Josefina Calcaño de Temeltas. El *Boletín* número 172 de Acienpol fue dedicado a su memoria; y Funeda está por publicar un libro en el cual se examinan sus líneas jurisprudenciales.

Josefina Calcaño de Temeltas dejó su impronta en la doctrina, en la cátedra universitaria y en la jurisprudencia. Tuvo, pues, influencia completa sobre el derecho venezolano, porque en la época de la democracia, la magistratura contó con juristas que dejaron obra relevante en los espacios en los que ejercieron sus responsabilidades.

Los doctrinarios de derecho administrativo reconocen sin vacilar los aportes jurisprudenciales de las decisiones dictadas bajo ponencias de Calcaño de Temeltas. La naturaleza jurídica de los documentos administrativos, el silencio administrativo, la distinción entre justicia constitucional y justicia administrativa, los métodos de interpretación de la

* Abogado *summa cum laude* (UCAB: 1974). Licenciado en Letras *magna cum laude* (UCV: 2016). Doctor en Derecho (UCV: 1990). Magister en Administración de Empresas (UCAB; 1997). Profesor Emérito UCV.

norma tributaria, la definición de los actos de gobierno, entre otros, son contribuciones significativas en la evolución del derecho administrativo venezolano.

La predictibilidad, consistencia y coherencia eran características de las sentencias de Josefina Calcaño de Temeltas. En sus decisiones se advertía un proceso de consolidación de la jurisprudencia. No había contradicción entre una decisión y otra. De esa manera, se respetaba el principio de la confianza legítima y la seguridad jurídica. Cuando no es así, la jurisprudencia como fuente del derecho pasa a ser letra muerta.

En lo que atañe a la doctrina, la homenajeadada también dejó un legado relevante. Escribió más de veinte libros y numerosos artículos de investigación. Entre ellos, vale la pena destacar aquí un trabajo titulado “La legitimidad del juez” (*Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N.º 172, pp. 62-162). El magistrado para ser legítimo –afirmaba– debe cumplir con algunos requisitos subjetivos y objetivos; entre ellos, su idoneidad ética e intelectual, así como su imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus funciones, como lo ordena el artículo 256 de la Constitución. Un magistrado que no cumple con estos requisitos carece de legitimidad, lo que afecta la autoridad y credibilidad de sus decisiones. Se trata, en estos casos, de una magistratura de hecho y no de derecho.

Por otra parte, se requiere que el juez idóneo ingrese al Poder Judicial por concurso de oposición, tal como lo señala el artículo 255 de la Constitución. Esto está reñido con la figura del juez provisorio, que es una manera de mantener el control de los jueces. Asimismo, la figura del juez provisorio afecta el derecho a ser juzgado por el juez natural. Por si fuera poco, la designación de jueces por su vinculación política con quien los designa afecta el principio de imparcialidad e independencia que debe caracterizar al Poder Judicial. No cumplir con estos presupuestos es lo que lanza al sistema de justicia venezolano al último lugar de los índices internacionales de medición del Estado de derecho.

Otra característica de las sentencias de Josefina Calcaño de Temeltas es la claridad del lenguaje y la consistencia de los argumentos utilizados; el juego equilibrado entre la abstracción y la concreción en la compleja faena de amoldar los hechos a los supuestos abstractos del derecho. La ilustre magistrada lo hacía con maestría. Así construía los conceptos, siempre apoyada en razones expresadas con precisión. Sus sentencias pueden ser entendidas por todos, que es lo que se desea en el lenguaje judicial.

Calcaño de Temeltas era poeta por vocación y escribió “algunos primorosos frutos para su propia satisfacción y para deleite de sus más íntimos amigos”, tal como lo señala el doctor René De Sola al momento de dar contestación al discurso de incorporación de la recipiendaria. Esas habilidades literarias las heredó de su padre, Antonio Simón Calcaño, quien fue un excelente escritor, poeta y periodista venezolano, tal como lo afirmó Mariano Picón Salas. Es que para escribir bien hay que tener afición por la buena literatura, lo que evidencia, una vez más, que la cultura humanística es un aliado insustituible de la claridad del lenguaje jurídico.

Josefina Calcaño de Temeltas fue elegida magistrada de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia bajo el manto inspirador del *Pacto de Puntofijo*. Este acuerdo fue respetado, aún más allá de la salida de URD del gobierno de Rómulo Betancourt, y permitió que los magistrados fuesen seleccionados sobre la base del consenso y de sus méritos éticos e intelectuales. Cuando se radicaliza el método del reparto entre partidos, se inicia poco a poco el deterioro del sistema judicial. Pero el quiebre definitivo se produce cuando la clase política deja de cumplir lo pactado y se separa del debate ideológico y de los compromisos asumidos. Se sustituye la figura del estadista por el hombre de la maquinaria, el pragmático que buscaba el control institucional para alimentar el populismo. La consecuencia de ello fue el derrumbe de las bases de la democracia nacida en 1958. Ya no se eligen juristas – como Josefina Calcaño de Temeltas– sino jueces cuyo mérito fundamental es ser ficha del jefe político que lo designa. Así se generó la crisis del Poder Judicial, la cual se ha agravado en los últimos años.

Honar la memoria de Josefina Calcaño de Temeltas nos coloca ante el perfil de lo que es la majestad de la magistratura. Es una manera de reconocer los más elevados valores judiciales y republicanos. De ahí la significación del acto celebrado en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, para recordar su obra y proyectar su dignidad.

Que su ejemplo de probidad y excelencia sirva de modelo para las nuevas generaciones de abogados y de acicate para recuperar la esperanza.

**PALABRAS EN HOMENAJE A
JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS
UNA JURISTA EJEMPLAR**

*Gabriel Ruan Santos**

SUMARIO

UNA SILUETA DE SU PERSONA. SU OBRA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. JOSEFINA CALCAÑO Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Estoy muy agradecido a los organizadores de este homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, y en especial a la doctora Belén Ramírez, por haberme invitado a participar en este acto para expresar mi visión particular acerca de su persona y de su obra jurídica. No tuve la fortuna de ser su alumno, pero fui su amigo y colaborador, mientras ella fue magistrada de la Corte Suprema de Justicia, y más tarde su colega en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. No obstante, la diferencia de edades, fui su contemporáneo durante una época brillante y fecunda del derecho administrativo en Venezuela, antes de mi paso definitivo al derecho tributario, a lo largo de los años ochenta y noventa del siglo XX, que ambos pudimos vivir intensamente. Recuerdo que nuestra relación fue propiciada por el doctor René de Sola, quien para entonces era magistrado importante de la Corte Suprema de Justicia y figura de mucho respeto en la democracia venezolana iniciada en el año 1958.

* Abogado egresado *Magna Cum Laude* (UCV), con estudios de postgrado en Derecho Comercial y Administrativo en la Università di Roma. Profesor de pregrado y posgrado de la UCAB, UCV y UNIMET. Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Miembro correspondiente extranjero de Academia Colombiana de Jurisprudencia, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y de la Academia Peruana de Ciencias Morales y Políticas.

UNA SILUETA DE SU PERSONA

Como se afirma con orgullo, Josefina Calcaño fue la primera mujer en ser designada Magistrada Principal de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, por acuerdo del Congreso de la República dictado en el año 1979. Contemporáneamente, fue designada como Magistrada Suplente de la Sala Penal la ilustre doctora Helena Fierro Herrera, pero fue Josefina la que verdaderamente logró superar la barrera del género en el seno del supremo tribunal de la República, con su designación como Magistrada Principal.

Josefina Calcaño egresó como abogada de la Universidad Católica Andrés Bello el año 1967. Cursó en Francia el doctorado en Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de París, conocida como La Sorbona, entre 1967 y 1969. También en París, hizo el postgrado en Ciencias Administrativas en el Instituto Internacional de Administración Pública entre 1968 y 1969. Además, Josefina Calcaño hizo varias pasantías en los tribunales contencioso-administrativos franceses, especialmente en el Consejo de Estado, verdadera catedral del derecho administrativo en esa nación, pionera en la materia. Por eso, puede decirse que ella adquirió su principal formación jurídica en Francia, en la Facultad de Derecho paradigma de la enseñanza del derecho público, e hizo su entrenamiento judicial nada menos que en el tribunal más famoso en la especialidad. De allí, a mi juicio, su modo de enfocar el razonamiento jurídico y el lenguaje adoptado para expresarlo, con la sencillez y precisión de la escuela francesa, con fidelidad al derecho positivo nacional característica de esa escuela. Tal vez por este perfil de su formación, fue elegida por su mentor el doctor Martín Pérez Guevara, presidente de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia por muchos años y artífice de su Ley Orgánica en 1976, como su más cercana colaboradora.

Personalmente, conocí a la doctora Calcaño cuando era jueza del Tribunal de la Carrera Administrativa, en los años setenta del siglo XX, cuando yo era abogado al servicio de la Procuraduría General de la República, en la Asesoría del Estado, y me tocaba acudir como representante de la Administración Pública Nacional en los procesos que cursaban por ante ese Tribunal, que inició la modernización del derecho administrativo en Venezuela. Recuerdo que ella compartía su trabajo con otras juezas de mucha competencia y preparación, quienes también iniciaban su carrera en la judicatura, entre las cuales también destacaba Hildegard Rondón de Sansó. Posteriormente, fue designada Magistrada

Principal de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en 1977, en el primer período de esa novel Corte, cuando este tribunal despachaba en el Edificio París de la Plaza Candelaria, donde me tocó comparecer muchas veces, como abogado de la República y como abogado en libre ejercicio, y allí la veía con frecuencia.

Siempre me llamó la atención el estilo personal de la doctora Calcaño: muy cordial y con abundante simpatía; sencillo, sin adornos innecesarios en el lenguaje; profundo en el tratamiento de los conceptos jurídicos, a pesar de la sencillez en el lenguaje; original en sus enfoques, pues no atiborraba con erudición y citas excesivas de doctrina; con madurez y realismo, tal vez por ello congenió tanto con su mentor Martín Pérez Guevara, quien era mayor y pertenecía a una generación anterior de abogados; muy honesto e imparcial, alejada su persona de preferencias partidistas o ideológicas, no obstante su pensamiento social cristiano; y muy firme, cuando llegaba a una conclusión meditada era muy difícil que cambiara de posición.

SU OBRA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Josefina Calcaño, como juez, como asesora, como legisladora, como docente, fue actora y factor principal de la transición y renovación del contencioso administrativo en Venezuela. Ella, junto con otros ilustres juristas del derecho administrativo, como fueron Gonzalo Pérez Luciani, Allan Randolph Brewer-Carías, Román Duque Corredor, Hildegard Rondón de Sansó, Cecilia Sosa Gómez, Luis Henrique Farías Mata, Ezra Mizrachi Cohen, Armida Quintana Matos, y otros más jóvenes de mucho valor, cuyos nombres se me escapan, fueron motores de la “*edad de oro*” del derecho administrativo, entre los años sesenta y noventa del siglo XX, durante los cuales creció, se expandió y se solidificó esta rama del derecho, que se había iniciado incipientemente en los años cuarenta y cincuenta de ese mismo siglo con la labor docente de profesores de la Universidad Central de Venezuela, como José Manuel Hernández Ron, Antonio Moles Caubet, Tomás Polanco Alcántara, Eloy Lares Martínez y otros de grata recordación.

En relación con esta transición renovadora, hay que resaltar la participación de la doctora Josefina Calcaño como corredera del Proyecto de Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, conjuntamente con el doctor Martín Pérez Guevara, presidente de la Sala Político Administrativa de esa Corte, la cual vino a sustituir a la vetusta Ley Orgánica de la Corte Federal y a realizar un mandato de la Constitución de

1961, después de quince años de haber entrado en vigencia la jurisdicción contencioso administrativa y la nueva estructura del supremo tribunal. En especial, cabe señalar como aportes de esa Ley Orgánica -y de nuestra homenajeada- el diseño y regulación de los procedimientos para los recursos de nulidad de los actos generales y de los actos administrativos particulares, que vino a reemplazar a la compleja distinción entre los recursos de inconstitucionalidad y de ilegalidad; se resalta también, la descentralización de la jurisdicción contencioso administrativa, hasta ese momento concentrada en la Sala Político Administrativa, mediante la creación de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y de los tribunales superiores de lo contencioso administrativo, a fin de hacer más eficiente la administración de justicia en esta rama jurídica tan importante para el funcionamiento del Estado y para acercar la justicia al ciudadano, con la creación de tribunales unipersonales competentes en el interior del país y la posibilidad de apelación ante un tribunal colegiado especializado e intermedio entre la primera instancia y la cúspide en la Corte Suprema de Justicia. Estructura jerárquica que todavía se refleja, con escasos cambios, en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En este mismo sentido de transición renovadora, con la venia de la audiencia, recuerdo que yo también participé desde la Procuraduría General de la República en la redacción de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pues colaboré con el doctor Luis Henrique Farías Mata, quien asesoraba a la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados en el examen del proyecto. En especial, fuimos los proponentes de la ampliación de los artículos 119 y 131 de la LOCSJ, relativos al alcance en el tiempo de las sentencias declarativas de nulidad de actos generales y particulares y de las pretensiones que podían ser admitidas conjuntamente con los recursos de nulidad, de acuerdo con la norma del artículo 206 de la Constitución de 1961, que creaba la jurisdicción contencioso administrativa. Para mí fueron momentos de mucha emoción juvenil y de plena realización como cultor del derecho administrativo, objeto de mi postgrado en Roma.

De esos tiempos, recuerdo también el primer seminario sobre la Ley Orgánica de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, efectuado en el año 1977 en la nueva sede de la Procuraduría General de la República y coordinado por la doctora Hildegard Rondón de Sansó. En ese evento inaugural, tocó al doctor Martín Pérez Guevara discurrir sobre el control jurídico de los actos del Poder Público en la historia de las constituciones de Venezuela. Al escuchar la lectura de la exposición, casi que identificaba en esas palabras el estilo de la doctora Calcaño, correductora de la nueva

Ley. También recuerdo una interesante anécdota: el doctor Luis Beltrán Prieto Figueroa, entonces presidente del Congreso de la República, expresó en su intervención que “la Ley había sido aprobada a libro cerrado”. Lo que interpreté no como una crítica, sino como un reconocimiento de la labor de sus redactores.

En cuanto a la obra jurídica de Josefina Calcaño, ha habido muy buenas exposiciones sobre la misma, pero yo deseo dar mi opinión acerca de ciertos aspectos de ella. Pienso que la doctora Calcaño dedicó su vida al Poder Judicial y a la construcción de un sistema judicial que atendiera al derecho público. En esto dejó un valioso legado, donde dio pautas trascendentes acerca del oficio de juez, en sus lecciones, conferencias, y ponencias, y aportó modelos de razonamiento jurídico en el derecho público, en sus numerosas sentencias. Tres pilares componen su extensa obra: el contencioso administrativo, la Corte Suprema de Justicia y la jurisdicción constitucional. Temas que llenaron su vida profesional y a los cuales dio toda su energía intelectual. Haré un breve comentario de los tres pilares, reflejados en sus sentencias y trabajos académicos.

La doctora Calcaño produjo numerosas sentencias en su carrera, un verdadero rosario de fallos célebres, particularmente en el contencioso administrativo general, muchas de las cuales integran lo que hemos llamado la “edad de oro” del derecho administrativo y de la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de las cuales tomaré solamente las que causaron mayor impresión en mí en los años en que me dedicaba a esa área del derecho público, sin que ello implique menospreciar las demás.

En primer lugar, destaco la sentencia del caso Ford Motor de Venezuela, a través de la cual quedó sentada la jurisprudencia del silencio administrativo negativo en los procedimientos frente a la Administración Pública; fue un verdadero parteaguas, que marcó un antes y un después en la interpretación de las conductas omisivas de la Administración, estableció categóricamente la obligación de los órganos administrativos de responder a los ciudadanos y decidir expresamente, y correspectivamente, calificó la invocación del silencio administrativo negativo como una facultad del ciudadano, que le facilitaba el paso a la instancia superior y desechó la injusta posición que la consideraba como prerrogativa de la Administración.

En segundo lugar, la sentencia del caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, referida a los llamados actos cuasi-jurisdiccionales, a través de la cual la Sala Político Administrativa determinó la naturaleza de las comisiones tripartitas del trabajo y de su función, que llenaron una época

del derecho laboral; en realidad, a mi juicio, trataba acerca de la intervención de la Administración Pública en la actividad de derecho privado, como era concebida en el derecho italiano.

En tercer lugar, me refiero al caso de Tarjetas Banvenez y demás filiales del Banco de Venezuela, en la cual la Sala Político Administrativa sentó el perfil del amparo constitucional en la actividad administrativa y sobre todo definió el concepto de violación directa de la Constitución, para caracterizar el objeto propio de esa acción, y evitar su confusión con el recurso contencioso administrativo de nulidad.

En cuarto lugar, la sentencia del caso Alba Orsetti de Cabello, relativa a la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública, con aplicación de la figura de la responsabilidad civil por guarda de cosas, regulada en el artículo 193 del Código Civil de Venezuela. Mediante este fallo, se buscaba suplir un vacío en el desarrollo normativo de la responsabilidad del Estado, la cual estaba prevista en la Constitución de 1961, pero carecía de un régimen legal propio.

Por último, quiero hacer referencia a la sentencia del caso de Herberto Contreras Cuenca, la cual precisaba la autonomía del municipio en la Constitución de 1961, con ocasión de la administración de sus inmuebles, pero enfocada en todos los alcances de esa autonomía y en el desarrollo del carácter de ley local de las ordenanzas, en las materias propias de la competencia de los municipios. Esta sentencia tiene un significado especial para mí, pues tuve la oportunidad de redactar el proyecto para ella, lo cual no era frecuente pues le gustaba hacer sus propios proyectos de sentencia y desarrollar sus ideas originales.

JOSEFINA CALCAÑO Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El ingreso de la doctora Calcaño a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el año 2000, podría identificarse con su dedicación al tema de la jurisdicción constitucional, el cual trató con genuina pasión intelectual. Sobre este tema escribió multitud de artículos. Es muy conocido el texto de su discurso de incorporación a dicha Academia, en el cual promovió la creación de la jurisdicción constitucional. Cabe recordar que, a fines de la década de los noventa del siglo XX, ella había participado de los trabajos de la comisión parlamentaria para la reforma de la Constitución de 1961, que presidía el doctor Rafael Caldera, y en su seno propuso la creación de la Sala Constitucional, con abundancia de argumentos y plena convicción. Años después, en su discurso frente a la Academia cambió de posición y pasó a sostener la creación de un tribunal constitucional autónomo y

superior a la estructura del Poder Judicial, a fin garantizar su independencia como máximo intérprete de la Constitución, como resultado de sus amplios estudios constitucionales y la experiencia de ciertos países europeos. Insistía la doctora Calcaño en la necesidad de especialización constitucional de los magistrados integrantes de esa jurisdicción y en el rigor de su proceso de escogencia. Aunque ambas exigencias fueron acogidas de algún modo en la Constitución de 1999, es un hecho que la escogencia real de esos magistrados no ha sido acorde con lo esperado ni ha estado a la altura de una verdadera jurisdicción constitucional, como lo proponía la doctora Calcaño. Sin embargo, sus enseñanzas han quedado para la posteridad.

Es oportuno recordar de ese discurso el ejemplo de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en el año 1993, frente al “autogolpe de Estado del dictador Jorge Serrano Elías”. La doctora Calcaño relataba que el dictador había decretado la derogación de muchas normas de la Constitución de ese país y la disolución del parlamento. Pero la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, presidida por el magistrado Epaminondas González, persona que gozaba de la admiración de la doctora Calcaño, con gran coraje anuló los decretos del dictador guatemalteco y repuso la vigencia de la Constitución y al parlamento en sus funciones constitucionales. No dudo que ella hubiera actuado del mismo modo si hubiera tenido la ocasión de hacerlo.

Voy a cerrar esta breve intervención con unas palabras que tomo prestadas de la excelente “Semblanza” que hizo de la doctora Josefina Calcaño el doctor José Vicente Haro y con especial referencia a sus estudios jurídicos: “...debe decirse que los mencionados estudios, a diferencia de mucho de lo que se escribe en la actualidad en Venezuela, fueron estudios completamente originales, diferentes cada uno de ellos, redactados con claridad, precisión y adecuado manejo del idioma castellano, todo lo cual hace de sus obras una contribución excepcional a la bibliografía jurídica venezolana”. Comparto plenamente estas palabras.

Muchas gracias por la atención.

Caracas, marzo de 2023

ACTOS ADMINISTRATIVOS

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1980, CASO MIRANDA ENTIDAD DE AHORRO Y PRÉSTAMO, CON PONENCIA DE LA MAGISTRADO JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS:

LA APLICACIÓN DEL CRITERIO ORGÁNICO PARA LA DEFINICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

*María Amparo Grau**

SUMARIO

1. LA DEFINICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO. 2. LA APLICACIÓN DEL CRITERIO ORGÁNICO PARA DEFINIR EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1980, CASO MIRANDA ENTIDAD DE AHORRO Y PRÉSTAMO, CON PONENCIA DE LA MAGISTRADO JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS. 3. LA VIGENCIA DE LA DOCTRINA DEL CASO MIRANDA ENTIDAD DE AHORRO Y PRÉSTAMO BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1999. 4. CONCLUSIÓN

Me complace participar en esta obra para honrar la memoria Josefina Calcaño de Temeltas, quien tan destacado desempeño tuvo en su larga trayectoria como juez, profesora universitaria e individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

* Doctora en Derecho por la Universidad CEU-San Pablo, Madrid-España. Master en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Cátedra Andrés Bello en el St. Anthony's College de la Universidad de Oxford (2006-2007). Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela en la Cátedra de Derecho Administrativo. Socia del Despacho de Abogados Badell & Grau.

Josefina Calcaño de Temeltas ingresó a la función judicial al ser designada primer suplente del Tribunal de la Carrera Administrativa, y, posteriormente, Magistrada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, para luego convertirse en la primera mujer en ocupar el cargo de magistrado de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, donde se desempeñó por casi 20 años.

Sus sentencias, así como también sus votos salvados, escritos siempre con fina pluma, contienen los más profundos y acabados análisis de los más variados temas constitucionales y administrativos que atañen al Estado en el ejercicio de la función de gobierno y administrativa y, en general, a toda la actividad del Estado de carácter administrativo, legal, contractual y extracontractual, en cuanto al control de su legalidad, y la determinación de la responsabilidad por los daños causados, así como el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas de los administrados afectados por ellas.

Quien quiera conocer la obra de la jurista de Josefina Calcaño de Temeltas en su faceta de juez, sólo debe remitirse a su numerosa e importante producción jurisprudencial, en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en la Corte en Pleno o en la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, la cual se reconoce en el foro como una contribución vital para la evolución del Derecho Administrativo, así como de aspectos esenciales del Derecho Constitucional y de los Derechos humanos Fundamentales en Venezuela, siendo ella la ponente de la emblemática sentencia del caso *Andrés Velásquez*, de fecha 20 de octubre de 1983, la cual sentó las bases para la aplicación de la acción y proceso del amparo a los derechos y garantías constitucionales, ante la ausencia de una ley que regulara la institución contemplada en el artículo 49 de la Constitución de 1961 que exhortaba una ley en la materia que no se produjo sino. Varios años después, el 27 de septiembre de 1988.

Quiero también destacar la parte humana de este admirado personaje, yo que no fui su alumna, puedo decir que fui, sin embargo, recipiendaria de muchas lecciones de su parte, lecciones desde su desempeño acorde a los valores éticos y morales del trabajo responsable, su rectitud y honestidad a carta cabal, la humildad de la sabiduría, su sentido de justicia y la firmeza en sus convicciones para hacerla efectiva, su vida austera y familiar.

En sus casi 20 años como Magistrada de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, sus ponencias, así como también sus votos salvados, crearon parte la más acabada doctrina administrativa ha

sido piedra angular en la evolución y consolidación de un sistema de justicia administrativa con respeto a las bases constitucionales del derecho administrativo y a la salvaguarda de los derechos humanos fundamentales en Venezuela.

La sentencia que comentaré fue dictada bajo su ponencia, por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 10 de enero de 1980 en el asunto *Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo*.

He escogido esta sentencia porque atañe a uno de los aspectos primarios de la construcción del contencioso administrativo, como es la definición del acto administrativo, tema verdaderamente complicado, y en el que nuestra doctrina y jurisprudencia merecen reconocimiento por haber logrado una construcción comprensiva de toda manifestación de la actividad administrativa de ejecución de ley para formular un concepto en sintonía con el dogma del carácter universal del control judicial de la misma y la proscripción de cualquier interpretación que lleve a afirmar la existencia de actos excluidos del control judicial, a manera de concretar un principio de responsabilidad integral de la Administración y una protección cabal de los administrados en cuanto sujetos del accionar administrativo.

Es decir, que la construcción del concepto del acto administrativo tiene la importancia de definir el objeto de la acción para el control de legalidad de los actos de la Administración, y así lograr la concreción de una justicia real y eficaz que posibilite la declaración de su nulidad, en casos de ilegalidad, y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas infringidas por el acto ilegal, así como la reparación de los años y perjuicios causados.

Es sabido que tenemos entre nosotros una marcada influencia el derecho administrativo francés y en este sentido es muy interesante señalar cómo a contracorriente de lo ocurrido en el derecho administrativo francés que nos inspiró, el contencioso administrativo en Venezuela debió desarrollar un camino en vía totalmente contraria.

Recuérdese que, por los postulados revolucionarios, la división del Poder se entendió como la separación absoluta y radical entre las ramas administrativas y judicial, lo cual llevó a una separación orgánica más no funcional, pues la propia administración debía juzgar la legalidad de sus actos, y por ende a ella quedaba reservada esta parcela de la actividad jurisdiccional del Estado en la Francia post revolucionaria.

El contencioso administrativo francés se gestaba así sobre la base de excluir de la jurisdicción los actos de la Administración y para ello se creó

el concepto del servicio público cuya importancia llevaría a equiparlo a la noción misma del derecho administrativo, y conforme al cual todo lo que calificase como tal quedaba fuera de las competencias del poder judicial.

Era tanto el temor de los revolucionarios a los tribunales, que las leyes de la época prohibieron al poder judicial juzgar la actuación de la Administración. Correspondía a la Administración y solo a ella, juzgar sus propios actos.

Así la Ley de 22 de diciembre de 1789 prohibía la injerencia de los tribunales en las funciones administrativas, y posteriormente la Ley de Separación (Ley 16-24 de agosto de 1790), sancionaba esta injerencia con el delito de prevaricación.

La Ley en efecto disponía:

“Las funciones judiciales están y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas.

Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos por razón de sus funciones.”

También, luego, la Constitución de 1991 se estableció que “*Los tribunales no pueden intervenir en las funciones administrativas ni citar ante sí a los administradores en razón de sus funciones.*”

La necesidad de dilucidar entonces las posibles controversias de jurisdicción, judicial o administrativa, dio lugar en Francia a la creación del tribunal de conflictos, a quien correspondía determinar si la materia pertenecía al ámbito de competencias de uno u otro, es decir, a la propia Administración, o al Poder Judicial.

De manera que entre nosotros, que, por el contrario, desde siempre adoptamos un sistema contencioso administrativo judicialista, y no de autocontrol, los precedentes del sistema francés no podían ser adoptados sin más, como hizo alguna doctrina y se hizo en algunas leyes, por ejemplo, cuando se calificó como recurso la impugnación del acto en vía judicial como lo hacían los franceses y no de acción, como correspondía mejor a un sistema judicialista, o cuando se excluían de “recurso de apelación”, ciertos actos de la administración en algunas leyes (caso materia inquilinaria e inspectorías del trabajo), lo cual copiado del sistema francés, se refería obviamente a la revisión que en la propia sede administrativa se realizaba en el Ejecutivo o en todo caso en la instancia ya administrativa autónoma del Consejo de Estado, cuando este adquirió autonomía respecto del Ejecutivo, pero cuya actuación tampoco constituía la acción del poder judicial.

De manera que fue arduo el trabajo de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y de la extraordinaria doctrina administrativa venezolana para definir la materia del contencioso administrativo.

A diferencia de los franceses, entre nosotros no tenía por qué partirse de una desconfianza hacia los tribunales ni tratar de ampliar las materias excluidas de su juzgamiento. Por el contrario, más aún en un sistema presidencialista, el meter a la Administración en la cintura del Derecho y el respeto de los derechos y garantías fundamentales resultaba y resulta prioritario, al punto de que la Constitución del 61 (art 206) -al igual que la del 99 (art. 259)- contempló con rango constitucional a la jurisdicción contencioso administrativa en manos del Poder Judicial, mediante la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley, con la competencia primordial de *“anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”*

De manera que la noción de “acto administrativo” y en este camino se encuentra la obra de Josefina Calcaño de Temeltas de construir los conceptos del derecho administrativo de forma acorde con nuestro sistema judicialista y en un pensamiento de vigencia cabal del principio de Responsabilidad del Estado y vigencia igualmente cabal del respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos, y de allí la proscripción de la teoría de los actos excluidos del control.

En eso fue también fundamental ciertamente el aporte de nuestra homenajeada: Las sentencias y los votos salvados de Josefina Calcaño de Temeltas son líderes en este sentido, y por ello la misma ha inscrito su nombre entre los grandes paladines de un Estado de Derecho para nuestro país.

Entonces, nos vamos a referir a esta sentencia, bajo su ponencia, que se inscribe, como he dicho, en esta tendencia necesaria de construir un sistema contencioso administrativo acorde con nuestros postulados constitucionales y no con una mera importación de modelos extranjeros que no se corresponden a nuestra realidad.

1. La definición del acto administrativo

Vamos entonces a referirnos al tema del acto administrativo que como sabemos es sólo una parcela de la materia del contencioso administrativo, pues a esta jurisdicción corresponde no sólo el control de la legalidad de la actividad administrativa, sino también respecto de la actividad contractual y extracontractual de la Administración y la responsabilidad que de toda ella deriva.

El primero de los aspectos, esto es, el control de la legalidad de la actividad administrativa depende entonces de la noción del acto administrativo, tema que, como sabemos, es un concepto que responde a varios criterios en su definición. El criterio orgánico, el criterio material y el criterio formal.

La definición del acto administrativo es en efecto complicada, y puede decirse que marca el grado de dificultad que tienen los estudios del derecho administrativo y que como docentes universitarios nos consta enfrentan los jóvenes estudiantes de derecho cuando ven por vez primera esta materia.

A diferencia de los actos de los otros poderes, como la ley y la sentencia, en el caso del acto administrativo es la combinación de estos criterios lo que permite darle contenido.

Así por la combinación de los dos primeros criterios: el orgánico y el material, obtenemos la definición del acto administrativo típico y propio, es decir, aquél que resulta del ejercicio de la función administrativa por parte una organización administrativa. Allí no cabe duda, de que esa actividad es actividad administrativa sujeta al control de legalidad que ejerce la jurisdicción contencioso administrativa.

Los actos producidos por una organización Administrativa en ejercicio de una función administrativa son actos administrativos recurribles en nulidad mediante el recurso contencioso administrativo de anulación, al cual puede sumarse la solicitud de restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas y el pago de los daños y perjuicios, pues a diferencia también del sistema francés uno sólo es el medio de impugnación entre nosotros y no cabe distinguir entre éste y el recurso de plena jurisdicción, asunto al que alguna doctrina dedicó su estudio inspirados en las ideas francesas verdaderamente inaplicables a nuestra realidad.

Sobre esta noción orgánica-funcional del acto administrativo, téngase en cuenta que la organización del Estado se fundamenta constitucionalmente en el principio de separación de los poderes, previsto actualmente en el artículo 136, y conforme al cual el poder público se distribuye de forma

vertical según las instancias territoriales: en el Poder Nacional que corresponde a la persona jurídica República, el Poder Estatal, cuya persona jurídica territorial son los Estados, y el Poder Municipal, cuya persona jurídica territorial son los Municipios.

Y desde el punto de vista horizontal, usando un criterio histórico de la tripartición de las funciones estatales: el Poder Público se divide en los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, criterio modificado por la Constitución de 1999, al agregar los poderes Ciudadano y Electoral, cuestión que merece ciertamente una reflexión en cuanto a si seguimos aquí en la tendencia de la división funcional y puede hablarse de funciones ciudadanas y electorales, pero este es un tema distinto.

En todo caso, la construcción de la noción del acto administrativo que precede la Constitución de 1999, que fue esencial a su vez para la construcción del principio de control cabal de la actividad administrativa, atendía, precisamente a la combinación de estos dos criterios, imbuidos en la norma que contemplaba la división del poder: el criterio orgánico: la existencia de estructuras orgánicas diferenciadas en ramas del poder: Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y de otra parte, la atribución a cada una de ellas de funciones típicas y propias: legislativa, administrativa y judicial, lo cual daba lugar finalmente a actividades típicas y propias de cada una de esas estructuras organizativas o ramas del poder: la ley, el acto administrativo y la sentencia.

El tema se complicaba cuando, sin embargo, en la enunciación de este principio de división del poder se disponía y se dispone todavía: *“Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.”*

Esta colaboración que puede resultar desde el ejercicio de sus propias funciones típicas, planteó no obstante que también podía ocurrir desde el ejercicio de las funciones propias y típicas de los otros poderes: Así la Administración puede eventualmente realizar función de juzgamiento o normación, y las otras ramas del poder pueden eventualmente realizar función administrativa, y es aquí donde los criterios orgánico y material para definir el acto administrativo cobran importancia, pues en ambas situaciones el resultado del ejercicio de las funciones expresadas dará lugar a actividad administrativa y por tanto a materia sujeta al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Así, en el primer caso, cuando la Administración produzca un acto jurídico en ejecución de una norma legal de competencia, independientemente de si la función es administrativa, jurisdiccional o normativa, el resultado será, en principio, por aplicación del criterio orgánico: Un acto administrativo. Los actos por ende así dictados por todos los órganos del poder ejecutivo nacional, estatal y municipal y sus entes descentralizados (administraciones públicas descentralizadas) serán actos administrativos con vista al criterio orgánico, independientemente de la naturaleza de la función ejercida.

Igualmente, en el segundo caso, todos los actos ejecutados por los órganos de los poderes judicial y legislativo, en función administrativa, serán actos administrativos con vista al criterio material.

Recapitulando, hay actos administrativos emanados de la Administración Pública por virtud del criterio orgánico independientemente de si la función ejercida tiene naturaleza administrativa.

Hay actos administrativos emanados de los órganos de las otras ramas del poder distinta a la Ejecutiva y sus entes descentralizados, e incluso de los particulares (Teoría de los actos de autoridad) si se ejerce una función administrativa, atribuida por una norma legal de competencia.

2. La aplicación del criterio orgánico para definir el acto administrativo en la sentencia de 10 de enero de 1980, caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, con ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas

Sobre la aplicación del criterio orgánico de definición del acto administrativo a pesar de ser éste el resultado de un acto de juzgamiento realizado por una Administración Pública (es decir que cumple el criterio orgánico, pero no el material), la sentencia del caso *Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo* de fecha 10 de enero de 1980, con ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas, resultó aleccionadora:

Se refiere este caso a los actos de las Comisiones Tripartitas órganos creados mediante la Ley contra Despidos Injustificados en fecha 8 de agosto de 1974 a objeto de decidir sobre las controversias entre patronos y empleados sobre la calificación de un despido como de causa justificada, para permitirlo sin aplicación de una compensación especial. También se le atribuía a este órgano -las comisiones tripartitas- la decisión de lo relativo a la necesaria aprobación previa de la solicitud patronal de reducción de personal por necesidades técnicas o económicas de la empresa, antes de proceder a los despidos como consecuencia de ella.

El criterio de exclusión de la revisión del contencioso administrativo de estos actos era el criterio precedente a la sentencia que comentamos y fue el criterio que sostuvo en ese juicio la representación de la Procuraduría General de la República.

Dicho criterio, de exclusión de la revisión del contencioso administrativo de estos actos, se fundamentaba en la consideración del carácter jurisdiccional de la función que se ejercía para producirlos, y su asimilación, por ende, a un laudo arbitral que quedaba firme y estaría revestido por la autoridad de la cosa juzgada.

Las Comisiones Tripartitas creadas en la referida Ley estaban integradas por representantes del Ministerio del Trabajo, Patronos y Trabajadores, designados todos por el Ministerio del Trabajo, al cual se hallaban adscritas.

La sentencia del caso *Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo* establece que siendo las Comisiones Tripartitas claramente órganos de la Administración Nacional Centralizada el criterio orgánico prevalece y con independencia de la naturaleza de la función un acto dictado por una autoridad administración en ejecución de una norma legal de competencia es un acto administrativo y como tal sujeto a la acción contencioso administrativa para la revisión de su legalidad y el establecimiento de las responsabilidades a que hubiere lugar.

La sentencia indica:

1. Los elementos característicos de dichas comisiones tripartitas, a saber, composición, adscripción, organización y funcionamiento, régimen disciplinario, régimen presupuestario, fines y atribuciones, permiten concluir que son éstas por voluntad legislativa órganos administrativos enmarcados dentro de la estructura organizativa del Poder Ejecutivo Nacional.

2. Las Comisiones Tripartitas no son jueces y por tanto sus decisiones no son sentencias y sólo la sentencia puede tener el atributo de la cosa juzgada.

3. La exclusión del recurso de casación contra sus decisiones que hacía el artículo 8 de la Ley contra Despidos Injustificados no puede implicar que éstas tengan el carácter jurisdiccional de las sentencias de los tribunales laborales, sino que por el contrario reafirma su carácter administrativo y la sujeción a un régimen de revisión judicial propio de tales actos.

4. Como se trata de actos administrativos dictados por un órgano adscrito al Ministerio sin recurso por ante el Ministro, la competencia no corresponde a la Sala Político Administrativa sino a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Juzgados Nacionales de la nueva LOJCA).

Es interesante como para llegar a esta conclusión en la sentencia del caso *Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo*, la ponente analiza una decisión de la Sala de Casación Civil de fecha 8 de agosto de 1978 en la cual se reconocía el carácter administrativo de las Comisiones Tripartitas pero se sostenía que en virtud de la índole de la función ejercida sus actos eran “*fallos de naturaleza claramente jurisdiccional, por más que emanen de un órgano administrativo*”, negando por tanto la Sala de Casación Civil que siendo éste un acto jurisdiccional pudiera el mismo ser revisado nuevamente por otra vía ordinaria jurisdiccional como son los tribunales laborales, porque de ser así se estaría admitiendo una “*doble actuación de los órganos del Estado tendientes al mismo fin*”, no resultando por ende aplicable lo previsto en este sentido en la Ley del Trabajo y la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo.

Josefina Calcaño de Temeltas hace una especie de voto salvado respecto de esta decisión al señalar en la sentencia que comentamos, que tratándose de órganos administrativos, estas Comisiones no pueden producir sentencias con valor de cosa juzgada.

Los actos de las Comisiones Tripartitas son Resoluciones sometidas a las formalidades de los actos administrativos y no comparten las formalidades de las sentencias, pues no se dictan administrando justicia ni en los términos y condiciones exigidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Luego, se resalta la importancia del control judicial de la actividad estatal como paradigma fundamental de nuestro Estado de Derecho. En tal sentido se indica que en Venezuela “*existen 3 vías para la impugnación de los actos estatales: la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los actos legislativos o de gobierno; el recurso de casación contra los actos jurisdiccionales; y el recurso contencioso administrativo de anulación contra los actos administrativos.*”

Y dice la sentencia “*no podría el legislador, sin infringir el orden jurídico constitucional, establecer expresa o tácitamente una derogatoria a los principios que informan nuestro sistema de derecho,*” conforme a los cuales “*se somete la actividad de todas las ramas del Poder Público al control de su regularidad y legalidad*” por parte de los Tribunales.

Adicionalmente se basa la sentencia en un análisis comparado de la actividad que desarrollaban estas Comisiones Tripartitas con las que de igual naturaleza desempeñan las Inspectorías del Trabajo y que por virtud de la Ley Contra Despidos Injustificados, en una norma Transitoria, debían continuar tramitando por el procedimiento previsto en el Reglamento de la Ley del Trabajo conforme al cual contra ellas había recurso de apelación (revisión más propiamente) por ante el Ministro del Trabajo, lo cual, al aparejar un acto expreso o tácito del Ministro conducía a la posibilidad de ser impugnadas estas decisiones mediante el recurso contencioso administrativo de nulidad por ilegalidad ante la Sala Político Administrativa, lo que implicaba una disparidad.

Estos actos luego de la transitoriedad serían revisados en vía jerárquica no ya por el Ministro sino por las mismas Comisiones Tripartitas, creándose entonces además entonces una diferencia adicional discriminatoria respecto de los actos que revisaban vía recurso jerárquico las Comisiones Tripartitas y aquellos que revisaba el Ministro, dado que los segundos serían recurribles en el contencioso en tanto que de aplicarse el criterio de la Casación, y los primeros no lo serían.

No encuentra la Sentencia que comentamos contradicción sin embargo con una jurisprudencia precedente de la propia Sala Político Administrativa sobre las decisiones de los Inspectores del Trabajo en cuanto a la calificación de Despidos de trabajadores amparados por inamovilidad. Lo cierto es que los actos dictados por las Inspectorías del Trabajo en estos casos irrecurribles ante el Ministro son, sin embargo, también revisables en vía judicial, no por vía del recurso general contencioso administrativo, sino o por un recurso paralelo previsto para ser ejercido por ante la jurisdicción del trabajo.

Aunque la sentencia no lo dice, podríamos afirmar que se trataría de un juez ordinario ejerciendo funciones contencioso administrativas eventuales, tal y como se ha calificado también, por ejemplo, el caso del conocimiento de los juicios expropiatorios de entes distintos a la República en primera instancia por parte de los tribunales superiores con competencia civil.

Lo cierto es, hay que decirlo que a pesar de esta tajante jurisprudencia, la desidia del legislador de tomar acción para definir el tema legalmente que era muy necesaria, ocasionó en materia los actos laborales, me consta como Magistrado que fui de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, un caos total, en cuanto que este tema de competencia dio lugar a múltiples declinatorias de competencia que si eran decididas por la

Sala Político Administrativa decidían mandarlos al contencioso pero si lo era por la Sala de Casación Civil, lo cual ocurría con frecuencia pues al no haber un superior común entre el tribunal contencioso y el laboral, era lo que procedía, se mandaba al tribunal laboral.

En este paseo de los expedientes pasaron años, impidiéndose la aplicación de la justicia en esta materia, porque justicia tardía no es justicia.

Volviendo al tema Sobre el uso de los criterios orgánico funcional para definir como administrativos los actos de la Administración en función jurisdiccional, la sentencia del caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo cita la muy autorizada doctrina de García Trevijano Foos, Miguel de Marienhoff y Allan R. Brewer Carías, así como la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 20 de diciembre de 1977.

En este sentido indica lo siguiente:

“La jurisdicción puede ejercitarse tanto por la Administración como por el Poder Judicial, pero hay que distinguir entonces entre función “jurisdiccional” del órgano judicial y función jurisdiccional del órgano “administrador”; así como el órgano judicial, cuya función principal o esencial es la emisión de actos jurisdiccionales, puede también emitir excepcionalmente actos administrativos, del mismo modo el órgano administrador, cuya misión esencial es la emisión de actos administrativos, excepcionalmente puede asimismo realizar actos jurisdiccionales.

En otras palabras, la función jurisdiccional, si bien es una “función propia” de los órganos judiciales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues los otros órganos estatales también la ejercen, pero lo que si es una función privativa y exclusiva de los tribunales, es el ejercicio de la función jurisdiccional en una forma determinada: solo los tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto, con fuerza de verdad legal.”

Señala que “*Sólo los órganos del Poder Judicial pueden desarrollar la función judicial (función jurisdiccional desarrollada por los Tribunales).*”

Lo que indica la sentencia, en síntesis, es lo enunciado al inicio de estas palabras, la noción del acto administrativo se deduce de la separación de poderes y la aplicación de los criterios orgánico, material y formal.

Las funciones estatales Legislación, juzgamiento y administración se repartan en tres estructuras orgánicas perfectamente delimitadas, las Ramas

Legislativa, Judicial y Ejecutiva, quienes las ejercen respectivamente de manera típica y propia, y de acuerdo a las formalidades constitucionales y legales previstas para cada caso.

De allí que la función de legislar por parte del parlamento de acuerdo al procedimiento y formalidades establecidas en la Constitución produce un acto que sólo el órgano parlamentario puede producir, esto es la “ley”. Cuando el Ejecutivo excepcionalmente legisla en base a la habilitación o decretos de emergencia, no dicta leyes, lo que dicta son Decretos con Rango y Fuerza de Ley, cuando son actos normativos de rango sublegal, lo que dictará son Reglamentos y/o. actos administrativos de efectos generales, según la tesis que se mantenga respecto de la naturaleza del Reglamento, tema que escapa el objetivo de esta ponencia.

Por otra parte, la función de juzgar por parte de los Tribunales de acuerdo al procedimiento y formalidades establecidas en las leyes produce un acto que sólo órgano judicial puede producir, esto, es la “sentencia”. Cuando la Administración, habilitada por la ley realiza esta actividad, no dicta sentencias, lo que dicta son actos administrativos.

Por tanto, concluye la sentencia que comentamos:

“CUANDO LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EMITE ACTOS DE SUSTANCIA JURISDICCIONAL, ESTOS ACTOS NO OBS-TANTE SU EXPRESADA SUSTANCIA, SON ACTOS ADMINIS-TRATIVOS. DEBIENDO SER TRATADOS JURÍDICAMENTE COMO TALES, SIN PERJUICIO DE LAS NOTAS ESPECÍFICAS QUE LES CORRESPONDIEREN POR SU REFERIDO CARÁCTER JURISDICCIONAL.”

Esta misma tenencia jurisprudencial se aplicó al caso de la materia inquilinaria en la que un órgano administrativo fue creado por Ley para resolver ciertas controversias entre arrendador y arrendatario y la ley también establecía que contra sus actos no habría apelación. Y hay otros tantos ejemplos de órganos administrativos ejerciendo función de naturaleza jurisdiccional y la importancia de esta sentencia que hoy comentamos es que no por ello quedan excluidos del control judicial y de la sujeción al principio de responsabilidad del Estado por los efectos dañinos que del acto se deriven.

3. La vigencia de la doctrina del caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo bajo la Constitución de 1999

La vigencia de esta doctrina no se ve afectada por la nueva consideración de la separación de los Poderes contenida en el artículo 136 de la Constitución del 99, conforme al cual la división horizontal incluye, además de tres las ramas tradicionales, al Poder Electoral y al Poder Ciudadano, para agrupar en estas dos nuevas ramas del Poder al ahora denominado: Consejo Nacional Electoral, y demás órganos electorales, y a los otros órganos constitucionales Autónomos, Ministerio Público y Contraloría General de la República, más la nueva Defensoría del Pueblo y el Consejo Moral Republicano que los agrupa.

Esto incide indudablemente es la consideración jurisprudencial que definía como administrativos algunos de sus actos en base al criterio orgánico, al considerarlos Administraciones Públicas Constitucionales Autónomas o “Acentralizadas”. Incide porque de acuerdo a este nuevo diseño ya estos órganos no podrían calificarse como administraciones públicas.

Es muy interesante en este sentido el análisis que respecto del Poder Electoral realizó la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 10 de febrero de 2000, en la que concluye que lo electoral como Poder se basa en la consideración de la materia como el ejercicio de una función autónoma distinta a las tres tradicionales, lo cual ha justificado la creación del mismo e incluso de una jurisdicción electoral.

Este análisis no cabe, sin embargo, para el caso del Poder Ciudadano.

En todo caso pensamos que la actividad administrativa de estos órganos deberá determinarse por el estudio de la naturaleza de la función ejercida, es decir, por la aplicación del criterio material, y para concluir quisiera decir que en el caso de lo electoral, en nuestra opinión, nunca ha debido dejar de ser considerado como una mera actividad administrativa, de carácter netamente técnico, con funciones limitadas a los procesos electorales públicos y con competencias temporales igualmente limitadas.

Lo electoral es sin duda importante en un sistema democrático, pero imponer lo electoral en la dinámica en las relaciones Estado-ciudadano e incluso invadir los procesos de selección de autoridades e institucionales privadas en las que se manifiesta la sociedad, colegios profesionales, universidades etc., no luce sano, pues implica dar cabida a la política en ámbitos más allá de lo público.

4. Conclusión

Concluimos señalando que esta manifestación de la actividad judicial que es la sentencia del caso *Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo*, la ponencia de Josefina Calcaño de Temeltas constituye una lección de derecho administrativo y conforma parte de la doctrina y jurisprudencia que cree en un sistema de justicia contencioso administrativo garantista, de un Estado sujeto plenamente a Derecho, y en la plena protección de los derechos de los administrados frente al poder administrador el Estado, quien debe responder de forma integral por sus actos generadores de daños a las esferas jurídico subjetivas de sus ciudadanos.

LA SENTENCIA “MIRANDA ENTIDAD DE AHORRO Y PRÉSTAMO”, UN ANTES Y UN DESPUÉS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*Rosibel Grisanti de Montero**

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. MI MAESTRA LA DRA. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS. 3. LA SENTENCIA MIRANDA, ENTIDAD DE AHORRO Y PRÉSTAMO, UNA DECISIÓN PARADIGMÁTICA. 4. LA TESIS DE LOS ACTOS CUASIJURISDICCIONALES (POSICIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL). 5. LA TESIS DE LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS CUASIJURISDICCIONALES. 6. UNA TERCERA POSICIÓN: LA LLAMADA FUNCIÓN ARBITRAL DE LA ADMINISTRACIÓN. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Consideraciones previas

En el marco del *Ciclo Homenaje a la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas*, organizado por la Fundación de Derecho Administrativo (FUNEDA) y Universitas Fundación, realizado desde el 7 de marzo hasta el 23 de mayo de 2023, tuve el gran honor de participar con la conferencia titulada “Actos Cuasijurisdiccionales. Sentencia Miranda, Entidad de Ahorro y Préstamo”, el día 18 de abril. A continuación, presento las ideas expuestas en la videoconferencia, mediante la cual quise rendir un justo tributo a una de las grandes Maestras del Derecho Administrativo

* Abogada, mención *Summa Cum Laude* (Universidad de Carabobo), Especialista en Derecho Administrativa y Derecho Procesal (Universidad Católica Andrés Bello). Profesora de la Universidad de Carabobo, en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Cátedra de Derecho. Estudiante del Doctorado en Ciencias Administrativas y Gerenciales, FaCES UC. ID ORCID: 0009-0000-6200-5913, rosigri@gmail.com

venezolano, y para ello realicé una serie de comentarios a la mencionada sentencia, la cual tuvo gran repercusión a nivel jurisprudencial y doctrinario.

2. Mi Maestra la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas

Sin vuelta de hoja, la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas nos ha dejado un valioso legado jurídico, en las emblemáticas sentencias de las que fue ponente magistral, y que todo estudioso del Derecho Administrativo tiene que conocer y analizar, para su formación en ese ámbito jurídico.

Para la época en la que cursaba la Especialidad en Derecho Administrativo, en la Universidad Católica Andrés Bello (1989-1992), estaba muy en boga la tesis de los actos cuasijurisdiccionales, que surgió a raíz de la sentencia “Miranda, Entidad de Ahorro y Préstamo”, proferida por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, el 10 de enero de 1980, con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas. Por lo que el tema dio origen a interesantes discusiones en las clases de posgrado, en torno a la mencionada sentencia. Además, durante mis estudios en la UCAB, fuimos analizando otras célebres sentencias de la Dra. Calcaño, que marcaron pauta en el Derecho Administrativo venezolano, entre las cuales es menester alzarlas las siguientes:

- a. La sentencia *Panamerican Worlds Airways* (11-05-1981), en la cual se aclaró que cuando se hablaba de “apelaciones” del acto administrativo, eso equivalía al recurso contencioso administrativo de nulidad.
- b. La sentencia *Ford Motors de Venezuela* (22-06-1982), en la que se consideró el silencio administrativo como una garantía del administrado.
- c. La sentencia *Alba Orsetti* (19-07-1984), atinente al contencioso de la responsabilidad sin falta.
- d. La sentencia *UNELLEZ* (14-05-1985), relativa a la teoría de las nulidades y el control de la actividad administrativa.
- e. La sentencia *FETRAEDUCACIÓN* (05-06-1986), sobre el control de los actos administrativos sometidos al Derecho Administrativo.
- f. La sentencia *REDIMAQ* (05-05-1988), referente al silencio administrativo en las solicitudes, y se indicó que la vía admisible era el recurso por abstención.

- g. La sentencia *Tarjetas Banvenez* (10-07-1991), por la cual se aclaraba el carácter cautelar del amparo constitucional cuando se ejercía conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación.
- h. Y finalmente, el voto salvado en la sentencia *Francisco Ruiz Becerra* (26-03-1985), en la cual la Dra. Calcaño mantenía su criterio sobre los actos administrativos de índole jurisdiccional, al referirse a los actos del Consejo de la Judicatura.

3. La sentencia *Miranda, Entidad de Ahorro y Préstamo*, una decisión paradigmática

De entrada, quiero dejar sentado que, aunque no comparto la tesis de los actos cuasijurisdiccionales o actos administrativos en ejercicio de la función jurisdiccional, considero que esta sentencia es una decisión paradigmática en el ámbito del Derecho Administrativo venezolano. Al respecto, quisiera comentarles que, cuando yo estaba preparando la ponencia, le pedí a mi hijo Alirio Agustín, que estudia Derecho, que me revisara la presentación y él observó que yo iba a hablar sobre los actos cuasijurisdiccionales, y antes le había explicado cuál era mi posición; entonces me preguntó si yo iba a hablar en unas jornadas en homenaje a la doctora Josefina Calcaño de Temeltas, en contra de su sentencia, si iba a criticar los actos cuasijurisdiccionales que surgieron de esa sentencia. A lo que yo le dije que, todo lo contrario, que iba a destacar que esta fue una sentencia paradigmática, una sentencia ejemplar, valiente, que significó un antes y un después en el derecho administrativo venezolano.

Como bien lo puso de relieve la profesora María Amparo Grau en su ponencia *El acto administrativo desde el punto de vista orgánico y funcional*¹, lo importante en la sentencia “*Miranda, Entidad de Ahorro y Préstamo*” fue que logró destacar la *universalidad del control contencioso-administrativo*, es decir, que no había actos administrativos excluidos, porque en este caso la sentencia se refería -como bien lo indicó la doctora María Amparo-, a los actos de las Comisiones Tripartitas, que eran órganos administrativos, que emitían decisiones para dirimir conflictos entre particulares en materia laboral, considerados como actos administrativos en ejercicio de la función jurisdiccional, y de allí entonces, que como se consideraban actos administrativos, estaban sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

¹ Realizada el 14/03/2023 en el Ciclo Homenaje a la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas.

En efecto, al hablar del tema de los actos cuasijurisdiccionales, es insoslayable la mención de la célebre sentencia “Miranda, Entidad de Ahorro y Préstamo”, mediante la cual se resolvió un recurso de nulidad, por ilegalidad, de una resolución dictada por la Comisión Tripartita de Segunda Instancia en el Distrito Federal y Estado Miranda. Uno de los aspectos relevantes de la sentencia *in commento* fue el de establecer el carácter de órganos administrativos de las Comisiones Tripartitas atendiendo al criterio orgánico o formal, así como la naturaleza administrativa de las decisiones de estos órganos. Ahora bien, para dilucidar la naturaleza jurídica de las precitadas decisiones, la Corte acogió la tesis relativa *al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades administrativa*, y al efecto sostuvo la siguiente distinción:

«... la jurisdicción puede ejercitarse tanto por la administración como por el Poder Judicial, pero hay que distinguir entre función jurisdiccional del órgano “judicial” y función jurisdiccional del órgano “administrativo” ... (*omissis*). En otras palabras, la función jurisdiccional, si bien es una “función propia” de los órganos judiciales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues los otros órganos estatales también la ejercen, pero lo que sí es una función privativa y exclusiva de los tribunales es el ejercicio de la función jurisdiccional en una forma determinada: sólo los tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto, con fuerza de verdad legal, por lo que sólo los órganos del Poder Judicial pueden desarrollar la función judicial (función jurisdiccional ejercida por los Tribunales)... (*omissis*). CUANDO LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EMITE ACTOS DE SUSTANCIA JURISDICCIONAL, ESTOS ACTOS, NO OBSTANTE, SU EXPRESA SUSTANCIA, SON ACTOS ADMINISTRATIVOS, DEBIENDO SER TRATADOS JURÍDICAMENTE COMO TALES, SIN PERJUICIO DE LAS NOTAS ESPECÍFICAS QUE LES CORRESPONDIEREN POR SU REFERIDO CARÁCTER JURISDICCIONAL»².

Por lo tanto, de esa célebre sentencia surge la tesis de los *actos cuasijurisdiccionales*, por la cual se consideran actos administrativos que dicta la administración pública en el ejercicio de la función jurisdiccional.

² Vide, Tendencias de la Jurisprudencia Venezolana en Materia Contencioso Administrativa, 1986, pp. 305-337.

4. La tesis de los actos cuasijurisdiccionales (posición doctrinaria y jurisprudencial)

Desde el punto de vista doctrinario, la tesis de la sentencia *Miranda, Entidad de Ahorro y Préstamo* tomó en cuenta los criterios del autor español José Antonio García Trevijano Fos³, del autor argentino Miguel Marienhoff⁴, y del doctor Allan Randolph Brewer Carías⁵, que consideraban que los órganos administrativos, en ejercicio de la función jurisdiccional, dictaban actos administrativos. Estos autores reconocían la posibilidad de que la administración dictara actos administrativos, pero en su contenido materialmente era en ejercicio de la función jurisdiccional. Y luego en el año 1990, que es justamente cuando yo comienzo el posgrado en Derecho Administrativo, es publicado el libro de la Dra. Hildegard Rondón de Sansó sobre los actos cuasijurisdiccionales⁶, en el cual la autora compartía el criterio sostenido en la sentencia “Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo”.

Como señalé en mi estudio sobre la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales, quizá el punto de partida de la figura del acto administrativo jurisdiccional ha sido la célebre distinción trazada por Rafael Bielsa entre *función jurisdiccional* y *función judicial*.

En efecto, el profesor Bielsa, en múltiples estudios, ha propugnado la tesis del ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Administración, basada en la preindicada distinción, que se apoya en estos argumentos:

“... importa señalar, en estos momentos, la relativa a la distinción entre acto judicial y acto jurisdiccional, y a este respecto se debe empezar por advertir que existe una relación de especie a género. El género es lo *jurisdiccional*, la especie lo *judicial*.”

³ Cfr. García-Trevijano Fos, *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 191 y ss.

⁴ Vide Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, pp. 87-90.

⁵ Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la ejecución de los actos administrativos (a propósito de los actos administrativos que ordenan el desalojo de viviendas)”, en *Revista de Derecho Público* N° 41, enero-marzo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 174-176.

⁶ Hildegard Rondón de Sansó, *Los Actos Cuasi Jurisdiccionales*, Ediciones Centauro, Caracas, 1990.

Toda decisión por la que se declara derecho en caso controvertido en cualquier sentido es jurisdiccional (*de juris dictio*)”.⁷

En consecuencia, de acuerdo a las ideas de Bielsa, la función jurisdiccional (género) se bifurca en dos especiales: a) la **función jurisdiccional judicial**, ejercida por el Poder Judicial y que da origen al **acto judicial** (la sentencia); y b) la **función jurisdiccional administrativa**, que proviene de la Administración y de donde surge el “**acto jurisdiccional administrativo**” Esta conocida distinción ha sido el argumento más utilizados por la doctrina⁸ y la jurisprudencia⁹ que defiende la teoría del acto administrativo de naturaleza jurisdiccional.

Cabe destacar que la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Primera de los Contencioso Administrativo, con fundamento en la Constitución del 61, apoyó esta tesis de los actos cuasi jurisdiccionales; y luego el Tribunal Supremo de Justicia, con la vigencia de la Constitución del 99, ha continuado hablando de los actos cuasijurisdiccionales. En efecto, sobre el ejercicio de la función jurisdiccional por órganos que no forman parte del Poder Judicial, en Venezuela la Sala Constitucional ha acogido la denominación de *actos cuasijurisdiccionales*, en el entendido de que se trata de funciones judiciales ejercidas por la administración¹⁰.

Ahora bien, hay que precisar cuáles son los criterios que maneja la tesis de los actos cuasijurisdiccionales en la sentencia “Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo”. Como lo expuso la profesora María Amparo Grau en su citada ponencia, se trataba de la solución de una controversia entre particulares, donde la administración actuaba como un juez, o sea, como ejerciendo la función jurisdiccional; pero aquí se distingue que es una función jurisdiccional ejercida por un órgano administrativo para resolver un conflicto que existe entre particulares, en este caso entre el trabajador y el patrón. También se ha considerado como otra modalidad de estos actos

⁷ Cfr. su trabajo Rafael Bielsa, “Acto jurisdiccional y acto judicial”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 104, octubre-diciembre, La Ley, Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, 1990, p. 829.

⁸ Vide, verbigracia. Miguel Marienhoff, ob. cit. pp. 87-90. García-Trevijano Fos, ob. cit., pp. 191-192, Manuel María Díez, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 254.

⁹ Este criterio fue acogido por la jurisprudencia en el caso “Mirando, Entidad de Ahorros Préstamo”

¹⁰ Así, en sentencia N° 438, del 4 de abril de 2001, como comentario en mi trabajo “Principio de las funciones del Estado y el carácter interorgánico de su ejercicio”, publicado en 2020.

cuasijurisdiccionales, cuando la administración dicta actos en ejercicio de la potestad sancionadora; y en tercer lugar, cuando resuelve recursos administrativos.

Por lo tanto, la sentencia “Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo” consideró que la jurisdicción puede ejercitarse tanto por la administración como por el poder judicial, pero distingue entre la función jurisdiccional del órgano judicial y la función jurisdiccional del órgano administrativo. Solo los tribunales pueden resolver controversias y declarar el derecho en un caso concreto con fuerza de verdad legal, por lo que solo los órganos del poder judicial pueden desarrollar la función judicial, es decir, la función jurisdiccional ejercida por los tribunales. Cuando la administración pública emite actos de sustancia jurisdiccional, estos actos, no obstante, su expresa sustancia, son actos administrativos, debiendo ser tratados jurídicamente como tales, sin perjuicio de las notas específicas que le correspondieren por su referido carácter jurisdiccional. Por lo tanto, esta sentencia “Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo” sostuvo esta distinción entre la función jurisdiccional judicial, que la ejercen los tribunales con fuerza de verdad legal, y la función jurisdiccional administrativa, que es la que ejerce la administración y se manifiesta a través de actos administrativos.

5. La tesis de la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales

Frente a la tesis sostenida en la sentencia “Miranda, Entidad de Ahorro y Préstamo”, surgió una posición contraria, que sostenía la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales. Aquí quiero hacer referencia a una clase magistral del profesor José Araujo Juárez, en 1990, cuando nos estaba dictando la materia *Procedimiento Administrativo*; recuerdo, porque fue una clase impactante, que una compañera levantó la mano e hizo referencia a los procedimientos cuasijurisdiccionales, a los que hacía mención la sentencia “Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo”, y el libro de la Dra. Hildegard Rondón de Sansó. Se trataba de un tema que, en principio, todos los estudiantes compartíamos, porque era un criterio que pacíficamente había sido seguido por la jurisprudencia y por la doctrina; más, el profesor José Araujo Juárez comenzó a exponer una serie de criterios para desmontar la tesis de los actos cuasijurisdiccionales, y realmente todos los elementos sobre los cuales iba fundamentando su clase magistral, a mí me llamaron mucho la atención, desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista del razonamiento en cuanto a las funciones del Estado, a las características de lo que es la función judicial o jurisdiccional. Desde ese momento, el tema de los actos cuasijurisdiccionales fue para mí de gran

interés, me dediqué a estudiarlo y publiqué un trabajo al respecto¹¹, en el cual comparto la tesis de la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales, siguiendo las enseñanzas del profesor José Araujo Juárez¹². Además, en mi posición influyó también el criterio del profesor Bartolomé Fiorini¹³, y del profesor José Dromi¹⁴, quienes consideraban igualmente que eran inexistentes los actos cuasijurisdiccionales.

En materia de sentencias, sí vamos a conseguir muy pocas que apoyen la tesis de la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales, porque como indiqué antes, la jurisprudencia era pacífica en cuanto a considerar que existían -o que existen- los actos cuasijurisdiccionales, porque actualmente se mantienen ese criterio. Cabe destacar una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con la ponencia del magistrado Rafael Ortiz-Ortiz, mi muy admirado profesor, de fecha 27 de abril de 2005, en la cual sostenía de manera tajante que esos actos que se dictaban en los procedimientos ante la Inspectoría del Trabajo, en materia de inamovilidad laboral, no eran jurisdiccionales, ni mucho menos cuasijurisdiccionales, sino que se trataba de un clarísimo procedimiento administrativo y se estaba frente a un acto administrativo.

En cuanto a los criterios de la tesis de la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales, que he desarrollado en mi trabajo sobre este tema, considero que no son de contenido jurisdiccional, como lo ha sostenido la doctrina antes citada, sino que su contenido también es administrativo. Son actos administrativos porque lo dicta un órgano administrativo, y porque desde el punto de vista material la función es administrativa, no es judicial. ¿Por qué no es judicial? Porque no concurren en la administración los elementos de la función jurisdiccional, como una función del Estado, porque recuerden que un aspecto fundamental aquí es la separación de poderes, o separación de las distintas ramas que ejercen el poder público; y la función jurisdiccional, ejercida por los tribunales, se caracteriza por

¹¹ *Inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales. La reposición administrativa*, Colección Movimiento Humberto Cuenca No. 12, Vadell Hermanos, Editores, Caracas, 1994.

¹² Vide José Araujo Juárez, *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1989, pp. 43, 46, 57 y 93.

¹³ Vide Bartolomé Fiorini, "Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional", en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 101, enero-marzo, La Ley, Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, pp. 1.031 y ss.

¹⁴ Cfr. José Roberto Dromi, *Introducción al Derecho Administrativo*, Editorial Grouz, Madrid, 1986, pp. 142, 146, 147, 160 y s.

tres notas fundamentales: *la cosa juzgada*, es decir, dictar una decisión con fuerza de verdad legal definitiva; *la imparcialidad del funcionario*, del juez que dicta la sentencia, y la *independencia*.

En tal sentido, decimos que los actos administrativos no tienen ese carácter de cosa juzgada, aun cuando algunos hablan de cosa juzgada administrativa, porque como acto administrativo, y eso lo pone de relieve la sentencia “Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo”, es un acto administrativo revisable, es impugnabile, puede ser controlado a través de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que no tiene ese carácter de cosa juzgada. En cuanto a la imparcialidad, la administración no actúa como un funcionario imparcial, como lo es un juez, porque la imparcialidad tiene que ver con una nota fundamental, y es que quien va a decidir no tiene ningún interés en el asunto que está sometido a su consideración. En cambio, la administración, cuando resuelve este tipo de procedimientos de fisonomía triangular, actúa en defensa del interés público, y como bien lo pone de relieve el profesor José Araujo Juárez, citando al autor español González Navarro¹⁵, estamos ante un procedimiento de fisonomía triangular, porque a ambos lados del triángulo están los particulares y en el vértice superior está el funcionario administrativo que resuelve el asunto controvertido. Así, en el caso de los procedimientos ante las comisiones tripartitas o ante las inspectorías de trabajo, está el trabajador de un lado, del otro lado está el patrono, y en la tercera punta de esa relación triangular, en el tercer vértice, estaría la administración; pero la administración está en defensa del interés general, actuando para proteger el interés que está allí en juego, en la materia laboral, como sabemos, un derecho social, donde estamos frente a una situación que requiere, por parte del Estado, protección para el débil jurídico, que en este caso sería el trabajador. Lo mismo sucede en caso de la materia inquilinaria, donde están el propietario y el inquilino, y allí vemos a la administración actuando en protección de ese interés general, para evitar esas desigualdades que pueden afectar al débil jurídico. Por lo tanto, en esos procedimientos no va a existir imparcialidad, porque la administración, en este caso, tiene encomendada esa materia que involucra lo que es la defensa del interés general. Y tampoco habrá independencia, porque sabemos que no rige en el ámbito de la administración, que es una organización jerárquica, y que los funcionarios que dictan esas decisiones no gozan de independencia, porque están sujetos a órganos administrativos superiores, salvo que quien decida sea la máxima autoridad.

¹⁵ Francisco González Navarro, *Procedimientos Administrativos Especiales*, 1957.

Por consiguiente, estimamos que es artificial la distinción entre función jurisdiccional y función judicial, porque desde el punto de vista del derecho público, no existe a nivel constitucional, esa bifurcación de la función jurisdiccional en función jurisdiccional judicial y función jurisdiccional administrativa. La función jurisdiccional siempre es judicial, siempre es una función del Poder Judicial que lo ejercen los tribunales.

Para explicar esas supuestas funciones jurisdiccionales de la administración, hemos puesto de relieve los siguientes aspectos. En primer lugar, lo que nos explica por qué la administración actúa ejerciendo esa actividad, resolviendo conflictos entre los particulares o imponiendo sanciones, como lo hace un juez, un juez penal, un juez que impone un castigo, una sanción, es fundamentalmente por el principio de la *autotutela administrativa*. Este es un principio fundamental del derecho administrativo y de la organización administrativa, donde los órganos administrativos tienen la potestad de resolver, de dictar sus actos y de resolver las situaciones controvertidas que se le plantean, en ejercicio de la función administrativa, y no necesitan que sus decisiones, para que tengan fuerza, deban ser homologados por un tribunal, sino que esos órganos tienen la autotutela, que les permite dictar decisiones con fuerza para ser ejecutadas y con una presunción de legalidad.

En segundo lugar, los *finés de la administración prestacional*, al considerar que estamos ante un Estado social de derecho, en el cual la administración tiene que resolver todas esas situaciones de interés público, de interés general, relativas a materia laboral, vivienda, en materia de protección al consumidor, en materia inquilinaria. En esos aspectos el Estado debe garantizar la protección social, a los que en esos casos necesitan de la asistencia de la administración pública. Luego vemos que la actividad administrativa, para explicar todas esas funciones que tiene la administración, es polifacética, es multifacética, o sea, no solamente la actividad de administración es dictar un acto administrativo, por ejemplo, una autorización, cuando está frente a una sola persona, sino que también es para resolver conflictos entre particulares, trabajador-patrono, inquilino-propietario. Por eso distinguimos función administrativa de regulación, de control, sancionadora, función recursiva de revisar los actos que ha dictado un órgano inferior; por lo tanto, es muy muy variada la actividad administrativa y por eso es que ejerce todo ese tipo de actividades, pero siempre dentro del concepto de *función administrativa*.

La solución de controversia entre particulares, ya lo hemos dicho, es como tutora del interés público, del interés general que está involucrado en esos procedimientos de fisonomía triangular, en los que se decide sobre materias donde la administración debe intervenir en defensa de ese interés público. En la actividad sancionatoria, la autotutela se caracteriza por poner en marcha medios aflictivos contra los perturbadores del buen orden administrativo; y vemos así mismo, el ejercicio en la propia administración de su autoprotección, con la aplicación de sanciones para mantener la disciplina. Finalmente, en la resolución de recursos administrativos, es en ejercicio también del principio de autotutela administrativa, en lo que se ha llamado la autotutela reduplicativa o de segundo grado. Por lo que en todos esos casos que se han dado como ejemplo de funciones jurisdiccionales de la administración, son realmente funciones administrativas.

6. Una tercera posición: la llamada función arbitral de la Administración

Hay una tercera posición, más reciente, sobre los actos cuasijurisdiccionales, que se refiere a la función arbitral de la administración. Esta tesis viene de la mano del autor español Ramón Parada Vázquez¹⁶, quien habla de la actividad arbitral de la administración, que es esa actividad mediante la cual la administración decide un conflicto en primera instancia sobre el alcance de derechos privados, en casos de naturaleza mercantil, civil.

Esta tesis ha sido seguida por muchos autores en España y en Venezuela, y aquí podemos citar al profesor Rafael Badell Madrid¹⁷, que tiene un trabajo sobre la actividad arbitral de la administración, en el cual aclara que la actividad arbitral no se refiere al arbitraje en el derecho administrativo, que es cuando una administración pública está sometida al arbitraje como un medio de solución de sus controversias en virtud de una cláusula contractual; sino que la actividad arbitral de la administración se manifiesta en los llamados por la doctrina administrativa actos cuasi jurisdiccionales.

¹⁶ Ramón Parada Vázquez, *Derecho Administrativo*, I Parte General, octava edición. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 590.

¹⁷ Rafael Badell Madrid, “Actividad Arbitral de la Administración”, Conferencia dictada en las III Jornadas de Arbitraje de la Asociación Venezolana de Arbitraje y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 11 de noviembre, link: <http://www.badellgrau.com>.

En tal sentido, el Profesor Rafael Badell Madrid ha sostenido que, aunque hay autores que consideran que hay diferencias entre la actividad cuasi-jurisdiccional y la arbitral de la administración, es su opinión que conforme a los principios del Derecho Administrativo y del Arbitraje, la actividad arbitral y la actividad cuasijurisdiccional de la administración corresponden a lo mismo. Asimismo -destaca el Prof. Badell-, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha equiparado ambos conceptos (actividad cuasi-jurisdiccional y procedimiento arbitral) al señalar que la actividad cuasi-jurisdiccional la cumple la administración cuando la ley le da competencias para ello mediante procedimientos arbitrales y actos arbitrales, lo que en nuestro ordenamiento jurídico son considerados como típicos actos cuasi-jurisdiccionales (sentencia de fecha 28 de febrero de 2008, caso nulidad del artículo 87, ordinal, 4 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario).

Este criterio también es seguido por el profesor Luis Pompilio Sánchez¹⁸, quien considera que la actividad cuasijurisdiccional es realmente una actividad arbitral, y tiene un polémico trabajo titulado *La Inconstitucionalidad de los Actos Cuasi Jurisdiccionales*. Yo comento aquí que es polémico el trabajo porque él hace mención a mi estudio sobre la inexistencia de los actos cuasi jurisdiccionales, y entonces en una de sus partes él se refiere a la argumentación que yo hice para explicar la supuesta función judicial de la administración, y él dice en determinado punto que tengo una argumentación falaz; por lo que para dar una respuesta a ese planteamiento, hice una actualización de mi trabajo sobre los actos cuasijurisdiccionales, en el cual yo manifestaba mi criterio en contra de lo que es la llamada función arbitral. En primer lugar, porque para mí igualmente en la función arbitral, si hablamos de la administración como árbitro, tiene que estar presente la imparcialidad, o sea, ese es el elemento fundamental, y aquí reiteramos lo dicho antes, en cuanto a que la administración no es imparcial, siempre tiene un interés, porque tiene que proteger el interés público, el interés general, que está involucrado en la materia que debe decidir; por eso indicaba que no considero que la autoridad administrativa sea un árbitro, porque no es imparcial. En el citado estudio, fui defendiendo la argumentación que yo presenté para para sostener la tesis de la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales; quise hacer una exposición cartesiana, al tratar de buscar la tesis, la antítesis y la conclusión, y así lograr demostrar que, si estamos hablando de un

¹⁸ Luis Pompilio Sánchez, “La Inconstitucionalidad de los actos cuasijurisdiccionales”, Boletín de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello (BEDA), Números 1 y 2 / Enero de 2011, Caracas, p. 25.

silogismo, la conclusión es verdadera, no es falaz. En ese análisis, me ayudó mucho mi colega y sobrino Hernando Benito Grisanti Estévez, y para los que estén interesados en esta polémica, les recomiendo el trabajo que está en la Revista Electrónica de Derecho Administrativo No. 14.

Ahora bien, el centro de la tesis que compartimos es que los órganos administrativos, cuando dictan el denominado acto cuasijurisdiccional, no ejercen ni función judicial, ni actividad arbitral, porque no es imparcial, sino que actúan en ejercicio de una función administrativa. Por lo tanto, el denominado acto cuasijurisdiccional no constituye un acto jurídico distinto, entre el acto administrativo y el judicial; en otras palabras, es una categoría inexistente, es decir, el acto cuasijurisdiccional no es un tercer tipo de acto, puesto que es simple y sencillamente un acto administrativo¹⁹.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO JUÁREZ, José, *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, Vadell Hermanos Editores, Valencia (Venezuela), 1989.

BADELL MADRID, Rafael, “*Actividad Arbitral de la Administración*”, Conferencia dictada en las III Jornadas de Arbitraje de la Asociación Venezolana de Arbitraje y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 11 de noviembre, 2016, Disponible en: <http://www.badellgrau.com>.

BIELSA, Rafael, “Acto jurisdiccional y acto judicial”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 104, octubre-diciembre, La Ley, Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires 1961.

BREWER-CARIAS, Allan R., “Consideraciones sobre la ejecución de los actos administrativos (a propósito de los actos administrativos que ordenan el desalojo de viviendas)”, en *Revista de Derecho Público* N° 41, enero-marzo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990.

DROMI, José Roberto, *Introducción al Derecho Administrativo*, Editorial Grouz, Madrid, 1986.

FIORINI, Bartolomé, “Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 101, enero-marzo, La Ley, Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires 1961.

¹⁹ *Last but not least*, quiero agradecer a la Fundación de Derecho Administrativo, muy especialmente a la Dra. Belén Ramírez, por su cordial invitación a participar en el ciclo homenaje a la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas. E igualmente, doy las gracias a la Dra. María Amparo Grau, por su excelente participación como moderadora en la videoconferencia que realicé, en ese mercedísimo homenaje a nuestra muy querida Maestra, la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas. Y como siempre, *Laus Deo*.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

GRAU, María Amparo, *El acto administrativo desde el punto de vista orgánico y funcional*, videoconferencia realizada el 14 de marzo, en el *Ciclo Homenaje a la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas*, organizado por la Fundación de Derecho Administrativo (FUNEDA) y Fundación Universitas, 2023. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=wcqueenKYYw&t=2828s>

GRISANTI, Rosibel, *Inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales. La reposición administrativa*, Vadell Hermanos, Editores, Colección Movimiento Humberto Cuenca No. 12, Caracas, 1994.

_____ “Actualización de los estudios sobre los actos cuasijurisdiccionales y la reposición administrativa”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* No 14, 2019. Disponible en: <http://redav.com.ve/redav-no-14/>

_____ Principio de las funciones del Estado y el carácter interorgánico de su ejercicio, en *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales* (Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999), Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/>

MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.

PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo I*, Parte General, octava edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1996.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Los Actos Cuasi Jurisdiccionales*, Ediciones Centauro, Caracas, 1990.

SÁNCHEZ, Luis Pompilio, “La Inconstitucionalidad de los actos cuasijurisdiccionales”, *Boletín de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello* (BEDA), Números 1 y 2, Caracas, 2011.

Tendencias de la Jurisprudencia Venezolana en Materia Contencioso Administrativa (1986), 8as. Jornadas “Dr. J. M Domínguez Escovar” (enero 1983), Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (UCV), Corte Suprema de Justicia, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.

SILENCIO ADMINISTRATIVO

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA SENTENCIA FORD MOTORS. SU PROYECCIÓN ACTUAL*

*Miguel Ángel Torrealba Sánchez***

SUMARIO

I. SILENCIO ADMINISTRATIVO E INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES. II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO EN LA LOPA. 1. ANTECEDENTE INMEDIATO: EL ARTÍCULO 134 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 2. SU REGULACIÓN EN LOS ARTÍCULOS 4, 92 Y 93 DE LA LOPA. III. LA INTERPRETACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO. 1. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO COMO CARGA. 2. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO COMO GARANTÍA: LA SENTENCIA FORD MOTORS DE VENEZUELA. IV. DIFERENCIAS EN LOS EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO SEGÚN SE TRATARA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRA-

* Transcripción revisada y corregida de la ponencia virtual del mismo nombre presentada el 02/05/23, en el 8vo. encuentro del ciclo homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, organizado por la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y Universitas Fundación: <https://www.youtube.com/watch?v=PQINQymw7KM>.

** Universidad Central de Venezuela: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Abogado y Especialista en Derecho Administrativo - Universidad de la Coruña, España: Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano - Universidad Carlos III de Madrid, España: Máster en Política Territorial y Urbanística - Universidad Monteávila, Caracas: Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO) - Universidad Católica "Andrés Bello", Caracas: Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo - Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

TIVOS DE PRIMER O DE SEGUNDO GRADO: PRETENSIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL O “RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR ABSTENCIÓN”. SU SUPERACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL. V. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LOJCA. 1. SU INNECESARIA O REDUNDANTE INCLUSIÓN EN EL ARTÍCULO 8. 2. SU RELACIÓN CON LA CADUCIDAD DE LAS DEMANDAS DE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL ARTÍCULO 32.1: UNA INCOHERENTE SOLUCIÓN LEGISLATIVA. 3. SU PRUEBA EN LAS DEMANDAS POR ABSTENCIÓN SEGÚN EL ARTÍCULO 66: UNA MUY CUESTIONABLE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL. VI. LA RELATIVA PÉRDIDA DE LA IMPORTANCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO PRODUCTO DE LA DEROGACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD DE AGOTAR LA VÍA ADMINISTRATIVA. LA POLÉMICA SOBRE LA UTILIDAD O NO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO EN LA ACTUALIDAD. NUESTRA POSICIÓN. CONSIDERACIONES FINALES.

Buenas tardes. En primer lugar, quiero agradecer la amable invitación de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Se encuentran hoy su presidente y vicepresidente aquí. Asimismo, tengo el placer de que el profesor Gustavo Urdaneta sea el moderador de la charla de hoy y me permita, pues, conversar con ustedes sobre este tema del silencio administrativo negativo y la sentencia *Ford Motors*, en este ciclo homenaje a la memoria de la magistrada y profesora Josefina Calcaño de Temeltas. Y, además de eso, por supuesto, dar las gracias a la Fundación Universitas por el apoyo logístico que permite semana tras semana al aula virtual, y tantas otras iniciativas académicas, poder difundirse a través de esta vía. Eso, ante todo.

En la tarde de hoy voy a hablar sobre el silencio administrativo negativo en el caso concreto y la sentencia *Ford Motors de Venezuela* (en lo sucesivo *Ford Motors*)¹, su proyección actual, aprovechando este merecido homenaje a la memoria de la profesora Josefina Calcaño de Temeltas. Al final de la conferencia espero tener tiempo de hacer una breve referencia a ella, aunque adelanto, no fui su alumno, pues soy egresado de

¹ Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 22/06/82, con ponencia de Josefina Calcaño de Temeltas.

la UCV. Tampoco en la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Simplemente la vi en algunos eventos cuando yo era, o bien estudiante de Derecho, o bien un abogado con pocos años en ejercicio.

Recuerdo haberla visto, por ejemplo, en unas jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público, las segundas o las terceras, que se hicieron en la Universidad de Carabobo, por allá por los años 90. Y quizá probablemente en alguna otra jornada. Recuerdo que, en ese momento, la magistrada y profesora estaba promoviendo la discusión acerca de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que terminó materializándose fue con la Constitución de 1999, pero, que como todos sabemos, ya tenía, entre otros antecedentes, las iniciativas de Josefina Calcaño de Temeltas.

Señalado esto, vamos a entrar entonces en el tema del silencio administrativo negativo y la sentencia *Ford Motors*. Por supuesto, parto de las enseñanzas que hace algunas semanas planteó el profesor Brewer-Carías, quien inició este ciclo de homenajes tomando dos o tres sentencias que fueron ponencias de Calcaño de Temeltas, y haciendo referencia a *Ford Motors*. Entonces, lo que me corresponde es, simplemente, detallar un poco más las consecuencias de la sentencia *Ford Motors* en su momento y, luego, trataré de referirme a la proyección actual. Es decir, las implicaciones del tratamiento del silencio administrativo negativo en la sentencia *Ford Motors* y qué ha pasado luego de ella. Espero que el tiempo sea lo suficiente para, al menos, x.

I. SILENCIO ADMINISTRATIVO E INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES

Bien, veamos algunas precisiones conceptuales respecto al silencio administrativo e inactividad administrativa. El silencio administrativo, simplemente a manera introductoria, es una consecuencia de un tipo de inactividad administrativa. Siguiendo la tradicional clasificación de Nieto de hace más de medio siglo y que tanto influyó en nuestros países, la inactividad administrativa se puede clasificar, entre otras, en inactividad administrativa formal o procedimental e inactividad administrativa material.

La primera, que es la que nos interesa a estos efectos, se refiere a la falta de actuación de la Administración Pública en un procedimiento administrativo, en el marco de un procedimiento administrativo. En cuyo caso, el ordenamiento jurídico le atribuirá efectos a esa inactividad administrativa, a ese silencio administrativo, se le atribuirán efectos en

cuanto a su condición de silencio administrativo negativo o silencio administrativo positivo. Es decir, si se entiende que la Administración Pública estima y acoge una solicitud o un recurso o bien lo desestima. Entonces, eso depende del ordenamiento, el supuesto de hecho es la inactividad administrativa formal y la consecuencia sería el surgimiento del silencio administrativo positivo o negativo, según el ordenamiento jurídico así lo disponga.

Hay una discusión actualmente acerca del tema del silencio administrativo, si debe ser positivo o negativo como regla general. Yo no voy a entrar en ello pues sería excederme del marco que quiero conversar. Simplemente trataré de referirme un poco al silencio administrativo negativo tal como está consagrado en nuestro ordenamiento jurídico venezolano y algunas consecuencias de ese silencio administrativo negativo en lo atinente al acceso al contencioso-administrativo y a algunas manifestaciones procedimentales y procesales de ese silencio administrativo negativo.

II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO EN LA LOPA

1. Antecedente inmediato: El artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia

El silencio administrativo negativo está regulado de manera general en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (en lo sucesivo LOPA) –que ya tiene más de 40 años- con vocación de generalidad. Como sabemos, el artículo 4 lo regula y luego hay unas especificidades en el caso de los recursos administrativos. Pero no es ese el primer intento de sistematización del silencio administrativo negativo.

El antecedente inmediato es el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (en lo sucesivo LOCSJ) y, justamente, revisando esa sentencia tan esclarecedora como es *Ford Motors*, en ella la ponente, la magistrada Calcaño de Temeltas, señala justamente cuáles son los antecedentes del artículo 134 de la LOCSJ en lo referente a la regulación del silencio administrativo negativo, para el caso de las llamadas demandas de contenido patrimonial contra la República en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

También hay una regulación sublegal del silencio administrativo negativo sin duda que en esa época. Pues siempre ha sido polémico el tema de la reserva legal en materia de procedimientos, y lo cierto es que incluso hubo una regulación en el nivel reglamentario. Pero podríamos decir que

el antecedente inmediato y más trascendente del artículo 4 de la LOPA es el 134 de la LOCSJ, y es importante tener en cuenta la cronología porque intentaré demostrar más adelante cómo el hecho de no haber advertido esa cronología lleva al legislador en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en lo sucesivo LOJCA) a cometer unas equivocaciones que hubieran podido evitarse.

De tal manera que se está regulando el silencio administrativo negativo con una vocación de generalidad en cuanto a sus efectos en el contencioso-administrativo antes de la LOPA. Por lo tanto, el artículo 134 de la LOCSJ señalaba que el plazo de caducidad para intentar el llamado juicio de nulidad de acto administrativo de efectos particulares, el conocido “recurso contencioso-administrativo de nulidad”, ese plazo de caducidad se comenzaba a contarse a partir de la notificación del acto administrativo al interesado o a partir de los 90 días transcurridos una vez interpuesto el recurso administrativo, Es decir, si se interponía el recurso en vía administrativa -normalmente recurso jerárquico- la LOCSJ establece un lapso general de noventa días para su resolución, y vencidos esos noventa días, comenzaba a correr el lapso de seis meses para demandar la nulidad en vía jurisdiccional.

Hay aquí una primera regulación del silencio administrativo negativo de manera general, como un lapso para la resolución de los recursos administrativos. Tomen en cuenta –insisto- que no estaba todavía vigente la LOPA

2. Su regulación en los artículos 4, 92 y 93 de la LOPA

Luego, justamente, los artículos 4, 92 y 93 de la LOPA vienen a complementar y, en algunos, casos a desarrollar el artículo 134 de la LOCSJ, dado que los dos últimos señalan fundamentalmente la preceptividad u obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, estamos hablando de hace 40 años. Y el artículo 4 de la LOPA regula un supuesto de hecho mayor, desde el punto de vista del elemento literal o textual de la interpretación jurídica.

Ese precepto, como señala la doctrina, se refiere a que, en los casos en que la Administración Pública no resuelva un asunto o recurso en los lapsos correspondientes, se entenderá que ha resuelto negativamente. Con lo cual, siempre se ha discutido acerca del alcance del silencio administrativo negativo en la LOPA. Es decir, si se limitaba al supuesto de la LOCSJ o iba más allá. Lo cierto es que iba más allá, pero entrar a detallar cómo estaba regulado en ese caso no lo voy a hacer con demasiada abundancia

porque, insisto, vamos a conectar es con ese silencio administrativo negativo en cuanto a sus consecuencias en el contencioso-administrativo. Y es que la sentencia *Ford Motors* se refiere, fundamentalmente, al 134 de la LOCSJ. Por eso, lo importante es entonces tomar en cuenta que ese precepto es un intento de regulación, en el ámbito, en el rango legal, del silencio administrativo negativo a los efectos de determinar el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa ante la inactividad administrativa procedimental.

Posteriormente, la regulación del silencio administrativo en el artículo 4 de la LOPA tiene un supuesto más amplio. Algo de eso lo comentaremos, aunque no hay tiempo para hacerlo con demasiado detalle, y también los artículos 92 y 93, que establecían la preceptividad del agotamiento de la vía administrativa, pero consagraban, a su vez, la posibilidad de que, operado el silencio administrativo negativo, es decir, vencidos los plazos para la decisión de los recursos administrativos sin que la Administración los resolviera, surgía la posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa. Es decir, de intentar el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

III. LA INTERPRETACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Visto ese marco legal abordemos un poco la interpretación del silencio administrativo negativo en la sentencia *Ford Motors*.

1. El silencio administrativo negativo como carga

Antes de *Ford Motors*, el silencio administrativo negativo consagrado en el artículo 134 de la LOCSJ es visto como una carga. Esto es, el silencio administrativo negativo implica que el plazo de caducidad para interponer el recurso contencioso-administrativo en vía jurisdiccional comienza a correr a partir de que opera el silencio administrativo negativo, es decir, esos noventa días a que se refiere la LOCSJ, interpuesto el recurso administrativo. En ese caso, el particular, o podríamos llamarlo de manera un poco polémica el administrado, como saben, porque yo creo que no es del todo inapropiado seguir señalándolo así, pero, en todo caso, podemos decir el particular, frente al silencio administrativo, entonces tenía la carga de acudir al contencioso-administrativo.

Me explico: el particular planteaba una solicitud, por ejemplo. Esa solicitud le era denegada en vía administrativa. Interponía el correspondiente recurso jerárquico –reitero, esto es antes de la LOPA–, entonces, planteaba

recurso jerárquico, y aquí había dos posibilidades: 1) Que la Administración Pública le respondiera, en cuyo caso, la notificación del acto administrativo determinaba el inicio del plazo de caducidad; 2) Pero si no se le respondía dentro de ese plazo de 90 días a que se refería el 134 de la LOCSJ, el particular tenía la carga de interponer el recurso contencioso-administrativo de nulidad dentro de los seis meses siguientes a haber operado el silencio administrativo

2. El silencio administrativo negativo como garantía: La sentencia *Ford Motors*

Frente a esa primera interpretación, contrasta el criterio de *Ford Motors* de Venezuela: Al haber operado el silencio administrativo negativo, surge la interpretación del silencio administrativo negativo como garantía del particular en la sentencia *Ford Motors*. De esa sentencia se podrían comentar muchas cosas. Pero, en todo caso, en su texto, de la cual fue ponente justamente quien estamos homenajeando hoy en su memoria, se hace una revisión del Derecho Comparado en cuanto al silencio administrativo negativo. También hace una referencia a los antecedentes legales y reglamentarios de la institución, y entonces concluye que el 134 de la LOCSJ lo que intenta establecer es un mecanismo de garantía al particular. El silencio administrativo lo que significa es que el particular no queda atado frente a la inactividad de la Administración Pública. Es decir, frente a la interposición de un recurso administrativo, en principio habría que esperar la decisión de la Administración Pública para poder demandar la nulidad.

Piénsese que en los años 70 o a principios de los años 80, el contencioso-administrativo es concebido fundamentalmente como mecanismo revisor de control objetivo de actos administrativos; el acto administrativo como la expresión clásica de la actividad administrativa. De tal suerte que el particular que interpone el recurso Administrativo no se le decide este. Pues, mientras no se le decide queda atado de manos. Eso lo ha estudiado muy bien el Derecho Administrativo en general, y la solución es el silencio administrativo negativo como garantía.

¿Qué significa esto? Pues, la sentencia *Ford Motors* señala que entonces, frente a la posibilidad de que opere el silencio administrativo negativo, es decir, de que la Administración no resuelva el recurso en el plazo correspondiente, el particular tiene dos opciones: Una, acudir a la vía judicial invocando el silencio administrativo negativo. En cuyo caso, la demanda de nulidad, bueno, como se llamaba en aquella época, el recurso contencioso-administrativo de nulidad, se dirigirá contra el acto adminis-

trativo originalmente dictado en el procedimiento de primer grado o de formación del acto, ya que no hay un segundo acto, por así decirlo. No hay un acto dictado en el procedimiento revisor, en el procedimiento de segundo grado.

Pero también hay otra posibilidad: que el particular decida no demandar, no acudir a la vía judicial, y, en cambio, esperar a la decisión de la Administración Pública, así sea tardía. En cuyo caso, el particular siempre podrá interponer el recurso de nulidad una vez que se dicte el acto administrativo que resuelve el recurso administrativo que interpuso en su oportunidad. No importa que el acto administrativo haya sido dictado tardíamente, porque esa irregularidad se trata de lo que la doctrina llama las irregularidades no invalidantes o los vicios intrascendentes. Es decir, no hay mayor efecto en cuanto a la validez del acto. El acto sigue siendo válido porque la Administración Pública no pierde su competencia por el hecho de que dicte el acto tardíamente.

No obstante, hay un punto en la sentencia *Ford Motors* que quizás pudo haberse desarrollado más. Pero hay que tomar en cuenta el desarrollo jurisprudencial en la época en que se dictó, en su momento fue una sentencia de avanzada. Luego, la doctrina señaló que incluso pudo haberse ido más allá, en el sentido de entender que el hecho de que opere el silencio administrativo negativo como una garantía implicaría que el particular *siempre* pueda acudir a la vía judicial. Es decir, que no tenga que esperar el acto administrativo tardío, sino que si operó el silencio administrativo negativo, como se trata de una inactividad continuada – digámoslo así – pueda acudir a la vía jurisdiccional en el momento en que lo decida. Esto es, que no está operando un plazo de caducidad.

En el caso venezolano, eso, si mal no recuerdo, lo plantea por ejemplo Ortiz Álvarez. Luego, más recientemente he leído tesis similares de Carrillo Artiles y de Humberto Briceño León. Y lo cierto es que, incluso en el en el Derecho de otros países también es así. El profesor Jesús González Pérez, con toda su influencia y reputación en España, planteaba también el hecho de que el silencio administrativo como garantía debía permitir que el particular demandara la nulidad en cualquier momento y no tuviera que esperar entonces a que la Administración Pública le respondiera tardíamente. Igual el caso de otros autores.

Es decir, operado el silencio administrativo negativo y decidido por el particular que no lo iba a invocar a los efectos de demandar la nulidad del acto dictado en el procedimiento de primer grado, sino que aguardaba a que se dictara el acto administrativo que resuelve el recurso administrativo así

sea tardío: ¿Pero qué pasa si no se resuelve nunca? Tendría el particular entonces la posibilidad de demandar la nulidad del acto administrativo previo dictado en el procedimiento de formación del acto.

Lo cierto es que la jurisprudencia venezolana no ha llegado hasta allí, sino que se ha mantenido en el criterio de *Ford Motors*. Habría que habría preguntarse, si tuviéramos magistrados de la talla de Calcaño de Temeltas, si el silencio administrativo negativo no hubiera evolucionado más desde el punto de vista jurisprudencial, más acorde con las posiciones de un sector de la doctrina. O si, por el contrario, quizá también habría tesis válidas y respetables que sostuvieran que no. Que el silencio administrativo como garantía llegó a donde debió llegar con la sentencia *Ford Motors*.

Esto es, básicamente, en términos muy generales y muy resumidos, el núcleo de la sentencia *Ford Motors*, en cuanto a entender y en cuanto a modificar la concepción del silencio administrativo como carga y plantearlo como una garantía para el particular, en el sentido de que es un instituto que permite que, ante la inactividad administrativa procedimental o formal, el particular tenga dos opciones. Bien sea invocar el silencio administrativo negativo y demandar la nulidad del acto dictado en el procedimiento de primer grado o bien esperar a que sea resuelto el recurso administrativo y demandar la nulidad de este acto administrativo que puso fin al procedimiento administrativo de segundo grado.

IV. DIFERENCIAS EN LOS EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO SEGÚN SE TRATARA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE PRIMER O DE SEGUNDO GRADO: PRETENSIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL O “RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR ABSTENCIÓN”. SU SUPERACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Hay un punto que voy a tocar sin abundar demasiado, porque el tiempo probablemente excedería del que disponemos en la tarde de hoy, que son las diferencias en los efectos del silencio administrativo según se tratara de procedimientos administrativos de primer o de segundo grado. Es decir, el tema de las vías procesales idóneas: la pretensión de amparo constitucional o el llamado recurso contencioso-administrativo por abstención o carencia, así como la superación de esa distinción en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Esto último ya en este siglo XXI.

Simplemente por hacer esa alusión, la entrada en vigencia del artículo 4 de la LOPA, entre otros efectos, produjo que la jurisprudencia diferenciara en sentencias posteriores de la Sala Político-Administrativa en cuanto a la vía procesal idónea. Es decir, en el caso del silencio administrativo negativo, según se tratara de un procedimiento administrativo de primer o de segundo grado. Si es un procedimiento que va a culminar con la formación de un primigenio acto administrativo o, si por el contrario, es un procedimiento de revisión del acto administrativo ya dictado, y lo que estoy pidiendo como particular es que el acto sea revisado por razones de mérito u oportunidad o por razones legales, ante cuya hipótesis las vías judiciales varían si se quisiera acudir a la instancia jurisdiccional.

Si se trataba del silencio configurado en un procedimiento administrativo, por ejemplo, de primer grado, había que distinguir, además, según el famoso caso *Eusebio Igor Vizcaya Paz*², la demanda por abstención, en cuanto a la existencia de obligaciones específicas u obligaciones genéricas. Esto es, obligaciones muy concretas y determinadas en la ley, o, por el contrario, las obligaciones específicas. O mejor dicho, el ejercicio de potestades predominantemente regladas o predominantemente discrecionales. En un caso, determinaba la pretensión de amparo constitucional cuando se trataba del incumplimiento a través de la operatividad del silencio administrativo negativo permitía entonces acudir a la jurisdicción constitucional en orden a plantear una pretensión para que se le ordenara a la Administración Pública que diera respuesta. Es decir, el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva se limitaba a la orden de respuesta.

Por el contrario, si se trataba de un procedimiento administrativo en el cual culminara o debiera culminar en la emisión de un acto administrativo libre de elementos de discrecionalidad, podía plantearse más bien, ante el incumplimiento de obligaciones específicas, la demanda por abstención o carencia. Y esa demanda por abstención o carencia o ese recurso por atención o carencia, como lo llamaba la jurisprudencia, daba lugar a una sentencia que podía tener un contenido mucho más específico en cuanto al ámbito de condena a la Administración.

Lo cierto es que esas diferencias entre el tipo de incumplimiento de las obligaciones, o mejor dicho, el tipo de inactividad administrativa según se tratara del ejercicio de potestades predominantemente regladas o no, o bien se tratara de un procedimiento administrativo de primero o de segundo grado,

² Sentencia SPA-CSJ del 28/02/85 (Allan R. Brewer-Carías y Luis A. Ortiz Álvarez: *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso-administrativa (1961-1996)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. 52-58).

que siempre planteaban discusiones muy sutiles, fue superado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, que estableció un criterio con el cual yo concuerdo: Básicamente, la inactividad administrativa procedimental, es decir, el efecto del silencio administrativo negativo, tienen que poder ser controlados en vía jurisdiccional a través del contencioso-administrativo, porque este también es restablecedor de situaciones jurídicas subjetivas a tenor del actual artículo 259 de la Constitución, antiguo 206 de la Constitución de 1961.

¿Qué implica eso? Que entonces, más allá de que se trate de la inejecución de obligaciones específicas o de obligaciones genéricas, si se acepta la distinción, que es discutible incluso plantearla, pero, en todo caso, siempre en virtud del principio de globalidad o universalidad del contencioso-administrativo, deberían existir vías procesales idóneas -más allá del amparo constitucional, que es propio de la justicia constitucional- debería haber vías procesales idóneas, tanto desde el punto de vista de que permitan la interposición de la correspondiente pretensión, como, sobre todo, desde el punto de vista de los poderes del juez. Que, incluso, en algunos supuestos, dependiendo del tipo de inactividad, le permitan sustituirse total o parcialmente en la Administración Pública, según el caso así lo permita.

De tal manera que la jurisprudencia de la Sala Constitucional, me atrevo a señalar, acogiendo posiciones doctrinarias, fundamentalmente la posición de Urosa Maggi, a principios de este siglo fue obviando la diferencia entre la inejecución de obligaciones específicas o genéricas en cuanto a la consecuencia de establecer vías procesales idóneas distintas, y que algunos pensaban que eran antitéticas. Esto es, la pretensión de amparo constitucional frente a la inactividad administrativa (el amparo contra abstenciones u omisiones) y el recurso contencioso-administrativo contra abstenciones u omisiones, como se llamaba la demanda por abstención en aquella época.

Esto, por supuesto, podría detallarse, pero el tiempo avanza y yo creo que lo importante era plantear una panorámica en general de lo que era la situación del silencio administrativo negativo. Y así llegamos al silencio administrativo en la LOJCA³.

³ Hay otras regulaciones del silencio administrativo negativo en leyes sectoriales, con sentidos y efectos diversos (v.g. la Ley Orgánica de Telecomunicaciones o el Código

V. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LOJCA

Hay varias cosas que señalar. En primer lugar, la ley no regula directamente el silencio administrativo ni positivo ni negativo, deja vigente la LOPA. Lo que sucede es que, como vamos a ver, esta última estaba parcialmente derogada en dos etapas, en cuanto al tema del necesario agotamiento de la vía administrativa como requisito previo para acceder a la sede judicial. Y eso produjo una serie de consecuencias en lo atinente, no a la concepción del silencio administrativo en el artículo 4 de la LOPA, pero sí en cuanto a la utilidad, a la virtualidad práctica del empleo, de la invocación del silencio administrativo negativo.

1. Su innecesaria o redundante inclusión en el artículo 8.

En primer lugar, desde el punto de vista conceptual, yo considero que la inclusión del silencio administrativo en el artículo 8 de la LOJCA resulta innecesaria y redundante, porque este precepto se refiere al ámbito de control de la jurisdicción contencioso-administrativa. O, con mayor precisión, al objeto de las pretensiones procesales administrativas. Así pues, se incluye el silencio administrativo negativo, perdón, al silencio administrativo, no nos dice que es negativo, silencio administrativo en general. Pero luego se refiere a la omisión de cumplimiento de obligaciones, y como hemos visto, el silencio administrativo negativo es una consecuencia legal de la omisión de cumplimiento de obligaciones. O, en términos más precisos, de la inactividad administrativa formal o procedimental. Por lo tanto, a mi modo de ver, no era necesario incluir al silencio administrativo negativo en el artículo 8 como objeto de la pretensión procesal administrativa.

Además, el silencio administrativo negativo no va a ser controlado en vía judicial como tal, lo que se controla es la inactividad administrativa. El silencio negativo, como bien sabemos, es la ficción con efectos procedimentales diseñada para permitir el acceso a la vía administrativa ulterior o en todo caso a la vía judicial. Por lo tanto, el silencio administrativo negativo no es objeto de control. Todo lo contrario, una de las funciones del silencio administrativo negativo es permitir el acceso a la vía judicial.

Tributario), como amablemente me recordó el profesor Edwin Antonio Romero luego de mi conferencia. Por razones de concisión, prescindiremos de su estudio en esta oportunidad.

2. Su relación con la caducidad de las acciones de nulidad de actos administrativos en el artículo 32.1: Una incoherente solución legislativa

Pero, más allá de esta imprecisión terminológica y conceptual, hay otra regulación incidental o que tiene que ver con el silencio administrativo negativo de la LOPA que lo recoge la LOJCA. Me refiero a la relación con la caducidad de la demanda de nulidad de actos administrativos, regulada en su artículo 32.1, una incoherente solución legislativa, me atrevo a señalar. ¿Por qué es incoherente? Porque ese precepto, me voy a permitir leerlo parcialmente, se basa fundamentalmente en el 134 de la LOCSJ, sin tomar en cuenta que luego de esta se dictó la LOPA, con sus artículos 4, 92 y 93.

Pero, además de eso, a principios de este siglo el tema el agotamiento de la vía administrativa como obligatorio quedó superado. Podríamos decir que quedó derogado en dos fases. Vamos a tratar de precisar esto un poco, ya con una visión retrospectiva.

La primera etapa, por el hecho de que, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, la mayoría de la doctrina señaló que la LOPA, en cuanto a la obligatoriedad del agotamiento de los recursos administrativos como requisito previo a acudir a la vía judicial, había quedado implícitamente derogada. ¿Por qué habían quedado implícitamente derogados los respectivos preceptos? Porque en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001 se establecía, en su artículo 7, y se siguen estableciendo, los derechos del particular frente a la Administración.

Uno de esos derechos era el de acudir a la vía administrativa o judicial a su elección, sin que fuera necesario el agotamiento de la misma. El tema es o el problema era que en la ley original de 2001 esa norma quedaba sometida a una condición suspensiva. De acuerdo con la disposición transitoria séptima de la Ley, se señalaba que ese derecho iba a entrar en vigencia cuando se dictara la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, ley que no se dictaba.

Bueno, es en 2004 cuando se dicta la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que regulaba el tema contencioso-administrativo como no podía ser de otra manera, porque venía sustituir o a derogar la LOCSJ. Entonces, la doctrina y la jurisprudencia entendieron que se había cumplido la condición suspensiva a que se refería la disposición transitoria y el artículo 7. Tengo que decir que no me convenció del todo esa solución

jurisprudencial, por el hecho, el argumento, quizá muy básico, pero, a mi modo de ver, contundente, de que las leyes se derogan por otras leyes y no había una derogatoria expresa ni había realmente una entrada en vigencia de la Ley Orgánica que regulara la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto a esa derogación parcial de la LOPA.

En todo caso, con la reforma parcial de la Ley Orgánica de la Administración Pública 2008 se elimina la condición suspensiva, se elimina la disposición transitoria, y, definitivamente, ahora sí, la Ley Orgánica de la Administración Pública deroga parcialmente a la LOPA en lo que se refiere al agotamiento obligatorio, el agotamiento preceptivo, de los recursos administrativos ordinarios como condición previa para el acudir a la vía contencioso-administrativa.

¿Y por qué señalo todo esto? Porque tiene que ver con el artículo 32.1 de la LOJCA, que señala que las acciones de nulidad de actos administrativos, para el caso de los actos administrativos de efectos particulares, caducarán en el término de 180 días continuos, contados a partir de su notificación al interesado, o cuando – y aquí viene lo importante- la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el lapso de 90 días hábiles contados a partir de la fecha de su interposición.

Si revisamos esta norma, y los invito a que lo hagan, la redacción del artículo 32.1 de la LOJCA, nos vamos a encontrar con el hecho sorprendente de que su redacción es muy similar a la del 134 de la LOCSJ, sin tomar en cuenta que este último fue –como ya se vio- el primer intento de regular de manera uniforme el silencio administrativo negativo en cuanto a su concepción como ficción procedimental que permitiera el acceso a la vía judicial o jurisdiccional. Vamos a decir judicial para no entrar en una discusión terminológica que hemos escuchado, muy pertinente, en conferencias previas de este ciclo.

De tal manera que, cuando el artículo 32.1 de nuestra LOJCA de 2010 señala que cuando la Administración no ha decidido el correspondiente recurso administrativo en un lapso de 90 días hábiles, la pregunta que tenemos que hacernos es: ¿Y de dónde sacó el legislador que son 90 días hábiles para decidir los recursos administrativos? Lamentablemente, se basó en la LOCSJ, sin tomar en cuenta que luego de esa ley se dicta la LOPA que establece varios recursos administrativos con diversos lapsos de decisión. No es igual el lapso de la decisión del recurso jerárquico que el de reconsideración según agote o no la vía administrativa en los recursos de consideración. Y, además, hay un lapso también distinto para el caso del

recurso extraordinario de revisión en vía administrativa, con lo cual, ese lapso de 90 días, que tenía sentido establecerlo de manera uniforme y única en la LOCSJ en el año 1976-1977, manifiesta hoy una gran incoherencia.

¿Por qué? Porque en el 2010 tenemos, en primer lugar, el tema del innecesario agotamiento de la vía administrativa, lo que implica que los lapsos van a variar según se decida o no agotar total o parcialmente a la vía administrativa. Pero es que, además, han surgido una serie de leyes administrativas que establecen un lapso distinto o pueden establecer lapsos distintos para la resolución de recursos administrativos, en cuanto a plazo o en cuanto a tramitación.

Lo que quiero decir es que, por una mecánica e inercial copia parcial del artículo 134 de la LOCSJ, el legislador no cayó en cuenta de que no debía haber establecido un plazo único de 90 días. Lo que ha debido establecer era que, para el caso de las demandas de nulidad de actos administrativos de efectos particulares -el lapso de 180 días, que antes era seis meses ahora se convierte en 180 días continuos en la LOJCA- comienza a contar a partir de la notificación del acto de interesado o cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el lapso correspondiente ¿Y cuál es el lapso correspondiente? Habrá que ver, atenerse al caso concreto, a ver cuál es ese plazo, que no siempre es de 90 días.

Fíjense que el único añadido aquí son los 90 días hábiles que no los mencionaba la LOCSJ, porque, evidentemente, en este punto la LOJCA sí toma la regla general de la LOPA, en cuanto a que los plazos se cuentan por días hábiles. Eso incluso ya lo había dicho la jurisprudencia, en una interpretación progresiva de la LOCSJ. Pero el tema es que, cuando se regula el silencio administrativo en los procedimientos administrativos de segundo grado y de sus efectos a los fines del cómputo del lapso de caducidad, el legislador en la LOJCA no cayó en cuenta que esto tenía que regularlo distinto a como se reguló para 1977.

3. Su prueba en las demandas por abstención según el artículo 66: Una muy cuestionable interpretación jurisprudencial

Hay un tercer aspecto, probablemente hay más, pero me limito por razones de tiempo a plantear un tercer aspecto vinculado con el silencio administrativo negativo en la LOJCA. Me refiero a que, como hemos visto, el silencio administrativo negativo en muchos casos dará lugar a las llamadas por la ley demandas por abstención, es decir la pretensión de condena frente a la inactividad administrativa formal. La LOJCA tiene un

artículo muy curioso, que es el artículo 66, y digo que es curioso porque establece algo que parece obvio. Señala que, para el caso de las demandas por abstención o de los reclamos por la prestación de servicios públicos - ambas se tramitan por el procedimiento breve- además de los requisitos previstos para todo tipo de demandas contencioso-administrativas, deben acompañarse los documentos que acrediten los trámites efectuados.

En otras palabras, frente a una inactividad administrativa formal, frente a haber operado el silencio administrativo negativo, la ley señala que hay que acreditar los trámites efectuados. Yo creo que eso es obvio. ¿En qué consistirá esa acreditación de los trámites efectuados? Bueno, básicamente, en la consignación en el expediente del documento en el cual conste el acuse de recibo por la Administración Pública de la correspondiente solicitud o recurso que daba lugar a que empezaran a correr los plazos previstos en la LOPA, o en las leyes sectoriales, para que la Administración Pública diera respuesta, en atención al cumplimiento del derecho constitucional a obtener una adecuada y oportuna respuesta. Y, en cumplimiento, además, de la legislación sectorial que, seguramente, impone a la Administración Pública la carga, o mejor dicho la potestad y, por lo tanto, el derecho-deber, de dar una adecuada y oportuna respuesta.

En otras palabras: ¿cuáles son esos documentos, esas gestiones que acrediten los trámites efectuados a que se refiere al artículo 66 de la LOJCA? Simplemente el acuse de recibo, porque, una vez que se ha planteado formalmente ante la Administración Pública una solicitud, comienzan a correr los plazos legales para que esta dé respuesta.

Bueno, curiosamente, o muy cuestionablemente, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa ha entendido que estos trámites efectuados implican que se tenga que pedir varias veces lo mismo ante la Administración Pública.

Esto ya lo adelantaba un poco, lo avizoró el profesor Jorge Kiriakidis en su obra: *El contencioso-administrativo venezolano a la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Allí señaló, muy agudamente, que esta norma era peligrosa porque podía, por vía de interpretación jurisprudencial, terminar creándose una suerte o reviviendo una suerte de agotamiento de la vía administrativa, para el caso de las demandas por abstención o de los reclamos por la prestación de servicios públicos. Y, en cierta manera, esto es lo que ha pasado.

Yo he conseguido múltiples sentencias de la Sala-Político-Administrativa que declaran inadmisibles -además creando una causal de inadmisibilidad que no está expresamente prevista como tal en la ley-, señalando que la demanda por abstención es inadmisibles por cuanto no se acreditaron los trámites efectuados, porque únicamente se alegó y probó que la petición a la Administración Pública solo se hizo dos veces⁴.

Habría que preguntarse cuántas veces tengo que pedirle lo mismo a la Administración Pública para que surja lo que debería surgir de pleno derecho o lo que surge de pleno derecho, que es el deber que tiene esta de darme adecuada y oportuna respuesta. Como ven entonces, más allá de que el artículo 66 de la LOJCA nos hubiera podido parecer innecesario, la jurisprudencia ha terminado tergiversándolo y, sobre todo, aplicándolo en un sentido contrario al principio *pro actione*.

VI. LA RELATIVA PÉRDIDA DE LA IMPORTANCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO PRODUCTO DE LA DEROGACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD DE AGOTAR LA VÍA ADMINISTRATIVA. LA POLÉMICA SOBRE LA UTILIDAD O NO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO EN LA ACTUALIDAD. NUESTRA POSICIÓN

Hay un punto, ya vamos acercándonos a la conclusión de esta disertación, que me parece importante al menos enunciar. Me refiero a la relativa pérdida de la importancia del silencio administrativo negativo producto de la derogación de la obligatoriedad de agotar la vía administrativa. Lo cual ha dado lugar a una polémica sobre la utilidad o no del silencio administrativo negativo en la actualidad.

⁴ La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha llegado a extremos en su aplicación mecánica y contraria al principio *pro actione* del Derecho positivo. Al punto de que ha “reinterpretado” la figura del silencio administrativo negativo y del derecho de petición y de obtener oportuna y adecuada respuesta, contrariando su interpretación lógica y conforme a la Constitución. Ello, al establecer como criterio -basándose en una revisión meramente literal del artículo 66 de la LOJCA- que como el precepto se refiere a “los documentos” y “los trámites”, debe entenderse que deben ser varias las solicitudes o peticiones, y no solo una. Es decir, para plantear una pretensión de condena frente a la inactividad administrativa hay que haber hecho previamente la misma petición varias veces ante el mismo órgano administrativo, con independencia de que el ordenamiento jurídico sustantivo claramente establezca lo contrario. Véase, por ejemplo, recientemente: Sentencia Núm. 463 del 25/04/23.

Voy a plantear cuál es la que yo entiendo que es la posición quizá más valedera, por supuesto, respetando otras.

Con esto me estoy refiriendo a que hay un sector de la doctrina en Venezuela, por ejemplo, mis apreciados colegas los profesores Urosa Maggi y Hernández González, que plantean de *lege ferenda* la eliminación del silencio administrativo negativo. ¿Cuál es el argumento? Bueno, el argumento fundamental no deja de tener cierto asidero, no lo discuto.

En primer lugar, ciertamente el silencio administrativo negativo ha perdido importancia práctica desde el momento en que ya el agotamiento de la vía administrativa deja de ser obligatorio. Porque eso significa que no tengo que esperar a que la Administración Pública me resuelva recurso administrativo, sino que, sencillamente, puedo, una vez que se dicta un acto administrativo que me afecta derechos o intereses en el procedimiento administrativo de primer grado, ir directamente a la sede judicial. Y me ahorro los recursos administrativos con toda la discusión que se dio en su momento respecto a si eran o no una limitación necesaria al derecho a la tutela judicial efectiva.

Por un lado, entonces, ciertamente el silencio administrativo negativo hoy en día no tiene la importancia que tuvo cuando lo consagró el artículo 134 de la LOCSJ ni cuando lo reguló con mayor detalle la norma de la LOPA, es cierto. Pero, además, y eso lo sostienen Hernández González y Urosa Maggi, que en el caso del silencio administrativo negativo, sobre todo el que estaba concebido en la LOCSJ, estaba pensado para un contencioso-administrativo que se centraba en la revisión de actos administrativos. Que era básicamente un mecanismo de revisión y control objetivo de actos.

Habiéndose modificado, al menos parcialmente, esa concepción, y entendiéndose que el contencioso-administrativo es un medio –sí- de control de la actividad administrativa, pero también de defensa de intereses de los particulares, por una parte. Y por la otra, habiéndose ampliado el objeto de las pretensiones procesales administrativas -lo que antes se llamaba la materia-contencioso administrativa-, y basta leer el artículo 8 de la LOJCA para darse cuenta de que hoy, las manifestaciones de la actividad administrativa susceptibles de control jurisdiccional, susceptibles de ser objeto de pretensiones procesales administrativas, no se agotan en los actos administrativos. Siendo así, no tendría entonces sentido mantener el silencio administrativo negativo concebido como una ficción procedimental diseñada para permitir el acceso a la justicia administrativa.

Si a eso le añadimos la eliminación de la distinción entre demanda por abstención o carencia y amparo constitucional contra abstenciones, dependiendo de si se tratara de abstenciones específicas o no, de inejecución de obligaciones específicas o no, como señalaba la jurisprudencia, eso implica entonces que cualquier inactividad administrativa formal -o incluso material- es susceptible de control jurisdiccional por el contencioso-administrativo. Que, en el supuesto venezolano, sería a través de la demanda por abstención, a pesar de las limitaciones que tiene ese medio procesal. Pero que, en todo caso, ya con esto no tendría el particular la necesidad de invocar una ficción procedimental para poder acudir a la demanda judicial. Esta es, hasta donde lo he entendido, la posición que plantea entonces que en un futuro lo mejor será eliminar o prescindir del silencio administrativo negativo.

Yo creo que esta posición tiene razón en parte, en cuanto que el silencio administrativo negativo ya no tiene el protagonismo que tuvo, pero no veo razón para desterrarlo en nuestro ordenamiento jurídico. Porque, en definitiva, el silencio administrativo negativo sigue siendo, como se dijo en la sentencia *Ford Motors*, una garantía para el particular.

Entonces, será el particular, dependiendo del examen del caso concreto, dependiendo de su situación, el que decidirá si acude o no a la vía administrativa o va directamente a la vía judicial. Será el interesado el que decidirá si invoca el silencio administrativo negativo para acudir al recurso administrativo siguiente o para acudir a la vía judicial directamente, o, por el contrario, no hace uso de la vía administrativa y va directamente a la vía judicial. O incluso, si frente a una inactividad en un procedimiento administrativo de primer grado, va directamente a la demanda por abstención, en cuyo caso, por supuesto, el contenido de la sentencia será de menor concreción, porque se limitará, en la mayoría de las hipótesis, a ordenarle a la Administración Pública que responda. Pero, aun así, quedará entonces a criterio del particular ver cuál es la estrategia procesal que le es más favorable, más conveniente a sus derechos e intereses, a los efectos de obtener tutela judicial.

Lo que quiero decir con esto es que quizás ya no es tan útil, pero no veo razón para desterrar al silencio administrativo negativo de nuestro contencioso-administrativo, incluso de nuestro procedimiento administrativo. Simplemente habrá que revisar, evidentemente, las normas de la LOPA que ya han quedado parcialmente derogadas. En un futuro, pues, habrá que revisar cómo se articulan esos preceptos con ese silencio administrativo negativo, habrá que armonizarlo también con el tema del control

contencioso-administrativo, probablemente superando toda esa terminología de demanda por abstención o carencia, y entendiendo, como por ejemplo lo planteó Urosa Maggi hace años, que estamos en presencia de pretensiones procesales frente a la inactividad administrativa.

En definitiva, será el principio de congruencia procesal, es decir, el de congruencia entre lo pedido en la pretensión y lo decidido, el que determinará hasta dónde puede llegar el juez en ese control judicial, e inclusive, en el supuesto de la sustitución judicial ejecutiva en la Administración Pública remisa a ejercer sus potestades conforme se lo impone el ordenamiento jurídico. Yo creo entonces, en definitiva, que nada obsta a que mantengamos, revisemos, pero no con ánimo de eliminarlo sino de redimensionarlo, de repensarlo, el tema del silencio administrativo negativo.

CONSIDERACIONES FINALES

Yo creo que es importante señalar, y quizá esto lo he debido hacer al principio, pero quiero concluir con esto:

Estamos entonces en un evento que ha venido homenajear la memoria de una destacada profesora de Derecho Administrativo y magistrada de la Sala Político-Administrativa de la CSJ, que contribuyó notablemente al desarrollo del Derecho Administrativo y, por lo tanto, a la instrumentación de mecanismos de defensa y garantía del particular frente a la Administración Pública. Así como también de control de la actividad administrativa, de la adecuación de la actividad administrativa en su ejercicio al principio de legalidad.

Fijense que Josefina Calcaño de Temeltas, o mejor dicho, la sentencia *Ford Motors* de la cual fue ponente, reconduce la figura del silencio administrativo a considerarlo como un beneficio, una garantía para el particular. Se trató de una labor jurisprudencial muy sutil, pero que, a la vez, fue muy significativa, como acaso también podríamos señalarlo de la labor que hicieron otros magistrados de la Sala Político-Administrativa, pensemos en Luis Enrique Farías Mata, por solo señalar uno.

Entonces, aunque el marco legal quizá no era el más idóneo, era un tema de la labor del juez. Como teníamos magistrados que eran conscientes de su alta responsabilidad, de su cometido constitucional, se pudo avanzar en el contencioso-administrativo. Como se avanzó igual en el caso de la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de los años 80 y 90, teniendo una LOCSJ que, como todos sabemos, para

empezar, no tenía vocación de regular integralmente el contencioso-administrativo. Lo reguló casi que dicho sea de paso, en cuanto a los procedimientos y a las competencias de la Sala Político-Administrativa, en la parte del articulado; y en cuanto a la organización del contencioso, en las disposiciones transitorias.

Definitivamente, la labor del juez es fundamental para la evolución del Derecho y para la evolución del Derecho Administrativo, que, como todos sabemos, básicamente tiene tres soportes: doctrina, legislación y jurisprudencia. Y la jurisprudencia es la que en definitiva hace viva la aplicación de la legislación y, además, produce ese diálogo -roto hoy en día en Venezuela- entre la doctrina y la jurisprudencia.

¿Por qué señalo todo esto? Porque, en cierta manera tengo que referir que, muy respetuosamente, discrepo de una posición de un apreciado colega, planteada hace poco tiempo. El profesor Rafael Chavero, además colega de la cátedra, propuso, en un evento virtual reciente, creo que se llamó: ¿Qué hacer con la Justicia? Según le entendí, planteó que, ya que el Tribunal Supremo de Justicia, en su situación actual prácticamente era inmodificable, al menos en el corto plazo, tratar entonces de hacer cambios en las estructuras operativas de los tribunales de instancia.

Yo tengo que decir que, más allá de que, incluso, me produce una inquietud desde el punto de vista de imponer el pragmatismo, de imponer en cierta manera un pragmatismo que yo creo que tiene fines loables, fines perfectamente respetables, pero que, además de eso, no sé si realmente sea viable. ¿A qué me refiero con esto? A que, si la cabeza del poder judicial, que es el Tribunal Supremo de Justicia, todos estamos de acuerdo en que no cumple sus cometidos constitucionales por razones que no viene al caso detallar: ¿Tiene sentido práctico, tiene sentido lógico, tratar de resolver asuntos operativos que, en definitiva, siempre van a quedar a la revisión final del propio Tribunal Supremo de Justicia?

Es decir, si me permiten la comparación, es algo así como que tenemos al poder judicial como un enfermo terminal postrado en una cama con una enfermedad neurodegenerativa grave. ¿Será que -de verdad- produce efectos positivos tratar de mejorar las extremidades del paciente, cuando este no se mueve y está postrado en una cama porque no le funciona el sistema nervioso central? Yo no lo sé, pero realmente debo decir que tengo mis reservas, tengo mis dudas.

Yo creo - aunque quizás me dirán que la posición mía es derrotista, no, no es derrotista- creo que lo que nos corresponde es seguir manteniendo la lucha por el Derecho, el planteamiento en cuanto a la denuncia académica, podríamos decir así, de los errores del Derecho Positivo. Y, sobre todo, la crítica las decisiones judiciales (me acuerdo de ese famoso trabajo de Luis Loreto). Y tener en cuenta que es muy difícil que se puedan lograr cambios, incluso cambios puntuales, en una estructura cuya cabeza, sencillamente, está muy claro que no está llamada a cumplir sus propósitos constitucionales.

En ese sentido, fíjense el contraste entre la labor de Josefina Calcaño de Temeltas, de Luis Enrique Farías Mata, de tantos magistrados de la Sala Político-Administrativa y de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en su momento. Yo creo que ofrecen un balance claramente favorable al desarrollo y a la evolución de nuestro Derecho Administrativo respecto a la situación actual.

En definitiva, lo que quiero decir es que la labor de los jueces, y sobre todo la labor de los altos jueces en el contencioso-administrativo, va a seguir siendo determinante -nos guste o no- para, lamentablemente, mantener al Derecho Administrativo en ese reducido ámbito de defensa en que está, prácticamente como como coincidimos muchos, refugiado en la doctrina, refugiado en los libros, en las revistas académicas y refugiados en las aulas de clase.

Bueno, muchas gracias por su atención y ya no sigo abusando de la paciencia de la audiencia.

**DE LA SENTENCIA “FORD MOTORS DE
VENEZUELA” A LA INSUFICIENTE REGULACIÓN
ACTUAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO
NEGATIVO Y DEL AGOTAMIENTO DE LA
VÍA ADMINISTRATIVA**

*Pier Paolo Pasceri Scaramuzza**

SUMARIO

PRELIMINAR. I. BREVE VISIÓN DE HISTÓRICA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO FIGURA PROCESAL CONEXA CON EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SU CONTRASTE CON LA REGULACIÓN ACTUAL. II. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO PRIVILEGIO DE LA ADMINISTRACIÓN. III. SENTENCIAS QUE DE MANERA DISÍMIL HAN TRATADO EL TEMA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA Y DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO. IV. OSCURIDAD EN LA REGULACIÓN POSITIVA ACTUAL. V. NECESARIA PROYECCIÓN DEL CONTENCIOSO ESPECIAL AL GENERAL. VI. APROXIMACIÓN CONCLUSIVA

* Abogado, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Doctor en Ciencias de la Administración (Gerencia Avanzada) de la Universidad Fermín Toro (UFT). Postdoctor en Estudios Libres de la UFT. Profesor de Pre y Postgrado de la UCAB y de la Universidad Centroccidental Lisandro Alvarado (UCLA). Especialista en Derecho Administrativo y Laboral. Miembro del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados del estado Lara. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

PRELIMINAR

La mejor forma de rendirle homenaje a algún destacado jurista es analizando críticamente el pensamiento jurídico que desarrolló durante su ejercicio como abogado, resaltando sus ejecutorias y viendo la proyección que esa tendencia tiene o pudo haber tenido.

El caso de la Doctora Calcaño de Temeltas, además de haber sido una destacada profesora de Derecho Administrativo, desde su ejercicio de la judicatura contribuyó notablemente al desarrollo del Derecho Administrativo venezolano, siempre en favor de perfeccionar mecanismos de defensa y garantía del particular frente a la Administración Pública, del control de las manifestaciones de la Administración y de la adecuación de la actividad administrativa a la Ley; eso se desprende de su ejecutoria.

El presente ensayo pretende hacer un contraste entre la visión de avanzada plasmada en la Sentencia Ford Motor de Venezuela (CSJ-SPA del 22-6-1982) cuya ponente fue la homenajeada, y la regulación insuficiente en el derecho positivo venezolano desde el principio de este milenio hasta casi dos décadas después, no solo en el establecimiento de la ficción del silencio administrativo negativo (como existen tantos en el derecho y que en este caso ataca la inactividad procesal administrativa, atribuyéndole un efecto de desestimación de lo solicitado por el particular), sino también en su institución conexas, representada por el agotamiento de la vía administrativa, que para el momento en que se emitió la sentencia *in comento*, era obligatorio.

El derecho vigente al momento de dictarse la referida sentencia estaba plasmado en los Arts. 34¹ de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965 que, en materia de procedimientos previos a las demandas patrimoniales, serviría de marco para lo que después se plasmaría en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA); 134 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976

¹ Artículo 34. Vencidos los lapsos previstos en los artículos anteriores, contados desde la fecha de presentación del escrito respectivo conforme al artículo 31 de esta Ley, sin haberse notificado al reclamante el resultado de su presentación, quedará éste facultado para acudir a la vía judicial.

(LOCSJ); y 4² y 93³ de la aún vigente Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981. Esas normas se consideraban de avanzada al momento de su promulgación, pero como todo precepto legal siempre requería de interpretación, y la aplicada por la Dra. Calcaños fue acertada en su momento y necesaria en la Venezuela de hoy día. Dentro de su pedagogía judicial hermenéutica, en ese fallo se estableció:

1) El silencio administrativo negativo es una garantía establecida a favor del particular que, frente a la inacción de la Administración, permite el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en ausencia de acto administrativo expreso que ponga fin a la vía administrativa; y no en el sentido inverso como aun hoy día sostienen algunos funcionarios dentro de algunas Administraciones Públicas, que lo visualizan como una carga, considerando que si el particular frente a una omisión de pronunciamiento no intenta el recurso administrativo (o demanda bajo la terminología actual) dentro del lapso previsto en la Ley, ese recurso (o demanda) caducaría y por tanto si la Administración resolviese el caso tardíamente, aquel ya no podría intentar el recurso contra ese acto tardío.

Por ende, la posición establecida en la referida sentencia fue que, de optar el particular por esperar la decisión administrativa, el transcurso del lapso procesal sin que el particular ejerza el recurso (o demanda), no acarrearía para aquél la sanción de caducidad de tal recurso o demanda, contra el acto que en definitiva pudiera emitirse.

2) El silencio administrativo negativo trata de una ficción legal con meros efectos procesales consagrada a favor del derecho a la defensa del

² Artículo 4. En los casos en que un órgano de la administración pública no resolviera un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerara que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos, ni a sus personeros, de las responsabilidades que le sean imputadas por la omisión o la demora.

Parágrafo único: La reiterada negligencia de los responsables de los asuntos o recursos que dé lugar a que estos se consideren resueltos negativamente como se dispone en este artículo, les acarreará amonestación escrita a los efectos de lo dispuesto en la Ley de Carrera Administrativa, sin perjuicio de las sanciones previstas en el artículo 100 de esta ley.

³ Artículo 93. La vía contencioso administrativa quedará abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, estos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no se haya producido decisión en los plazos correspondientes. Los plazos para intentar los recursos contenciosos son los establecidos por las leyes correspondientes.

administrado, por tanto, tal ficción garantista debe ser interpretada en sentido amplio y no en sentido restrictivo pues de lo contrario, lejos de favorecer como se quiso al administrado, lo que haría sería colocarlo en una posición de minusvalía.

La garantía estará representada por permitir el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en ausencia de un acto administrativo expreso que ponga fin a la vía administrativa.

3) La omisión de pronunciamiento no es en sí mismo un acto, sino una abstención de pronunciamiento y, por siguiente, no resulta correcto establecer que de ese silencio resulte acto firme.

4) La omisión de pronunciamiento en los plazos de ley no exime a la Administración de su obligación de dictar un pronunciamiento expreso, debidamente fundado.

Sobre este punto se volverá más adelante por cuanto se sostiene que esta posición debe ser repensada.

5) El particular es quien decide la oportunidad de acudir al contencioso administrativo, bien durante el transcurso del lapso previsto en la Ley para ello contado a partir del lapso siguiente al que tenía la Administración para decidir, o bien posteriormente, cuando la Administración le resuelva expresamente su recurso administrativo, contándose el lapso de caducidad a partir del momento en que se notifica al interesado la resolución administrativa expresa de su recurso administrativo.

6) De no producirse nunca la decisión administrativa expresa referida en el punto anterior, y si se encontrase vencido el lapso para ejercer el recurso contencioso contra el acto denegatorio tácito, no podrá el interesado ejercerlo.

Como se verá más adelante, existe un claro contraste entre lo plasmado en la sentencia en referencias y el marco normativo actual, surgiendo algunos cuestionamientos que trataremos de abordar en las presentes líneas, a saber:

¿Deberá mantenerse hoy día la obligación de la Administración de pronunciarse aun fuera de los plazos establecidos en la Ley?; ¿Será una salida procesal darle la posibilidad al particular que, una vez acaecido el silencio administrativo, pueda acudir en cualquier tiempo a la instancia siguiente a hacer valer su pretensión?, o ¿Acaso esta última posición estaría reñida con las motivaciones de la existencia de la institución de la caducidad?; ¿Es suficiente la regulación positiva del silencio administrativo

y del agotamiento de la vía administrativa prevista en los Arts. 8 y 32 de la LOJCA, 4 de la LOPA adminiculado este último con el 7 numeral 10 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (DLOAP de 2015, antes 2008 y 2001); ¿Puede ser objeto de control un acto administrativo tácito?; ¿Puede agotarse parcialmente la vía administrativa, y, cuál sería el tratamiento procedimental?

De ser estos cuestionamientos válidos, surgiría la necesidad que esos asuntos procesales administrativos estén regulados en leyes y no en sentencias ni en interpretaciones casuísticas.

I. BREVE VISIÓN DE HISTÓRICA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO FIGURA PROCESAL CONEXA CON EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SU CONTRASTE CON LA REGULACIÓN ACTUAL

La Constitución de 1999 ocasionó un impacto en cuanto al requisito previo para acceder al contencioso administrativo, específicamente en el agotamiento de la vía administrativa. Tradicionalmente en Venezuela, salvo contadas excepciones expresamente establecidas en Ley, se exigía como fase previa a la actuación en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que el justiciable o administrado acudiera previamente a las instancias administrativas para agotar la vía administrativa o la reclamación administrativa previa. Bajo esa visión las principales formas de agotar la vía administrativa en el sistema venezolano, eran el antejuicio administrativo previo o procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República (subsistiendo hoy en el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Republica del año 2016), la vía recursiva contra actos administrativos (modificada parcialmente por el artículo 7 numeral 10 de la Decreto Ley contentivo de la Ley Orgánica de la Administración Pública que derogó parcialmente el 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981) aunado a la *sui generis* forma de agotamiento de la vía administrativa en materia funcional a través de las Juntas de Avenimiento (hoy derogada toda la Ley de Carrera Administrativa -que incluía el artículo 15⁴ este tipo de agotamiento- por la

⁴ Artículo 15. Las Juntas de Avenimiento serán instancias de conciliación ante las cuales podrá dirigirse, mediante escrito, cualquier funcionario cuando crea lesionado los derechos que le otorga esta Ley.

Parágrafo único: Los funcionarios públicos no podrán intentar válida mente ninguna acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin haber efectuado previamente la gestión conciliatoria ante la Junta de Avenimiento.

Ley del Estatuto de la Función Pública *-solo persistiendo el recurso jerárquico previsto en el artículo 85 ejusdem en caso de amonestaciones escritas-*, el cual debe entenderse como opcional, conforme a la citada disposición de la LOAP). De estas tres formas solo la primera perdura hoy día como obligatoria de agotar conforme al artículo 35 numeral 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010).

Todo este cambio se debió a algunas previsiones que debilitaron la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, contenidas constitucionalmente; así, el artículo 26 comprende el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantiza una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Igualmente, el artículo 257 constitucional prevé la simplificación de los trámites y el repudio a las formalidades no esenciales, como mecanismos para alcanzar la justicia, el artículo señalado prevé lo siguiente:

El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Y, por otra parte, entendiéndolo a la acción como parte indisoluble del derecho a la jurisdicción, debe tomarse en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 constitucional, que reza:

Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos del cargo respectivo.

Es con base a estas disposiciones, así como al artículo 2 (preeminencia de derechos fundamentales), el artículo 7 (principio de sujeción constitucional) y el artículo 19 (obligación de garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos), que los doctrinarios e intérpretes han concebido que, a la luz de la Constitución de 1999, ha quedado eliminado el agotamiento de la vía administrativa de forma obligatoria, lo cual también se desprende de forma explícita de la Exposición de Motivos de la propia constitución, la cual en este sentido establece:

De igual manera y con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia la ley orgánica deberá eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio.

De la misma manera a dichas normas constitucionales, algunas normas de la legislación nacional vigentes antes de la promulgación de la Constitución de 1999, instituían la no obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto para el acceso a la jurisdicción, como lo fueron, entre otros, el artículo 185, numeral 1, del derogado Código Orgánico Tributario (1994) -ahora artículo 286, numeral 1, del Decreto Constituyente contentivo del Código Orgánico Tributario (2020)-, y el artículo 5° Parágrafo Único de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales donde no se requiere el agotamiento de la vía administrativa.

En ese mismo sentido se han emitido un cúmulo de decisiones por parte del más alto tribunal del país, así como de otrora Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en las cuales se cristalizó la antes dicha propuesta constitucional que propugnaba la eliminación de la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa como requisito previo para interponer los recursos judiciales contra la Administración Pública. Dos de las sentencias emblemáticas de esta corriente fueron las dictadas en el expediente 99-22392 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, signada con el N° 511 de fecha 24 de mayo de 2000, caso:

*Raúl Rodríguez Ruiz vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*⁵, y el asunto *Ramón Díaz A. vs. Concejo Municipal del Municipio Sucre del estado Miranda*, también de la misma fecha, la cuales basaron la eliminación del carácter obligatorio del agotamiento de la vía administrativa en la aplicación inmediata y no programática de las disposiciones constitucionales, lo cual permitiría en todo caso el libre y universal derecho de accionar, como integrante del derecho a la jurisdicción y a una tutela judicial efectiva (artículos 26, 51 y 257 anteriormente citados), y entendiéndose entonces que toda limitación legal o doctrinaria al ejercicio de estos derechos debería considerarse una antinomia. Esta última posición fue morigerada posteriormente por la misma Corte, señalando que se debía mantener el agotamiento de la vía administrativa a través del antejuicio administrativo, como paso previo a las demandas de contenido patrimonial.

Este criterio de la referida Corte se mantuvo hasta que fue revisado por la Sala Político-Administrativa, instancia que restituyó la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa en su sentencia N° 489 del 27 de marzo de 2001, cambiando posteriormente y volviendo al criterio de la Corte Primera en sentencias posteriores, una vez promulgada la LOTSJ de 2004⁶.

⁵ Fallos que trataron este punto pueden consultarse en las sentencias N° 1.279 del 23 de septiembre de 2000; N° 1.776 del 21 de diciembre de 2000 y N° 1.691, dictada el 19 de julio de 2001; 26 de abril de 2001 caso *Antonio Alves Moreira Vs. Gerencia de Ingeniería Municipal de la Alcaldía del Municipio Baruta*; y la sentencia N° 1346 del 26 de junio de 2001.

⁶ En efecto en sentencia #786 del 07/07/2004, caso *farmacia Big Low SRL vs. Ministerio de Salud y desarrollo Social*, se estableció: "...a tal efecto deben analizarse las causales de admisibilidad de los recursos de nulidad previstas en el artículo 19 quinto aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia..., toda vez que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el agotamiento de la vía administrativa ya no se constituye una causal de inadmisibilidad de los recursos contenciosos administrativos de nulidad..."

También en sentencia #1609 del 29 de septiembre del 2004 (caso Romero y otros) se expresó lo siguiente: "...Paralelamente a lo expresado, se observa que en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el legislador no previó en su artículo 19 la falta de agotamiento de la vía administrativa como causal de inadmisibilidad del recurso de nulidad, con lo cual la oposición que realizó el órgano contralor resulta a todas luces improcedente. Así se decide." Por último, y de manera histórica se tiene la sentencia # 5737 de la Sala

Pese al vaivén jurisprudencial señalado, siempre hemos estado de acuerdo con la corriente que considera que el agotamiento de la vía administrativa, a través de la vía recursiva administrativa, es una instancia que se presenta como poco efectiva para la obtención de la Justicia, por cuanto como se ha observado en la práctica, además de que es muy dificultoso que la Administración reconsidere sus decisiones, en la mayoría de los casos no emite respuesta alguna, operando en no pocas veces el silencio administrativo. En ese sentido, la doctrina española⁷ ha señalado desde hace varias décadas que la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa previa para poder acceder al contencioso representa un obstáculo para el acceso a la justicia administrativa, siendo una carga para el ciudadano sin ninguna justificación práctica, concluyendo:

El trámite ante la propia Administración, como condición indispensable para acceder a la Justicia, estaría en trance de desaparecer (o al menos de ser cuestionado), pues además de ser dudosamente útil para nadie -ni siquiera para la propia Administración-, es un obstáculo injustificado que no hace sino retrasar y entorpecer la protección

Político Administrativa del 28 de septiembre del 2005 caso Henry Clement Blanco vs. Ministro de la defensa, estableció”.... Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, además de las disposiciones contenidas en la Ley orgánica de la Administración Pública que ya incorporan el tema, el legislador quiso plasmar en forma optativa, el mecanismo de su preferencia para hacer valer sus derechos y con ello, exigir el restablecimiento de la situación jurídica infringida, otorgándole la posibilidad de elegir libremente acudir al ejercicio de los recursos administrativos existentes en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, o bien someter el asunto debatido al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo. Efectivamente, a diferencia del contenido de la legislación que le precede, y de lo señalado por la representante de la Procuraduría General de la República, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela suprimió la exigencia que obligaba al agotamiento de la vía administrativa, dando paso tácitamente a la optatividad por parte de quien considere lesionados sus derechos personales, legítimos y directos, con la providencia administrativa, no así cuando se trate de demandas contra la República, en cuyo caso será preciso verificar que se haya cumplido con el procedimiento administrativo previo o antejuicio administrativo, aspecto que se escapa de las características del presente caso; lo que conlleva a esta Sala a desestimar la solicitud planteada por la representante judicial. Así se decide.”

El anterior criterio fue reiterado en sentencia # 6302 del 23 de noviembre de 2005 caso teresa de Jesús Centeno de Díaz vs. Alcaldía del Municipio Simón Rodríguez del Estado Anzoátegui y luego por la sentencia # 150 del 01 de febrero del 2006, caso Gustavo Prato vs. Ministro del Interior y de Justicia.

⁷ Entre otros Eduardo García de Enterría, “Hacia una nueva justicia administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 064, Ed. Civitas, 1989.

jurisdiccional efectiva que la Constitución garantiza a los ciudadanos, de tal manera que su mantenimiento (o al menos su mantenimiento absoluto) en el vigente ordenamiento no parece sea constitucional. (resaltado propio)

Existen otros autores dentro de la corriente señalada, los cuales sostienen justificación del carácter optativo de esta vía, en cuanto el administrado pueda encontrar la satisfacción de su derecho a través de los recursos administrativos respectivos, y sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional. En este sentido, sostiene el maestro Jesús González Pérez (1998)⁸ que:

Dictado un acto administrativo, cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, ha de admitirse la posibilidad de acudir a los Tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieren resultado lesionados. Si bien, debe admitirse la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer contra él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean. Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de las pretensiones. Si el administrado, en razón a la naturaleza del asunto, evidencia de la infracción del Ordenamiento jurídico en que el acto incurre o circunstancias personales del titular del órgano competente para resolver, considera posible una resolución estimatoria por esta vía, sin tener que acudir al proceso, siempre más lento, complicado y costoso, ha de admitirse la posibilidad de recurso. Pero si tiene la convicción de que nada logrará en esta vía, no tiene sentido demorar el momento de acudir al proceso, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil. (sic) (Jesús González Pérez. (1998). Procedimiento administrativo y proceso administrativo (Ante la modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)

Esta última pareciera que fue la opción recogida desde sus inicios en la Ley Orgánica de la Administración de 2001, la cual vino a sustituir a la Ley de Administración Central. Ahora bien, además del preámbulo de la Constitución, así como la jurisprudencia y la doctrina precitadas, es importante acotar las previsiones que estuvieron en la primera LOAP (hoy Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración

⁸ Jesús González Pérez, “Procedimiento administrativo y proceso administrativo (Ante la modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)”, Jornadas sobre la reforma del procedimiento administrativo común, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 099, Ed. Civitas, 1998.

Pública). Esa Ley vino a desarrollar la disposición transitoria cuarta de la Constitución que previó la creación de la ley que regularía a la Administración Pública. Esta Ley estableció una serie de principios rectores de la actividad, funcionamiento y organización de la Administración Pública, siempre siguiendo los lineamientos y parámetros establecidos en la Constitución. Dicha Ley que organiza a la Administración Pública en su artículo 7 numeral 10, establece la eliminación del carácter obligatorio de la vía administrativa, en los siguientes términos:

Artículo 7.- Derechos de los Particulares en sus relaciones con la Administración Pública. Los particulares en sus relaciones con la Administración Pública tendrán los siguientes derechos:...

10. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la ley, salvo el procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República.

Si bien es cierto que esta norma constituyó un adelanto en el desarrollo de los principios constitucionales ya recogidos previamente por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el año 2000, debemos señalar que la primera ley del año 2001 preveía en su disposición transitoria séptima una limitación a la aplicabilidad de la norma citada, una especie de suspensión condicionada, hasta tanto fuese dictada la ley que regulara la Jurisdicción Contencioso Administrativa con la finalidad de garantizar este derecho del administrado⁹. Algunos entendieron que esa condición se habría cumplido cuando se publicó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2004, que regulaba de nuevo de manera transitoria el

⁹ SÉPTIMA: Lo establecido en el numeral 9 del artículo 7 de esta Ley entrará en vigencia cuando se promulgue y entre en vigencia la Ley Orgánica que regule la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual establecerá las normas necesarias para el eficaz y adecuado ejercicio del derecho allí consagrado.

La Ley Orgánica que regule la Jurisdicción Contencioso Administrativa deberá ser sancionada por la Asamblea Nacional, dentro del año siguiente a la promulgación de esta Ley.

contencioso administrativo venezolano¹⁰. Lo cierto es que fue sancionada y promulgada la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa nueve años después de aquella ley que organizaba a la Administración Pública, y dentro de sus previsiones está solo el obligatorio agotamiento previo a las demandas de contenido patrimonial, omitiéndose cualquier pronunciamiento respecto a la demanda contencioso administrativo de nulidad contra actos administrativos.

Resulta oportuno resaltar que, en relación con los reclamos en materia de servicios públicos y las omisiones y vías de hecho, cada vez más se afina la teoría respecto al agotamientos de trámites administrativos previos a dichas demandas según lo prevén los Arts. 66 y 35.4 *ejusdem*. En este sentido, se tiene reciente fallo de la Sala Político Administrativa N° 463 de fecha 25/5/2023 se señaló:

En el caso bajo análisis, la Sala advierte que el requerimiento establecido en el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no constituye un trámite o formalismo no esencial, en virtud que resulta determinante para la admisión del recurso de abstención, ya que con ello constituye la posibilidad que el órgano de la Administración Pública de forma recurrente omitió su obligación constitucional de otorgar respuesta adecuada y oportuna a las inquietudes o peticiones por parte de los administrados....

Las normas anteriormente transcritas determinan con toda claridad que las demandas por abstención o carencia para ser admitidas deben cumplir, no solo con los requerimientos previstos en el artículo 33 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino que también la demanda debe estar acompañada por todos y cada uno de los documentos que acrediten que el demandante tramitó de forma efectiva la petición requerida ante el correspondiente ente de la Administración Pública, sin obtener respuesta. Entendiéndose que no basta que se acompañe de un único

¹⁰ DISPOSICIÓN DEROGATIVA, TRANSITORIA Y FINAL. Única. Lit. b). Hasta tanto se dicten las leyes de la jurisdicción Constitucional, Contencioso Administrativa y Contencioso Electoral, la tramitación de los recursos y solicitudes que se intenten ante la Sala Constitucional, Político Administrativa y Electoral, se regirán por los procedimientos previstos en esta Ley y demás normativas especiales, en cuanto sean aplicables, así como por las interpretaciones vinculadas, expresamente indicadas en el artículo 335 constitucional. En cuanto a la jurisdicción especial para estas materias, la Sala Plena deberá dictar un Reglamento Especial que regule el funcionamiento y la competencia de los tribunales respectivos, en un plazo de treinta (30) días continuos, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley.

documento que acredite el trámite de la petición, pues la norma determina expresamente “los documentos que acrediten los trámites efectuados” es decir, varios documentos que ciertamente establezcan que el demandante tramitó en más de una oportunidad la solicitud que no fue respondida de manera adecuada y oportuna.

Este ha sido el criterio sostenido por esta Sala, el cual ha sido ratificado en diversas sentencias, entre ellas la signada con el número 146 del 21 de marzo de 2023, cuyo tenor es el siguiente: ...

*En tal sentido, ha sido reiterado de forma pacífica y continua, el criterio establecido por esta Superioridad, a través de la decisión Nro. 00243 de fecha 2 de marzo de 2016, (caso: Inversiones Qzno Maiquetía, C.A.), en el cual se estableció que no basta con dirigir una sola petición ante la Administración, **sino que se deben agotar varios trámites en los términos previstos en el artículo 66 eiusdem precedentemente transcrito (...)**. ...*

Sin embargo, no se acompañó alguna otra prueba que acredite la realización de más de una gestión ante la Administración para obtener respuesta, razón por la cual, al no estar cumplidos los extremos previstos en el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esta Sala considera que el Juzgado Nacional Segundo Contencioso Administrativo de la Región Capital, dictó conforme a derecho la decisión recurrida, declarando INADMISIBLE la demanda por abstención. Así se decide.

Es evidente lo impreciso de este fallo por cuanto, además de no estar previsto positivamente la obligatoriedad de realizar “varias” solicitudes, se desconoce cuántos intentos previos deben realizarse para entender “agotados los trámites” previos para ser admisibles las demandas que se tramitan por el procedimiento breve de la LOJCA. Pareciera que estamos en los albores del restablecimiento del agotamiento de la vía administrativa ahora en materia de omisiones, vías de hecho y reclamos en materia de servicios públicos. Sobre este tema volveremos más adelante al entender que por lo menos en omisiones y vías de hecho la tradición legislativa venezolana ha sido que a la Administración se le despoja de sus privilegios en estos casos, entendiendo el agotamiento de la vía administrativa como uno de ellos.

En relación con el antejuicio o reclamo administrativo previo a las demandas contra la República, este representa un medio de ataque contra hechos y omisiones de la Administración que han generado daños patrimoniales; así pues, los interesados deberán exponer por escrito las

pretensiones patrimoniales que tuvieren ante el Ministerio del ramo competente según la materia objeto del asunto. Este tipo de agotamiento se mantuvo con la finalidad de que el órgano administrativo competente examine las pretensiones de los administrados, a fin de evitar juicios innecesarios. Estas razones son amplia y sabiamente explanadas por Dromi¹¹, quien señala:

La razón jurídico-política que justifica la exigencia de un acto administrativo previo que cause estado o, por lo menos, una reclamación previa, está dada por la conveniencia de filtrar las contiendas que lleguen a pleito, sea provocando una especie de conciliación administrativa, sea dando la oportunidad al Estado de reconsiderar el asunto.

Por su parte, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, reafirmó una serie de argumentos, por los cuales debe mantenerse el antejuicio administrativo previo a las demandas contra la República, como mecanismo para proteger teleológicamente la *cosa pública* en beneficio de todo el colectivo. En este sentido, debe citarse sentencia de principio dictada en un caso de una demanda por cobro de bolívares contra una empresa del Estado, de fecha 8 de agosto de 2001, con ponencia del Magistrado Hadel Mostafá Paolini, donde se señaló:

*La pretensión de pago por indemnización de daños y perjuicios, está basada muchas veces en estimaciones irracionales, que obligarían la intención y el interés legítimo del ente u organismo público involucrado, en conciliar una solución amistosa en protección de los intereses públicos que por leyes de orden público está obligado resguardar, lo que en nuestro concepto debe presuponer el agotamiento del antejuicio administrativo, que tienen un significado específico, cual es, **proteger al organismo público de la sorpresa de una demanda inesperada, sin que haya precedido reclamación alguna, lo cual afecta intereses tutelados por la ley, que son los intereses de la colectividad nacional.** (resaltado propio)*

De lo relatado luce clara la ausencia de regulación positiva exhaustiva en dos institutos procesales fundamentales para el ejercicio del derecho de la defensa, debido proceso, acceso a la justicia y tutela efectiva de los derechos, cuales son: el agotamiento de la vía administrativa y el silencio administrativo como conexas de aquella en no pocas veces.

¹¹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Ed. Ciudad Argentina, 1998.

II. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO PRIVILEGIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Es claro que el mantenimiento del antejuicio administrativo previo a las demandas contra el Estado busca fundamentalmente dos beneficios para la Administración: primero, la depuración de las causas que se interpongan en su contra y, segundo, dar aviso a la Administración para que ésta se prepare para una eventual contienda judicial, para pensar una mejor defensa lo que redundará en un mejor manejo de los bienes de todos. No hay que olvidar que cuando la Administración Pública resulta condenada patrimonialmente, de manera refleja resultan condenados patrimonialmente todos los ciudadanos, por lo que esta erogación, cuando resulte procedente, debe estar justificada plenamente.

Si en el caso de las demandas patrimoniales esa justificación resulta evidente, ¿sería posible proyectar esa visión para los casos donde la Administración actúa a través una aparente manifestación formal (acto administrativo que enmascara un acto grosero sin ningún procedimiento previo que lo sustente) o a través de una clara vía de hecho? Se sostiene que no.

La manera formal de actuación de la Administración es a través de actos y contratos administrativos, para cuya creación debe seguirse el procedimiento previo pautado en la Ley; ahora bien, se dan casos en que la Administración actúa a través de vías de hecho y omisiones.

Existe una corriente que pretende otorgar privilegios y prerrogativas a la Administración cuando ésta se manifiesta por una *vía de hecho, actuación material o grosera*, precisando que el control de esta actuación deberá realizarse a través del contencioso administrativo de nulidad, lo cual resulta completamente inaceptable a la luz de la Constitución.

En nuestro país se ha asumido tradicionalmente un sistema donde se acepta la ruptura del principio de igualdad y se prevé que la Administración tiene derecho a ser juzgada por jueces y tribunales especiales, con reglas especiales (verbigracia: el agotamiento de la vía administrativa; la instauración de un procedimiento especial frente al ordinario civil; y general, dentro de la noción del contencioso general por contraposición al contencioso especial; la imposibilidad de ser condenada en costas, salvo casos específicamente indicados en ley; etapas procesales necesarias y previas para ejecutar un fallo contra la Administración, entre otras).

Se sostiene que a la Administración no se le puede dar ningún tipo de privilegio o prerrogativa procesal cuando actúa de manera dolosa y no formal (entiéndase ésta como cualquiera distinta a un acto administrativo o contrato administrativo), estableciéndose como excepciones históricas lo referente al régimen extracontractual (hecho ilícito) en donde las reglas para juzgar a la Administración se concibieron como especiales, y tanto el procedimiento como el juez, desde el origen del contencioso administrativo, siempre se entendieron como fueros de la Administración.

Pues bien, como ejemplos de lo señalado –de la inexistencia de privilegios cuando la Administración actúa a través de una vía de hecho, actuación material o grosera- tenemos previsiones legales no muy recientes donde se faculta al particular a utilizar los medios procesales que le son propios y naturales para defenderse de la actuación material de la Administración. Dentro de estas normas podemos ubicar a la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (artículo 4), la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (artículo 21 y 5 parágrafo único), entre otras, cuya razón de ser se fundamenta en que toda actuación de la Administración que esté reñida con el principio de legalidad que le rige su conducta, inmediatamente ocasiona la pérdida de privilegios y prerrogativas procesales otorgadas en la Ley.

A la luz de nuestra tradición legal venezolana, luce entonces inaceptable que se pretenda revivir un agotamiento de la vía administrativa en caso de actuaciones groseras de la Administración, tal y como se viene exigiendo desde la máxima instancia del Contencioso Administrativo venezolano en el fallo N° 463 de fecha de fecha 25/5/2023, arriba parcialmente transcrito; donde se interpreta restrictivamente el derecho a la defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva, cuando la hermenéutica a ser aplicada debería ser amplia para favorecerlos tal y como se hizo en la Sentencia Ford Motors de Venezuela.

III. SENTENCIAS QUE DE MANERA DISÍMIL HAN TRATADO EL TEMA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA Y DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Partiendo de las dudas señaladas en el introito de este ensayo, luce pertinente analizar algunos criterios jurisprudenciales emanados de las distintas instancias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que tratan lo relativo al silencio administrativo y al agotamiento de la vía administrativa. Estos fallos están representados no solo por lo que se denomina los tribunales que integran el contencioso administrativo general

(Sala Político, Juzgados Nacionales que sustituyeron a la Cortes Contenciosas, Juzgados Superiores estadales contenciosos administrativos y Juzgados de municipio contenciosos administrativos) a los que se les une aquellos que integran instancias especializadas contenciosas administrativas, como lo son la Sala Electoral y la de Casación Social (en materia del ambiente, agrario, y control de la instancias del trabajo y la seguridad social), aunado a la Sala Constitucional, que, sin integrar la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en no pocas veces dicta fallos que suelen incidir en la hermenéutica administrativa.

Así pues, tenemos que la otrora Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en fallo del 2 de marzo de 2006, al momento de tratar el agotamiento opcional y parcial de la vía administrativa indicó que:

Ahora bien, en atención a la libre elección que detenta el administrado para inclinarse entre una vía de impugnación y otra, debe señalarse que, en los casos en que la decisión sea en favor del agotamiento de la vía administrativa, debe entenderse que una vez iniciada la misma el administrado se encuentra en la obligación de interponer todos los medios establecidos legalmente para considerarla como satisfecha, de manera que, sólo en los casos de haber agotado todos los medios dispuesto (sic) para ello en el ordenamiento jurídico, quedará éste facultado para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa.

Por lo que, en criterio sostenido por esa instancia judicial, el agotamiento respecto de la vía administrativa podría considerarse como opcional pero nunca parcial, dado que al particular puede optar por agotar la vía administrativa pero debiendo hacerlo de manera total, no permitiéndosele dejar de ejercer alguno de los recursos en sede administrativa pendiente por ejercer.

Este mismo criterio fue sostenido por la instancia superior a dicha extinta Corte, la Sala Político Administrativa¹², quien al momento de conocer en alzada mediante fallo 94 de fecha 30/1/2007 indicó:

¹² Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 94 del 30 de enero de 2007. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00094-30107-2007-2006-0949.HTML>

En efecto, el mencionado órgano jurisdiccional expuso previamente en la parte motiva de su decisión (sentencia apelada) la exclusión legislativa de la carga del recurrente de acudir previamente a la vía administrativa a fin de tener acceso a la vía contencioso administrativa, siendo facultativo para el particular acudir a la Administración o a los Tribunales, para luego puntualizarse en el fallo apelado el criterio jurisprudencial conforme al cual el particular, una vez que haya optado por hacer uso de la vía administrativa, debe agotarla como un requisito de admisibilidad a la jurisdicción contencioso administrativa; razonamiento este plenamente congruente y armónico con los mencionados criterios jurisprudenciales.

Tratando el mismo tema y el mismo asunto, la Sala Constitucional conociendo de una Solicitud de Revisión Constitucional sobre el fallo dictado por la Sala Política Administrativa arriba citado, a través del fallo 130 de fecha 20/2/2008¹³, se apartó del criterio sostenido por la referida Corte Segunda y ratificado por la Sala Política Administrativa, optando por el carácter no solo opcional del agotamiento de la vía administrativa sino también parcial, señalando que:

“...Esta Sala Constitucional en sentencia N° 957 del 9 de mayo de 2006 (caso: Luis Eduardo Moncada Izquierdo), dejó sentando el criterio relativo a que cuando se intenta un recurso administrativo, el recurrente, para poder incoar la demanda contencioso administrativa que corresponda, debe, o bien esperar la respuesta expresa del recurso, o el silencio administrativo negativo, de conformidad con lo que dispone el artículo 92 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. ...omissis... Por otra parte, se observa que la decisión objeto de revisión se fundamentó en una sentencia de esta Sala Constitucional, del 16 de diciembre de 2004, (caso: María Dorila Canelón y otros), en el que se establecía que “(...) el acceso previo a la vía administrativa era opcional para el recurrente, pero que en caso de haberse utilizado dicha vía, era impretermitible su agotamiento antes de acudir a la vía contencioso administrativa”, la cual es de fecha anterior a la citada parcialmente ut supra, en la que se deja sentado el criterio relativo a que cuando se intenta un recurso administrativo, el recurrente, para poder incoar la demanda contencioso administrativa que corresponda, debe o bien esperar la

¹³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 130 del 20 de febrero de 2008. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/130-200208-07-1482.HTM>

respuesta expresa del recurso o el silencio administrativo negativo, sin que pueda obligársele a ejercer el recurso jerárquico. Ahora bien, considera esta Sala que es necesario dejar claro a fin de garantizar el principio pro actione consagrado en el artículo 26 de nuestra Carta Magna, que las causales de inadmisibilidad deben estar contenidas expresamente en el texto legal, por lo que no podrá declararse la inadmisibilidad de una acción o un recurso, sin que la causal se encuentre expresamente contenida en ley (Vid. Sentencia N° 759 del 20 de julio de 2000). En este sentido, es oportuno indicar que en virtud de que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, eliminó el requisito previo de agotamiento de la vía administrativa como un presupuesto necesario para la admisión de la pretensión contencioso administrativa de nulidad contra un acto administrativo de efectos particulares, esta Sala debe ser congruente con lo establecido en la referida Ley y no condicionar al que accede al órgano jurisdiccional a intentar el recurso jerárquico una vez obtenida la decisión del recurso de reconsideración o haber operado el silencio administrativo, garantizando de esta manera la tutela judicial efectiva, el principio pro actione y el principio “antiformalista” consagrados en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide. Así las cosas, considera esta Sala que la Sala Político Administrativa fundamentó su decisión en el hecho de que una vez que el particular hubiese decidido ir a la vía administrativa, debe agotarla como requisito de admisibilidad para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual vulnera el orden público y limita de manera indebida el acceso a la justicia, en los términos expuestos por esta Sala...”

Como se aprecia de la cita, esta decisión va un paso más adelante al establecer que, una vez iniciada la vía recursiva administrativa, no es necesario agotarlos todos para acudir a la sede jurisdiccional.

Permite pues abandonar la vía administrativa y pasar al contencioso administrativo una vez obtenida bien sea una respuesta expresa o haber acaecido el silencio administrativo.

Parece también extraerse del mismo fallo que, una vez que se opta por agotar la vía administrativa o acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, no pueden tramitarse ambas solicitudes al mismo tiempo, cabalgando ambas pretensiones en procesos paralelos (el administrativo y el judicial), pues si el administrado ejerció un recurso administrativo debería esperar la respuesta de la Administración Pública, o el cumpli-

miento del lapso que tiene ésta para dar respuesta, y solo de esta manera podrá acudir ante los órganos jurisdiccionales no siendo obligatorio entonces ejercer el subsiguiente recurso administrativo para ello.

Por si fuera poco, el referido recorrido jurisprudencial, que no hace otra cosa sino evidenciar la ausencia de regulación positiva precisa en torno al tema, la Sala Electoral, en fallo N° 3 del 25/1/2006¹⁴ se mantenía en la línea sostenida por la Sala Político Administrativa ya indicada en el fallo 130. En efecto, señaló que:

Con relación al agotamiento de la vía administrativa, esta Sala, desde sus primeras decisiones, ha fijado el criterio de que en materia de recurso contencioso electoral el agotamiento de la vía administrativa es opcional, (al respecto véase sentencias números 101, 89, 154 y 84 de esta Sala de fechas 18/08/00, 14/05/02, 15/11/04 y 8/06/04), no obstante, si los interesados eligen recurrir en sede administrativa deben hacerlo conforme al ordenamiento jurídico, lo que implica que están en el deber de, una vez ejercidos los recursos que establece la legislación, esperar la conclusión de los mismos para acudir a la jurisdicción contencioso electoral.

Debemos presumir que, por ser la sentencia de la Sala Constitucional arriba citada posterior a ese fallo parcialmente transcrito, debe ser el criterio impuesto desde la Jurisdicción Constitucional el que debe primar no solo en la Sala Electoral sino dentro del contencioso administrativo general, especial y eventual.

IV. OSCURIDAD EN LA REGULACIÓN POSITIVA ACTUAL

La reseña realizada hasta ahora nos trae a un punto similar al existente al momento en que la Dra. Calcaños dictó la sentencia cuya proyección se analiza a través de estas líneas; esto es, una regulación vaga, que se presta a interpretaciones que no pocas veces van en contra de los particulares, como se ha podido observar. Lamentablemente en las últimas décadas hemos denotado como la regulación positiva en materia de derecho administrativo carece de sistematicidad, omite, interesadamente o no, los avances que otrora se proyectaban añorándose inclusive la redacción de viejos textos normativos, que hoy día resaltan como bien acabados.

¹⁴ Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3 del 25 de enero de 2006. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/enero/3-250106-000105.HTM>

En este sentido analicemos los siguientes supuestos:

4.1) Lapso para acudir al Contencioso a demandar la nulidad de un acto acaecido el silencio administrativo.

La previsión contenida en el artículo 4 de la LOPA¹⁵ no indica lapso ninguno para ejercer el recurso inmediato siguiente, por ello, en principio, debe acudirse casuísticamente a cada caso para encontrar ese lapso recursivo. Bajo la vigencia de la LOCSJ se planteaba que la especialidad procesal y vigencia posterior de la LOPA debía primar en materia adjetiva administrativa para no aplicar el artículo 134 de aquella ley que preveía un lapso recursivo de 90 días continuos. Somos del criterio que, frente a la ambigüedad que hoy plantea la LOJCA, debe mantenerse la misma regla hermenéutica señalada, en lo respecta a la especialidad de la LOPA y de las demás leyes especiales que priman inclusive ante esta última por expresa disposición de ella según lo dispuesto en el artículo 47.

Así pues, la previsión que existía en el artículo 134 de la derogada LOCSJ¹⁶ expresamente señalaba que: "...El interesado podrá intentar el

¹⁵ Artículo 4. En los casos en que un órgano de la administración pública no resolviera un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerara que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos, ni a sus personeros, de las responsabilidades que le sean imputadas por la omisión o la demora.

Parágrafo único: La reiterada negligencia de los responsables de los asuntos o recursos que dé lugar a que estos se consideren resueltos negativamente como se dispone en este artículo, les acarrearán amonestación escrita a los efectos de lo dispuesto en la Ley de Carrera Administrativa, sin perjuicio de las sanciones previstas en el artículo 100 de esta ley.

¹⁶ Artículo 134. Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la Administración, caducarán en el término de seis meses contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquella no se efectuare. Sin embargo, aún en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales.

El interesado podrá intentar el recurso previsto en el artículo 121 de esta Ley, dentro del término de seis meses establecidos en esta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo.

Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta días.

recurso..., contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo...”

Esa disposición no dejaba duda respecto a que, en caso de acaecer el silencio administrativo, el objeto del recurso era el acto recurrido en vía administrativa, desechando desde entonces cualquier recurso contra el acto tácito denegatorio. Si se contrasta aquella norma con su símil vigente (artículo 32 de la LOJCA)¹⁷ no solo esta precisión en cuanto al objeto del contencioso se pierde¹⁸, sino que además introduce una confusión al establecer un lapso para la decisión del recurso administrativo de 90 días hábiles, desconociendo este legislador de año 2010 que ese lapso aplica mayormente para la decisión del recurso jerárquico, pero deja por fuera otros lapsos decisorios como el recurso de reconsideración que es de 15 días hábiles y otros previstos en leyes especiales aun menores. Estos lapsos comienzan a tener relevancia si el agotamiento ahora no solo debe entenderse como opcional, sino también parcial. El legislador de la LOJCA satisfizo *-erradamente por demás-* su adecuación temporal de los 90 días consecutivos a la forma de computar los lapsos que trae el artículo 42 de la LOPA convirtiéndolos en hábiles, e inadvertidamente generó un gran desorden procesal interpretativo.

También a la luz de lo expuesto, la norma contenida en el artículo 7 numeral 10 del DLOAP del año 2014, ha debido prever la posibilidad de agotamiento de la vía administrativa parcial, despejando el panorama señalado en las sentencias citadas respecto al agotamiento opcional y parcial; inclusive aclarando la torcida interpretación que se le pudiera dar al artículo 32 de la LOJCA respecto a la exigencia que siempre ha de agotarse el recurso jerárquico en caso de silencio administrativo, dado que

¹⁷ Artículo 32 LOJCA. Las acciones de nulidad caducarán conforme a las reglas siguientes: 1. En los casos de actos administrativos de efectos particulares, en el término de ciento ochenta días continuos, contados a partir de su notificación al interesado, o cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el lapso de noventa días hábiles, contados a partir de la fecha de su interposición. La ilegalidad del acto administrativo de efectos particulares podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales. ...)

¹⁸ Se suma a esta ausencia de precisión, la norma contenida en el art. 8 también de la LOJCA cuando prevé la Universalidad del control; en efecto según ella ese control se realizaría sobre “... silencio administrativo...” , cual más allá de una ficción procedimental y de la imposibilidad de producir un acto atacable lo único que hace es habilitar el ejercicio del recurso o demanda inmediata siguiente; por lo que no podría ser objeto de control dado que de él no surge ningún acto formal.

es el único que prevé un lapso de 90 días hábiles para su decisión. Se han perdido 3 oportunidades al momento de dictarse y modificarse la Ley Orgánica de la Administración Pública para concebirse una regulación adecuada a estos tiempos.

4.2) ¿Siempre la Administración deberá responder pese a haberse acudido al contencioso administrativo a demandar la nulidad del acto?

Dentro de la precaria regulación anotada, se le suma un vacío regulatorio en la normativa procesal general respecto a si acaecido el silencio administrativo y habiendo acudido el particular a la instancia judicial a demandar la nulidad de una actuación formal, debe la Administración pronunciarse luego de haber el particular accionado; o más aun, ¿puede en esos casos hacer uso de la potestad de autotutela, estando conociendo del asunto un juez contencioso administrativo?

Bajo la perspectiva de la sentencia Ford Motors de Venezuela, la ponente jurisdicente señalaba que “...La omisión de pronunciamiento en los plazos de ley no exime a la Administración de su obligación de dictar un pronunciamiento expreso, debidamente fundado...”

Como anunciábamos anteriormente, se sostiene que esto debe ser repensado a la luz de las experiencias generadas a propósito de disposiciones que fueron ley en Venezuela o que aún lo son, esto por los desórdenes procesales que se generan al permitir que la Administración pueda pronunciarse *ex post* del ejercicio de la acción contenciosa. Este asunto lo tratamos de seguida.

V. NECESARIA PROYECCIÓN DEL CONTENCIOSO ESPECIAL AL GENERAL

Antes de entrar a analizar la obligatoriedad de respuesta, inclusive fuera del lapso habiendo acudido el particular al contencioso administrativo a propósito del silencio administrativo, permítasenos comentar algo conexo con el tema. Se sostiene que una vez ejercida la demandada contencioso administrativa de nulidad, la Administración tiene vedado no solo decidir extemporáneamente sino ejercer la autotutela administrativa, a menos que la revisión oficioso administrativa o la decisión extemporánea satisfaga las pretensiones planteadas ante la instancia jurisdiccional; esto debe ser así por cuanto, en no pocos casos, bien la emisión de un nuevo acto distinto al demandado con una motivación distinta o sobrevenida, o la revocatoria o declaratoria de nulidad en sede administrativa (*ex Arts. 82 u 83 de la LOPA*) puede no satisfacer la totalidad de las pretensiones del demandante

presentadas ante la jurisdicción contenciosa; piénsese que lo pedido judicialmente además de la declaratoria judicial de nulidad del acto, sea el restablecimiento de la situación jurídica lesionada conforme al 259 constitucional, a la cual la Administración, en ejercicio de la autotutela, solo desea acordar su nulidad pero no el restablecimiento solicitado.

En este sentido, debemos afirmar que la Administración, en ejercicio de su potestad revocatoria o declaratoria de nulidad en sede administrativa, podría dejar sin efecto un acto impugnado en vía contenciosa, pretendiendo con ello hacer desaparecer el objeto de la pretensión y poner fin, en consecuencia, al litigio planteado. Ahora bien, sostenemos que tal circunstancia *-revocatoria del acto impugnado o declaratoria de nulidad en sede administrativa-* no sería suficiente por sí mismo para poner fin al proceso judicial instaurado, antes bien, será necesario que la Administración, conjuntamente con la revocatoria o declaratoria de nulidad del acto, satisfaga la totalidad de las pretensiones del actor.

En efecto, se sostiene que la sola revocatoria o declaratoria de nulidad del acto impugnado por parte de la Administración, con el fin de que el proceso decaiga por falta de objeto, no extingue *per se* el juicio; para que ello sea procedente *-se insiste-* será necesario que la Administración, además de anular el acto impugnado o cualquiera concatenado a éste, satisfaga en forma plena e íntegra las pretensiones y pedimentos del actor y, sólo en este caso, es que el Tribunal podría poner fin al proceso de manera extraordinaria al no tener materia sobre la cual decidir.

Esta forma de terminación anormal del juicio es conocida en la doctrina como “satisfacción extraprocesal de la pretensión”, la cual necesariamente presupone la obligación para la Administración de dejar sin efecto el acto impugnado y satisfacer todas las pretensiones del demandante, pues sólo así el juicio quedará extinguido por falta de objeto. Esta interpretación tiene como fundamento, evitar que la Administración en abuso de las facultades que le otorga la Ley, revoque el acto impugnado por el particular con el objeto de dejar sin objeto a la pretensión y evitar así el pronunciamiento judicial correspondiente.

De acuerdo con estos principios, expuestos claramente por González Pérez seguido por Badell¹⁹, para que la revocación o declaratoria de nulidad

¹⁹ Jesús González Pérez. Manual de Derecho Procesal Administrativo. Civitas. Madrid, 1992. Rafael Badel Madrid. “Los medios alternativos de solución de conflictos en el proceso contencioso administrativo” Disponible en: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/848/marc_medios.pdf?sequence=1&isAllowed=y Consultado en septiembre de 2023

en sede administrativa del acto administrativo impugnado produzca la terminación del proceso contencioso administrativo, es necesario que la Administración reconozca o satisfaga plenamente las pretensiones del demandante.

El referido autor español, citando la jurisprudencia de los Tribunales Españoles, sostiene:

“(…) tal satisfacción extraprocesal de la pretensión el Derecho material. En último término, no se trata de otra cosa que de la amplitud de las facultades de anulación y revocación de la Administración. Pero como tal potestad se ejerce cuando existe un proceso pendiente cuyo objeto es una pretensión dirigida a impugnar un acto sobre el que recae la facultad de revocación de la Administración, el Derecho procesal no puede desentenderse el problema. Debe hacer referencia al mismo y estudiar la repercusión en el mundo del proceso de aquella revocación o anulación acordada en vía administrativa.

La Sentencia del 17 de junio 1988 (Ar. 4394) ha delimitado perfectamente el concepto, al decir: “Resulta necesario fijar el distinto sentido que tiene la “satisfacción” de pretensiones según que se produzca dentro o fuera del proceso. La “satisfacción” dentro del proceso implica el pronunciamiento jurisdiccional sobre la pretensión, bien actuándola bien denegando su actuación. No es un concepto psicológico sino jurídico: se produce con la decisión tanto si es estimatoria como desestimatoria. En cambio, la “satisfacción” fuera del proceso tiene un contenido distinto: surge cuando la Administración demandada “reconoce” totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante. No basta pues para que se produzca la satisfacción extraprocesal y por tanto la extinción del proceso que la Administración “decida” sobre las pretensiones del actor, sino que es preciso que las estime totalmente – éste es el sentido del verbo reconocer que utiliza el art. 90 de la Ley Jurisdiccional-. Se produce esta figura, dicho sea, gráficamente, cuando la Administración toma una decisión que coincide totalmente con la petición del administrado”.

Habiendo señalado lo anterior, toca reexaminar las regulaciones legales que existieron y existen aún hoy día respecto de la obligatoriedad de decidir luego de que hubiese acaecido el silencio administrativo, esto por cuanto planteamos una nueva visión de ello, basada en la reinterpretación del silencio administrativo partiendo de la previsión constitucional del deber de la Administración de dar “oportuna y adecuada respuesta”, como es señalado en su artículo 51, el cual reza:

Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos del cargo respectivo. (resaltado propio)

Ya no debe entenderse a la decisión como un deber, sino como una obligación de la Administración de decidir o resolver todas las cuestiones que le sean planteadas, so pena de incurrir en causales de sanciones administrativas. Para la doctrina española²⁰, y a la luz de la ley adjetiva administrativa venezolana, contra el incumplimiento de la obligación-deber de decidir, podrá deducirse reclamación en queja (recurso de queja previsto en el artículo 3 de la LOPA venezolana), que servirá también de soporte previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, por parte de la autoridad superior respecto del funcionario negligente.

Nótese que ni la Constitución en el referido artículo 51 ni en el 141 del mismo texto, y tampoco el artículo 4 de la LOPA plantean una obligación eterna de decidir fuera de lapso. Se sostiene que la “oportuna respuesta” se debe considerar así si se da dentro del plazo que la Ley le otorga al funcionario para decidir; transcurrido el plazo, esa decisión ya se convierte en inoportuna. En relación con la “debida respuesta”, para el caso del silencio administrativo operaría la ficción de entender la petición negada, si estamos dentro de los supuestos donde debe ser entendido como uno del tipo negativo.

Desde lo expuesto, las consecuencias de la no decisión en los lapsos de Ley, implicaría la posibilidad para el particular, a su elección, esperar la decisión o acogerse a los efectos procesales que acarrea esa inacción, cual es intentar el recurso administrativo o demanda siguiente; y para el caso reiterado de omisión de respuesta, cabría la posibilidad de plantear una queja y la subsecuente y eventual sanción para el funcionario reticente.

De haber no haber existido ningún acto formal ni en el procedimiento administrativo constitutivo o de primer grado, o dentro de los recursivos o de segundo grado, antes de plantear una nulidad lo que procedería sería una demanda por omisión (o de abstención o carencia como era su antigua denominación) cuya pretensión a veces ha sido admitida a través de solicitud de amparo constitucional.

²⁰ Fernando Garrido Falla, “La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N°082, Ed. Civitas, 1994.

Cabe también cuestionarse acerca de si la Administración, con posterioridad a la interposición de la demanda contencioso administrativa, habiendo acaecido el silencio administrativo, podría emitir el acto que dejó de dictar oportunamente en sede administrativa. La aceptación de esta posibilidad sería una flagrante violación a los principios de eficiencia y simplicidad que deben regir a la Administración Pública, debido a que el actor se vería obligado a intentar un nuevo recurso o demanda que ataque ese nuevo acto o de ser procesalmente posible, reformar la intentada. Se insiste que esta decisión extemporánea una vez ejercida la acción sería tolerable si la Administración satisface toda pretensión del particular.

La propuesta referida a que la Administración no debe decidir después de acaecido el silencio administrativo para el caso en el que el particular haya optado por acudir a los tribunales contenciosos, tiene dos precedentes legislativos de los cuales solo uno subsiste hoy día.

El supuesto *in comento* trató de ser solventado en Venezuela por la derogada Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (del año 1997, reformada en 1998 y vigente hasta el 12/8/2009 cuando fue derogada por la normativa actual), y no está presente en la vigente Ley Orgánica de Procesos Electorales (2009) ni en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), la cual en su artículo 239 señalaba que una vez admitido el Recurso Contencioso Electoral, ningún órgano electoral o público puede dictar providencia que directa o indirectamente produjera innovación en lo que sea materia principal del mismo. Analicemos someramente la normativa que estuvo vigente mientras la rigió la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (G.O. N° 5200 del 30/12/1997); dicha norma preveía:

Artículo 239°. Pendiente de sustanciación y decisión el Recurso Contencioso Electoral, ningún órgano electoral o público puede dictar providencia que directa o indirectamente pueda producir innovación en lo que sea materia principal del mismo, a menos que la Sala o la Corte ordenen lo contrario.

Como puede apreciarse se prohibía que, ya habiendo ejercido judicialmente Recurso Contencioso electoral, no cabía ni autotutela ni decisión posterior al acaecimiento del silencio administrativo, esto es luego de agotado el lapso que se le otorgaba al órgano electoral para

decidir el recurso jerárquico, que era el medio de impugnación en sede administrativa previsto en dicha normativa electoral.²¹

En este sentido, se puede mencionar la decisión de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Naudy Ledesma²², caso en el cual en desconociendo dicha disposición legal, fue dictado el acto administrativo fuera del lapso justo en la etapa de admisión del recurso contencioso electoral; en este caso, la Sala Electoral decidió dar un lapso prudencial al actor para realizar un nuevo recurso contra este nuevo acto o reformar la demanda existente. Esta salida por la que optó aquella Sala Electoral no estaba prevista en ninguna norma y pensamos que se apartaba de lo dispuesto en el transcrito artículo 239. Cabe preguntarse ¿qué habría sucedido si esta decisión administrativa tardía hubiese sido dictada en etapa de informes dentro del proceso contencioso? ¿habría tenido el particular que ejercer un nuevo recurso o demanda?, ¿habría tenido que desistir de la causa que se sustanciaba para intentar uno nuevo?; ¿tendría sentido anular un acto que ya habría sido sustituido por otro, inclusive con motivaciones distintas? Es claro los desórdenes procesales que esa decisión tardía puede generar.

²¹ Artículo 231, Recibido el recurso, el Presidente del Consejo Nacional Electoral lo remitirá para la sustanciación ...

Cumplido como haya sido el procedimiento anteriormente establecido, comenzará a regir un lapso de veinte (20) días, para que el Consejo Nacional Electoral decida. Dentro de los primeros cinco (5) días hábiles de este lapso, los interesados deberán consignar los alegatos y pruebas que consideren pertinentes.

Si en el plazo indicado no se produce la decisión, el recurrente podrá optar en cualquier momento y a su solo criterio, por esperar la decisión o por considerar que el transcurso del plazo aludido sin haber recibido contestación es equivalente a la denegación del recurso.

²² En causa que se sustanció bajo el N° Expediente N° 2001-000015, a través de auto de fecha 28 de febrero de 2001 el Juzgado de Sustanciación de la Sala Electoral precisó que, al momento de ser interpuesta la presente acción, el recurrente solicitaba, por vía del silencio administrativo negativo, la declaratoria de nulidad del Acta de Totalización y Proclamación de Alcalde del Municipio Simón Planas del Estado Lara, y que al resultar tal recurso tempestivo procedía a admitirlo. Señaló igualmente el mencionado Juzgado, que habiendo constatado que para ese momento ya se había producido la extemporánea respuesta del Consejo Nacional Electoral -mediante la Resolución N° 010213-42 que declaró sin lugar el recurso jerárquico interpuesto por el ciudadano Eraclio Coromoto Romero Hernández-, y que sólo habían transcurrido cinco (5) días hábiles a los fines de interponer el recurso correspondiente contra esa Resolución, procedió a fijar un lapso de diez (10) días hábiles de la Administración, siguientes a esa fecha, para que el recurrente presentara un escrito complementario o reforma del recurso, de conformidad con el criterio sostenido por esta Sala en sentencia N° 67 de fecha 12 de junio de 2000.

Por otra parte, resulta oportuno señalar que la regulación del silencio administrativo electoral era de avanzada al prever en su artículo 231 que, acaecido dicha omisión procesal, “...el recurrente podrá optar **en cualquier momento** y a su solo criterio, por esperar la decisión o por considerar que el transcurso del plazo aludido sin haber recibido contestación es equivalente a la denegación del recurso”. Nótese que le daba la posibilidad al recurrente de acudir en “cualquier momento” a la etapa subsiguiente, sin prever la reapertura del lapso para recurrir o demandar si la Administración fuera del lapso tomara la decisión omitida. Esta posición la consideramos reñida con la justificación de la existencia de la institución de la caducidad, que no es otra que la seguridad jurídica y la paz social que motivan al legislador a limitar desde el punto de vista temporal, la posibilidad de aducir ante el juez unas concretas pretensiones, protegiendo así intereses de orden general.

No obstante, la inexistencia hoy día en materia electoral de una norma que prohíba innovar una vez presentada la demanda contenciosa, debemos indicar que una norma similar sí permanece vigente en materia tributaria. En efecto, el Decreto Constituyente contentivo del Código Orgánico Tributario (2020) señala en su artículo 282²³ que la Administración Tributaria se abstendrá de emitir resolución denegatoria del Recurso Jerárquico, cuando vencido el lapso establecido en el artículo 281 de este Código²⁴, no hubiere pronunciamiento por parte de ella, y el contribuyente hubiere intentado el recurso contencioso tributario en virtud del silencio administrativo, todo ello sin perjuicio de las sanciones aplicables al funcionario que incurrió en la omisión sin causa justificada. Esta norma nos acompaña desde el año 2001.

²³ Artículo 282. El recurso deberá decidirse mediante resolución motivada, Cumplido el término fijado en el artículo anterior sin que hubiere decisión, el recurso se entenderá denegado, quedando abierta la jurisdicción contenciosa tributaria.

Cumplido el lapso para decidir sin que la Administración hubiere emitido la resolución, y si el recurrente ejerció subsidiariamente Recurso Contencioso Tributario, la Administración Tributaria deberá enviar el recurso al tribunal competente, sin perjuicio de las sanciones aplicables al funcionario que incurrió en la omisión sin causa justificada.

La Administración Tributaria se abstendrá de emitir resolución denegatoria del Recurso Jerárquico, cuando vencido el lapso establecido en el artículo 281 de este Código, no hubiere pronunciamiento por parte de ella, y el contribuyente hubiere intentado el recurso contencioso tributario en virtud del silencio administrativo.

²⁴ Similar disposición nos acompaña desde el COT de año 2001, específicamente en el art. 255

Entendemos que esa norma debe proyectarse desde el contencioso especial al contencioso general, dado que, salvo que la Administración (tributaria o no) haya concedido todo lo que solicitaba el administrado en sede administrativa, ésta debe abstenerse de decidir para favorecer el derecho a la defensa, debido proceso y la tutela judicial efectiva, evitando desordenes procesales como los sucedidos en la instancia electoral arriba citados.

VI. APROXIMACIÓN CONCLUSIVA

Como se ha podido observar desde las líneas anteriores podemos despejar, algunos de los cuestionamientos planteados al inicio de este ensayo, y en tal sentido tenemos que:

El agotamiento de la vía administrativa y la institución procedimental contentiva de la ficción del silencio administrativo son figuras conexas que deben ser reguladas de manera articulada.

La regulación vigente, además de desarticulada y asistemática, es oscura e insuficiente dado que no plantea las posibles hipótesis que pueden suceder. Ello quedó evidenciado desde los contradictorios fallos citados en este ensayo. Urge una regulación positiva sobre el asunto inspirado en la visión tuitiva de la Sentencia Ford Motors de Venezuela.

No cabe duda que desde la jurisprudencia de la Sala Constitucional puede agotarse opcionalmente y parcialmente la vía administrativa, en el entendido que, ejercido un recurso administrativo, debe esperarse la extinción de plazo para decidir, para poder acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Se sostiene que la Administración debe tener límites temporales para pronunciarse una vez que el particular ha acudido a los tribunales contenciosos administrativos a propósito del silencio administrativo; ello sería posible desde una aplicación proyectada y extensiva a los demás procesos contenciosos de la regulación tributaria existente. Solo si el particular decidiese esperar una decisión (extemporánea de la Administración) cabría la posibilidad de prever que la Administración pudiera decidir aun fuera de lapso; no obstante, desde la práctica esto sucede muy pocas veces dado que esta decisión no suele llegar, forzando al particular a reiniciar sus peticiones administrativas nuevamente o forzar judicialmente una decisión, para luego de materializada, de ser desfavorable, poder controlarla judicialmente.

Igualmente, se considera improcedente la posibilidad que el particular tuviera abierta las puertas de ejercer acciones de nulidad en “cualquier momento” frente al acaecimiento del silencio, salvo, claro está, para el caso en que, dentro del término de Ley, el particular no hubiese acudido al contencioso, único caso en que podría permitirse que la Administración se pronunciara fuera de lapso, en cuyo caso es evidente que se reabrirla el lapso de recurrir o demandar.

**INCONSTITUCIONAL EXTINCIÓN Y CADUCIDAD DE
LA ACCIÓN Y RECLAMOS CONTRA EL SILENCIO
ADMINISTRATIVO. VENEZUELA Y
EL DERECHO COMPARADO
(C.S.J. FORD MOTOR DE VENEZUELA)***

*Humberto Briceño León***

Resumen: Este artículo desarrolla, bajo el sistema constitucional venezolano, la inconstitucionalidad de la extinción y caducidad legal que opera contra las acciones y reclamos contra el silencio administrativo negativo. El actual modelo venezolano es constitucionalmente incoherente, por cuanto la Administración Pública conserva sin límites temporales la obligación de responder y al mismo tiempo los ciudadanos no pueden exigir judicialmente esa obligación después de haber ocurrido la caducidad.

Abstract: This paper examines the unconstitutionality of the statute of limitations applicable to claims in case of administrative silence or inaction of the Public Administration under Venezuelan Constitutional Law. After the statutory time to issue an administrative adjudication has run the citizen could file an action or administrative claim against this inaction, equivalent only for this purpose to an order denying relief. The existing model is constitutionally incoherent because although agencies have the constitutional

* Este artículo fue publicado previamente por la *Revista de Derecho Público* No. 153-154, E.J.V., p. 384-398.

** Abogado Universidad Católica Andrés Bello, Licenciado en Ciencias Políticas y Administrativas Universidad Central de Venezuela, Diplôme D'Etudes Approfondies (Máster) Instituto de Estudios Políticos de Paris, LL.M (Máster) en Derecho Internacional Universidad de Miami. Profesor e investigador en Venezuela por más de 35 años, académico Visitante Lewis & Clark Law School, Yale Law School (Fullbright), Oxford UK Centre for Socio-Legal Studies, profesor adjunto Duke School of Law.

duty to respond to administrative petitions without time limits, at the same time petitioners cannot enforce such a duty once the statute of limitations has elapsed.

Palabras clave: Silencio. Administrativo. Caducidad. Inconstitucionalidad. Venezuela. Inadmisibilidad. Constitución.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA Y ESPAÑOLA. 1. SENTENCIA FORD MOTORS DE VENEZUELA. 2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA III. MODALIDADES DE EXTINCIÓN Y CADUCIDAD DE LOS RECURSOS Y ACCIONES CONTRA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA DEL SIGLO XXI. 1. INCONSTITUCIONAL CADUCIDAD JUDICIAL PREVISTA POR LA LEY. 2. RESPECTO A LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS, Y LOS PROCEDIMIENTOS DE PRIMER GRADO ADMINISTRATIVO. 3. EN RELACIÓN CON LAS RESPUESTAS TARDÍAS DE LA ADMINISTRACIÓN. IV. LA INCONSTITUCIONAL CADUCIDAD. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En 1976 se dictó en Venezuela la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia [LOCSJ]¹ que reguló la jurisdicción contencioso-administrativa y estableció en su artículo 134² la caducidad del recurso judicial contencioso administrativo de nulidad contra el silencio administrativo. Posteriormente en 1981 se promulgó la Ley Orgánica de Procedimientos

¹ Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia publicada en Gaceta Oficial N° 1.893 Extraordinario de 30 de julio de 1976.

² *Id.* [...] El interesado podrá intentar el recurso previsto en el artículo 121 de esta Ley, dentro del término de seis meses establecidos en esta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo [...]

Administrativos [LOPA]³ cuyo artículo 4 dispuso⁴ la posibilidad de actuar contra todo silencio administrativo, y luego en 1982 la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia dictó la Sentencia Ford Motors de Venezuela⁵ [FMV] en la que expuso su doctrina de la caducidad contra el silencio administrativo. La caducidad y la doctrina impuesta desde entonces en diversas modalidades se ha continuado aplicando hasta hoy. En nuestra opinión la disposición vigente sobre la caducidad judicial contra el silencio contenida en la vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa [LOJCA]⁶, artículo 32⁷, es inconstitucional por violación a los derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la defensa, a dirigir peticiones y a la oportuna y adecuada respuesta⁸.

³ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos publicada en Gaceta Oficial No. 2.818, de fecha 1 de Julio de 1981.

⁴ *Id.* Artículo 4. En los casos en que un órgano de la administración pública no resolviera un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos, ni a sus personeros, de las responsabilidades que le sean imputables por la omisión o la demora.

⁵ Corte Suprema de Justicia/Sala Político-Administrativa, Ford Motors de Venezuela, Sentencia de fecha 22/06/1982, (FMV).

⁶ Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada en Gaceta Oficial No. 39.447 de fecha 16 de junio de 2010, reimpresa por error material en Gaceta Oficial No. 39.451 de fecha 22 de junio de 2010.

⁷ *Id.* Artículo 32: Las acciones de nulidad caducarán conforme a las siguientes reglas: 1. En los casos de actos administrativos de efectos particulares, en el término de ciento ochenta días continuos, contados a partir de su notificación al interesado, o cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el lapso de noventa días hábiles, contados a partir de la fecha de su interposición. La ilegalidad del acto administrativo de efectos particulares podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales.

⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 36.860, 30/12/1999. Artículo 26: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. Artículo 49: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas

Tanto la más calificada doctrina nacional como europea concuerdan en plantear al silencio administrativo como un remedio a las violaciones constitucionales que se producen por efecto de la inacción y la falta de respuestas oportunas a las solicitudes y recursos administrativos que deben dar los organismos administrativos y autoridades gubernamentales en general. Josefina Calcaño de Temeltas⁹ refiriéndose a los derechos constitucionales a representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público afirma: “*Tales derechos constitucionales, así como el de defensa, de igual rango, quedan cercenados si por una volitiva omisión de la Administración Pública en emitir su pronunciamiento, el administrado se ve impedido de acudir ante los órganos judiciales a hacerlos valer.*” Al respecto Brewer-Carías¹⁰ sostiene: “*En efecto, la Ley Orgánica, en su artículo 2do, concreta el derecho de petición establecido en el artículo 67 de la Constitución [1961], y obliga a los funcionarios a dar oportuna respuesta a los administrados.*” Por su parte Araujo Juárez¹¹ destaca de igual de modo el carácter constitucional de la obligación de dar respuesta: “*La Administración Pública, por elementales principios del Derecho administrativo formal, constitucional y legalmente consagrados en nuestro país, tiene el deber jurídico de resolver expresamente los asuntos que frente a ella se susciten (art. 51 de la C [1999] y 2 de la LOPA).*” También es claro Ortiz Álvarez¹² al sostener la naturaleza constitucional del deber de responder de la administración: “*Asimismo, la restrictiva concepción mencionada lesiona el derecho a la tutela judicial*

y, en consecuencia:(...) 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. (...). Artículo 51. Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos del cargo respectivo.

⁹ Josefina Calcaño de Temeltas, “Lapsos de Impugnación de Actos Administrativos”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 6, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, p. 31.

¹⁰ Allan Brewer-Carías, “El sentido del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en *Revista de Derecho Público* N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, p. 27.

¹¹ José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2010, p. 455.

¹² Luis Ortiz-Álvarez, *El silencio administrativo en el derecho venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 2000, p. 96.

efectiva, derecho fundamental en cuya sede precisamente se ha conectado la institución del silencio administrativa negativo.” La autora venezolana María Elena Toro¹³, sobre el asunto constitucional, citó al español Garrido Falla en los términos siguientes: “*los poderes resolutorios de la administración no están sometidos a ningún plazo de caducidad*” y ella añadió¹⁴ al referirse al silencio administrativo su propia concepción, formulando la certera afirmación: “*...y –debemos añadir nosotros –la de una verdadera garantía de respeto al derecho constitucional de petición que asiste a los administrados...*”

Cuanto a la doctrina europea vemos que el sistema alemán también ha adoptado la naturaleza garantista de la institución del silencio administrativo. En efecto, al resaltar la derogatoria del artículo 76 de su Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la del 24 de agosto 1976, González Varas¹⁵ expresó: “*Tras la derogación del mismo, de la determinación temporal de un año, no hay plazo para presentar la acción por inactividad, ...*” y adelante agregó: “*...la acción por inactividad se prevé precisamente para hacer posible el acceso al Tribunal sin sujeción a plazo, si la Administración no ha contestado a su escrito o recurso.*”¹⁶ En Francia también permanece siempre la puerta abierta al juez correspondiente ante el silencio. De esta forma afirma Monnier¹⁷: “*En efecto, en caso de decisión implícita de rechazo el interesado tendrá siempre la facultad de acudir al juez.*” En España, de modo categórico se ha pronunciado al respecto el maestro García de Enterría:

Dado que el silencio negativo no es un acto propiamente tal, lo lógico sería que la posibilidad de interponer el recurso correspondiente permaneciera abierta indefinidamente, en tanto no se dictara por la Administración la resolución expresa, en cumplimiento del deber que la Ley la impone y del que en ningún caso la exime. [...] Esta limitación de los plazos de impugnación es totalmente arbitraria, en

¹³ María Elena Toro, “El silencio de la Administración. Especial referencia al silencio frente a la solicitud inicial del administrado”, en libro de las *XVIII Jornadas J. M. Domínguez Escobar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, tomo II, Barquisimeto, 1993, p. 420.

¹⁴ *Id.* p. 420

¹⁵ Santiago González-Varas, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 401.

¹⁶ *Id.* p. 405.

¹⁷ Mireille Monnier, *Les décisions implicites d'acceptation de l'administration*, L.G.D.J. Paris, 1992, p. 41 (Traducción de Humberto Briceño)

cuanto que no se apoya en ninguna justificación técnica ni en razones institucionales, que, como ya hemos visto, postulan con toda claridad la solución contraria.¹⁸

Resulta importante para el sistema venezolano observar que la doctrina patria y la europea, a las que hemos hecho referencia, coinciden en considerar a la inactividad por falta de resolución y a la consecuente inercia, mora y retardo culpable de la Administración Pública como irreconciliables con los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a petición y a la oportuna respuesta. Todas estas doctrinas concuerdan en concebir a la institución del silencio administrativo ficción como remedio a tales violaciones, derechos estos que son hoy de carácter universal por estar recogidos en casi todas las constituciones contemporáneas que conocemos. Observemos que la doctrina venezolana comparte ampliamente las consideraciones constitucionales señaladas y afirma las bases garantistas del silencio administrativo ficción, pero no ha desarrollado las violaciones constitucionales que de su propia doctrina resultan al examinarse en el plano constitucional la caducidad y extinción de los recursos y acciones presentados contra ese mismo silencio. En efecto, la vigencia y aplicación de la referida caducidad, termina en la práctica permitiendo que dicho silencio se asimile a una respuesta expresa negativa de la Administración Pública, ya que el administrado nada podría hacer para defender sus derechos si se le impide ejercer recursos o acciones, de este modo se habrían extinguido en la realidad el derecho a la acción y como consecuencia los derechos sustantivos que pretendía el administrado.

II. LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA Y ESPAÑOLA

1. Sentencia Ford Motors de Venezuela

La Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia el 22 de junio de 1982 dictó la sentencia Ford Motors de Venezuela¹⁹ disponiendo 10 elementos interpretativos²⁰ los cuales aún hoy en día

¹⁸ Eduardo García de Enterría, y Tomas Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1989, p. 579

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, *supra* nota 5.

²⁰ Corte Suprema de Justicia/Sala Político-Administrativa, *supra* nota 5, “1º Que la disposición contenida en el primer aparte del artículo 134 de la Ley Orgánica de la

lideran, parcialmente, la interpretación sobre el silencio administrativo en nuestro país. La Sala Político-Administrativa de nuestro actual Tribunal Supremo de Justicia ha confirmado²¹ en diversas ocasiones esa decisión. En efecto, ha reproducido textualmente en varias ocasiones los 10 elementos en que se basó la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia.

El 6^{to} elemento interpretativo de FMV²² declaró permanente, sin limitaciones temporales, la obligación de la Administración de dar respuesta y el deber de dictar un pronunciamiento expreso, lo que fue luego confirmado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de modo vinculante y obligatorio para nuestro sistema jurídico: “... y de allí precisamente que la Administración mantenga la obligación de decidir

Corte Suprema de Justicia (hoy aparte 20 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) consagra una garantía jurídica, que se traduce en un beneficio para los administrados. 2° Que, como tal garantía, debe ser interpretada en sentido amplio y no restrictivo, pues de lo contrario, lejos de favorecer al administrado, como se quiso, lo que haría es estimular la arbitrariedad y reforzar los privilegios de la Administración. 3° Que esa garantía consiste en permitir el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, en ausencia de acto administrativo expreso que ponga fin a la vía administrativa. 4° Que el transcurso del lapso del silencio administrativo sin que el particular ejerza el recurso contencioso-administrativo no acarrea para aquél la sanción de caducidad de tal recurso, contra el acto que en definitiva pudiera producirse. 5° Que el silencio no es en sí mismo un acto, sino una abstención de pronunciamiento y, por consiguiente, no cabe decir que se convierte en firme por el simple transcurso del plazo de impugnación. 6° Que el silencio no exime a la Administración del deber de dictar un pronunciamiento expreso, debidamente fundado. 7° Que es el administrado quien decide la oportunidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, durante el transcurso del lapso previsto en el artículo 134, o posteriormente, cuando la Administración le resuelva su recurso administrativo. 8° Que cuando la Administración resuelve expresamente el recurso administrativo, después de transcurridos los plazos previstos en el artículo 134, el particular puede ejercer el recurso contencioso-administrativo contra ese acto concreto. 9° Que a partir del momento en que se notifica al interesado la resolución administrativa expresa de su recurso, comienza a correr el lapso general de caducidad de seis meses para el ejercicio del correspondiente recurso contencioso-administrativo; y 10 Que de no producirse nunca la decisión administrativa expresa, no podrá el interesado ejercer el recurso contencioso administrativo pasados los lapsos a que se refiere el artículo 134 de la L.O.C.S.J. invocando el silencio administrativo.”

²¹ Tribunal Supremo de Justicia/Sala Político-Administrativa, N° 00428 de 22 de febrero 2006, No. 00827 del 17 de julio 2008, No. 00767 de 3 de junio de 2009, No. 00555 de 28 de abril 2011.

²² Corte Suprema de Justicia, FMV, *supra* notas 5 y 20.

expresamente aun si opera el silencio...”²³. También ese 6to elemento estableció diáfamanamente que el silencio no es asimilable a un acto expreso como también lo hizo directamente FMV en sus numerales 3^{to} y 5^{to}²⁴ al afirmar que la ausencia de acto administrativo expreso no pone fin a la vía administrativa ni lo convierte en firme por el simple transcurso del plazo de impugnación. El 4^{to} elemento interpretativo de FMV²⁵ tampoco admitió la caducidad del recurso contencioso administrativo contra el acto tardío que pudiese emitirse, negó así pudiese calcularse a partir de la conformación de aquel silencio original, más bien comenzaría a correr a partir de la notificación del acto tardío o de la constitución de un nuevo silencio. De esta forma afirmó la entonces Corte Suprema de Justicia²⁶ en el 8^{vo} elemento el derecho de los administrados a acudir al contencioso administrativo contra ese acto tardío de la Administración.

No obstante, los elementos interpretativos que antes destacamos en FMV²⁷ se aplicó la inconstitucional caducidad legal contra el silencio administrativo, reduciendo el derecho al debido proceso, a la oportuna respuesta, a solicitar y a la tutela judicial efectiva. Permitió así que por efecto del transcurso de ese lapso desapareciera el derecho al reclamo judicial contra la mora. Quitó a los administrados, a quienes no se les hubiese respondido antes del vencimiento del plazo al que se refiere el artículo 134 de la LOCSJ²⁸ hoy 32 de la LOJCA²⁹, el derecho a ejecutar lo permanente de la obligación de responder que conserva la Administración, en contradicción práctica, en nuestra opinión, con el propio 6^{to} elemento de FMV³⁰ en el que se expuso claramente que no puede eximirse la carga constitucional del gobierno de responder; es decir, lo permanente dejó de poderse realmente hacer permanente.

2. Tribunal Constitucional de España

En España, el 27 de octubre del 2003, en relación con la acción contra el silencio administrativo, el Tribunal Constitucional, al revocar la caducidad judicial declarada y establecida en el art. 58.2 de la entonces

²³ Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, N° 547-04, 6 de abril de 2004.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, FMV, *supra* notas 5 y 20.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

²⁸ LOCSJ, *supra* nota 1.

²⁹ LOJCA, *supra* nota 6.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, FMV, *supra* notas 5 y 20.

vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, decidió:

Si el silencio administrativo es una institución creada para evitar los efectos paralizantes de la inactividad administrativa, es evidente que ante una resolución presunta de esta naturaleza el ciudadano no puede estar obligado a recurrir, siempre y en todo momento, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento con el acto presunto, exigiéndosele un deber de diligencia que no le es exigido a la Administración. Deducir de ese comportamiento pasivo -que no olvidemos, viene derivado de la propia actitud de la Administración- un consentimiento con el contenido de un acto administrativo que fue impugnado en tiempo y forma, supone una interpretación absolutamente irrazonable desde el punto de vista del derecho de acceso a la jurisdicción, como contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 CE, pues no podemos descuidar que la Ley no obliga al ciudadano a recurrir un acto presunto y sí a la Administración a resolver, de forma expresa, el recurso presentado.³¹

Después, el 15 de diciembre del 2003 el Tribunal Constitucional español al resolver un recurso de amparo contra la caducidad de la acción judicial que declaró un tribunal por haber transcurrido el lapso correspondiente a partir de la constitución del silencio administrativo decidió: *“Sobre el tema que nos ocupa hemos declarado, en reiteradas ocasiones, que la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos, pues este deber entronca con la cláusula de Estado de Derecho...”*³². Desde entonces en España su Tribunal Constitucional ha desechado tal caducidad por estimarla violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva, que significa el derecho a obtener una decisión judicial de fondo sobre el asunto que controvierte el ciudadano. De esta forma lo decidió la sentencia antes citada: *“..., el derecho a la tutela judicial efectiva consagra el derecho fundamental a que un tribunal resuelva en el fondo las controversias de derechos e intereses legítimos planteadas ante él, salvo que lo impida una causa de inadmisión fundada en un precepto expreso de una Ley que, a su vez, sea respetuoso con el*

³¹ España, Tribunal Constitucional, Sala Primera, STC 188/2003, BOE No. 283, 27 de octubre de 2003.

³² España, Tribunal Constitucional, Sala Primera, Nº 220/2003, del 15 de diciembre de 2003, referencia BOE-T-2004-1052.

contenido esencial del derecho.”³³ Respecto a la desestimación del recurso jerárquico por tardíamente interpuesto y la confirmatoria con tal criterio por la Sentencia de la Sala Segunda de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, el Tribunal Constitucional de España el 21 de enero de 1986 declaró: “*En el presente caso, como hemos indicado, no puede calificarse de razonable -y menos aún de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental- una interpretación que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales; [...]*”³⁴

Como hemos visto, la consideración constitucional en Ford Motors de Venezuela de 1982 difiere de las del Tribunal Constitucional de España del 2003 respecto a la caducidad judicial del contencioso administrativo contra el silencio. Son divergentes, para la decisión venezolana debe aplicarse dicha caducidad, para la española, en las circunstancias descritas, no. España hizo prevalecer el derecho a la tutela judicial efectiva. Respecto a la desestimación del recurso jerárquico tardío contra el silencio administrativo Ford Motors de Venezuela de 1982 concuerda con la del Tribunal Constitucional de España de 1986 en cuanto estiman coincidentemente que el silencio no es un acto ni deviene firme por transcurso del lapso de impugnación.

III. MODALIDADES DE EXTINCIÓN Y CADUCIDAD DE LOS RECURSOS Y ACCIONES CONTRA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA DEL SIGLO XXI

De la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa [LOJCA], de la jurisprudencia y sus consecuencias se derivan varias formas, todas inconstitucionales, de extinción y caducidad de solicitudes, recursos administrativos y acciones judiciales contenciosas administrativas contra el silencio administrativo. Estas modalidades y probablemente algunas otras se mezclan y solapan entre sí, pretendemos distinguirlas solo a título demostrativo.

³³ *Id.*

³⁴ España, Tribunal Constitucional, Sala Primera, STC 6/1986, 21 de enero de 1986, referencia BOE No. 37, 3. (c).

1. Inconstitucional caducidad judicial prevista por la Ley

La primera inconstitucionalidad, como hemos sostenido, proviene de la Ley³⁵ que regula la caducidad de la acción contenciosa administrativa de nulidad contra el silencio administrativo, prescribiendo el vencimiento del lapso de 90 días hábiles contados a partir de la interposición del recurso administrativo a partir de lo cual deben adicionalmente transcurrir 180 días continuos para la consumación de esta caducidad en sede judicial. Destaquemos la insalvable contradicción y así la inconstitucionalidad. La actual Sala Político Administrativa³⁶ ha declarado inadmisibile esta acción en aplicación de la reseñada norma que prescribe actualmente la caducidad de la acción judicial referida, notemos que la sentencia antes citada, a pesar aplicar la norma de la caducidad, usó la palabra “inadmisibile”, al mismo tiempo esta misma sentencia ratificó FMV³⁷ y expresamente sentenció: “[...], pues el silencio en el que incurrió la Administración no la exime del deber de dictar una decisión expresa debidamente fundada, garantizando con ello el derecho constitucional del administrado a obtener una oportuna y adecuada respuesta.”³⁸

2. Respecto a los recursos administrativos, y los procedimientos de primer grado administrativo

Una inconstitucional forma de extinción ocurre respecto de los recursos administrativos contra el silencio, los cuales, en criterio de la Sala Político-Administrativa de nuestro Tribunal Supremo de Justicia³⁹, deben ser presentados en el lapso ordinario para la interposición contra los actos expresos contado a partir de la configuración del silencio administrativo so pena de que posteriormente sea inadmitido el recurso contencioso administrativo contra aquel silencio. Esa misma sentencia reprodujo FMV⁴⁰ cuyo 5to. elemento interpretativo había establecido “*Que el silencio no es en sí mismo un acto, sino una abstención de pronunciamiento y, por consiguiente, no cabe decir que se convierte en firme por el simple*

³⁵ LOJCA, *supra* nota 6.

³⁶ Tribunal supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, Paul Sturart vs. Ministerio del Poder Popular para el Comercio, N° 00555, de 28 de abril 2011.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, FMV, *supra* notas 5 y 20.

³⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, *supra* nota 36.

³⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, Sentencia N° 008227, del 17 julio 2008.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, FMV, *supra* notas 5 y 20.

*transcurso del plazo de impugnación.*⁴¹ Resulta clara la contradicción, al mismo tiempo que se confirmó FMV⁴², al referirse a la tardía interposición del jerárquico ese mismo sentenciador del ahora Tribunal Supremo de Justicia afirmó: “[...] *el acto mediante el cual se notificó a la actora de la extinción de la concesión adquirió firmeza, es decir, no era susceptible de impugnación en virtud del vencimiento de los lapsos establecidos para ello.*”⁴³ Cuando decimos lapso ordinario debemos tener presente que la LOPA (citada pie de pág. No 3) prevé un lapso para interponer el recurso de reconsideración y otro para el jerárquico pero solo contra los actos que resuelvan expresamente la solicitud de primer grado o el recurso de reconsideración de segundo grado, no prevé expresamente lapso alguno contra tales silencios; la aplicación de aquel lapso al silencio ocurre, como antes destacamos, solo por efecto del criterio jurisprudencial reseñado.⁴⁴ Esta inadmisibilidad no está prevista en la ley, violentándose con ello, adicionalmente al resto de infracciones constitucionales expuestas, el principio constitucional de reserva legal que la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al revisar precisamente la obligación que antes había impuesto la Sala Político administrativa de ejercer el recurso jerárquico, declaró: “*las causales de inadmisibilidad deben estar contenidas expresamente en el texto de la Ley, por lo que no podrá declararse la inadmisibilidad de una acción o recurso sin que la causal se encuentre expresamente contenida en la Ley*”⁴⁵. En abierta contradicción con esta decisión vinculante, la Sala Político Administrativa sentenció: “[...] *haciendo aplicación analógica al caso bajo examen, vistas la violaciones constitucionales denunciadas por el contribuyente, del lapso de seis (06) meses dispuesto en el numeral 4 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales transcurrido el cual sin haberse ejercido la acción de amparo, se entiende que existe consentimiento expreso por parte del agraviado de las presuntas violaciones constitucionales que denuncia, debiendo declararse inadmisibile la acción propuesta.*”⁴⁶ De modo que las inadmisibilidades del

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

⁴³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, *supra* nota 39.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Expediente No. 07-1482, Sentencia del 20 febrero 2008.

⁴⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, Sentencia N° 00051, de 16 de enero 2008.

contencioso administrativo contra el silencio administrativo declaradas⁴⁷ con base en la supuesta extemporánea interposición de los recursos administrativos son inconstitucionales, incluso en criterio de la propia Sala Constitucional como hemos visto. Inadmisibles resultaría la acción judicial contra el silencio negativo que se hubiese conformado por no haberse decidido oportunamente un recurso administrativo presentado tardíamente contra la decisión expresa que se hubiese emitido en un procedimiento de primer grado, en aplicación del criterio actual de la Sala Político-Administrativa.⁴⁸ Esto ocurriría aun cuando se hubiese impugnado judicialmente el silencio sin haberse consumado el plazo de caducidad contra el contencioso administrativo.

Debido a que el sistema de recursos administrativos es hoy en Venezuela optativo⁴⁹ y no preceptivo, se podría presentar otro escenario en el cual transcurriría el lapso de caducidad del contencioso administrativo contra el silencio configurado en el procedimiento de primer grado de no haberse presentado el recurso administrativo correspondiente. Correría así el plazo de caducidad judicial a partir del silencio producido en ese procedimiento de primer grado, esta vez en aplicación del artículo 32 de LOJCA⁵⁰. De esta forma, hoy en día, si el administrado opto por no interponer recursos administrativos, y en consecuencia transcurrió ese lapso ordinario, el que se establece para su presentación contra los actos expresos, no debe presentarlo so pena de inadmisibilidad del eventual y posterior contencioso administrativo por extemporánea interposición del recurso administrativo, es decir por haber acudido contra el silencio a la vía administrativa de segundo grado fuera del lapso ordinario que la ley acuerda para su presentación en aplicación del criterio jurisprudencial comentado.

Una vez vencidos los referidos lapsos ordinarios para la presentación de los recursos administrativos, el único remedio que conserva el ciudadano contra el silencio producido en el procedimiento de primer grado, o contra aquel surgido de la interposición oportuna del primer recurso en segundo grado administrativo pero vencido el dispuesto para el

⁴⁷ Tribunal Supremo de Justicia/Sala Político-Administrativa, Sentencia N° 00949, del 25 de junio 2009, y No. 00767, del 2 de junio del 2009.

⁴⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, Sentencia N° 00958, del 30 junio 2009.

⁴⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Expediente N° 04-2401, sentencia del 15 de diciembre 2004.

⁵⁰ LOJCA, *supra* nota 6.

jerárquico, es la opción de interponer el contencioso judicial administrativo contra el silencio administrativo dentro del lapso de caducidad al que se refiere el art 32 de la LOJCA⁵¹.

3. En relación con las respuestas tardías de la Administración

En esta esfera de las solicitudes y recursos administrativos se ha presentado en Venezuela una extrema forma de asimilación del silencio negativo a una respuesta expresa de la Administración. Esto ocurre cuando presentada una solicitud o un recurso administrativo el gobierno responde tardía y negativamente, es decir, luego de vencido el lapso que tenía para responder. La Sala Político-Administrativa⁵² del Tribunal Supremo de Justicia ha interpretado, inconstitucionalmente, que esa tardía respuesta expresa y negativa no es más que la confirmación o ratificación de la anterior negativa que se habría configurado con el silencio, por ello la tardía respuesta no sería un acto impugnabile. En esta circunstancia, el lapso de caducidad⁵³ para la vía contenciosa judicial contra el silencio original no correría desde la emisión de la tardía respuesta, transcurriría desde el momento en el que se constituyó el silencio original. Conforme a ese criterio podría declararse inadmisibile la acción contenciosa administrativa interpuesta contra el acto tardío y caduca la acción judicial contra el original silencio de haber transcurrido el lapso respectivo. De este modo, al haberse ratificado con la respuesta tardía lo negativo del silencio este último adquiere la categoría y valor de acto expreso, sin contener aquel silencio negativo, como es obvio, las debidas garantías correspondientes a las notificaciones y demás requisitos jurídicos para la validez de los actos administrativos. Debemos destacar un efecto claramente inconstitucional que produce este criterio, impediría el ejercicio del derecho a los recursos administrativos contra la tardía respuesta ya que solo sería una ratificación del acto silencio administrativo presunto que sería el que debió haberse impugnado en sede de segundo grado administrativo. Tampoco sería recurrible en vía contencioso-administrativa esa tardía respuesta ya que solo podría haberse recurrido en vía judicial, de haberse optado⁵⁴ por no impugnar con recursos administrativos el acto silencio negativo que luego habría resultado confirmado por el tardío. En efecto la Sala Político-

⁵¹ *Id.*

⁵² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia N° 00325, del 27 de febrero 2003.

⁵³ LOJCA, *supra* nota 6.

⁵⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, expediente N° 04-2401, del 2 de marzo de 2004.

Administrativa del actual Tribunal Supremo de Justicia al establecer este criterio sentencio: “*Ahora bien, habiéndose producido el silencio de la Administración y recurrido el actor del acto tácito en forma extemporánea ante esta Sala, el Ministro de la Defensa, mediante resolución N° DS-5741 de fecha 21 de septiembre de 2001, confirmo la medida de pasar a situación de retiro al recurrente, por medida disciplinaria, dictada por el Comandante General de la Guardia Nacional, por lo que el actor, producido este nuevo acto, pretende subsanar la caducidad, mediante la reforma del libelo original y solicitando así, la nulidad de este acto, sobre la base de los mismos argumentos anteriores. Dicho acto ministerial no constituye una nueva decisión, en tanto que solo representa la enunciación expresa de la decisión tacita,...*”⁵⁵ Posteriormente esa misma Sala Político Administrativa cambio de criterio al sentenciar: “*Así debe entonces concluirse en la improcedencia del alegato de inadmisibilidad presentado por la representación de la República, toda vez que en caso de autos los recurrentes optaron, como era su derecho, por no hacer uso de la garantía prevista en la Ley para acudir al contencioso administrativo, como es la figura del silencio administrativo, sino esperar a que la Administración cumpliera con su deber ineludible de dar respuesta expresa al recurso administrativo interpuesto; es por tal razón que, el lapso de seis (6) meses para intentar el recurso contencioso administrativo de nulidad, comenzó a correr a partir de la notificación de dicho acto...*”⁵⁶

IV. LA INCONSTITUCIONAL CADUCIDAD

Las diversas modalidades de extinción y caducidad de los recursos y acciones judiciales contra el silencio administrativo ficción constituyen en Venezuela una grave violación a los derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la defensa, a petición y a respuesta en el sistema constitucional venezolano. El silencio administrativo no releva a la Administración de cumplir con su obligación de responder a las solicitudes y recursos administrativos que los particulares presenten, incluso así lo ha establecido de modo vinculante la actual Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia⁵⁷. España en el pasado tendió a admitir la concepción del silencio negativo como respuesta de la Administración.

⁵⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, *supra* nota 52.

⁵⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia N° 00428, del 21 de febrero de 2006.

⁵⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 547-04, del 6 de abril de 2004.

Marta García Pérez⁵⁸ escribió un excelente estudio sobre esa evolución. Hoy unánimemente concebimos al silencio negativo ficción no como una respuesta presunta ni implícita, es decir, no se admite como un modo de responder o de expresarse la Administración, sencillamente porque la Administración no ha manifestado su voluntad, de modo que resulta absurdo derivar, en contra de los administrados, de la ausencia de voluntad expresa esa misma voluntad expresa. El silencio administrativo es una garantía procesal, es la llave que permite a los administrados continuar el camino para hacer efectivo su derecho al reclamo y a la defensa, es el mecanismo que permite someter a la Administración a control contra el intento de retener la justicia administrativa con la mora en responder.

Resultaría imposible a los ciudadanos defenderse de la Administración al quedar su causa congelada por efecto del contumaz incumplimiento del deber constitucional de la Administración de responder sí el sistema no acordase a los ciudadanos el mecanismo adecuado para destrancar la situación que implica estar a la espera indefinidamente y no poder ejecutar el deber constitucional de la Administración de emitir esa oportuna respuesta a la solicitudes y recursos administrativos de los ciudadanos. Cuando la Administración silencia sin que el ciudadano cuente con un medio para hacer efectiva la tutela judicial que la Constitución le acuerda e impone como acreencia al Estado, se produce una retención de la posibilidad de hacerla efectiva. La justicia retenida aparece cuando los gobiernos intentan evadir el control o hacer no justiciables sus acciones u omisiones. Esta tendencia se ha revertido con mecanismos jurídicos destinados a hacer verdaderamente viable la obtención de esa justicia. Recordemos cuando nuestros sistemas judiciales contenciosos administrativos requerían como condición de admisibilidad la existencia de un acto administrativo expreso, la Administración con solo no producirlo detenía el control, impedía así a los ciudadanos acceder a la justicia, justicia retenida. También ocurrió cuando los poderes del juez contencioso administrativo se concibieron como derivados exclusivamente de sus poderes anulatorios, como consecuencia, los poderes restitutorios y de condena para el juez contencioso administrativo solo surgían de la existencia de poderes anulatorios, en otras palabras, si no había acto que anular no podía ese juez restituir ni mucho menos condenar, de este modo la Administración con solo abstenerse de emitir actos evadía ese control y

⁵⁸ Marta García Pérez, “La inaplicación del artículo 46.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa al silencio negativo. ¿El fin de una polémica?”, en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña*, Nº 9 (Ed. Universidad de Coruña) España, 2005, pp. 335-346.

así la posibilidad de que ese mismo juez restituyese situaciones jurídicas que infringiesen derechos ciudadanos, pues bien, justicia retenida.

Nuestro sistema contencioso administrativo por razones constitucionales avanzó y hoy los poderes anulatorios, restitutorios y de condena del juez contencioso administrativo se conciben autónomos, por ello los ciudadanos podemos formular pretensiones de condena contra la Administración sin que estemos pidiendo la nulidad de un acto administrativo, o tenemos el derecho de demandar judicialmente la restitución de situaciones fácticas infractoras de derechos subjetivos sin que nuestra pretensión sea anulatoria contra algún acto expreso de la Administración. Otros sistemas han avanzado aún más al convertir ese mismo silencio en respuesta positiva como en España, en esa nación se ha adoptado este mecanismo para que los ciudadanos no queden atrapados en la mora de los gobiernos. De este modo nos lo enseña Parejo Alfonso: “*Un importante paso más, en la misma dirección, lo da la modificación de la anterior regulación por la Ley 4/1999, de enero, la cual, en lo que ahora interesa y además de destacar la exigencia de responsabilidad disciplinaria a los responsables directos del cumplimiento de la obligación legal de resolver expresamente: Culmina la conversión del silencio positivo en regla general [...]*”.⁵⁹ No obstante, el sistema aún conserva excepciones a la regla general del silencio positivo, entre otras, aquellas que provengan del Derecho Comunitario europeo.

Si el silencio administrativo se admitiese como respuesta negativa de la Administración, como voluntad asimilable a la expresa, se promovería una indudable tendencia a que la Administración generalizase su abstención, ya que, en la práctica, al no responder, estaría respondiendo con la negativa a los planteamientos de los ciudadanos, lo que se consolidaría con la caducidad de los posibles reclamos judiciales formulados contra ese mismo silencio. No habría razón práctica para que la Administración respondiera si igual el administrado nada podría hacer para obligarla a responder, al final esa negación implícita a su petición no sería controlable por efecto de esa caducidad o extinción del derecho a reclamar.

Avancemos, la sentencia de nuestra extinta Corte Suprema de Justicia, Ford Motor de Venezuela de 1982⁶⁰, como antes observamos, declaró

⁵⁹ Alfonso Parejo Luciano, “El silencio administrativo, especialmente el de sentido estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible superación”, en *El silencio en la actividad de la Administración Pública*, Luciano Parejo Alfonso (director), Tirant Lo Blanch, Valencia-España, 2011, pp. 13-31, especialmente p. 14.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, FMV, *supra* notas 5 y 20.

expresamente que el deber de responder de la Administración permanecía en el tiempo a pesar de la caducidad acordada contra la acción contencioso-administrativa contra el silencio negativo. Luego, el actual Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional ⁶¹ con efecto vinculante y obligatorio para todo el sistema jurídico venezolano confirmó expresamente ese criterio. El criterio de la no extinción de la obligación del gobierno de responder ha sido acompañado unánimemente por la doctrina venezolana como hemos visto. De este modo, la obligación y deber constitucional del gobierno de dar oportuna y adecuada respuesta a los administrados no desaparece por el transcurso del tiempo en Venezuela, no se extingue, más sí las acciones o medios destinados a controlar ese mismo silencio negativo y como consecuencia práctica también los derechos substantivos que pudo haber pretendido el ciudadano por ser luego de la comentada caducidad no reclamables.

La inconstitucionalidad de la caducidad legal se presenta una vez consumado ese lapso contra el silencio administrativo, el previsto por el artículo 32 de la LOJCA⁶². Luego de esa extinción permanece vigente e inalterable, como hemos visto, la obligación de la Administración de contestar, pero sin que pueda el interesado formular reclamo alguno contra ese mismo silencio por haberse extinguido con la caducidad la posibilidad jurídica de hacerlo. Luego de esta caducidad, el gobierno mantiene su acreencia constitucional con el administrado de responder sin que pueda hacer uso de las formas de control administrativo ni judicial que como derechos le corresponde. Permanece así para el ciudadano el derecho a que se le responda, pero sin que pueda ejecutarlo o hacerlo efectivo. Esta situación es una de aquellas en las que algunas sentencias en Venezuela, hoy superadas,⁶³ dictadas sobre todo durante la primera mitad del siglo pasado distinguieron entre derechos programáticos y garantías, afirmando que los programáticos no eran protegibles por no contar el sistema jurídico con las fórmulas procesales destinadas a la ejecución y protección de esos derechos. Efectivamente nuestra Constitución de 1999 en su artículo 22 excluyó esa categoría al disponer: “*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La*

⁶¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, *supra* nota 57.

⁶² LOJCA, *supra* nota 6.

⁶³ Humberto Briceño León, *La Acción de Inconstitucionalidad en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 70-71.

falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.” Del mismo modo lo hizo la Constitución de la República de Venezuela de 1961 en su artículo 50.⁶⁴ Al respecto en mi libro, *Derecho Administrativo y Separación de Poderes. USA, Francia y Alemania*, sostengo: “*Resulta importante destacar que esas distinciones o características que se formularon en el pasado entre derechos programáticos o no regulados o no desarrollados por el legislador, sirvieron justamente para negarlos, para obstaculizarlos, la diferencia entre privilegios y derechos fue base de gigantescos atentados a la protección debida a la naturaleza humana, todas teorías y modelos que repugnan a la conciencia jurídica de nuestros días.*”⁶⁵ Por efecto de la permanente obligación constitucional del gobierno de responder, según sentencia vinculante de la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁶⁶ el derecho constitucional a oportuna y adecuada respuesta debe ser, en nuestra opinión, una obligación reclamable y ejecutable que subsista y sobreviva a la inconstitucional extinción y caducidad de la acción contenciosa contra el silencio. A su vez esa misma caducidad convierte el derecho a la respuesta en programático, conforme a la antigua y ya superada doctrina, por no contar los ciudadanos con los medios procesales para ejecutar la vigencia de esa obligación de responder del gobierno y ni poder imponer los administrados el derecho a obtenerla. Parece convertirse la carga permanente del gobierno en una suerte de obligación natural, es decir en una obligación ficticia por no ser posible su ejecución efectiva.

Aún si el derecho a oportuna y adecuada respuesta no fuese expreso en nuestra Constitución, el derecho a petición como forma democrática de relación entre la Administración y los ciudadanos lo habría reconocido, es decir, resultaría claramente dispuesto en la Constitución por el derecho a formular representaciones al gobierno. No es congruente tener derecho a presentar solicitudes si no existiese la obligación de responderlas, simplemente desaparecería la posibilidad de reclamar si no estuviese el Estado obligado efectivamente a responder esos reclamos. El derecho a solicitar contiene en sí mismo el correspondiente a la respuesta, dos caras de la misma moneda. Tanto derecho a solicitar como derecho a obtener respuesta, menos derecho a la respuesta menos derecho a solicitar. La

⁶⁴ Constitución de la República de Venezuela, promulgada el 23 de enero de 1961, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.357 Extraordinario.

⁶⁵ Humberto Briceño León, *Derecho Administrativo y Separación de Poderes. USA, Francia y Alemania*, Ediciones Paredes, Caracas, 2012, pp. 151-154, especialmente p. 154

⁶⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, *supra* nota 57.

omisión de respuesta, vigente la obligación de emitirla expresamente, pero no a reclamarla, transforma a esas peticiones y reclamos contra la Administración en graciosas, la imposibilidad de ejecutar el derecho a respuesta cancela en la práctica la obligación de responder, solicitar deviene en vana esperanza de concesión graciosa de los gobiernos.

Si, como hemos visto, permanece inmutable el derecho a la respuesta así debe igualmente permanecer el derecho a su reclamo, de otro modo se reduciría la obligación de responder al espacio temporal que va desde la configuración del silencio hasta la consumación de la caducidad o extinciones referidas, otro razonamiento conduce a la insalvable contradicción constitucional que se deriva de que a pesar de la caducidad no desaparezca la obligación de responder, pero si la fórmula para ejecutarla. Verdaderamente sí desaparece el derecho a respuesta por efecto de no contarse con mecanismos jurídicos para hacerlo efectivo. Con ello el efectivo derecho a solicitar quedaría también reducido, solo sobreviviría en la práctica durante el espacio temporal anterior a que ocurra la caducidad o extinción del derecho al reclamo contra ese mismo silencio administrativo.

El derecho a la tutela judicial efectiva implica la posibilidad de hacer realidad los derechos por medios procesales idóneos que el sistema jurídico está obligado a proveer. Hemos visto como constitucionalmente se mantiene el derecho a la respuesta sin poder hacerlo efectivo luego de la extinción por efecto de la caducidad del derecho a reclamar contra el silencio. Se restringe inconstitucionalmente, activo solo hasta la consumación de la caducidad, luego desaparece lo permanente de esa obligación por inejecutable. En verdad desaparece así la carga de responder, y a su vez y en estas condiciones, también los derechos a representar y a la oportuna respuesta por quedar congelados al solo arbitrio que graciosamente pudiese la Administración conceder decidir cuándo le parezca. De este modo estos derechos quedan inconstitucionalmente cercenados, no existen en verdad luego de la anotada caducidad. Sin derecho a la tutela judicial efectiva para la sobreviviente obligación de responder queda cercenado en esa misma dimensión el derecho a respuesta oportuna y a presentar solicitudes a la Administración. Como hemos observado están envueltos, respecto a la caducidad de los reclamos contra el silencio administrativo, los derechos constitucionales a solicitar y a obtener oportuna respuesta, a la tutela judicial efectiva y la obligación de la Administración, también constitucional, de dar oportuna respuesta. La relación entre estos cuatro elementos constitucionales en una democracia constitucional que privilegia el estado de derecho responde a la relación jurídica que se produce entre los ciudadanos y ese Estado.

Los ciudadanos cuentan con garantías procesales y sustantivas para hacer valer en la realidad sus derechos frente al Estado.

Cuanto al tema en análisis en las democracias que constitucionalizaron estos cuatro elementos, se conformó un importante grado de constitucionalización de las relaciones jurídicas referidas, imponiéndose el Estado Constitucional sobre el Legislativo. En estos estados altamente constitucionalizados prevalecen las normas y principios constitucionales sobre la Ley, de allí el portentoso desarrollo que ha tenido la justicia constitucional luego de la segunda guerra mundial en las formas democráticas desarrolladas de occidente, en las que las constituciones pasaron a desempeñar un papel real y ejecutable en la vida global de esas naciones, abandonándose de este modo la vieja idea de constituciones programáticas para convertirse en normativas y por ello de inmediata validez y ejecución.

Los cuatro elementos constitucionales, derecho a petición, a respuesta, a tutela judicial efectiva y la consecuente obligación de dar oportuna respuesta de los gobiernos, en este tipo de formas constitucionales, forman una sólida y armónica estructura constitucional, para graficarla, una pirámide tetraedro regular cuyas tres caras y base son triángulos equiláteros, todas de la misma dimensión. Si se eliminasen o modificase la dimensión de una cara las restantes desaparecerían o se deformarían, el tetraedro dejaría de serlo para pasar a ser un informe garabato.

Si redujésemos o eliminásemos la obligación del gobierno de dar respuesta se deformarían o desaparecerían los derechos a representar por efecto de una probable interpretación textualista. Si redujésemos o eliminásemos de nuestra Constitución el derecho de los ciudadanos a obtener respuesta oportuna se debilitaría sustancialmente o desaparecería la correlativa obligación gubernamental de responder, como igualmente ocurriría si redujésemos o extinguiésemos de la Constitución el derecho a solicitar, así pasaría por efecto de una muy posible interpretación literal que resultaría de la expresa reducción o exclusión de nuestra Constitución de esos derechos. Por último, la base de nuestro tetraedro constitucional es el derecho a tutela judicial efectiva sin la cual se derrumbaría la pirámide.

V. CONCLUSIONES

Los Estados modernos han avanzado al abandonar la concepción según la cual el silencio negativo pueda asemejarse o tener efectos similares a los actos expresos. Esta noción promovió y aún promueve la desatención de los gobiernos a su obligación de dar respuestas a los ciudadanos y retrotrae la relación jurídica administrativa entre los administrados y el gobierno a

aquellos momentos de la historia en que los gobiernos solo por voluntad graciosa respondían. La doctrina, incluso la de la actual Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, está de acuerdo en que perdura la obligación de la Administración de responder, a pesar de la caducidad establecida en la Ley. La coherencia constitucional impone puedan los ciudadanos ejecutar esa obligación de responder que permanece luego de la caducidad, esta potestad ciudadana es hoy inexistente en Venezuela, derecho sin protección. El modelo según el cual se le exige al ciudadano diligencia temporal para reclamar contra el silencio no se compadece con la misma exigencia de diligencia que debe hacerse a la Administración Pública para que responda, por el contrario, promueve su inacción, silencio y mora al privar a los administrados de los medios adecuados para la ejecutar esos derechos.

Todas las formas de extinción, caducidad y sus interrelaciones referidas contra el silencio negativo ficción son inconstitucionales, violan la armónica configuración estructural que el sistema constitucional venezolano ha previsto para proteger en la realidad a los derechos a representar, oportuna respuesta, tutela judicial efectiva, y a imponer la obligación de respuesta al gobierno.

Nuestros tribunales deben avanzar a la par de las naciones occidentales del planeta, desaplicar la norma de la caducidad contra el silencio administrativo, abandonar todas las formas de interpretación que se acerquen a estimar al silencio administrativo negativo como decisión expresa, y nuestra Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia deberá declarar directamente la inconstitucionalidad de la norma que prescribió la mencionada caducidad. Es también una obligación del legislador, a quien corresponde, aún antes que, a nuestros tribunales con poder de control constitucional, derogar por inconstitucional la norma sobre la caducidad comentada. Probablemente debemos estudiar ir al silencio positivo estimatorio si dispusiésemos de un recurso de reclamo o queja contra el silencio, el cual de no ser respondido oportunamente en el lapso breve que para ello se establezca produzca el silencio positivo estimatorio.

AMPARO CONSTITUCIONAL

COMENTARIOS ACERCA DE LA SENTENCIA SPA-CSJ “REGISTRO AUTOMOTOR PERMANENTE”*

*María Elena Toro Dupouy***

SUMARIO

LOS HECHOS. LA MOTIVA. 1. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 2. LEGITIMACIÓN PASIVA. 3. HECHO LESIVO 4. ALCANCE DE LA SENTENCIA O MANDAMIENTO. 5. CARÁCTER EXTRA-ORDINARIO DE LA ACCIÓN DE AMPARO. 6. EL AGRAVIO. 7. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO. 8. ALCANCE DEL MANDAMIENTO DE AMPARO. 9. SEGUNDA INSTANCIA. EL VOTO SALVADO. COMENTARIOS FINALES

Escribo estas líneas en sentido y agradecido homenaje a la primera mujer venezolana en ser Magistrado del más alto tribunal del país; mi profesora en pregrado de contencioso administrativo y “culpable” de que me haya enamorado tempranamente de esa rama del Derecho; con quien tuve la fortuna de compartir muchas y muy enriquecedoras conversaciones formales e informales en la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia -en la que coincidimos por varios años- y a quien profeso, aún hoy, profundos cariño y admiración. Siempre generosa con su tiempo y conocimientos, esta maestra de maestros sembró fecundas semillas en muchas generaciones de abogados venezolanos que eternizan ahora su legado a través de sus propios alumnos. Agradezco enormemente a la Profesora María Amparo Grau por haberme invitado a participar en esta tan merecida obra colectiva.

* Homenaje a la Doctora Josefina Calcaño de Temeltas.

** Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello, Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela, profesora de pre y post grado en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Monteávila.

Comentaremos en esta oportunidad la sentencia que, bajo ponencia de la Magistrada Temeltas, dictó la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 6 de agosto de 1987, para resolver, en apelación, la demanda de amparo que había interpuesto el abogado Arturo Luis Torres Rivero (y múltiples adherentes), en contra de la Resolución n° 7 del 12 de enero de 1987 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones en relación con el Registro Automotor Permanente (en adelante, RAP). El RAP fue un sistema computarizado creado el 1986 para almacenar y controlar el parque automotor del país, en el que era obligatorio inscribir todos los vehículos y debía ser renovado cada año, todo lo cual generaba tasas a pagar que estableció la Resolución objeto de la demanda de amparo.

En primer lugar, haremos una breve reseña de los hechos, a través de los alegatos de los demandantes y de su contraparte para poder dar ese contexto fáctico del cual -nos enseñó Luis Enrique Farías Mata- no se puede prescindir para comprender cualquier fallo judicial. Seguiremos con el análisis de la motiva de la decisión, que fue la que le labró un sitio destacado en la historia del amparo en Venezuela, que compararemos y con el texto de la posterior Ley Orgánica Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucional (aún vigente) y de allí pasaremos a examinar el voto salvado del Magistrado René De Sola. Cerraremos con unos comentarios finales en relación con la trascendencia de la decisión.

LOS HECHOS

Reseña Hildegard Rondón de Sansó en su imprescindible obra “Amparo Constitucional”¹, que el doctor Arturo Luis Torres Rivero, en su condición de abogado y propietario de automóvil”, interpuso demanda de amparo a favor de “todos los habitantes del país propietarios de vehículos automotores para que, en acatamiento de la Constitución y del Código Orgánico Tributario, a más de las disposiciones de la Ley de Tránsito Terrestre que no colidan, se ordene al Ministerio de Transporte y Comunicaciones y al Director de Tránsito Terrestre, así como a los funcionarios que les son subalternos, nos dejen circular libremente en dichos vehículos sin obligarnos ni conminarnos al pago de las contribuciones del Registro Automotor Permanente (...) y se abstengan de establecer sanciones y detenciones sin ninguna base jurídica en relación con esas contribuciones”.

¹ Hildegard Rondón de Sansó, *Amparo Constitucional*, Editorial Arte, Caracas, 1988, pp. 262-264.

La demanda fue interpuesta ante el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda que, el 12 de marzo de 1987, la declaró inadmisibile sobre la base de su incompetencia por la materia, competencia que estimó correspondía a la Corte Suprema de Justicia -como lo habían alegado el Ministerio de Transporte, el Fiscal del Ministerio Público y el sustituto del Procurador General de la República-, puesto que se estaría alegando la inconstitucionalidad del artículo 99 de la Ley de Tránsito Terrestre y era a la Corte a quien correspondía el control de la constitucionalidad con efectos *erga omnes*, todo en aplicación analógica de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia².

Posteriormente, el mismo actor planteó su pretensión ante el Tribunal Sexto de lo Contencioso Tributario, que declaró con lugar la demanda el 13 de mayo de 1987 y acordó la desaplicación para todos de la Resolución objeto de la misma.

El alegato principal del demandante fue la violación de la reserva legal por parte de la Resolución n° 7 del 12 de enero de 1987 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, que establecía exacciones tributarias pese a su rango sublegal y la inconstitucionalidad de la norma de base de la Resolución, el artículo 99 de la Ley de Tránsito Terrestre, también por violación de la legalidad tributaria, en tanto que delegó en el Ejecutivo nacional la fijación de contribuciones por registro de vehículos, entre otros servicios.

El tribunal, que se consideró competente por la materia, declaró con lugar la demanda porque no encontró una previsión legislativa que sirviese de fundamento al RAP para cobrar una tasa por circulación de vehículos válida por un año. Adicionalmente, declaró que la Resolución en cuestión contravenía el Reglamento de la Ley de Tránsito Terrestre. Sobre estas bases, estipuló -según recoge la profesora Sansó- que: “todos los propietarios de vehículos automotores que se inscribieron en el año de 1986 en el Registro Automotor Permanente y que no han adquirido vehículos nuevos ni han traspasado la propiedad de los que poseen; ni les han sido asignadas nuevas placas³, no están obligados a pagar contribuciones por concepto de registro de vehículos de motor, ya que no existe ningún hecho

² Venezuela. *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, publicada en Gaceta Oficial n.º 1.893 Extraordinario de 30 de julio de 1976. Artículo 84.2: “No se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte: / (...) 2. Si el conocimiento de la acción o el recurso compete a otro tribunal; / (...)”

³ La Ley de Tránsito Terrestre sí establecía tasas para estos servicios.

imponible definido en la ley que justifique el tributo y, en consecuencia, la tasa exigida por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones es una disposición arbitraria, violatoria al principio de legalidad tributaria. Tampoco podrá exigírsele a los nuevos propietarios una tasa superior a Bs. 50⁴”.

Para el restablecimiento de la situación jurídica infringida, declaró que los propietarios de vehículos que los inscribieron en el RAP en 1986 podían optar entre pedir la restitución de lo pagado indebidamente o compensar los créditos con futuras contribuciones.

Esta sentencia fue apelada, recurso que fue negado por el tribunal de la causa ante la inexistencia de una norma que lo otorgase, además de estimarlo contrario a la naturaleza del amparo. Al declarar con lugar el recurso de hecho que fue intentado contra tal negativa, la Sala Político-Administrativa tuvo oportunidad de pronunciarse acerca del procedimiento para la tramitación del amparo y de la aplicabilidad del principio de doble instancia al mismo.

Así, en fallo del 9 de junio de 1987⁵ y en primer lugar, la Sala ratificó su sentencia de 2 de agosto de 1986, en la que había examinado las alternativas procedimentales para dar curso a una demanda de amparo constitucional con base en el principio de plenitud hermenéutica, a saber:

- a) Aplicación analógica del procedimiento del *habeas corpus*;
- b) Juicio ordinario;
- c) Procedimiento para las incidencias del art. 607 del Código de Procedimiento Civil;
- d) Juicio breve;
- e) Procedimientos mixtos, siempre breves, como parte del procedimiento de los juicios interdictales;
- f) Aplicación analógica del procedimiento del amparo tributario.

En segundo lugar, la sentenciadora puntualizó que, sea cual fuere el procedimiento escogido, es “un hecho incontrovertible” la revisión del fallo por el tribunal superior, con la misma simplificación y celeridad que caracterizan a la instancia inferior. Sostuvo la Sala Político-Administrativa

⁴ El RAP costaba Bs. 220 y el Reglamento de la Ley de Tránsito Terrestre establecía una contribución de Bs. 50.

⁵ Hildegard Rondón de Sansó, ob. cit., pp. 371 a 374.

que, en el Derecho venezolano, la apelación es la regla y la inapelabilidad es la excepción (arts. 288 Código de Procedimiento Civil y 50 Código de Enjuiciamiento Criminal). Añadió que la fuente para resolver el problema era la propia Constitución, que estableció consulta obligatoria para las decisiones de *habeas corpus* y abundó señalando que el proyecto de Ley de Amparo que para el momento se discutía en el Congreso de la República establecía también dicha consulta obligatoria para todo mandamiento de amparo constitucional. En consecuencia, ordenó al tribunal de la causa oír la apelación en un solo efecto.

Fue la sentencia que resolvió la apelación de la Procuraduría General de la República, la que quedó inscrita con nombre propio entre los antecedentes del amparo venezolano antes de su desarrollo legal, para el que el legislador se tomó más de un cuarto de siglo.

La recurrente sostuvo que la demanda era inadmisibile por la disponibilidad de vías paralelas al amparo y la incompetencia del tribunal para tomar las decisiones que tomó, además de improcedente por la legalidad de las tasas establecidas en la resolución que quedó desaplicada con efectos *erga omnes*, la derogatoria del art. 292 del Reglamento de la Ley de Tránsito Terrestre por el art. 99 de esa Ley y la *extra petita* de que adolecería la sentencia impugnada por haber ordenado la repetición de los pagos calificados como indebidos, pese a que tal cosa no había sido pedida por el actor.

LA MOTIVA

Bajo ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, la Corte Suprema de Justicia, por órgano de la Sala Político-Administrativa, aprovechó el caso que comentamos para resumir los que llamó “elementos constitutivos del derecho y de la acción de amparo”, producto, ante la falta del ley reglamentaria, de la aplicación de “principios y criterios jurisprudenciales orientadores, apoyados por calificados comentarios doctrinales sobre la materia”, recogidos estos por pronunciamientos judiciales que han acudido a la aplicación de principios generales del derecho, a la interpretación analógica y a reflexivos estudios sobre el tema.

Analicemos ahora esos elementos, que la Sala enumeró en 13 puntos, en relación con la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías

Constitucionales⁶ que se discutió y aprobó poco después⁷. Es de destacar que, en la sesión del 19 de noviembre de 1987 del Senado de la República, el entonces Senador Allan Brewer-Carías citó como apoyo de alguna de sus afirmaciones justamente la sentencia que nos ocupa, al que aludió como “el célebre caso del RAP”⁸.

Los destacados en el texto, todos añadidos, tienen la intención de resaltar las similitudes entre las afirmaciones de la sentencia RAP y la Ley a la que la jurisprudencia influyó notoriamente.

1. Legitimación activa

RAP	LOADGC
“Que la titularidad de la acción puede corresponder no sólo a una persona física o natural , sino también a una persona jurídica o moral”.	Art. 1. “Toda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta, podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo ...” ⁹

⁶ Venezuela. *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, publicada en Gaceta Oficial n.º 33.891 del 22 de enero de 1988, reformada en su artículo 8 por la *Ley de Reforma Parcial de la Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, publicada en Gaceta Oficial n.º 33.891 del 27 de septiembre de 1988. Posteriormente, fue derogado el Título V por la *Ley Orgánica de Amparo a la Libertad y Seguridad Personal*, publicada en Gaceta Oficial n.º 6.651 Ext. del 22 de septiembre de 2021.

⁷ Según el Diario de Debates, la primera discusión en la Cámara de Diputados se inició el 4 de noviembre de 1987 y, después del procedimiento constitucional de formación de las leyes, el proyecto fue sancionado en sesión de la Cámara de Diputados del 17 de diciembre del mismo año.

⁸ Diario de Debates del Senado de la República n.º 83, sesión del 19-11-1987, p. 530, consultado en original.

⁹ En sentencias posteriores se hizo interpretación constitucionalizante de esta disposición para eliminar la aparente limitante territorial, que no estaba establecida en la Constitución, de modo que basta que el agravio haya ocurrido bajo jurisdicción de los tribunales venezolanos, sin limitaciones que *per se* deriven del lugar de residencia o domicilio. Se trata de las sentencias de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 29 de septiembre de 1993, caso “Francisco Visconti y otros” (militares involucrados en los hechos del 27N-92 que habitaban en Perú al momento de la introducción de la demanda); del 27 de agosto de 1993, caso “Ana Drossos Mango” (ejecutiva del Banco Industrial de Venezuela residente en EE.UU. al momento de la introducción de la demanda) y del 12 de diciembre de

2. Legitimación pasiva

RAP	LOADGC
“Que el acto lesivo puede provenir tanto de una autoridad pública , como de particulares, grupos u organizaciones privadas ”.	Art. 2. “La acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas ... ”.

La amplitud de la legitimación pasiva contrasta con algunas tesis e incluso antecedentes de Derecho Comparado que sostenían que el amparo no cabía frente a las leyes ni frente a las decisiones judiciales que tengan reparación por la vía ordinaria¹⁰. Por el contrario, los artículos 3 y 4 de la Ley, en desarrollo de la expresión “órganos del Poder Público”, establecen expresamente la procedencia del amparo contra “una norma que colida con la Constitución” e incluso “podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos” y “cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesiones un derecho constitucional”.

1994, caso “Jackaroo Marine Limited” (sociedad mercantil domiciliada en el extranjero al momento de la introducción de la demanda); esta última resolvió el caso por la vía del control difuso de la constitucionalidad.

¹⁰ Ramón Escovar Salom, *El Amparo en Venezuela*, Ediciones del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas, 1971, p.70.

3. Hecho lesivo

RAP	LOADGC
<p>“Que el acto lesivo puede implicar una acción o una omisión”.</p> <p>“Que el agravio debe ser personal y directo”.</p> <p>“Que el acto hecho u omisión debe afectar concreta y directamente un precepto constitucional que garantice un derecho inherente a la persona y, por tanto, no puede hacerse valer contra actos ilegales del Poder Público, sino contra aquellos que, en violación de la carta Fundamental, lesionen al particular en los derechos que ella consagra”.</p> <p>“Que el mandamiento de amparo exige que sea manifiesta e incontestable la inconstitucionalidad del acto que se considere lesivo”</p>	<p>Art. 2. “La acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión...”.</p> <p>Art. 6 “No se admitirá la acción de amparo: / (...) 2) Cuando la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales, no sea inmediata, posible y realizable por el imputado”.</p>

Aun cuando la norma contenida en el art. 6.2 se contrae a una causal de inadmisibilidad relativa a la falta de legitimación pasiva y se refiere específicamente a la amenaza como hecho lesivo, la jurisprudencia del Alto Tribunal siempre la ha aplicado a otros tipos de agravio y obedece, en mi opinión, a la necesidad de que estos sean como los describió la sentencia RAP, personales y directos y, por supuesto, violatorios directa-que no exclusivamente- de un derecho constitucional.

4. Alcance de la sentencia o mandamiento

RAP	LOADGC
“Que el amparo tiene carácter restitutorio y no indemnizatorio”.	Art. 1. “Toda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta, podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo (...), con el propósito de que restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella ”.

5. Carácter extraordinario de la acción de amparo

RAP	LOADGC
“Que el amparo es un remedio extraordinario, que sólo procede cuan-do se hayan agotado, no existan, o sean inoperantes otras vías procesales que permitan la reparación del daño ”.	Art. 6. “No se admitirá la acción de amparo: / (...) 5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes ... ”.

En opinión del entonces Senador (y siempre sabio) Brewer-Carías, este elemento ratificó su tesis de que el amparo es un derecho mucho más amplio que la acción de amparo, que es una de las vías para garantizar aquél, lo cual justifica que ese derecho pueda ser satisfecho por otras vías judiciales y que sea a falta de idoneidad de éstas o ante su ausencia, que se pueda acudir a la acción de amparo a ser regulada por el proyecto de ley de amparo que para el momento se discutía en el Senado.

Al respecto, se puede leer de la intervención del Senador en el Diario de Debates:

“..., técnicamente, quizás no políticamente, el amparo es un derecho, por lo que desde el punto de vista jurídico y procesal es una pretensión más. Por tanto, más que una acción en concreto, el amparo es una pretensión que debe formularse con las acciones y recursos que están establecidas en el ordenamiento jurídico, y si estos no son efectivos para la protección constitucional, entonces, debe formularse a través de una acción autónoma de amparo, que es la que estamos buscando regular en esta Ley. Inclusive, ha sido el criterio de la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia muy reciente, del 6 de agosto del

año 1987, en la cual la Corte Suprema de Justicia dice (...): / ‘Lo relevante es que los efectos que se obtengan por la vía de los recursos ordinarios o principales, sean los mismos que se pretendan derivar del ejercicio de la acción de amparo. (...)’ / (...) Y se refiere la Corte en esta sentencia, que fue la dictada en el célebre caso del RAP, a los llamados medios paralelos como medios procesales, en cuyo caso el problema se concentra en los efectos de dichos medios. ‘Si permite ... (dice la Corte) ... la protección del derecho constitucional, el amparo (como acción autónoma) no será procedente’, porque se logrará el amparo por la vía judicial que permita efectivamente el restablecimiento. (...) / Esta es, pienso yo, establecida por la Corte, la doctrina clave en materia de amparo: que es una pretensión que puede y debe formularse a través de todos los mecanismos y acciones judiciales que existan, y si estos no son efectivos para la protección constitucional, entonces, debe proceder la acción autónoma de amparo”¹¹.

Por otra parte, todo el desarrollo jurisprudencial posterior a la promulgación de la Ley que nos ocupa ha acentuado esas características que describió la sentencia RAP, propias, en sus palabras, de un “recurso extraordinario” más allá de una interpretación literal del artículo 6.5 parcialmente citado. Así, el verbo “optar” que eligió el legislador, que da una idea de libertad de escogencia entre varias cosas u opciones, fue tempranamente convertido en una verdadera carga procesal, en el sentido de que esa “opción” es obligatoria: hay que recurrir a las vías judiciales ordinarias y/hacer hecho uso de los medios judiciales preexistentes, siempre que estos no sean inidóneos para la protección constitucional en cada caso concreto y sólo en su rara ausencia o circunstancial inoperancia o después de haberlos agotado sin haber logrado la satisfacción de la pretensión de protección es que se podrá acudir al amparo constitucional.

En este sentido, en la sentencia RAP, se reconoce que es difícil concebir una situación que no tenga un remedio procesal apropiado para defenderse de ella o para defenderla, de ser el caso, en el ordenamiento jurídico, por lo que el medio judicial que desplace al amparo debe ser adecuado para la protección de los derechos constitucionales afectados. Con estas afirmaciones se abandonaba o al menos afinaba la tesis de la subsidiariedad, según la cual el amparo cede ante recursos principales o vías paralelas, es decir, que sólo procede cuando no existan esos otros recursos o vías; aunque ambas tesis responden al mismo temor: que el

¹¹ Diario de Debates del Senado de la República, ob. cit., pp. 529 y 530.

amparo hiciere inoperante al resto de los medios judiciales disponibles por su mayor eficiencia en términos de sumariedad y brevedad para lograr el restablecimiento de situaciones jurídicas que involucrasen la violación de derechos constitucionales.

En relación con el caso bajo su estudio, la Corte concluyó que el demandante y adherentes disponían de otros remedios judiciales para la defensa de sus derechos constitucionales frente a los actos que, según alegaron, los agredían, con inclusión de un procedimiento abreviado dentro de los juicios de nulidad, para asuntos urgentes. Y en cuanto a la condición de que el remedio paralelo fuere o no adecuado para impedir la materialización del agravio, declaró que no había peligro de daño irreparable porque existía un procedimiento *ad hoc* en vía administrativa para pedir y obtener la repetición de lo pagado indebidamente.

6. El agravio

RAP	LOADGC
“Que la lesión que cause el acto (hecho u omisión) inconstitucional, sea actual , es decir, que la acción de amparo no puede intentarse frente a hechos pasados ni futuros, salvo , en este último caso, que constituya una amenaza cierta, real y verificable , del derecho tutelado por la Constitución”.	Art. 6. “No se admitirá la acción de amparo: / (...) 1) Cuando hayan cesado la violación o amenaza de algún derecho o garantía constitucionales, que hubiesen podido causarla; 2) Cuando la amenaza contra el derecho o la garantía constitucionales, no sea inmediata, posible y realizable por el imputado ”.

7. Características del proceso

RAP	LOADGC
“Que el proceso de amparo es de orden público, gratuito, igualitario y concentrado”. “Que el proceso exige la intervención de la parte contraria como garantía del derecho de defensa (principio de bilateralidad)”.	Art. 14. “La acción de amparo, tanto en lo principal como en lo incidental y en todo lo que de ella se derive, hasta la ejecución de la providencia respectiva, es de eminente orden público ”. Art. 16. “La acción de amparo es gratuita por excelencia. (...)”. Art. 21. “En la acción de amparo los Jueces deberán mantener la absoluta igualdad entre las partes y

	<p>cuando el agravante sea una autoridad pública quedarán excluidos del procedimiento los privilegios procesales".</p> <p>Art. 23. "Si el Juez no optare por restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, conforme al artículo anterior¹², ordenará a la autoridad, entidad, organización social o a los particulares imputados de violar o amenazar el derecho o garantía constitucionales, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la referida notificación, informe sobre la pretendida violación o amenaza que hubiere motivado la solicitud de amparo. / La falta de informe correspondiente se entenderá como aceptación de los hechos incriminados".</p>
--	---

¹² Resulta indispensable hacer referencia a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno del 21 de mayo de 1996 en la que fue declarada la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (publicada en Gaceta Oficial n.º 5.071 del 29 de mayo de 1996), por ser violatorio del único aparte del artículo 49 y de la última parte del artículo 68 de la Constitución Nacional. En efecto, la Corte declaró que la potestad judicial a que se contraía la norma en cuestión de "restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que la preceda", contravenía frontalmente el derecho a la defensa del supuesto agravante -que se enteraba de que había sido demandado y de que había perdido el juicio con la ejecución de la sentencia en su contra- y el mismo artículo 49, que se refería al amparo constitucional y pedía un procedimiento, si bien breve y sumario, procedimiento al fin. Se trata de una sentencia muy interesante porque fue dictada con 8 votos a favor y 7 votos salvados, 6 de los cuales abogaron por dar la interpretación conforme a la Constitución que ya venían dando los tribunales de la República al artículo 22, en el sentido de que debía entenderse que el legislador, si bien con infeliz redacción, lo que estipuló en esa norma fue una medida cautelar, que típicamente se dicta "sin ningún tipo de averiguación sumaria que la preceda" y cuya conformidad o contrariedad a derecho se debate posteriormente.

	<p>Art 24. “El informe a que se refiere el artículo anterior contendrá una relación sucinta y breve de las pruebas en las cuales el presunto agraviante pretenda fundamentar su defensa, ...”</p>
--	---

8. Alcance del mandamiento de amparo

LOADGC	RAP
<p>Art. 32. “La sentencia que acuerde el amparo deberá cumplir con las siguientes exigencias formales: / A) Mención concreta de la autoridad, del ente privado o de la persona contra cuya resolución o acto u omisión se conceda el amparo; /(...).”</p>	<p>“Que el mandamiento de amparo tiene efectos particulares o concretos, por lo cual no puede afectar a personas que no hayan tomado parte en la controversia”.</p>

Recordemos que, en el caso concreto, el demandante pidió amparo para sus derechos y para los de todos los habitantes del país propietarios de vehículos automotores, a todos los cuales, efectivamente, benefició la sentencia del *a quo*.

En relación con este punto, se afirma en la sentencia que el demandante no podía arrogarse la representación de todos los habitantes del país propietarios de vehículos automotores, porque el mandamiento de amparo no tiene efectos *erga omnes* como una sentencia de inconstitucionalidad sino *inter partes*. Ninguna de las partes en el proceso y tampoco la sentenciadora tocaron el tema de los intereses colectivos, que era lo que subyacía bajo el pedimento del demandante y que ocuparía a nuestros tribunales contencioso-administrativos más adelante en el tiempo.

Al respecto, me gusta ofrecer a mis alumnos esta imagen para ilustrar la diferencia entre una sentencia de nulidad por inconstitucionalidad y un amparo constitucional: si la inconstitucionalidad cayera sobre nosotros como la lluvia, una sentencia anulatoria del acto inconstitucional haría que dejase de llover -para todos, evidentemente-, en tanto que un amparo daría un buen paraguas a los demandantes y sólo a ellos, mientras los demás seguirían mojándose. Ese paraguas puede ser tan grande como lo necesiten el o los demandantes incluso si el mandamiento se hubiese dictado para la protección de derechos colectivos o difusos. En el caso RAP, la Corte estimó que un solo miembro del grupo no podía pedir un paraguas para cada

afectado, porque eso equivaldría a pedir que se detuviese la lluvia, que es un efecto propio de la nulidad por inconstitucionalidad.

9. Segunda instancia

RAP	LOADGC
“Que la brevedad y sumariedad del proceso no impide la apelabilidad o revisión del fallo”.	Art 35. “Contra la decisión dictada en primera instancia sobre la solicitud de amparo se oirá apelación en un solo efecto . Si transcurridos tres (3) días de dictado el fallo, las partes, el Ministerio Público o los procuradores no interpusieren apelación, el fallo será consultado ¹³ con el Tribunal Superior respectivo, al cual se le remitirá inmediatamente copia certificada de lo condeciente. Este Tribunal decidirá dentro de un lapso no mayor de treinta (30) días”.

Sobre la base de las premisas anteriores, la Corte Suprema de Justicia, por órgano de la Sala Político-Administrativa y a través de la pluma de Josefina Calcaño de Temeltas, declaró que el sentenciador de primera instancia incurrió en extralimitación de atribuciones cuando dejó sin efecto, con efectos *erga omnes*, la Resolución n.º 7 del 12 de enero de 1987 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y que la sentencia se apartó de los extremos o características de la acción de amparo que enumeró y explicó, por lo que revocó la sentencia recurrida y declaró con lugar la apelación de la Procuraduría General de la República.

EL VOTO SALVADO

El Magistrado René De Sola discrepó de la mayoría sentenciadora por varias razones, entre las cuales destacaremos:

Que el fallo habría hecho afirmaciones generales, esto es, más allá de las necesarias para resolver el caso concreto que, en su opinión,

¹³ En sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n.º 1307 del 22 de junio de 2005, caso *Ana Mercedes Bermúdez*, se declaró que la consulta obligatoria había quedado derogada tácitamente por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1307-220605-03-3267.HTM>

“comprometen la labor integradora que prudente y paulatinamente ha venido realizando la Sala en materia de amparo”.

Que, en un examen de la demanda antes que, de la sentencia apelada, el tribunal ha debido analizar primero la admisibilidad y sólo franqueada esa barrera, pronunciarse acerca de la procedencia. En su criterio, la demanda era admisible porque se denunció la violación de derechos constitucionales contenidos en el Título III de la Constitución, que son los únicos protegibles a través del amparo constitucional, que es un remedio de naturaleza extraordinaria, distinto al medio general garantizado por el artículo 68 constitucional¹⁴.

Que para determinar la procedencia o no, ha debido hacerse un análisis comparativo entre los hechos invocados y los derechos pretendidamente conculcados, sin incurrir en desaplicación de la ley, que goza de presunción de constitucionalidad que sólo puede ser destruida por un proceso complejo como es el del recurso de inconstitucionalidad.

Que, en el caso concreto, los derechos cuya protección se pretendía son de los que pueden ser limitados por la Ley, de modo que lo que ha debido hacer el juez era determinar si los actos señalados en la pretensión habían respetado o se habían excedido de esas limitaciones legales, sin analizar la inconstitucionalidad de la ley.

COMENTARIOS FINALES

La importancia de la sentencia del caso RAP se pone de relieve, aún antes de su análisis, al verificar que prácticamente no hay autor que, al hacer recuento de la historia y desarrollo del amparo en Venezuela, deje de mencionarla y destacarla, como decíamos, como un hito en esa historia.

Se trata de un excelente ejemplo de cómo doctrina, jurisprudencia y legislación, académicos, jueces y legisladores, se retroalimentaban permanentemente para hacer su parte cada uno en el Sistema de Justicia, que debe garantizar los permanentes aplicación y desarrollo de cada uno de los valores, principios y reglas de la Constitución, con especial relevancia en materia de derechos y garantías constitucionales. En efecto, el fallo se

¹⁴ Venezuela. Constitución. Publicada en Gaceta Oficial n.º 662 del 23 de enero de 1961. Artículo 68. “Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. / La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso”.

nutre de trabajos previos, sentencias anteriores y hasta proyectos de ley para ofrecernos la utilísima síntesis que vino a “poner orden” allí donde ha debido haberlo hecho el legislador, en cumplimiento de una labor pedagógica propia de los grandes profesores que firman la decisión, entre los que destaca la homenajeadas de estas líneas.

En general, tiendo a pensar como el disidente, en el sentido de que las sentencias deberían concretarse a resolver el caso sometido a su juzgamiento, más *ratio decidendi* y menos *obiter dictum* y dejar que sean la doctrina y nuevas sentencias, al apoyarse en las anteriores, quienes extraigan premisas aplicables a otros casos. Pero también creo, como decía el hoy Magistrado Emérito Moisés Troconis Villarreal, que las sentencias hay que escribirlas para que las entienda la parte que pierde -la parte, no su abogado-, lo cual implica no ser demasiado parco ni excesivamente técnico en la parte motiva de una decisión judicial que afectará la vida de los litigantes.

Sin embargo, en el contexto histórico de la sentencia del caso RAP, reivindicó por completo su necesidad, de nuevo, más didáctica para todos que indispensable en cuanto a la esfera jurídica de los demandantes. Y su sintonía con el Foro quedó palmariamente evidenciada, creo, a través de la comparación de su enumeración de elementos constitutivos del amparo con la Ley, todos los primeros recogidos sin disonancias en la segunda.

Hoy veo mi título de abogado y felicito a la María Elena de 21 años que buscó la firma de tan gran modelo y mujer y le vuelvo agradecer a Josefina Calcaño de Temeltas por haberme recibido en su casa para hacerme tan grande honor.

Caracas, octubre de 2023.

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS:

**PIONERA EN EL CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD Y DE LA TUTELA JUDICIAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

*Víctor Rafael Hernández-Mendible**

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. 1.1. MÉRITOS PARA REALIZAR ESTE Y OTROS RECONOCIMIENTOS. 1.2. MAGISTRADA HONESTA, DISRUPTIVA Y PRUDENTE. 1.3. REFERENCIA COMO ALUMNO. 1.4. INFLUENCIA EN MI VIDA ACADÉMICA 1.5. HOMENAJES PREVIOS Y RECONOCIMIENTOS FUTUROS. 1.6. EJEMPLO A EMULAR. II. EL FUNDAMENTO CONVENCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. LA INFLUENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LA ELABORACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE 1988. IV. EL VANGUARDISMO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO, NACIONAL O INTERNO. V. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

* Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela), Post-Doctor por el *Mediterranea International Centre for Human Rights Research (MICHR)*, di *Reggio Calabria* (Italia). Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Venezuela y Presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía (RIDE), miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA), de la Red Internacional de Bienes Públicos (RIBP) y de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). victor@hernandezmendible.com

CAUTELAR. 5.1. EL CRITERIO DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 5.2. EL CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. VI. LA AMENAZA DE SUPRESIÓN DEL AMPARO CONSTITUCIONAL CAUTELAR. 6.1. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. 6.2. LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. 6.3. EL AMPARO CONSTITUCIONAL CAUTELAR A PARTIR DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE 2014. VII. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Constituye un gran honor haber sido invitado a participar en este homenaje a la profesora, doctora Josefina Calcaño de Temeltas, que genera sentimientos encontrados, pues se trata de recordar su legado, pero en un contexto *in memoriam*.

Antes de manifestar mi reconocimiento, quiero agradecer a la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), en la persona de su presidente la doctora Belén Ramírez Landaeta, por la deferencia de invitarme a participar este *Ciclo de encuentros en homenaje a la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas*, así como por tener la oportunidad de compartir este espacio con la profesora Laura Louza Scognamiglio.

Este trabajo constituye un testimonio de respeto y admiración tanto personal como intelectual a la doctora y profesora Josefina Calcaño de Temeltas, quien a lo largo de su fructífera vida -parafraseando a Machado- hizo camino al andar y -agrego- dejó una huella indeleble en su peregrinar.

1.1. Méritos para realizar este y otros reconocimientos

Esta obra colectiva materializa un reconocimiento muy merecido, tal como lo han expresado todos los autores que participan en ella y como trataré de plantear a través de mi exposición.

Mi intención es destacar que fue una persona, con una gran sensibilidad humana, como se refleja transversalmente en su desempeño académico y en la magistratura judicial, en las que fue pionera en la protección de los derechos humanos.

Creo que una muestra de lo que señalo y que fue constante en su pensamiento, se refleja en la actualidad de sus reflexiones -justo hoy 21 de marzo, que se conmemora el *Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial*-, sobre la necesidad de mejorar la educación en general y la relacionada con los derechos humanos en especial. Al respecto sostenía que “Fomentar y elevar el nivel educativo de nuestros compatriotas es el gran reto que tenemos que vencer, para erradicar con premura las oprobiosas situaciones referidas. Esa tarea corresponde en buena medida a los juristas aquí presentes y a quienes ocupamos privilegiadas posiciones. Es un hecho indiscutible que la cultura, convertida en sentimiento colectivo, es la herramienta más acabada para practicar y entender los valores de solidaridad entre las personas y de respeto y protección de sus derechos fundamentales e inalienables”¹.

1.2. Magistrada honesta, disruptiva y prudente

Respecto a la magistrada Calcaño de Temeltas se expresarán muchas de sus virtudes y se evocarán sus méritos desplegados mediante su vocación de servicio, que la llevó a destacarse en el desempeño de distintas responsabilidades públicas.

No en balde fue pionera en el ingreso en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, luego en la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y en el aporte que hizo a la justicia y al Estado de Derecho en el país, durante la democracia.

Ella siempre se caracterizó por expresar públicamente -cada vez que tuvo la ocasión- su reconocimiento y admiración por los magistrados Martín Pérez Guevara, Julio Ramírez Borges, Miguel Ángel Landáez y Jesús María Casal Montbrun. Así como su gran respeto por los compañeros contemporáneos con los que interactuó tanto en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo como en la Corte Suprema de Justicia.

1.3. Referencia como alumno

Debo señalar que con la doctora Josefina Calcaño de Temeltas me unen el estudio del Derecho Público, valga decir, las disciplinas del Derecho Administrativo, el Derecho Constitucional y los Derechos Humanos, pero no en condición de pares -como es el caso de algunos de los que participan en este homenaje-, sino como su alumno y como abogado en ejercicio, estudioso e interesado en estar permanentemente actualizado.

¹ J. Calcaño de Temeltas, “Tratamiento de los Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 111, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, p. 221.

Supe de la doctora Calcaño a partir de 1986, a través de sus sentencias cuando comencé a estudiar el Derecho Administrativo en nuestra Universidad Católica Andrés Bello, tiempo en el cual ella, además de profesora, se desempeñaba brillantemente como magistrado en la Corte Suprema de Justicia.

Ello me permitió comenzar a comprender su pensamiento jurídico y convertirme en su alumno a distancia, durante los siguientes años de mis estudios de pregrado. Me correspondió esperar hasta 1992, cuando la tuve como mi profesora en la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello, en la que me dictó la materia de Derecho Procesal Administrativo. Fue en aquel entonces cuando la conocí y traté personalmente, como su alumno presencial.

De aquel tiempo puedo dar testimonio del gran privilegio de tratar a una dama muy inteligente, de sólidos principios y valores, con gran profundidad intelectual y de una honestidad inquebrantable.

Siendo una persona que siempre tuvo posiciones críticas constructivas, permanentemente se cuidó de no comprometer públicamente su opinión y no adelantar su criterio en los casos que estaban *sub judice*. Ella constantemente actuó con mucha prudencia y sigilo. Recuerdo que al menos en un par de ocasiones, ante alguna pregunta académicamente comprometedoras sobre un asunto pendiente de decisión, brindó una respuesta propia de una inteligencia muy aguda, se limitó simplemente a sonreír con cierta picardía, -que sumada a lo no expresado de palabra-, en el contexto deslizaba una orientación respecto a su opinión.

1.4. Influencia en mi vida académica

Esta fue la atmósfera en que conocí y traté a la doctora Calcaño de Temeltas, pero su influencia académica fue de tal significación, que cuando me gradué en la Especialización le solicité que me hiciera el honor de firmar mi título de especialista, a lo que ella accedió generosa y gentilmente.

Luego cuando ingresé a dictar clases en la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello -momento que coincidió con la publicación de mi primer libro sobre “*La tutela judicial cautelar en el Contencioso Administrativo*”²-, lo hice en la materia de Derecho Procesal Administrativo, que ella me había dictado años antes.

² V. R. Hernández-Mendible, *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, 1ª ed., Vadell Hermanos, Caracas, 1997.

Más recientemente, con la publicación de la obra “*El Estado Convencional. Cincuentenario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969-2019)*”³, desde la introducción se puede evidenciar cómo sus enseñanzas me han inspirado en el estudio sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos -influencia en este tema, que confieso ella comparte con la profesora Gloriana Fernández Anglada- y su aplicación por los órganos nacionales que ejercen el Poder Público.

1.5. Homenajes previos y reconocimientos futuros

En 2010 se elaboró el libro colectivo titulado “*Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo. Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*”, publicado por la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, que junto a esta obra constituyen un más que merecido homenaje, a una vida de servicio al país que merece ser contada y recordada.

No quiero finalizar estas palabras introductorias sin reiterar lo que algunos me han escuchado en otras oportunidades. En el momento en que se elabore la selección de los mejores magistrados en la historia de Venezuela -al estilo de la concebida por Bernard Schwartz⁴-, sin duda que Josefina Calcaño de Temeltas tendrá un lugar reservado en esa honorable lista.

1.6. Ejemplo a emular

Que el ejemplo de Josefina Calcaño de Temeltas como trabajadora infatigable, vanguardista, pero discreta -sin afán de protagonismo, ni figuración-, sirva de inspiración y nos guíe en la reconstrucción del Estado de Derecho, en el restablecimiento de la democracia y en la protección de los derechos humanos en Venezuela.

Luego de este brevísimo panegírico sobre la homenajeadada, en aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá en los siguientes aspectos a saber: El fundamento convencional de la protección de los derechos humanos (II); la influencia de la Corte Suprema de Justicia en la elaboración de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988 (III); el vanguardismo de la Corte Suprema de Justicia en el control de convencionalidad difuso,

³ V. R. Hernández-Mendible, *El Estado Convencional. Cincuentenario de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969-2019)*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

⁴ B. Schwartz, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Civitas, Madrid, 1980.

nacional o interno (IV); la evolución jurisprudencial del amparo constitucional cautelar (V); la amenaza de supresión del amparo constitucional cautelar (VI); y consideraciones finales (VII).

II. EL FUNDAMENTO CONVENCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Estado Constitucional tiene como cimientos antropológicos fundacionales la persona humana y el respeto a su dignidad, otorgándole expreso y auténtico reconocimiento al carácter normativo de la Constitución, como manifestación jerárquica más elevada del ordenamiento jurídico, en que se positivizan algunos de los derechos inherentes a la persona humana y las garantías para su ejercicio.

Este Estado Constitucional ha experimentado un proceso de transformación progresiva en favor del ejercicio y garantía de los Derechos Humanos en el continente americano, que ha sido reforzado gracias a la evolución alcanzada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y al avance de la democracia en la mayoría de los países de la región.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye tanto una referencia ética de la conducta exigible a los Estados nacionales, en su obligación de garantizar a las personas naturales sus derechos, como el último medio de protección y eventual reparación a las víctimas de violación de los Derechos Humanos.

En este proceso de integración y complementación entre el Estado Constitucional y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha producido por una parte, la constitucionalización de los Derechos Humanos reconocidos tanto en los textos nacionales como en las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos, al igual que aquellos que aun siendo inherentes a la persona humana, no gozan de reconocimiento expreso en un texto jurídico; y por la otra, la consolidación del *Corpus Iuris* de la convencionalidad –conformándose el bloque de la convencionalidad– entre las convenciones, protocolos y las decisiones consultivas o jurisdiccionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Habiéndose otorgado la función consultiva y jurisdiccional a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Reglamento de la Corte Interamericana, ella ejerce el control concentrado del bloque de la convencionalidad y en consecuencia constituye el último intérprete y la instancia final de protección y reparación en caso de violación de los Derechos Humanos por los Estados nacionales.

No obstante, todos los órganos jurisdiccionales nacionales -sean las Altas Cortes o los tribunales de instancia- deben efectuar el control difuso del bloque de la convencionalidad y en caso de advertir una antinomia entre los textos convencionales y los actos jurídicos o la inactividad de los órganos que ejercen el Poder Público en el ámbito de cada país, que lesionen Derechos Humanos, los referidos órganos jurisdiccionales están obligados en ejercicio del control difuso de la convencionalidad a aplicar las disposiciones convencionales de manera preeminente, incluso por encima de las constituciones de sus propios Estados, siempre que éstas no brinden la adecuada protección o reparación a dichos derechos⁵.

Ahora bien, uno de los medios procesales para garantizar la tutela jurisdiccional en el ordenamiento interno de los Estados, consiste en el establecimiento de un recurso efectivo, sencillo y rápido que ampare a las personas contra la actividad e inactividad que viole sus Derechos Humanos reconocidos por la Constitución, la ley o las convenciones sobre Derechos Humanos. Tal recurso debe adecuarse a las directrices del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual dispone lo siguiente:

⁵ E. Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*, 2ª ed., Bogotá, 2008; AA.VV., *El control de convencionalidad*, (Coord. Susana Albanese), Ediar, Buenos Aires, 2008; N. P. Sagües, , “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales* N° 1, Universidad de Talca, Santiago, 2010, pp. 117-136; K. Castilla, “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, pp. 593-624; C. Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012; A. R. Brewer-Carías, E. Lobo Jinesta, V. R. Hernández-Mendible, y J. O. Santofimio Gamboa, *Estudios sobre el Control de Convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015; V. R. Hernández-Mendible, “La convencionalización del Derecho Público en América”, en V. Hernández-Mendible y J. L. Villegas Moreno (Coords.), *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al profesor José R. Araujo-Juárez*, CIDEP, Caracas, 2018, pp. 235-264; A. R. Brewer-Carías, “Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo”, *Hacia un derecho administrativo...*, ob. cit., , pp. 265-285; A. L. Blanco Guzmán, “El Estado Convencional: un nuevo Estado de Derecho”, en J. Araujo-Juárez y J. L. Villegas Moreno (Coords.), *Retos del Derecho Público en la Tercera Década del siglo XXI. Libro homenaje al profesor José Luis Villegas Moreno*, Editorial Jurídica Venezolana-CERECO, Caracas, 2021, pp. 171-189; M. L. Álvarez Chamosa, “Derecho Administrativo “consuetudinario” y control de convencionalidad”, *Retos del Derecho Público...*, ob. cit., pp. 191-207.

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Sobre este asunto se volverá más adelante, sin embargo luce pertinente mencionar que la República de Venezuela se hizo miembro de la Organización de Estados Americanos a partir de 1951, suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969, reconoció la competencia de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos en 1977 y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1981, en virtud de lo que conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada en 1969 y vigente desde 1980, que recoge la aplicación del principio *pacta sunt servanda*, todos los tratados internacionales en vigor obligan a las partes y deben ser cumplidos de buena fe, sin que sea posible invocar normas de derecho interno como justificación para el incumplimiento de los mismos⁶.

⁶ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 937, de 25 de julio de 2014, resolvió en escasas horas una demanda constitucional de protección de la libertad personal y creó una inédita figura en el Derecho Constitucional, que impropia mente califica de amparo constitucional para proteger la libertad personal -siendo conocido en la tradición constitucional venezolana como “hábeas corpus”- contra “autoridades de gobiernos extranjeros” que detuvieron a un ciudadano venezolano, quien decía ser cónsul de Venezuela en ese país y en el fallo reconoce que los artículos 26 y 31 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, determina la importancia de los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma “*pacta sunt servanda*”, universalmente reconocidos...”. Cfr. A.

No obstante, el Tribunal Supremo de Justicia en manifiesto desconocimiento de los artículos 2 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional y de la parte final del artículo 31 de la Constitución, que obliga al Estado conforme a los procedimientos constitucionales y legales a adoptar “*las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales*” sobre protección de Derechos Humanos, ha venido construyendo una teoría que termina invocando normas de derecho interno, para concluir desconociendo las obligaciones del Estado, contraídas conforme al Derecho Internacional y en especial de las normas de *ius cogens*, que le imponen cumplir tanto con la Convención Americana sobre Derechos Humanos como con la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana, en su condición de último intérprete de dicho instrumento internacional.

Es así como paulatinamente el Tribunal Supremo de Justicia ha ido construyendo jurisprudencialmente la tesis del control *ex post* de constitucionalidad de la Convención y de los fallos de la Corte Interamericana que interpretan y aplican la convencionalidad⁷, basada en su particular explicación de la supremacía de la Constitución y en un ejercicio decimonónico de los principios de soberanía nacional y de no intervención, llegando al extremo de declarar inejecutables tales sentencias por el Estado venezolano y de exhortar al Ejecutivo Nacional a efectuar la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸.

El Tribunal Supremo de Justicia de manera desafortunada ha creado un control posterior de constitucionalidad de la Convención y ha promovido el desacato de las sentencias de la Corte Interamericana, en evidente desconocimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado en la propia

R. Brewer-Carías, “Una nueva creación de la Sala Constitucional: El amparo contra estados extranjeros y el fuero privilegiado de su competencia a favor de los altos funcionarios públicos”, *Revista de Derecho Público* N° 139, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 162-173.

Este criterio fue ratificado por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 420, de 12 de mayo de 2023.

⁷ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencias 1013, de 12 de junio de 2001; 1942 de 15 de julio de 2003; 1265, de 5 de agosto de 2008; 1939, de 18 de diciembre de 2008; 1542, de 17 de octubre de 2011 y de la Sala Política Administrativa, sentencia 165, de 6 de marzo de 2012.

⁸ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1939, de 18 de diciembre de 2008, se declaró la inejecución y se exhortó la denuncia de la Convención; y, sentencia 1542, de 17 de octubre de 2011, se declaró la inejecución.

Convención, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y ha comprometido la responsabilidad internacional de la República.

El gobierno nacional asumió la exhortación del Tribunal Supremo de Justicia y el Ministerio de Relaciones Exteriores, cumpliendo las instrucciones de la Presidencia de la República, mediante comunicación dirigida al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, el día 6 de septiembre de 2012 y formalmente recibida el día 10 de septiembre de 2012, procedió a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹, con la pretendida aspiración de que cesen sus efectos y de sustraerse de la jurisdicción de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana.

Esta declaración desconoce varias disposiciones de la Constitución cuya supremacía el gobierno nacional sostiene defender¹⁰, pues mediante un mecanismo distinto de los que ella misma contempla¹¹, tanto el Presidente de la República¹² como el Ministro de Relaciones Exteriores cumpliendo órdenes de aquél –sin que ello le sirva de excusa¹³– han pretendido derogar parcialmente los artículos 2 (preeminencia de los Derechos Humanos como valor superior del ordenamiento jurídico), 19 (principio de progresividad), 22 (jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y 339 (obligación de cumplimiento de las exigencias, principios y garantías establecidos en la Convención, en caso de que se decretase un estado de excepción), así como también derogar totalmente el artículo 31 (derecho de acceso y solicitud de protección y amparo de los Derechos Humanos ante los órganos internacionales), todos de la Constitución.

Según esto, desde la perspectiva del Derecho constitucional venezolano, sin una reforma constitucional no podía darse una modificación y menos aún, la separación del Sistema Interamericano de Derechos

⁹ Artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰ C. Ayala Corao, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX*, Bogotá, 2013, pp. 43-49.

¹¹ Artículo 333 de la Constitución.

¹² Artículo 236.4 de la Constitución.

¹³ El artículo 25 de la Constitución señala que “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados en esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”.

Humanos. Ello en todo caso no podía constituir una regresión de los mecanismos de protección de Derechos Humanos, por lo que debían reforzarse éstos en el orden interno.

Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho internacional, la Organización de Estados Americanos entiende que luego de transcurrido el año de formulada la denuncia por el gobierno, Venezuela ha quedado formalmente separada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹⁴, quedando únicamente bajo su jurisdicción los asuntos ocurridos con anterioridad a esa fecha y por tanto siendo igualmente responsable el Estado, que se encuentra obligado a cumplir las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana, que versen sobre violaciones ocurridas con anterioridad al retiro, aunque tales decisiones se produzcan con posterioridad al mismo.

Por supuesto, también desde la perspectiva internacional, el Estado sigue obligado a respetar y cumplir los Derechos Humanos y los mecanismos de protección y reparación contenidos en los Pactos, Protocolos y Convenciones sobre Derechos Humanos que tiene válidamente suscritos y ratificados como miembro de la Organización de las Naciones Unidas.

Lo expresado lleva a considerar que estando temporalmente suspendida parte de la Constitución, por la inconstitucional y arbitraria decisión del gobierno nacional, en lo que respecta a las garantías

¹⁴ Adicionalmente, el gobierno nacional denunció la Carta de la Organización de Estados Americanos mediante comunicación de 27 de abril de 2017, que fue recibida en la Secretaría General de dicha Organización al día siguiente, poniendo en marcha el procedimiento de retiro del Estado venezolano.

Hay que mencionar que se produjo una situación jurídicamente extraña, pues consecuencia de la confluencia de un conjunto de circunstancias político-jurídicas nacionales e internacionales, se reconoció por una parte de la comunidad internacional a un presidente encargado y alternativo al régimen imperante en Venezuela.

Este presidente encargado mediante comunicación dirigida a la OEA, ratificó la intención de Venezuela de permanecer como Estado parte de la Carta de la OEA, el día 8 de marzo de 2019 y ello fue aceptado así por esta organización. Igualmente adoptó la decisión de depositar el instrumento de ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, el día 31 de julio de 2019. Ello así, la Convención Americana formalmente está vigente en Venezuela, no obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus pronunciamientos no ha hecho expresa referencia al respecto. Véase con provecho, A. R. Brewer-Carías, *Comentarios constitucionales sobre una transición hacia la democracia que no fue 2019-2023*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2023.

internacionales de protección y reparación de los Derechos Humanos, los ciudadanos no deben renunciar al derecho de exigir a todos los órganos que ejercen el Poder Público la aplicación íntegra y armónica de la Constitución, así como el respeto a la progresividad en el ejercicio de los derechos reconocidos en la propia Constitución y en el bloque de la convencionalidad respectivamente. Por tanto, se debe seguir actuando para que todos los derechos puedan ser disfrutados, protegidos, garantizados, restablecidos y reparados en el supuesto de ser afectados, vulnerados o desconocidos por el Estado u otros sujetos de derecho, conforme a los principios que inspiran un verdadero Estado Constitucional.

En atención a lo antes expuesto, se debe retomar el estudio del amparo constitucional como recurso sencillo, rápido y efectivo que debe ser regulado por los Estados nacionales, en virtud de la ejecución de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y analizar cómo la reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 2014 pudo haber contribuido a reforzar la protección de los Derechos Humanos en el orden interno -ante la ausencia parcial de los medios de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos-; sin embargo, dado que ello excedería el objeto del presente estudio, el mismo se limitará a destacar la originalidad en la creación, el desarrollo y la evolución del amparo constitucional en general y el cautelar en especial; así como la evolución que se ha experimentado con la regulación posterior en los textos legales que han tenido incidencia en su actual existencia.

III. LA INFLUENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LA ELABORACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE 1988

Durante la vigencia de la Constitución de la democracia (23 de enero de 1961 al 30 de diciembre de 1999), el máximo órgano jurisdiccional fue la Corte Suprema de Justicia y en su condición de garante de la supremacía y efectividad de la misma, así como de sumo intérprete y guardián de su aplicación y de la efectividad de los derechos humanos, fue formulando sus criterios sobre la institución del amparo constitucional en el país.

Cabe recordar que la Constitución de 1961, en el artículo 49 reconocía el derecho a la protección judicial de los derechos humanos, a través del amparo constitucional, en los siguientes términos:

“Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida”.

Por su parte, la Disposición Transitoria Quinta estableció con carácter temporal que “El amparo de la libertad personal, hasta tanto se dicte la ley especial que lo regule conforme a lo previsto en el Artículo 49 de la Constitución, procederá de acuerdo con las normas siguientes”, regulando así las condiciones de su tramitación.

Durante algún tiempo esta regulación llevo a sostener que mientras no se dictase la respectiva ley, estas normas eran programáticas y por tanto no se podían aplicar de manera inmediata y directa¹⁵.

Esta tesis condujo a que inicialmente la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, mediante auto de 14 de diciembre de 1970, del magistrado Martín Pérez Guevara, al analizar el artículo 49 de la Constitución sostuviese que, “no es una norma directa e inmediatamente aplicable por los jueces, sino un precepto programático, sólo parcialmente reglamentada para la fecha en que la Constitución fue promulgada, y dirigido particularmente al Congreso, que es el órgano al cual compete la reglamentación de las garantías constitucionales, en conformidad con los artículos 136, ordinal 24, y 139 de la Constitución”.

Dos años más tarde, la misma Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, partiendo de los argumentos establecidos precedentemente, dictó el Acuerdo de 24 de abril de 1972, a instancia del Fiscal General de la República, en el que señalaba que “la competencia de los Tribunales de Primera Instancia y Superiores en lo Penal de la República, a que se refiere la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, se limita exclusivamente al conocimiento del recurso de hábeas corpus previsto en dicha norma; y que en consecuencia, toda decisión que no esté apoyada en la competencia específica de dichos Tribunales o que invada la atribuida por la Constitución y las Leyes, a otros órganos judiciales, constituye una usurpación o extralimitación de atribuciones”.

¹⁵ E. Agudo Freites, “Situación actual de la acción de amparo en Venezuela”, *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pp. 736-760.

Con respecto a este Acuerdo la doctrina científica advierte, que el mismo introdujo una matización de las conclusiones formuladas dos años antes, pues no se centró en exigir una ley que regulase expresamente el amparo constitucional para aceptar su ejercicio, sino en limitar la competencia de los tribunales penales a conocer únicamente del amparo a la libertad personal o hábeas corpus¹⁶.

Luego de más de una década, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, con ponencia del magistrado René De Sola, en sentencia de 20 de octubre de 1983, recaída en el caso Andrés Velásquez, comienza analizando la polémica interpretación que ha originado el artículo 49 de la Constitución. Es así como señala¹⁷:

“La norma transcrita ha sido objeto de divergente interpretación tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales, pues mientras algunos consideran que se trata de una norma simplemente programática cuya aplicación -salvo lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta- queda diferida hasta que se dicte la ley especial que regule la materia, otros estiman que la ausencia de este instrumento legal no impide el ejercicio del recurso de amparo, y en apoyo de este último criterio se invoca especialmente el aparte del artículo 50 de la propia Constitución que establece:

“La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Ello llevó a reconocer la admisión del recurso de amparo constitucional¹⁸ -distinto del hábeas corpus-, pero advirtiendo que los tribunales deben hacer un uso prudente y racional, “tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de que los provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria en la materia”.

Finalmente se declaró sin lugar el amparo constitucional, presentado por el candidato presidencial.

¹⁶ A. R. Brewer-Carías, , *Derecho de amparo y acción de amparo constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, p. 164.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, caso Andrés Velásquez, sentencia 203, de 20 de octubre de 1983, *Revista de Derecho Público* N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 169-170.

¹⁸ R. Escovar Salom, *El amparo en Venezuela*, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1971.

Con estos antecedentes, se planteó una demanda de amparo constitucional ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, que fue resuelta en sentencia de 6 de agosto de 1987. Esta decisión contó con la ponencia de la magistrada Josefina Calcaño de Temeltas y en ella se desarrolló el criterio jurisprudencial para la tramitación del proceso de amparo constitucional, mientras se expedía la ley reguladora. En esencia el fallo señaló lo siguiente¹⁹:

“Como se sabe, la ausencia de una ley reglamentaria del derecho genérico al amparo contemplado en el artículo 49 de la vigencia Constitución, ha hecho imperativo ir delineando sus caracteres propios y los del juicio a través del cual se le promueve, mediante principios y criterios jurisprudenciales orientadores, apoyados por calificados comentarios doctrinales sobre la materia. Así, en ocasiones por aplicación de principios generales del derecho, por vía interpretación analógica, o como resultado de reflexivos estudios sobre el tema, se han hecho pronunciamientos judiciales que han determinado los siguientes elementos constitutivos del derecho y de la acción de amparo”:

1. La titularidad de la acción de amparo corresponde a las personas naturales o jurídicas.
2. El acto lesivo puede imputarse a una autoridad pública, particulares, grupos u organizaciones privadas.
3. El acto lesivo puede comprender una acción o una omisión.
4. El agravio debe ser personal y directo.
5. El acto, hecho u omisión debe afectar concreta y directamente un derecho inherente a la persona, reconocido en la Constitución.
6. El amparo tiene carácter restitutorio, no indemnizatorio.
7. El acto lesivo debe ser manifiesta e incontestablemente inconstitucional.
8. El amparo es extraordinario, sólo procede cuando se hayan agotado, no existan o sean inoperantes otras vías procesales que permitan la reparación.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, caso Registro Automotor Permanente (RAP), sentencia 369, de 6 de agosto de 1987, *Revista de Derecho Público* N° 31, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1987, pp. 81-82.

9. Es un proceso de orden público, gratuito, igualitario y concentrado.

10. Se desarrolla bajo el principio de bilateralidad del proceso, para garantizar el derecho a la defensa.

11. La lesión debe ser actual, no procede frente a hechos pasados, ni futuros, salvo que se trate de una amenaza cierta, real y verificable.

12. El mandamiento tiene efectos particulares y concretos. No puede afectar a quienes no son parte de la controversia.

13. La brevedad y sumariedad no impide la apelación o revisión del fallo.

La Corte concluyó declarando la procedencia de la apelación intentada por el Procurador General de la República y en consecuencia revocando la sentencia de primera instancia, que había concedido el amparo constitucional intentado por un ciudadano.

Esta sentencia tuvo el doble mérito, por una parte, deja atrás de forma definitiva la discusión sobre la viabilidad del amparo constitucional, como medio de protección de los derechos constitucionales distintos de la libertad personal, estableciendo las pautas a seguir para su admisión, tramitación y procedencia; pero además la sentencia tiene el valor de haber inspirado la regulación del amparo constitucional adoptada por el legislador en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, que con las interpretaciones efectuadas por los órganos jurisdiccionales, formalmente todavía sigue vigente.

IV. EL VANGUARDISMO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO, NACIONAL O INTERNO

A pesar de la creencia de algunos y la repetición acrítica de otro, que el desarrollo del control de convencionalidad difuso, nacional o interno, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos encuentra su reciente proyección, para unos a partir de unos votos particulares concurrentes de un juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰ y para otros a

²⁰ Corte IDH, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C, N°101, voto concurrente razonado

partir de un fallo del Tribunal Interamericano de 2006²¹, lo cierto es que esta tesis fue formulada por la Corte desde sus primeras sentencias, mientras ella misma ejercía el control de convencionalidad concentrado, internacional o externo²².

En efecto, el Tribunal en la sentencia de 29 de julio de 1988, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, por primera vez reconoció la obligación convencional de todos los órganos que ejercen el Poder Público, dentro de los Estados suscriptores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de asegurar la efectividad de los derechos humanos.

En palabras textuales de la Corte señaló²³:

“Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de *organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar,

del juez Sergio García Ramírez, párr. 27; caso *Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C, N° 114, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

²¹ Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, N° 154, párrs. 110 y 124. En este último párrafo sostuvo “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

²² J. C. Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca N° 2, 2009, pp. 109-128.

²³ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, N° 4, párr. 166; caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, serie C, N° 5, párr. 175.

además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.

En el reconocimiento de esta obligación convencional de todos los órganos que ejercen el Poder Público -ratificado entre otras decisiones en el caso *Gelman*²⁴-, se encuentra el origen del control de convencionalidad difuso, nacional o interno, en aplicación del bloque de convencionalidad, tal como fue realizado por la Corte Suprema de Justicia dos años y medio después, en la sentencia de 4 de diciembre de 1990, con ponencia de la magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, en el caso *Mariela Morales de Jiménez*²⁵, quien estando embarazada fue removida y retirada del cargo de Directora de la Comisión Nacional de Legislación, Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia.

En esa ocasión la Sala Político Administrativa comenzó analizando la vigencia e interpretación de los artículos 74 y 93 de la Constitución, que reconocían los derechos subjetivos constitucionales a la protección de la maternidad y la mujer trabajadora, los cuales resultaban exigibles al Estado -aunque no existiese ley que los desarrollase-, por parte de las personas y que los tribunales debían proteger en caso de evidente violación.

Se sostuvo que ambas disposiciones constitucionales pretenden una protección especial, que se traduce en el derecho a la inamovilidad en el cargo de la mujer trabajadora embarazada, con el consiguiente derecho a disfrutar del descanso pre y post-natal para llevar a feliz término la gestación. Estos derechos son inherentes a la persona humana y se encontraban constitucionalizados en el artículo 50 de la Constitución.

En este orden de ideas, la Corte mencionó tanto el artículo 3 del Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la protección de la maternidad, como el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que reconoce el derecho a la protección de la mujer trabajadora embarazada.

En razón de lo expuesto, la Corte concluyó que tanto la normativa supranacional como las normas constitucionales reconocen los derechos a la protección de la maternidad y de la mujer trabajadora, que se materializa

²⁴ Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, N° 221, párr. 193.

²⁵ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, caso *Mariela Morales de Jiménez*, sentencia 661, de 4 de diciembre de 1990, *Revista de Derecho Público* N° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 83-85.

a través de la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y a disfrutar del descanso pre y post-natal, lo que conduce a que cualquier intento de retiro o despido que no tenga justificación en motivos disciplinarios, configure una lesión de los mencionados derechos.

Esto condujo a ordenar la inmediata incorporación al cargo del cual había sido retirada, a la señora Mariela Morales de Jiménez.

Este fallo constituye un auténtico parteaguas en la protección de los derechos humanos²⁶, a través del proceso de amparo constitucional, -que para ese momento ya había sido regulado por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales-, pues la Corte Suprema de Justicia fue pionera en lo que se conocería luego como el diálogo jurisprudencial²⁷ y además en la aplicación directa de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos²⁸, para asegurar la efectividad de éstos.

V. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL AMPARO CONSTITUCIONAL CAUTELAR

La posibilidad de formular una pretensión de amparo constitucional, conjuntamente con una demanda de inconstitucionalidad de leyes y demás

²⁶ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, caso Reina de Jesús Henríquez, sentencia 638, de 5 de diciembre de 1991; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, caso Andreina Morazzani Senior, sentencia 722 de 23 de mayo de 2002; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, caso Wendy García Vergara, sentencia 742, de 5 de abril de 2006; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, caso Magdalena Coromoto Símbolo de Gil, sentencia 1481, de 4 de noviembre de 2009; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, caso Yelitza del Carmen Vivenes, sentencia 824, de 22 de junio de 2011.

²⁷ C. Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012; G. Pérez Salazar, *Diálogo jurisprudencial en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2020.

²⁸ Siguiendo esta línea argumentativa, en las decisiones que se mencionan seguidamente se aplicaron los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos: Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 16 de marzo de 1993, caso Hernán Grüber Odreman; Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 30 de julio de 1996, caso Abdón Vivas Terán; Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 5 de diciembre de 1996, caso Comunidades Indígenas del Estado Amazonas; Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 6 de noviembre de 1997, caso José Fernando Núñez; Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 20 de enero de 1998, caso Militares con VIH.

actos estatales normativos o con una demanda contencioso administrativa de anulación o de abstención fue establecida por el legislador, en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988.

El primero de estos artículos, en su único aparte señala:

“La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia (*rectius: Tribunal Supremo de Justicia*), si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad”.

En tanto que el segundo expresa:

“La acción de amparo procede contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz, acorde con la protección constitucional.

Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad, conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma breve, sumaria y efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, *suspenderá los efectos mientras dure el juicio*”.

Sin embargo, como de las disposiciones transcritas no se evidenciaba la verdadera naturaleza jurídica de estas pretensiones, tal precisión le correspondió efectuarla al Poder Judicial, mediante una interpretación constitucional, progresiva y audaz, de las referidas normas jurídicas.

Es por ello, que seguidamente se hará referencia a las sentencias líderes, tanto las anteriores a la reforma constitucional, como las que se dictaron luego de entrada en vigencia la reforma de la Constitución en 1999, que contribuyeron a precisar la auténtica naturaleza jurídica de las pretensiones de amparo constitucional conjuntamente interpuestas con las

demandas de inconstitucionalidad contra leyes y demás actos estatales normativos o con las demandas contencioso administrativos²⁹.

5.1. El criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia

La Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la magistrado Josefina Calcaño de Temeltas, en sentencia de 10 de julio de 1991, al realizar una interpretación de los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en un asunto que pasó a constituir un *leading cases* dentro de la jurisprudencia, estableció que cuando se interpone una demanda contencioso administrativa, con el objeto de obtener la anulación de un acto administrativo o de obtener una condena contra una conducta omisiva o la negativa expresa de la Administración Pública a cumplir un deber legal, conjuntamente con la pretensión de amparo constitucional, debe entenderse que ésta tiene una naturaleza cautelar, subordinada, accesorio o subsidiaria de la pretensión principal, valga decir, de la pretensión de anulación del acto administrativo o de la pretensión de condena de la Administración Pública a que se realice una determinada actividad y en consecuencia, la decisión judicial que resuelva la pretensión cautelar tiene vigencia temporal, provisoria, mientras se dicta la sentencia sobre el mérito de la controversia.

5.2. El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³⁰, conociendo de un amparo constitucional contra sentencia, analizó la naturaleza de la pretensión de amparo constitucional formulada en una demanda contencioso administrativa y señaló:

“Las anotadas condiciones demuestran que su naturaleza es cautelar y que tal cautela existe por la urgencia en que se encuentra el que accede a esa acción.

²⁹ V. R. Hernández-Mendible, “El Amparo Constitucional desde la Perspectiva Cautelar”, *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 1219-1303.

³⁰ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 156, de 24 de marzo de 2000.

Este carácter cautelar de la acción se resalta en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que permiten que la acción se ejerza conjuntamente con la acción de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, a fin de que se suspenda la aplicación de la norma, mientras dure el juicio de nulidad; o que se ejerza conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos, a fin de que mientras dure el juicio se suspendan los efectos del acto recurrido”.

Tal como se aprecia del texto parcialmente transcrito, el máximo y último intérprete de la Constitución, ha mantenido el criterio, luego de la entrada en vigencia de la reforma de la Constitución en 1999, de que los supuestos contemplados en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, mantienen plena vigencia y que en consecuencia, la pretensión de amparo constitucional conserva su naturaleza cautelar, mientras duren los juicios de inconstitucionalidad, de anulación o abstención que respectivamente contemplan dichos artículos, quedando a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional competente para conocer de la causa principal, decretar tal medida, si lo considera procedente para la protección constitucional.

VI. LA AMENAZA DE SUPRESIÓN DEL AMPARO CONSTITUCIONAL CAUTELAR

La reforma de la Constitución de 30 de diciembre de 1999 contiene un doble reconocimiento, que resulta capital en el desarrollo de una sociedad democrática. Se trata de dos principios superiores que gobiernan la vida de los hombres libres, iguales, justos y responsables del mundo occidental. Uno está constituido por la declaración de “Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia”, mencionada en el artículo 2 de la Constitución; y el otro, por la reafirmación de uno de los principios superiores que aspiran todos los hombres civilizados, como lo es el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 26 de la Constitución, a los fines de lograr resolver pacíficamente los conflictos en los que potencialmente se puedan ver involucrados.

Estas declaraciones llevaron a que recién entrada en vigencia la reforma constitucional, algunos operadores jurídicos sostuviesen que se había experimentado una especie de terremoto en el ordenamiento jurídico, que condujo al desmoronamiento de todas las leyes e instituciones procesales previas a la reforma constitucional, lo que parecía legitimarlos

a ellos para reinventar o ensayar *lege ferenda* soluciones jurídicas que carecían de la más absoluta racionalidad constitucional y legal.

Nada más falso que esa apreciación, pues la concepción de Estado social de Derecho no es una creación de la reforma de la Constitución de 1999, sino el reconocimiento expreso de una tradición constitucional que se remonta al año 1947 y que inspiró la concepción de Estado que existió durante los treinta y ocho años que estuvo en vigencia la Constitución de 1961³¹.

En tanto, el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, “le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la Justicia existe con independencia de que figure en las Declaraciones de los derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los ordenamientos positivos se limitan a protegerlo, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos y tradicionales”³².

Es así, como el derecho a la Justicia, -al igual que otros derechos inherentes a la persona humana-, fueron reconocidos en las convenciones y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos válidamente suscritos y ratificados por Venezuela, siendo en consecuencia derechos que gozaban de reconocimiento y rango constitucional, en virtud de lo dispuesto en los artículos 50 y 68 de la Constitución de 1961.

En este sentido, el reconocimiento que realiza el artículo 26 de la Constitución de 1999, no supone la aparición de un derecho nuevo, sino el reconocimiento de un derecho que debe considerarse ha existido desde la instauración del Estado Constitucional. Por tanto, esta norma superior no ha supuesto la desaparición del ordenamiento procesal vigente; sino la reafirmación de la validez del ordenamiento jurídico previo a la reforma constitucional, que garantiza el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

Ello es así, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no es un fin en sí mismo, sino que es un derecho de naturaleza procesal o adjetiva, que se alcanza a través del ejercicio del derecho al debido proceso, los cuales tienen por objeto garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos de

³¹ R. Combellas, *Estado de Derecho. Crisis y Renovación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 53-58; 89-96.

³² J. González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 25-26.

contenido sustantivo y como ha señalado la jurisprudencia inveterada y lo ha reconocido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³³, siempre que se respete el contenido esencial es de libre configuración legal, en virtud de lo dispuesto en los artículos 49, 156.32 y 187.1 de la Constitución.

En tal virtud, el tema que corresponde abordar está relacionado con la debida articulación del engranaje jurídico, para garantizar el ejercicio de los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, así como el debido proceso, como medios de protección de los Derechos Humanos reconocidos directamente por la Constitución y las convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos y que gozan de jerarquía constitucional, en virtud de lo establecido en el propio sistema jurídico que establece la Constitución.

La garantía del ejercicio, goce, disfrute, protección y restablecimiento de los Derechos Humanos se puede lograr mediante varias vías procesales, reconocidas en la Constitución y reguladas por las leyes. Una de esas vías, que constituye el objeto de este análisis es el amparo constitucional³⁴, previsto en el artículo 27 de la Constitución, el cual establece:

“Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad de restablecer inmediatamente, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna”.

³³ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 312, de 20 de febrero de 2002.

³⁴ R. Chavero, *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 20-ss.

No se puede soslayar que posteriormente a la publicación de la reforma de la Constitución el día 30 de diciembre de 1999, se produjo un hecho constitucional insólito como fue la nueva publicación del texto de la Constitución el día 24 de marzo de 2000, por supuesto “error material”, en el que se efectúan correcciones al texto aprobado mediante referendo y publicado en Gaceta Oficial, pero además aparece publicada de manera previa al texto reimpresso una “exposición de motivos” apócrifa, que no había sido elaborada al presentar el proyecto de reforma constitucional, que no fue sometida a referendo y menos publicada con la versión original de la Constitución de 1999.

Ese texto cuyo autor intelectual y material no fue la Asamblea Nacional Constituyente que ya se había disuelto, además tiene la particularidad de pretender imponer directrices de actuación a los órganos que ejercen el Poder Público, yendo más allá del objeto atribuible a un documento de esta naturaleza. Concretamente en lo referente a la materia del amparo constitucional efectúa los siguientes señalamientos:

“Por su parte, como consecuencia de lo anterior y dado que sólo la Sala Constitucional será competente para resolver las acciones de amparo en el Tribunal Supremo de Justicia, la ley orgánica respectiva deberá eliminar la acción cautelar de amparo que se ejerce conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad y que permite a la Sala Político-administrativa y Electoral, suspender los efectos de los actos administrativos cuya nulidad les corresponde conocer y decidir. Para ello, la legislación deberá dotar al juez contencioso administrativo de todo el poder cautelar necesario para decretar de oficio o a instancia de parte, cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y el restablecimiento de sus situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso de que se trate, bien sea a través de órdenes de hacer o no hacer, incluyendo el pago de sumas de dinero, que se impongan a la administración dependiendo del caso concreto.

De igual manera y con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, la ley orgánica deberá eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio. Aunado a ello, la legislación deberá establecer expresamente que en caso de que un acto administrativo

estuviere viciado de inconstitucionalidad o de algún vicio que acarrea nulidad absoluta, no operará en modo alguno, el plazo de caducidad para el ejercicio del recurso contencioso administrativo de nulidad. Lo anterior tiene por objeto ofrecer al administrado una protección de sus derechos humanos acorde con el principio de progresividad consagrado en la Constitución, una vez eliminada la acción de amparo cautelar contra actos administrativos.

Por otra parte, consecuente con lo antes expuesto, la ley orgánica respectiva eliminará la acción de amparo cautelar que se ejerce conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas, teniendo en cuenta que en este sentido la Sala Constitucional tiene el poder cautelar propio de toda Corte o Tribunal Constitucional en derecho comparado, en virtud del cual puede decretar cualquier medida cautelar que fuere necesaria para proteger los derechos humanos y garantizar la integridad de la Constitución, incluyendo la suspensión de los efectos de la norma cuya nulidad se solicite, únicamente para la situación concreta de los accionantes, partes o terceros que intervienen en el proceso y mientras dure el juicio de nulidad correspondiente”.

A pesar de lo expuesto en la exposición de motivos de la Constitución, no se debe considerar como un mandamiento normativo que insoslayablemente deben cumplir los órganos que ejercen el Poder Público. En tal sentido, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional ha señalado que³⁵:

“Sin embargo, antes de analizar lo establecido en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República, debe esta Sala aclarar la naturaleza de ese documento, en el sentido que lo expresado en el mismo se consulta sólo a título referencial e ilustrativo para el análisis de la norma constitucional, ya que él constituye un documento independiente al Texto Constitucional propiamente dicho y, no siendo parte integrante de la Constitución, no posee carácter normativo. No puede entonces fundamentarse en la Exposición de Motivos la justificación jurídica para interpretar una modificación, ampliación o corrección de lo expresado en el Texto Fundamental. No puede igualmente otorgarse un carácter interpretativo de la Constitución a la Exposición de Motivos, cuando la misma Consti-

³⁵ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 93, de 6 de febrero de 2001.

tución le otorga dicho carácter expresamente a esta Sala. La Exposición de Motivos constituye simplemente una expresión de la intención subjetiva del Constituyente, y tiene el único fin de complementar al lector de la norma constitucional en la comprensión de la misma.

Esta Sala, no obstante, dentro de su carácter de máximo intérprete de la Constitución establecido en el artículo 335 del Texto Fundamental, puede señalar lo establecido en la Exposición de Motivos como soporte de su interpretación y otorgarle carácter interpretativo a lo establecido en esta o, sencillamente, desechar o no considerar lo establecido en tal documento, en aras a la interpretación progresiva del Texto Fundamental”.

Ello así, aún en el supuesto que la exposición de motivos hubiese sido elaborada legítimamente por la Asamblea Nacional Constituyente, al no ser parte de la Constitución, ni tener carácter normativo, el legislador no se encuentra atado a ella, -pues dentro de los lineamientos normativos de la Constitución, el legislador tiene libertad de configuración-, por lo que no existía el deber de suprimir la pretensión de amparo constitucional cautelar contra las leyes y demás actos estatales normativos o contra la actividad e inactividad administrativa.

Por el contrario, al analizar la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional³⁶, en su condición de máximo y último intérprete de la Constitución, se había pronunciado favorablemente a la misma en los siguientes términos:

“Dicho artículo, a juicio de esta Sala, no colide con la Constitución y por lo tanto, tiene plena vigencia, y según él, las acciones de amparo pueden ejercerse conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad de actos administrativos o contra las conductas omisivas”.

Señalado esto se debe mencionar, que la adaptación legislativa del amparo constitucional a la reforma constitucional de 1999 se ha producido con la mora que ha caracterizado al legislador, es decir, han transcurrido catorce años y medio de entrada en vigencia aquella, para que se produjese la sanción de la reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en 2014.

³⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 20 de enero de 2000.

Para comprender lo que pudo suceder con el amparo constitucional cautelar, se deben estudiar los antecedentes de formación de la Ley, lo que se hará sucintamente:

6.1. La evolución legislativa del anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales

El texto elaborado como anteproyecto de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que fue presentado al Poder Legislativo y sancionado en primera discusión, el 22 de octubre de 2013, constaba de un total de 55 artículos, una disposición derogatoria y una disposición final.

Este documento al formular la propuesta de regulación del amparo contra normas en el artículo 13 establecía lo siguiente:

“Amparo contra Normas

Es procedente la acción de amparo constitucional frente a las violaciones o amenazas de violación de derechos y garantías constitucionales, que deriven de la aplicación de una norma que colida con la Constitución”.

Por su parte, el artículo 16 del anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, proponía la manera de regular el amparo contra la Administración Pública, en la forma que se transcribe a continuación:

“Amparo contra actuaciones de la Administración

La acción de amparo constitucional procede contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o garantía constitucional, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional requerida.

Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, deberá formularse ante el Juez Contencioso Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad, conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el juez o la jueza con su poder cautelar, en forma breve, sumaria, efectiva, si lo considera procedente

para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio de amparo.

Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en las leyes relacionadas con la materia afín a la acción de amparo constitucional pertinente”.

Una vez aprobado en primera discusión, el texto fue remitido a la Comisión Permanente de Política Interior del Poder Legislativo, que el día 9 de mayo de 2014, presentó el Informe ante la Secretaría del órgano legislativo, que contenía el texto del proyecto de reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual constaba de un total de 71 artículos, una disposición derogatoria y una disposición final.

Es el caso que en la redacción propuesta se eliminó la norma que expresamente regulaba el amparo contra normas y en lo que respecta al amparo contra las actuaciones administrativas, la propuesta del artículo 15 quedaba formulada en los siguientes términos:

*“Competencia de la acción de amparo constitucional
contra actuaciones administrativas*

Sin perjuicio de lo establecido en el numeral 5 del artículo 24 de la presente Ley, en los casos que fuere procedente por excepción la acción de amparo constitucional contra los actos, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones de la Administración o de cualquier otro órgano, ente o particular en ejercicio de la función administrativa, la competencia en primera instancia corresponde a los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La acción de amparo constitucional con ocasión de la prestación de servicios públicos compete a los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

Este articulado fue sometido a la segunda discusión del proyecto de Ley, durante las sesiones de mayo, junio y finalmente sancionada la Ley el día 22 de julio de 2014, habiendo sido enviada el día 25 de julio de 2014 a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines

de que se pronunciase sobre el carácter orgánico de la misma y la Sala Constitucional reconoció extemporáneamente tal carácter a la Ley³⁷.

6.2. La reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales

Al analizar el texto de la sancionada Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 2014, quedó en evidencia la intención de eliminación tanto del amparo constitucional contra las leyes y demás actos estatales normativos, como de la pretensión de amparo constitucional cautelar contra los mismos.

También fue eliminada la pretensión de amparo constitucional cautelar contra la actividad e inactividad administrativa, quedando únicamente el amparo constitucional contra las mismas, reducido a los supuestos excepcionales que contempla el artículo 14 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que se encuentra redactado como se transcribe a continuación:

*“Competencia de la acción de amparo constitucional
contra actuaciones administrativas*

Una vez agotados todos los medios procesales existentes o que los mismos no resulten adecuados para restituir o salvaguardar el derecho lesionado o amenazado, por excepción en los casos que fuere procedente, la competencia en primera instancia para conocer de la acción de amparo constitucional contra los actos, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones y omisiones de la administración o de cualquier otro órgano, ente, misiones o particular en ejercicio de la función administrativa, corresponde a los juzgados superiores estatales de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

La acción de amparo constitucional con ocasión de la prestación de servicios públicos compete a los juzgados de municipio de la jurisdicción contencioso administrativa”.

A lo anterior cabe añadir, que la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, estableció lo siguiente:

³⁷ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1573, de 18 de noviembre de 2014.

“Se deroga la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 34.060 del 27 de septiembre de 1988 y todas las disposiciones que contraríen a la presente ley”.

En razón de lo anterior, corresponde analizar cómo quedó el amparo constitucional cautelar, luego de la sanción de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 2014.

6.3. El amparo constitucional cautelar a partir de la reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 2014

Corresponde señalar que la eliminación de la regulación de las dos modalidades de amparo constitucional cautelar establecidas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988 y la aplicación del principio de que la ley solo se deroga por otra Ley³⁸, llevaría a la obvia conclusión respecto a que el amparo constitucional cautelar -así como el amparo contra leyes y demás actos estatales normativos; y al menos de manera directa e inmediata contra la actividad e inactividad administrativa- lamentablemente fueron eliminados del ordenamiento jurídico.

No obstante, la conclusión no resulta tan simple, pues al operador jurídico le puede surgir la duda al existir una alusión -aunque referencial-, al amparo constitucional cautelar en el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³⁹, en la que se señala:

“Este procedimiento regirá la tramitación de las medidas cautelares, incluyendo las solicitudes de amparo constitucional cautelar, salvo lo previsto en el artículo 69 relativo al procedimiento breve”.

³⁸ Artículo 218 de la Constitución.

³⁹ La propuesta de proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2000, proponía ampliar el espectro de medidas cautelares que podían ser solicitadas y concedidas en el proceso administrativo, sin hacer alusión al amparo constitucional cautelar, pues no correspondía su regulación al objeto de esta Ley, pero ello no significaba que la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales quedasen sin protección cautelar; sino que la misma se garantizaba a través de la vía procesal cautelar ordinaria, establecida a los efectos del proceso administrativo, en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Cfr. V. R. Hernández-Mendible, “La Jurisdicción Contencioso Administrativa”, *Revista de Derecho* N° 2, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000, pp. 283-340.

Ahora bien, siendo que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa tiene un objeto distinto de la regulación del amparo constitucional cautelar y que la alusión contenida en la norma citada ni siquiera pretende darle un tratamiento especial a esta manifestación de las medidas cautelares en el proceso administrativo, sino únicamente uniformar el procedimiento de su sustanciación al del resto de las medidas cautelares, la mención efectuada por la disposición antes transcrita no aportaría nada a la supervivencia del amparo constitucional cautelar, por las dos razones que se mencionan seguidamente.

La primera, parte del principio de que la Ley especial deroga a la Ley general en la materia de especialidad, lo que se traduce en el presente caso que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 2014 que es la ley especial, elimina el amparo constitucional cautelar en las distintas modalidades que habían sido establecidas por la ley que viene a reformar, que las había creado y regulado en sus consecuencias jurídicas, por lo que la referencia contenida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, quedaría virtualmente derogada.

La segunda surge del principio de que la Ley posterior deroga a la Ley anterior, lo que supone que siendo posterior la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 2014 y estableciendo expresamente ella que derogaba toda norma que la contraríe, debe entenderse derogada la norma de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010, que menciona a título referencial una modalidad de amparo constitucional cautelar que el legislador decidió desaparecer, por lo que debe considerarse que la expresión referida al amparo constitucional cautelar contenida en la ley anterior ha quedado virtualmente eliminada, no así el resto del contenido de la norma.

Sin embargo, aunque las anteriores consideraciones deberían ser suficientes para resolver la posible duda sobre la vigencia o desaparición forzosa del amparo constitucional cautelar, debe analizarse un aspecto adicional, que se podría traer a colación a propósito de la posición asumida por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional.

En efecto, el Tribunal ha señalado que siendo la tutela cautelar de orden público, la ausencia de regulación expresa no constituye óbice para que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse en caso que se le plantease un amparo constitucional cautelar, aunque la ley textualmente no lo

contemplase. En tal sentido la Sala Constitucional ha indicado lo siguiente⁴⁰:

“Conforme a los rasgos enunciados y a la naturaleza garantista de la tutela cautelar, el legislador patrio reconoció en la nueva Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal, uno de los caracteres más novedosos y progresistas de estas medidas, a saber, su carácter innominado, el cual consiste, en que el poder de resguardo que tienen los jueces y, concretamente esta Sala, sobre las situaciones llevadas a juicio se extiende a cualquier medida positiva o negativa que sea necesaria para la protección efectiva de los justiciables.

De este modo, esta Máxima Instancia Jurisdiccional y en general, los tribunales, pueden adoptar cualquiera de las medidas cautelares expresamente recogidas en el ordenamiento jurídico, como ocurre con la suspensión de efectos, la prohibición de enajenar y gravar, etc., o dictar alguna providencia que, sin estar expresamente mencionada en la ley, permita la protección a los intereses y derechos ventilados en juicio.

En el presente caso, el accionante solicitó un amparo cautelar y, sobre el particular, es preciso advertir que aun cuando éste no se trata del amparo a que se refiere el primer aparte del artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues no estamos en presencia de una pretensión anulatoria en la cual pueda acordarse la suspensión de la norma impugnada, ello no es óbice para que, en el marco de las amplísimas potestades cautelares que tiene esta Sala, los justiciables puedan invocar la protección provisional de sus derechos fundamentales mientras se tramita o resuelve una acción principal, pues los amparos cautelares (como medidas nominadas de salvaguarda de derechos humanos), no son un efecto del derecho positivo (Entrena Cuesta, R. 1968. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos), sino que constituyen parte del catálogo abierto de medidas que pueden adoptar los tribunales en el desarrollo de la función jurisdiccional que desarrollan.

Por ello, mal podría esta Sala limitar la viabilidad del amparo cautelar a los juicios anulatorios, cuando, como afirma Rodríguez Zapata J. (1995. *Derecho Procesal Administrativo*. Madrid. Editorial Tecnos), la tutela cautelar es de orden público y es un poder jurisdiccional que debe ejercerse en salvaguarda de los justiciables aun cuando no se reconozca expresamente en la ley.

⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1084, de 13 de julio de 2011.

Significa entonces, que cualquier pretensión ejercitable ante esta Sala, puede ser acompañada de un amparo cautelar a los fines de la salvaguarda de los derechos fundamentales que pudieran encontrarse comprometidos por la actuación u omisión que se denuncia como lesiva, y la procedencia de éste se encontrará determinada, como en cualquier amparo constitucional, por los efectos dañosos sobre el derecho cuya tutela se invoca.

Determinado lo anterior, es necesario observar que el accionante se limitó a señalar que solicitaba un amparo cautelar sin desarrollar los fundamentos de su pretensión y, en tal sentido, esta Sala precisó en la sentencia N° 1795 del 19 de julio de 2005, (caso: *Inversiones M7441, C.A. y otros*), que al momento de emitirse los proveimientos cautelares “...deberán tomarse en cuenta los alegatos y la debida argumentación relativa a los hechos y al derecho que se invocan para lograr la convicción de la Sala respecto a su procedencia, sino que también se tomará en cuenta todo instrumento que pueda ser aportado junto al escrito para tales efectos, siempre que ello sea posible. Claro está, en toda esta tramitación debe tenerse siempre presente que el estudio de la constitucionalidad de las normas y en general de los actos u omisiones estatales, no exige mucho de los hechos”. Ello sin menoscabo de la posibilidad que tiene la Sala de acordar una medida cautelar de manera oficiosa, siempre que se verifiquen circunstancias de notoriedad que hagan evidente la necesidad de proteger de manera inmediata y provisional los derechos que una situación elevada a esta instancia pudieran estar afectando.

En el presente caso, la inexistencia de argumentos que apoyen la pretensión cautelar, aunada al hecho que tal como dispone el artículo 22 del Texto Fundamental, “*la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos*”, conducen a esta Sala a estimar no cumplidos los supuestos de procedencia necesarios para acordar el amparo solicitado y, así se decide”.

Aunque la sentencia de la Sala Constitucional parcialmente transcrita termina desestimando la pretensión de amparo constitucional cautelar, sostiene que al tratarse éste del elenco de medidas cautelares que las personas pueden formular al órgano jurisdiccional en cualquier clase de procesos – incluso distintos de aquellos en lo que se pretende la nulidad de una ley o un acto administrativo-, éste tiene la potestad de concederla, incluso de oficio, con la finalidad de tutelar los derechos constitucionales que pudieran quedar afectados por la actuación u omisión que se denuncia como lesiva.

No obstante, que esta explicación viene a satisfacer un hilo argumentativo que resulta favorable para la pretensión y eventual concesión de todas las medidas cautelares, consideradas las mismas como inherentes al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, debe tenerse presente que el derecho al debido proceso legalmente establecido produce consecuencias en cada caso, que son previamente configuradas por el legislador, como sucedía con el levantamiento de la carga de agotar la vía administrativa previa -cuando ello era obligatorio- o de la interdicción de verificación de la caducidad de la demanda en el proceso administrativo por el órgano jurisdiccional, a los fines de dar trámite al proceso y tutelar provisionalmente los derechos constitucionales violados o amenazados de violación, mientras se tramitaba aquél.

Claro está, que la regulación legal inicialmente contemplaba tales excepciones en el proceso administrativo, en tanto el amparo constitucional cautelar fuese concedido, pues en caso contrario, ambas condiciones de admisibilidad del proceso administrativo al ser de orden público debían ser revisadas por el órgano jurisdiccional y de no haberse cumplido con ellas, entonces debía procederse a revocar la admisión y declarar inadmisibles la demanda contencioso administrativa.

Es por ello que la sentencia de la Sala Constitucional debe ser leída en el sentido de entender que las personas podían pretender la concesión de medidas cautelares en cualquier clase de procesos, para lograr la protección de sus derechos constitucionales, -aunque la ley procesal respectiva expresamente no lo contemplase-, porque ello es una consecuencia tanto del derecho a la tutela judicial efectiva como de la preeminencia de los derechos reconocidos en la Constitución respecto a cualquier acto jurídico que pudiera afectarlos o desconocerlos. En tales casos la protección cautelar a la que se encuentra obligado el órgano jurisdiccional, a instancia de parte e incluso de oficio, tendría la finalidad de proteger los derechos constitucionales vulnerados o potencialmente vulnerables, como lo hacía el amparo constitucional cautelar.

Lo que no queda claro con la sentencia que se comenta es cuáles serían las consecuencias de seguir utilizando terminológicamente la expresión “amparo constitucional cautelar”, pues al no estar contemplada por el legislador y no derivarse de la misma potenciales consecuencias jurídicas para el proceso principal, éstas no podrían ser creadas por el órgano jurisdiccional, en virtud de la aplicación analógica o de la interpretación jurisprudencial, sin vulnerar el principio de reserva legal en materia de procedimientos.

En conclusión, la sentencia expedida por la Sala Constitucional constituye una apuesta resuelta por la tutela judicial efectiva y en particular por la tutela judicial cautelar como uno de sus atributos esenciales, pero no permite inferir que el amparo constitucional cautelar que fue una creación legislativa pueda existir y tenga unas consecuencias procesales concretas, sin una regulación legal expresa que así lo contemple, al menos en el marco del Estado Constitucional previsto en la Constitución de 1999.

Por tanto, al sancionarse la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 2014 y eliminarse el amparo constitucional cautelar tanto del proceso constitucional como del proceso administrativo, la referencia a dicha modalidad de amparo contenida en el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa había quedado vacía de contenido y en consecuencia se debía concluir que el mismo desapareció del ordenamiento jurídico.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La pretensión de amparo constitucional cautelar en sus dos modalidades, contra leyes y demás actos estatales normativos, así como contra la actividad e inactividad administrativa, vinculados ambos a un proceso principal, ha sido sin duda la manifestación más autóctona del moderno Derecho procesal de Venezuela y habiendo tenido una prolongada e intensa vida durante aproximadamente 27 años fue eliminada del derecho positivo sin una justificación racional, de un simple plumazo quedó suprimida por el legislador como un medio judicial de protección de los derechos constitucionales.

La sanción de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en 2014 no permitía hacer otra interpretación, -al menos aplicando los criterios que al respecto establece el artículo 4 del Código Civil-, para inferir que pudiera subsistir el amparo constitucional cautelar.

Ello así, la reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 2014, no solo fue regresiva porque eliminó el amparo constitucional cautelar como mecanismo de protección procesal de los derechos constitucionales, lo que únicamente podría ser corregido cuando se restituyese la Democracia y el Estado Constitucional y además se designasen auténticos jueces, realmente independientes e imparciales que actúen en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 2, 19 y 23 de la Constitución; sino porque se eliminó el amparo constitucional contra leyes y demás actos estatales normativos; involucrando el amparo constitucional contra la actividad e inactividad administrativa, al trans-

formar éste último en un proceso extraordinario, excepcional, subordinado al agotamiento previo de los procesos ordinarios, lo que resultaba más grave en el estado actual de los Derechos Humanos en Venezuela, luego del inconstitucional retiro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁴¹.

No obstante, hay que reconocer que tal actuación no debía sorprender en lo más mínimo, dado que durante la anterior dictadura -también se suprimió el hábeas corpus⁴²-, pues lo típico de cada gobierno totalitario es cobijarse en la apariencia de la nueva legalidad, para suprimir los mecanismos jurídicos alcanzados por la sociedad para la protección de sus derechos constitucionales.

Sin embargo, hay que destacar que habiéndose sancionado la regresiva reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y logrado el reconocimiento de su carácter orgánico por el Tribunal Supremo de Justicia, gracias a la incuria del Poder Ejecutivo nunca fue promulgada y por tanto no entró en vigor, por lo que luego de más de treinta años, la esencia de la influencia del pensamiento jurídico de Josefina Calcaño de Temeltas, se preserva hasta la actualidad.

⁴¹ V. R. Hernández-Mendible, El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad. Originalidad y desaciertos, AA.VV., *Estudios sobre el Control de Convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 141-166.

⁴² Disposición Transitoria Décima Quinta de la Constitución de 5 de julio de 1947, que luego sería eliminada en la Constitución de 14 de abril de 1953.

**EL CASO *TARJETAS BANVENEZ* Y
LA CONSOLIDACIÓN DE LA FIGURA DEL AMPARO
CAUTELAR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO***

*Allan R. Brewer-Carías***

SUMARIO

I. LOS DIVERSOS MECANISMOS PROCESALES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL. II. LA IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA DEL CASO TARJETAS BANVENEZ DE 1991. 1. LA ACCIÓN AUTÓNOMA DE AMPARO. 2. EL EJERCICIO ACUMULADO DE LA ACCIÓN DE AMPARO. 3. LA DISTINCIÓN ENTRE LOS DOS MECANISMOS PROCESALES DE AMPARO. 4. ANTECEDENTE Y SECUELAS DEL CASO TARJETAS BANVENEZ. III. ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA DEL CASO TARJETAS BANVENEZ DE 10 DE JULIO DE 1991 Y SU CONSOLIDACIÓN POSTERIOR. 1. ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN DE LA ANTIGUA CORTE SUPREMA EN EL CASO TARJETAS BANVENEZ (1991). 2. FORMALIDADES DE LA INTERPOSICIÓN Y EL OBJETO DE LAS PRETENSIONES. 3. CARÁCTER SUBORDINADO Y ACCESORIO DEL AMPARO. 4. EL CARÁCTER CAUTELAR. 5. LAS MODALIDADES DE LAS CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD EN EL EJERCICIO CONJUNTO DE LA PRETENSIÓN DE AMPARO CON UNA ACCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. 6. LA APELACIÓN DE LA DECISIÓN DE AMPARO. 7. EL RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS

* En homenaje a la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas.

** Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela.

CAUTELARES EN LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LOS CASOS DE AMPARO CAUTELAR EN LOS JUICIOS DE NULIDAD CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS

El caso *Tarjetas Banvenez* o de las “acciones de tesorería” del Banco de Venezuela, se inició en 1990, con motivo de la acción de nulidad contencioso administrativa intentada por un grupo de empresas relacionadas del Banco de Venezuela contra una Resolución de la Comisión Nacional de Valores de 26 de octubre de 1990, que había declarado ilegalmente las acciones que las mismas poseían de dicho Banco, “como acciones en tesorería” del mismo, impidiéndoles ejercer su derecho a voto en la Asamblea del Banco, violándole sus derechos constitucionales a la propiedad y libertad económica.

La acción de nulidad que se intentó por ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa contra dicha Resolución se fundamentó, básicamente, en el alegato del vicio de nulidad por la incompetencia de la Comisión Nacional de Valores para dictarla, habiéndose formulado con la misma, además, una pretensión de amparo cautelar solicitando la suspensión de efectos de la misma, alegándose la violación de los derechos constitucionales de las empresas.

Se trató de un caso muy publicitado, en el cual se intentó una acción contencioso administrativa de anulación acompañada de una pretensión de amparo constitucional, lo que si bien se ajustaba a lo prescrito en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías constitucionales de 1988, no era todavía una vía judicial completamente comprendida en el foro.

El tema, sin embargo, lo clarificó la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en la muy importante sentencia de 10 de julio de 1991, dictada bajo la Ponencia de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas, precisamente en el caso *Tarjetas Banvenez* que llevamos con un grupo de destacados abogados entre los cuales estuvieron Armida Quintana Matos, León Enrique Cottin, Gabriel Ruan Santos y Carlos Ayala Corao.¹

¹ El texto de la sentencia puede consultarse en *Revista de Derecho Público*, N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 169-174. Sobre el caso y la sentencia véase: Allan R. Brewer-Carías (coord.), *El caso del Banco de Venezuela. Tomo I. La acción de amparo*, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos No. 4,

I. LOS DIVERSOS MECANISMOS PROCESALES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

En efecto, la necesidad de configurar conforme a la orientación del artículo 47 de la Constitución de 1961 (equivalente al artículo 27 de la Constitución de 1999), en la Ley Orgánica de Amparo de 1988, al amparo constitucional como un “derecho fundamental” y no sólo como una única “acción de amparo,” implicó la necesidad de conciliar el ejercicio del derecho de amparo con los medios judiciales existentes de protección constitucional, de manera que no quedasen éstos eliminados como tales, sino al contrario, reforzados. De allí las previsiones de los artículos 3, 5 y 6,5 de la Ley Orgánica de 1988 que previeron expresamente la posibilidad de la formulación de pretensiones de amparo constitucional conjuntamente con las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, con las acciones contencioso-administrativas de anulación y con las acciones judiciales ordinarias o extraordinarias; normas todas que propusimos en el proceso de formación de la Ley en la Cámara del Senado.²

Conocía bien esas previsiones pues se incorporaron en el texto sancionado de la Ley Orgánica de Amparo el 18 de diciembre de 1987 a propuesta mía raíz de mi intervención en la discusión en el Senado el 19 de noviembre de ese mismo año (a la cual me incorporé expresamente como Senador suplente que era), en la cual expresé el criterio general que luego la Corte Suprema de Justicia clarificaría en la sentencia del caso *Tarjetas Banvenez*, como se aprecia de los siguientes párrafos de mi intervención:

“Mediante el establecimiento de una acción de amparo no puede, ni debe sustituirse el orden judicial y procesal; no debe sustituirse el control de la constitucionalidad que se ejerce por las vías que existen; no debe sustituirse el control contencioso-administrativo que se desarrolla por las vías que existen; ni los otros recursos. Al contrario, todas esas vías deben perfeccionarse para que sirvan de instrumentos de amparo, y sólo si no pueden ser medios efectivos de protección

Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993. El texto de la sentencia está en pp. 397 ss. Sobre la importancia de dicha sentencia en materia de amparo, véase: Allan R. Brewer-Carías, *Derecho y Acción de Amparo Constitucional*, Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, pp. 523-578.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, “Propuestas de reforma al Proyecto de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1987)”, *Estudios de derecho público, (Labor en el Senado 1985-1987)*, Tomo III, Ediciones del Congreso de la República, Caracas 1989, pp. 205-229.

constitucional, entonces, que proceda la acción de amparo en forma “extraordinaria” como lo ha venido estableciendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, el principio debe ser que ese derecho a ser amparado — “Los tribunales ampararán,” como dice la Constitución—, debe ejercerse por todos los medios procesales posibles, muchos de los cuales hay que perfeccionar, y si no se logra la efectividad a través de esos medios, entonces, que proceda la acción de amparo.

De esta forma, técnicamente, quizás no políticamente, el amparo es un derecho, por lo que desde el punto de vista jurídico y procesal es una pretensión más. Por tanto, más que una acción en concreto, el amparo es una pretensión que debe formularse con las acciones y recursos que están establecidos en el ordenamiento jurídico, y si éstos no son efectivos para la protección constitucional, entonces, debe formularse a través de una acción autónoma de amparo que es la que estamos buscando regular en esta Ley. Inclusive, ha sido el criterio de la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia muy reciente, del 6 de agosto de 1987, en la cual la Corte señaló: “Lo relevante es que los efectos que se obtengan por la vía de los recursos ordinarios o principales sean los mismos que se pretendan derivar del ejercicio de la acción de amparo. La acción de amparo busca proteger el derecho constitucional y restablecer la situación jurídica infringida.”

Por tanto, lo relevante, como dice la Corte, es que los medios sean efectivos en cuanto al restablecimiento del derecho violado. Y se refiere la Corte en esa sentencia, que fue la dictada en el célebre caso del RAP, a los llamados medios paralelos como medios procesales, en cuyo caso el problema se concentra en los efectos de dichos medios: “Si permiten... (dice la Corte) ...la protección del derecho constitucional, el amparo (como acción autónoma) no será procedente,” porque se logrará el amparo por la vía judicial que permita efectivamente el restablecimiento. Si no hay un proceso idóneo para salvaguardar el derecho constitucional, entonces, —dice la Corte— “se abre el recurso o la acción de amparo,” y eso es, justamente, lo que nosotros tenemos que lograr al regular el derecho de amparo en esa Ley.

Esa es, pienso yo, establecida por la Corte, la doctrina clave en materia de amparo: que es una pretensión que puede y debe formularse a través de todos los mecanismos y acciones judiciales que

existan, y si éstos no son efectivos para la protección constitucional, entonces, debe proceder la acción autónoma de amparo...

Este problema se plantea, con carácter relevante, en materia de amparo frente a los actos de los órganos estatales (y éste es el punto que debe preocupar a la Cámara al discutir este Proyecto de Ley), cuando se trata de hechos, vías de hecho o acciones materiales de los órganos del Estado, de la Administración si son de los particulares, en mi criterio, el Proyecto no tiene objeción. Las protecciones frente a vías de hecho y actos materiales de particulares que puedan dar origen al amparo pueden perfectamente estar regulados y el Proyecto, insisto, no tendría ninguna observación.

El problema se plantea, por tanto, particularmente frente a actos estatales, y en concreto, frente a los actos formales del Estado: a las leyes, a los actos de gobierno, a los actos administrativos y a las sentencias. Y esos son, básicamente, los cuatro conjuntos de actos estatales. Así que quiero referirme muy rápidamente a estos aspectos.

[...]

El tercer aspecto que plantea la ley, aparte del “amparo contra leyes,” y el “amparo contra actos judiciales,” es el aspecto –yo diría también fundamental– del amparo contra los actos administrativos. Sobre esto hubo una advertencia formulada por la Procuraduría General de la República, en una comunicación dirigida hace poco a la Cámara de Diputados, a su Comisión de Política Interior, de la cual me voy a permitir leer un párrafo, con la venia del señor Presidente, (Asentimiento). Dice la Procuraduría, refiriéndose a la disposición del Proyecto, que exige un medio procesal breve y sumario –y no efectivo– para la protección, sino breve y sumario pura y simplemente, la siguiente: (Lee): “Se acabaría con el ordenamiento procesal venezolano. De acuerdo con el Proyecto, el amparo procede siempre –dice la Procuraduría– excepto si la ley ofrece un medio procesal breve y sumario capaz de proteger el derecho. Entonces si una pretensión cualquiera en la que esté involucrado un derecho fundamental, lo que ocurre casi siempre –dice la Procuraduría–...” (Y en efecto es muy difícil, por ejemplo, en materia contencioso-administrativa, que no se plantee la violación de un derecho constitucional) “no puede satisfacerse breve y sumariamente, puede utilizarse el amparo para obtener lo que se pide.” Y concluye un poco apocalípticamente la Procuraduría –apocalipsis el cual no comparto totalmente– diciendo: “Ello haría inútil –dice– todas las vías comunes

que establecen las leyes, tales como: El juicio de nulidad de actos administrativos, etc. .”

Esto es particularmente grave en materia administrativa y creo que esto debe llamar la atención a los señores Senadores. ¿Qué se persigue con el amparo? Restablecer inmediatamente una situación jurídica infringida. Así nos lo dice el artículo 49 de la Constitución y lo dice el Artículo Primero del Proyecto de Ley que estamos considerando. ¿Qué se persigue con el recurso contencioso administrativo contra los actos administrativos? Lo dice la propia Constitución, artículo número 206: El Juez puede –y es la pretensión la que va a guiar la decisión del Juez– restablecer la situación jurídica infringida. Este es el objeto del juicio contencioso. No podemos soslayar esto.

De manera que, si hay un acto administrativo envuelto, el problema del Proyecto se plantea en cuanto a la compatibilidad de las vías contencioso-administrativa y de amparo. Insisto, el problema no se plantea, las dudas que yo quiero traer a las Cámaras no se plantean, cuando estamos frente a una vía de hecho, una acción material –el Proyecto es inobjetable en este campo–; en cambio, el problema se plantea cuando estamos en presencia de un acto formal, de carácter administrativo, con todas las formalidades que tiene un acto administrativo de acuerdo a la Ley de Procedimientos Administrativos.

Si vamos a plantear una pretensión de amparo frente a un acto administrativo, necesariamente en algún momento tenemos que juzgar la legalidad o ilegalidad del acto. No se puede amparar dejando el acto incólume, porque se está rompiendo el orden jurídico; en definitiva, hay que anular el acto para poder amparar efectivamente; no se puede restablecer la situación jurídica y dejar el acto administrativo como si no hubiera pasado nada. Por eso el artículo 206 de la Constitución habla de la nulidad del acto y del restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas.

Por tanto, tratándose de amparo contra acto administrativo, no podemos obviar el principio de que el Juez de Amparo, en primer lugar, tiene que ser el Juez Contencioso-Administrativo, no el Juez de Primera Instancia. Ha costado mucho en nuestro país desarrollar un sistema de control contencioso-administrativo, lo que ha ocurrido durante los últimos treinta o cuarenta años; no tiremos esa experiencia por la borda, utilicémosla, aprovechémosla, hagamos del contencioso-administrativo un efectivo medio de amparo cuando la violación

de un derecho constitucional provenga de un acto administrativo, pero no acabemos simplemente con el contencioso-administrativo, buscando establecer el amparo. Vayamos a la acción de amparo, incluso, frente a actos administrativos, pero cuando no sea efectivo el medio procesal contencioso-administrativo. Allí sí, el Proyecto sería inobjetable, pero de entrada no tenemos por qué poner de lado el sistema contencioso-administrativo.

Esto se plantea particularmente, donde no haya un Tribunal Contencioso-Administrativo. En ese caso, si el sistema contencioso no es efectivo para la protección, entonces, se puede acudir a la acción de amparo. Pero donde sí es efectivo y existen dichos Tribunales, démosle al Juez Contencioso la potestad de amparar, o si se quiere, perfeccionémosle al Juez Contencioso, la potestad de amparar, porque esa la tiene en la actualidad, de manera que con el recurso de anulación se plantee la pretensión de amparo.

*El problema de la relación entre el amparo y el Contencioso-Administrativo, no es nuevo; al contrario, se ha venido planteando desde hace años; basta recordar una expresión que utilizaba el doctor Ramón Escovar Salom en el año 1971, en un libro suyo que se intitula *El Juicio de Amparo*: “Que habría que concebir de modo más nítido y preciso la acción de amparo frente a la Administración, para aquellos casos en que pueda servir la vía contencioso-administrativa ordinaria y seguir esta vía, pudiera ocasionar daños irreparables.” Es decir, cuando la vía contencioso-administrativa ordinaria no sea efectiva para la protección, entonces, el instituto del amparo debería proceder. Y señalaba: “El instituto del amparo y el instrumento Contencioso-Administrativa deben por tanto ser complementarios.” Si se logra la protección y es suficiente por la vía contencioso-administrativa, el Juez de Amparo debe ser el Juez Contencioso Administrativo. Si no es suficiente o no es posible, entonces el instituto de amparo, como acción, tal como está en el Proyecto de Ley, es la vía adecuada.*

Lo dicho, plantea la necesidad y es otra propuesta de carácter general que formulo, de conciliar el Recurso Contencioso-Administrativo con la acción de amparo y hacer que, efectivamente, la vía contenciosa, sea un medio de amparo. La vía contencioso-administrativa, de acuerdo con la Constitución, sirve para el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas por los actos administrativos –así lo dice el Texto Constitucional– y el instrumento

para hacer efectivo ese restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida, es lo que se denomina “la suspensión de efectos de los actos administrativos.” Lo que tenemos es que, para que sean efectivos los medios de amparo, agilizar ese mecanismo y perfeccionarlo.

La propia jurisprudencia que se ha venido desarrollando, ha venido delineando este mecanismo de la suspensión de efectos de los actos administrativos, como un efectivo medio de amparo. En efecto, en una sentencia del año 1985, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, al hablar de la suspensión judicial de los efectos de los actos administrativos, decía: “En virtud de su carácter de incidencia breve y sumaria y no contenciosa, la medida de suspensión jurisdiccional de los efectos de los actos administrativos –dice– participa de la naturaleza de la acción de garantía y amparo de los derechos ciudadanos, y por ello los Jueces de lo Contencioso-Administrativo también tienen las funciones de protegerlos y por tanto, dentro de su competencia, asumen estos Jueces la de velar por la protección de aquellas garantías fundamentales. De modo que, si no se acuerda dicha medida oportunamente, la de la suspensión de efectos y con sumariidad, se desvirtuarían los fines de protección y de amparo ciudadano que también tienen los recursos de anulación, frente a los actos administrativos.”

En esta forma, la suspensión de efectos en vía administrativa es el instrumento de amparo para el restablecimiento inmediato de una situación jurídica infringida. No acabemos con esta institución, perfeccionémosla, permitamos que el Juez Contencioso, efectivamente, sea un Juez de Amparo; y si no puede efectivamente serlo, por alguna razón, entonces, que proceda la acción de amparo que está en el Proyecto de Ley, pero no sustituyamos una por la otra. Hagamos –insisto– del contencioso-administrativo un efectivo medio de amparo. De lo contrario, si se aprueba el Proyecto de la Ley tal como está, en materia contenciosa se plantearía lo que la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en otra sentencia precedente del 26 de enero de 1984, señalaba, y que voy a comentar con la venia del Presidente. (Asentimiento). Dice: (Lee): “Cuando frente a una determinada actuación de la Administración se prevea un medio específico para controlar la inconstitucionalidad o ilegalidad, para obtener el restablecimiento de un derecho a garantía violado, la acción de amparo –dice– es inadmisibles, porque aparte de los efectos que se aspira conseguir con el Recurso de Amparo, es posible

obtenerlos por las medios específicos de impugnación, la aceptación general e ilimitada de tal acción haría inútil e inoperante los remedios jurídicos y judiciales que la Constitución y la Ley prevén oportunamente, y tal sucede –dice la Corte– precisamente con los recursos contencioso-administrativa de anulación, que de admitirse la acción de amparo sin que el recurrente haya ejercido tales medios, se eliminaría de un solo golpe todo el sistema de control de la legalidad contemplado en el ordenamiento jurídico venezolano.” Y la Corte pregunta: “¿De qué serviría mantener los recursos de la jurisdicción contencioso-administrativa, si los particulares pudieran intentar directamente la acción de amparo frente a los actos administrativos y no recurrir a la vía contenciosa, para lograr el amparo?”

Este es el problema concreto que tenemos por delante y que creo debe ser considerado por la Cámara. El amparo, como acción autónoma, tal como lo regula el Proyecto que está en consideración, debería seguir siendo un medio subsidiario. Si no hay un medio ordinario o como están funcionando no son suficientes para proteger el derecho constitucional, debe acudir a la acción de amparo, pero no debemos regular una acción de amparo que sustituya de un golpe todos los medios jurídicos, sino todo lo contrario –insisto–; perfeccionar los existentes, que sigan siendo medios efectivos, y si no lo son, que lo sean, y si llegan a serlo, que proceda la acción de amparo

En definitiva, lo que se persigue con estas ideas, es ampliar un poco más la protección y, como lo decía al inicio, hacer más democrático el Proyecto para que sirva aún más de protección de los derechos que lo que está previsto en el mismo.”³

A raíz de los anteriores planteamientos, los artículos 3, 4 y 5 del Proyecto de Ley fueron modificados por el Senado, en particular al preverse expresamente en el artículo 5º, que el recurso contencioso-administrativo de anulación contra los actos administrativos y contra las conductas omisivas de la Administración, también puede ser una vía judicial de amparo, y hasta cierto punto, en las localidades donde funcionen tribunales contencioso-administrativos, debe ser la vía judicial de amparo.

En particular el artículo 5 de la Ley Orgánica dispone:

³ Véase *Diario de Debates*, Senado, sesión del 19-11-87. Véase nuestras observaciones al Proyecto y nuestras propuestas de modificación en el Senado, en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Público*, Tomo III, Caracas, 1989, pp. 205 y ss.

“La acción de amparo procede contra todo acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz, acorde con la protección constitucional.

Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación que se fundamenta en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aun después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la ley; y no será necesario el agotamiento de la vía administrativa [...].”

II. LA IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA DEL CASO *TARJETAS BANVENEZ* DE 1991

Sin embargo, a pesar de la claridad de la previsión legislativa, fue solo después de múltiples vacilaciones jurisprudenciales cuando casi cuatro años después se extendió el sentido de las regulaciones contenidas en las normas, al ser precisado y resumido el carácter cautelar del amparo como pretensión formulada junto con otras acciones, particularmente las acciones de nulidad de las leyes y de actos administrativos.

Ello se hizo, precisamente, mediante la sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa dictada el 10 de julio de 1991 en el Caso: *Tarjetas Banvenez*, que se había iniciado con la demanda que habíamos interpuesto, formulando la pretensión de amparo conjuntamente con la acción de nulidad de la Resolución de la Comisión Nacional de Valores, en la cual la Corte, además, precisó el carácter accesorio y subordinado de la pretensión de amparo en relación a esas otras acciones principales, cuando se formula conjuntamente con ellas.⁴

El razonamiento de la Corte, en esta sentencia, comenzó por la constatación de que la Ley Orgánica de Amparo de 1988, al desarrollar los artículos 49 y 50 de la Constitución de 1961 (equivalente a los artículos 27 y 22 de la Constitución de 1999), otorgaba a las personas naturales o jurídicas, la posibilidad de acudir ante los tribunales, con el propósito de ser amparados en el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, mediante el restablecimiento inmediato de la situación

⁴ Véase el texto de esta sentencia en *Revista de Derecho Público*, N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 169-174.

jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. A tal fin señaló la antigua Corte que:

“el texto de la ley prevé fundamentalmente dos mecanismos procesales: la acción autónoma de amparo, y la acumulación de ésta con otro tipo de acciones o recursos. Ambas modalidades de ejercicio difieren sustancialmente en cuanto a su naturaleza y consecuencias jurídicas.”⁵

1. La acción autónoma de amparo

En cuanto al primer supuesto, es decir, la acción autónoma de amparo, la antigua Corte Suprema señaló en su citada sentencia de 10 de julio de 1991, que, en ese caso, al ser una acción que se ejercita en forma autónoma e independiente, no se vincula ni se subordina a ningún otro recurso o procedimiento.

En este caso, dijo la Corte, es indudable:

“que esa acción, así ejercida, debe ser, por su naturaleza restablecedora, capaz, suficiente y adecuada para lograr que el mandamiento de amparo que se otorgue se baste por sí solo, sin necesidad de acudir a otro u otros procedimientos judiciales, para volver las cosas al estado en que se encontraban para el momento de la vulneración y hacer desaparecer definitivamente el acto o hecho lesivo o perturbador.

Por estas razones, ha sostenido reiteradamente este Supremo Tribunal en jurisprudencia que una vez más ratifica, que en tales supuestos, el accionante en amparo debe invocar y demostrar que se trata de una vulneración constitucional flagrante, grosera, directa e inmediata, lo cual no significa –se precisa ahora– que el derecho o garantía de que se trate no estén desarrollados o regulados en textos normativos de rango inferior, pero sin que sea necesario al juzgador acudir o fundamentarse en ellos para detectar o determinar si la violación constitucional al derecho o garantía se ha efectivamente consumado. De no ser así –ha dicho también esta Sala– no se trataría entonces de una acción constitucional de amparo sino de otro tipo de recurso, por ejemplo, el contencioso-administrativo, cuyos efectos anulatorios no se corresponden con los restitutorios del amparo y “si tal sustitución se permitiere, el amparo llegaría a suplantar no sólo esa

⁵ *Idem*, p. 169.

sino todas las vías procedimentales establecidas en nuestro sistema de Derecho positivo,” desnaturalizando el carácter extraordinario del amparo. (Sentencia de 23-5-88, “*Fincas Algaba*”).”⁶

2. El ejercicio acumulado de la acción de amparo

En el segundo caso, es decir, en lo que se refiere a “la acción de amparo ejercida conjuntamente con otros medios procesales,” la antigua Corte Suprema en dicha sentencia, al referirse a las previsiones de la Ley Orgánica de Amparo, precisó que dicho texto normativo:

“contempla tres supuestos: a) la acción de amparo acumulada a la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos (artículo 3º); b) la acción de amparo acumulada al recurso contencioso administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares o contra las conductas omisivas de la Administración (artículo 5); y la acción de amparo acumulada con acciones ordinarias (artículo 6, ordinal 5º).

En cualesquiera de estos supuestos de acumulación, la acción de amparo reviste una característica o naturaleza totalmente diferente a la anteriormente analizada (autónoma), pues en estos casos no se trata de una acción principal, sino *subordinada*, accesoria a la acción o el recurso al cual se acumuló y, por ende, su destino es temporal, provisorio, sometido al pronunciamiento jurisdiccional final que se emita en la acción acumulada, que viene a ser la principal. Esta naturaleza y sus consecuencias se desprenden claramente de la formulación legislativa de cada una de las hipótesis señaladas, que únicamente atribuye al mandamiento de amparo que se otorgue, efectos cautelares, suspensivos de la aplicación de la norma o de la ejecución del acto de que se trate “mientras dure el juicio.”⁷

En relación a estos supuestos de amparo ejercido conjuntamente con otras acciones, la antigua Corte Suprema precisó, que:

“De lo anterior se deriva, para esta Sala, que la acción de amparo propuesta conjuntamente con una de otro tipo participa de todos los caracteres procesales inherentes a la acumulación de acciones, esto es: que ha de ser resuelta por un solo juez (el mismo que sea competente para conocer de la acción principal), y que ambas pretensiones (la de amparo y la de nulidad u otra) deben ser tramitadas en un solo proceso

⁶ *Idem*, pp. 169-170.

⁷ *Idem*, p. 170.

que tiene dos etapas: la del amparo, previa, y la contenciosa, la cual forzosamente cubre, en la decisión final, tanto la medida cautelar que inevitablemente perece en esa oportunidad, como el pronunciamiento judicial acerca de la nulidad solicitada. En otras palabras, si por las características analizadas el mandamiento de amparo se traduce única y exclusivamente en la suspensión provisional del acto recurrido en nulidad, la sentencia que decida ésta deja sin efecto aquella medida cautelar dictada en forma previa, tanto si el acto cuestionado es anulado como si es confirmado, porque, en uno u otro caso, carece ya de sustentación jurídica.”⁸

3. La distinción entre los dos mecanismos procesales de amparo

Sentadas las características de cada uno de los mecanismos procesales de amparo, es decir, la acción autónoma y su ejercicio acumulado a otros medios procesales, la antigua Corte Suprema, en su sentencia, precisó las diferencias más importantes entre los mismos, en la siguiente forma:

“En efecto, mientras en la primera es condición de procedencia, como se ha dicho, que se invoque y demuestre la violación directa, inmediata, flagrante, de un dispositivo o garantía constitucionales que, por sí solos, determinen la necesidad del mandamiento de amparo como medio definitivo de restablecer la situación jurídica vulnerada; en el segundo caso, dada la naturaleza suspensiva de este mandamiento de amparo que sólo tiende a detener provisionalmente los efectos del acto perturbador hasta que se decida el juicio que lo anule o confirme, la denuncia de infracción de normas constitucionales puede estar acompañada de trasgresión de textos de rango inferior que precisen o desarrollen el derecho o garantía constitucionalizado, pues tratándose de un solo proceso instaurado contra el mismo acto cuya nulidad se pretende obtener por la vía del recurso contencioso correspondiente, nada obsta a que los instrumentos jurídicos subconstitucionales que sustentan la nulidad sean invocados también al interponer las acciones acumuladas.

Lo que no puede hacer el juzgador para acordar la suspensión de los efectos del acto denunciado como lesivo, es encuadrar la situación planteada en la regulación o solución legal o sublegal de la misma, porque en tal hipótesis estaría decidiendo anticipadamente, quiéralo o no, la nulidad del acto impugnado al pronunciarse determinadamente

⁸ *Idem*, p. 171.

acerca de la existencia de uno de sus vicios, sea éste de procedimiento o de fondo, cuestión que forma parte del debate procesal probatorio que ha de instaurarse precisamente con motivo del recurso de nulidad.

En efecto, siendo distintas las consecuencias que dimanar de una acción autónoma de amparo y de la ejercida conjuntamente con otro recurso (restitutorias en el primer caso y cautelares en el segundo), basta en esta última el señalamiento de la norma o garantía constitucional que se consideren violadas, fundamentado además en un medio de prueba que constituya *presunción* grave de la violación o amenaza de violación denunciada, para que el juez, en forma breve y sumaria, acuerde procedente la suspensión de los efectos del acto como medio de tutelar anticipadamente los posibles efectos de la sentencia que posteriormente habrá de dictar en el juicio de nulidad (artículos 5 y 22, Ley Orgánica de Amparo).

Considera esta Sala, por otra parte, que en el amparo acumulado, ese “medio de prueba” a que alude el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, puede consistir en el propio acto administrativo impugnado en nulidad, cuyo texto debe ser examinado por el juez de amparo para concluir si, a su juicio, del mismo acto administrativo de efectos particulares se deduce la presunta violación constitucional alegada por el recurrente y acordar, en consecuencia, la medida suspensiva de sus efectos que le ha sido solicitada.”⁹

De la sentencia señalada puede concluirse que el amparo autónomo tiene una finalidad restitutoria; pero en cambio, el amparo conjunto es una medida cautelar, que con entera independencia de la anulación judicial del artículo 22 de la Ley Orgánica, sólo requiere como fundamento un medio de prueba que constituya presunción grave de violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, y que consiste en la suspensión de efectos como garantía del derecho mientras dura el juicio principal. Por ello, el juez no puede, al resolver sobre la petición de amparo, declarar que el acto impugnado violó o no el derecho constitucional, pues en ese caso, confundiría la pretensión de amparo con la acción de nulidad.

⁹ *Idem.*, pp. 171-172.

En otros términos, en esta etapa del proceso no caben decisiones que envuelvan consecuencias anulatorias que son propias del juicio de nulidad.¹⁰

Esto lo precisó la antigua Corte Suprema en las conclusiones de la sentencia, así:

“Con base en los lineamientos precedentemente expuestos, en relación con las objeciones formuladas por los apelantes y los elementos que surgen de autos, esta Sala concluye lo siguiente:

1º) Que de la interpretación concatenada de los artículos 5º y 22 de la Ley Orgánica de Amparo se infiere claramente la distinción entre la acción de amparo ejercida conjuntamente con el recurso de nulidad y la acción de amparo autónoma o el recurso de inconstitucionalidad, en cuanto a que –no obstante la común exigencia de la violación directa de una norma constitucional–, estos dos últimos recursos tienen una finalidad distinta (restitutoria en el amparo autónomo y anulatoria en la acción de inconstitucionalidad), en tanto que, en el amparo conjunto, se trata de una medida cautelar que sólo requiere como fundamento “un medio de prueba que constituya presunción grave de la violación o de la amenaza de violación” (artículo 22), así como la consideración, por parte del tribunal de que la suspensión de los efectos del acto recurrido resulta procedente como garantía del derecho constitucional violado, mientras dure el juicio (artículo 5º); es decir que la medida cautelar se revela como necesaria para evitar que el accionante, por el hecho de existir un acto administrativo, se vea impedido de alegar violación de derechos constitucionales.

De ahí que la suspensión de sus efectos pretenda mantener sin ejecución el acto impugnado, si el juez considera que debe suspenderse dicho acto por la presunción grave de violación constitucional invocada en el amparo.

Por tanto, si se exigiera la misma rigurosidad en la sustentación de la acción de amparo acumulada que la que se requiere para las otras acciones señaladas (amparo autónomo y recurso de inconstitucionalidad), la de amparo conjunta resultaría prácticamente inútil, pues carecería del específico sentido que tiene: obtener que se suspendan en

¹⁰ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 12-12-90, FUNEDA, *15 años de Jurisprudencia*, cit., pp. 216-217.

el tiempo los efectos de un acto administrativo que podría afectar el derecho constitucional, eventual lesión que el juez de amparo aprecia como presumible.”¹¹

Ahora bien, lo que no señaló con precisión dicha Corte en su comentada sentencia del 10 de julio de 1991, y que constituyó el verdadero cambio jurisprudencial que se produjo con dicha decisión, es que en el caso de ejercicio conjunto del amparo con otras acciones judiciales, la consecuencia es la suspensión de efectos del acto impugnado en forma inmediata, como medida cautelar de amparo, sin necesidad de que se siga el procedimiento establecido en la Ley Orgánica en relación a la solicitud de informe al presunto agravante y a la realización de la audiencia pública y oral.

En estos casos es que hubiera podido haber tenido aplicación efectiva el artículo 22 de la Ley Orgánica pues la medida cautelar se adopta *inaudita alteram parte*. Dicho artículo, sin embargo, fue anulado por la antigua Corte Suprema por sentencia de 21 de mayo de 1996,¹² sin incidencia alguna respecto del carácter cautelar de la medida de amparo.

4. Antecedente y secuelas del caso *Tarjetas Banvenez*

La decisión de la antigua Corte Suprema en Sala Político-Administrativa en el *Caso Tarjetas Banvenez* de 10-7-91, antes comentada, tuvo su origen en la apelación formulada contra una decisión de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa, en materia de amparo, de 21 de noviembre de 1990, en el caso de la acción contencioso administrativa de anulación de la resolución de la Comisión nacional de valores mencionadas que declaró como acciones en tesorería del Banco de Venezuela, a las poseídas por sus empresas relacionadas, a la cual se acumuló la pretensión de amparo constitucional por violación de derechos constitucionales.¹³

En dicha sentencia, la Corte Primera, al referirse al amparo ejercido en forma conjunta, señaló que:

“Se trata del ejercicio conjunto de la acción de amparo constitucional con el recurso contencioso-administrativo de nulidad. La Ley le otorga al amparo en tal supuesto un carácter cautelar, consistiendo en la suspensión de los efectos del acto hasta tanto se

¹¹ *Idem.*, p. 172.

¹² Véase en *Gaceta Oficial Extra* n° 5071 de 29-5-96.

¹³ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 189-190.

decida el recurso contencioso-administrativo. El efecto restablecedor definitivo de la situación jurídica infringida, que es el atributo característico de la acción de amparo cuando se ejerce en forma autónoma queda modificado, por cuanto lo que se trata de obtener con el amparo ejercido por la presente vía es tan sólo una medida que suspenda los efectos del acto, es decir, que impida su eficacia cualquiera que ella sea, en forma temporal y condicionada a la decisión de la acción principal que pasa a ser el recurso contencioso-administrativo de nulidad. De esta naturaleza deriva como consecuencia lógica y necesaria que al juez no le es dado, al decidir la acción de amparo acumulada al recurso contencioso, calificar la legitimidad o ilegitimidad del acto sino limitarse a determinar si el mismo viola el derecho o las garantías constitucionales que se denuncian infringidos. En el caso en que al juez le fuese dado penetrar en el fondo del acto administrativo, el recurso contencioso no tendría sentido alguno.

Esta Corte estima que, si en el amparo autónomo le es dado calificar el acto e incluso anularlo, si ello fuere el caso, en el amparo acumulado al recurso contencioso deberá limitarse a verificar si hay infracción o no de la garantía constitucional y es siguiendo tales reglas que pasa a pronunciarse sobre las denuncias de los presuntos agraviados y las defensas hechas valer por la Comisión Nacional de Valores y por los intervinientes en este juicio...

Ahora bien, ya fue señalado que el amparo ejercido conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de nulidad, le impide al juez calificar el acto administrativo al decidir sobre el amparo, por cuanto tal calificación (de legítimo o ilegítimo) tendrá que producirse sólo al decidirse el recurso de nulidad. El riesgo de interponer el amparo acumulado, para los actores, radica en que la decisión de dicho amparo sólo puede versar sobre si ha sido conculcado o no, en la forma en que la Ley lo exige, para otorgar su protección, un derecho o una garantía constitucionales.

En el amparo autónomo, incluso el que se ejerce contra un acto administrativo, al juez le es dado calificar la condición del acto y atribuirle a tal calificación los efectos que considere necesario para restablecer la situación jurídica infringida, incluso los anulatorios.

No sucede igual en los casos en los cuales se ha seguido la vía prevista en el primer aparte del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, porque en tal

hipótesis el amparo es sólo una medida cautelar que no se pronuncia sobre el contenido del acto, sino que se limita a la suspensión de sus efectos.”¹⁴

Lo afirmado por la Corte Primera, en todo caso, resultaba contradictorio pues no pronunciarse sobre la legitimidad o ilegitimidad del acto es una misión imposible si el juez, como se dice en la sentencia, en el amparo cautelar, debería determinar si el acto viola o no el derecho constitucional alegado.

En realidad, en el amparo acumulado, el juez lo que debe es apreciar si hay una presunción grave de que se ha producido la violación. Por otra parte, contrariamente a lo afirmado en la sentencia, en el caso del amparo autónomo, este nunca puede tener efectos anulatorios respecto de actos administrativos.

Por todo ello, la antigua Corte Suprema en su sentencia del 10 de julio de 1991 revocó la decisión de la Corte Primera que había apreciado que, en el caso concreto, al emitirse el acto administrativo impugnado, se había violado el derecho a la defensa de las recurrentes, y señaló:

“2º) Que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no ha debido declarar, por vía de amparo, que el acto de la Comisión Nacional de Valores demandado en nulidad violó el derecho de defensa de las empresas recurrentes, pues con tal declaratoria confunde el ámbito de una acción de amparo acumulada al recurso contencioso de anulación que no permite, en esa etapa previa del proceso, pronunciamientos de esa naturaleza que envuelven consecuencias anulatorias propias sólo del juicio en la correspondiente sentencia definitiva y ajenas a la acción de amparo acumulada.

En efecto, como ya se ha dicho repetidamente, la naturaleza instrumental de una acción de amparo ejercida con base al artículo 5º de la Ley Orgánica de Amparo, está dirigida a obtener la suspensión temporal del acto administrativo impugnado y el juez debe acordarla si los derechos constitucionales invocados como conculcados están fundamentados en un medio de prueba (incluso el propio acto administrativo), que lleve al sentenciador a considerar que existe indicio o presunción grave de la violación o de la amenaza de

¹⁴ *Idem.*, p. 190.

violación constitucional alegada, por lo que resulta procedente la suspensión, del mismo, mientras dure el juicio de nulidad.”¹⁵

Con posterioridad, esta doctrina de la antigua Corte Suprema se siguió en todas las decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Se destaca, por ejemplo, la sentencia de 30 de abril de 1992 en la cual la Corte Primera revocó una decisión del Tribunal de la Carrera Administrativa, con base en los mismos argumentos que utilizó la Corte Suprema en la sentencia de 10 de julio de 1991:

“En primer lugar ha de observar esta Corte que el Tribunal de la Carrera Administrativa no ha debido declarar, por vía de amparo, que el acto impugnado a través del recurso contencioso-administrativo de anulación violó los derechos consagrados en los artículos 73, 74, 84 y 93 de la Constitución, pues con tal declaratoria confunde el ámbito de una acción de amparo ejercida conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación que no permite, en una etapa previa del proceso, pronunciamientos que envuelven consecuencias anulatorias propias sólo del juicio de nulidad en la correspondiente sentencia definitiva y ajenas a la acción de amparo acumulada.

En efecto, la naturaleza instrumental de una acción de amparo ejercida en base al artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales está dirigida a obtener la suspensión temporal del acto administrativo impugnado y el juez debe acordarla si los derechos constitucionales invocados como conculcados están fundamentados en un medio de prueba que lleve al sentenciador a considerar que existe *presunción grave de la violación o de la amenaza de violación constitucional alegada*. En consecuencia, en presencia de las acciones ejercidas conjuntamente –amparo y recurso contencioso-administrativo de anulación– el juez no puede decidir que existió violación directa de disposiciones constitucionales, pues ello compromete su decisión de fondo, sino únicamente constatar si existe o no presunción grave de la violación o de la amenaza de violación constitucional alegada.”¹⁶

Con posterioridad, se fueron formulando jurisprudencialmente precisiones sobre los diversos casos de “ejercicio conjunto” de la acción de

¹⁵ En *Revista de Derecho Público*, N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 172.

¹⁶ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 185.

amparo con otras acciones, que más bien se configuran como la formulación de una pretensión de amparo conjuntamente con una acción de nulidad u otro medio procesal; y particularmente, en materia contencioso administrativa.

En esta última materia, se destaca lo que precisó y resumió la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema en su sentencia de 10 de junio de 1992, citando expresamente la sentencia del Caso: *Tarjetas Banvenez* de 10 de julio de 1991, así:

“El texto de la Ley Orgánica de Amparo prevé fundamentalmente dos mecanismos procesales: la acción autónoma de amparo y la acumulación de ésta con otro tipo de acciones o recursos, modalidades que difieren sustancialmente en cuanto a su naturaleza y consecuencias jurídicas. Por lo que respecta a la segunda de las modalidades señaladas, es decir, la acción de amparo ejercida conjuntamente con otros medios procesales, la referida ley regula tres supuestos: a) la acción de amparo acumulada a la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos (artículo 3°); b) la acción de amparo acumulada al recurso contencioso administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares o contra las conductas omisivas de la Administración (artículo 5°); c) la acción de amparo acumulada con acciones ordinarias (artículo 6°, ordinal 5°)

La Sala ha sostenido además que la acción de amparo en ninguno de estos casos es una acción principal sino subordinada, accesorio a la acción o al recurso al cual se acumuló, sometido al pronunciamiento jurisdiccional final que se emita en la acción acumulada tratándose de una acumulación de acciones, debe ser resuelta por el juez competente para conocer de la acción principal.”¹⁷

En esta forma quedó absolutamente clarificada la intención del legislador de 1988 al distinguir entre la acción de amparo que se denominó “autónoma” de amparo, y la pretensión de amparo constitucional formulada con otras acciones o recursos que regula el ordenamiento procesal.

Realmente, en estos últimos casos, no se trata de una verdadera “acumulación” de “acciones,” sino de la formulación de una “pretensión” de amparo con una acción principal. Por ello, en estos casos, el amparo

¹⁷ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 183-184.

tiene en principio mero carácter cautelar y no tiene ninguna relevancia el que puedan existir procedimientos distintos para la acción principal y para la acción de amparo,¹⁸ porque, en definitiva, en caso de acumulación de la pretensión de amparo con una acción principal, el procedimiento regular previsto para la “acción de amparo” no se debe aplicar.

III. ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA DEL CASO *TARJETAS BANVENEZ* DE 10 DE JULIO DE 1991 Y SU CONSOLIDACIÓN POSTERIOR

A pesar de la claridad del contenido del artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo, que luego de precisar la posibilidad de que se intente una acción de amparo autónoma contra actos administrativos de efectos particulares, agrega la posibilidad de que se pueda formular la pretensión de amparo conjuntamente con la acción contencioso administrativa de anulación, en la jurisprudencia se había desarrollado un criterio inicial de “acumulación” de dos acciones (amparo y contencioso administrativa) que, sin embargo, por tener procedimientos distintos, seguían cursos procesales paralelos. Esa distorsión fue precisamente la que se corrigió con la sentencia del caso *Tarjetas Banvenez* al llegar a la consideración del amparo como una pretensión subordinada a la acción contencioso administrativa que es la principal, consistiendo el amparo, en estos casos, en una mera medida cautelar durante el juicio de nulidad.

Este, como hemos dicho, fue el espíritu del legislador, que fue interpretado definitivamente en la sentencia de 10 de julio de 1991 (Caso: *Tarjetas Banvenez*), y que se ha seguido en las decisiones judiciales posteriores, y que no fue modificado por el hecho de que la antigua Corte Suprema hubiera anulado el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo.¹⁹

1. Algunos antecedentes de la decisión de la antigua Corte Suprema en el caso *Tarjetas Banvenez* (1991)

En todo caso, debe señalarse que en materia de ejercicio conjunto de la pretensión de amparo con la acción contencioso administrativa de

¹⁸ Véase sobre esto y la causal de inadmisibilidad de la acción contencioso-administrativa en materia de acumulación de acciones, sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa de 14-12-92, en FUNEDA, *15 años de Jurisprudencia, Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo 1977-1992. Amparo Constitucional*, Caracas, 1994, p. 121.

¹⁹ Véase en *Gaceta Oficial Extra* n° 5071 de 29-5-96.

anulación, antes de que se dictase la decisión del caso *Tarjetas Banvenez*, el criterio en ella sostenido ya se había plasmado en otras decisiones judiciales.

Se destaca, así, la sentencia del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de la Región Capital de 9 de agosto de 1990, en la cual se definió con precisión el carácter cautelar del amparo cuando se formula en forma acumulada con un recurso contencioso-administrativo, pudiendo otorgarse *inaudita parte* y por tanto, sin necesidad de cumplir con el procedimiento previsto en la Ley Orgánica en cuanto al Informe del agravante y a la audiencia pública y oral. El referido Tribunal Superior, en efecto, señaló lo siguiente:

“Observa el Tribunal que la solicitud de amparo constitucional formulada por el recurrente persigue la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado y por lo tanto, la restitución provisional del recurrente en el cargo del cual ha sido removido mientras se resuelve sobre la legalidad del mismo. En tal sentido, el decreto de amparo funge como una medida de carácter cautelar destinada a salvaguardar los derechos constitucionales del recurrente mientras dure el juicio de nulidad; consecuentemente, considera el Tribunal que tratándose de una medida cautelar, el mandamiento de amparo que se fundamente en los artículos 5 y 22 de la Ley Orgánica *in comento puede* ser dictado aún antes de que la parte demandada se encuentre a derecho, es decir, *inaudita alteram parte*. En efecto, por su naturaleza misma, cuando el juez estima que en el caso concreto se hayan cumplido los extremos legales, la solicitud de amparo fundamentada en los artículos 5 y 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales debe ser acordada inmediatamente, pues de lo contrario la solicitud de amparo interpuesta se tornaría prácticamente inútil.”²⁰

Debe decirse que el criterio también se había sentado con anterioridad por la propia Sala Político Administrativa de la antigua Corte, considerando al amparo en los casos de ejercicio conjunto con la acción contencioso-administrativa, como “una medida precautelativa, como garantía del derecho constitucional violado mientras dure el juicio,”²¹

²⁰ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 86-87.

²¹ Véase Sentencias de 14-3-91, *Revista de Derecho Público*, N° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 147 y de 31-5-91, *Revista de Derecho Público*, N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 154.

incluso de “naturaleza similar” a la suspensión de efectos de los actos administrativos conforme al artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema.²² El carácter precautelativo del amparo, en estos casos, también se había precisado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en 1990.²³ Incluso, en sentencia de 20-6-91, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ya había resuelto que:

“la acción de amparo, ejercida conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación es, por definición, una acción breve, carente de formalismo que, sin más trámites, pretende suspender los efectos de un acto de la administración mientras dure el juicio de nulidad.”²⁴

En sentencia de 18 de junio de 1991, además, la misma Corte Primera de lo Contencioso Administrativo había analizado este supuesto de “acumulación” de acciones de amparo y nulidad, señalando lo siguiente sobre la previsión del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo:

“La característica fundamental del amparo ejercido conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo se encuentra en que la acción no tiene el carácter restablecedor que alude el artículo 49 de la Constitución, sino un efecto cautelar. En el caso específico de su ejercicio con la acción de nulidad, está destinado a suspender los efectos del acto. El legislador consideró que no era suficiente para obtener la protección constitucional, la medida prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ya que la misma sólo opera por previsión expresa de la ley o cuando sea imprescindible para impedir daños irreparables o de difícil reparación. El amparo, por el contrario, no requiere de la demostración del daño, bastando con la presencia de la violación constitucional o de la amenaza de tal violación y, al mismo tiempo, dada su naturaleza, no se limita al simple levantamiento de la eficacia del acto sino que tiene un efecto más complejo y variado, por cuanto puede detener la realización de ciertas conductas e impedir que las mismas se consoliden.

²² Véase Sentencia de 13-12-90, *Revista de Derecho Público*, N° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 149.

²³ Véase sentencias de 21-11-90 y 12-12-90 en FUNEDA *15 años de Jurisprudencia*, *op. cit.* pp. 224 y 225.

²⁴ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 156.

De allí que el ejercicio conjunto previsto en el artículo 5 de la Ley de Amparo no sea una acumulación de autos, y la acción de amparo no tiene otro carácter que no sea el de una medida cautelar.”²⁵

2. Formalidades de la interposición y el objeto de las pretensiones

En estos casos, la formulación de la pretensión de amparo con la acción contencioso administrativa debe plantearse, como lo dice la ley, en forma conjunta, lo que implica la acumulación de ambas pretensiones en un mismo y solo libelo de demanda, pues de no ser así, resultaría imposible la aplicabilidad del artículo 5 de la Ley.²⁶

Por otra parte, sólo formulándose la pretensión de amparo conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación es que pueden obviarse los requisitos procesales de admisibilidad de este último en cuanto al lapso de caducidad y el agotamiento de la vía administrativa; que pueden lograrse los efectos suspensivos inmediatos del acto administrativo, de carácter cautelar y no restablecedores, y que pueden modificarse las reglas de competencia de los jueces de amparo.

De allí la exigencia de que las pretensiones se formulen en un mismo momento procesal y no una después de otra.²⁷

Por ello, la interposición conjunta de la pretensión de amparo con la acción de nulidad, no implica fórmula sacramental alguna²⁸ y, por supuesto, no impide el que pueda formularse la pretensión de amparo al reformarse el libelo del recurso de anulación; en cambio, lo que no está dentro de la previsión de la norma es la posibilidad del ejercicio separado de las acciones, porque de constar en libelos y oportunidades diferentes, el

²⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 158.

²⁶ Véase sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 21-5-91 y de 11-3-93, en *Revista de Derecho Público*, N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 159 y *Revista de Derecho Público*, n°s 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 231 y sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa de 17-11-88, en *FUNEDA, 15 años de Jurisprudencia, cit.*, p. 233; y de 7-9-91, *Revista de Derecho Público*, N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 169.

²⁷ Véase sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 6-4-89, *Revista de Derecho Público* n° 38, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, p. 140.

²⁸ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa de 9-9-91, en *FUNEDA, 15 años de Jurisprudencia, cit.*, p. 222.

amparo interpuesto con posterioridad al recurso, sería inadmisibile conforme al ordinal 5º del artículo 6 de la Ley Orgánica, “por haber optado el actor precedentemente a otra vía judicial.”²⁹

Por otra parte, al formularse conjuntamente la pretensión de amparo con el recurso contencioso administrativo, el objeto de ambas pretensiones tiene que ser el mismo.

Es decir, debe tratarse del mismo acto, actuación u omisión, aquél contra el cual se formule la pretensión de amparo y la acción de nulidad.³⁰

3. Carácter subordinado y accesorio del amparo

Tratándose de una pretensión de amparo formulada conjuntamente con el recurso contencioso administrativo, ambas deben ser conocidas y decididas por un solo juez,³¹ precisamente el juez competente para conocer de la acción principal, es decir, el competente para conocer del recurso contencioso administrativo.³²

Ambas deben ser tramitadas en un solo proceso, el de la acción principal (contencioso administrativo), teniendo por tanto la pretensión de

²⁹ Véase sentencia de 18-11-93, *Revista de Derecho Público*, n° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 458.

³⁰ Véase sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 27-7-92 y 16-12-92 en *Revista de Derecho Público*, N° 51, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 215, y N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 236; y sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa de 7-9-91, *Revista de Derecho Público*, N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 169; de 14-11-92 *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 232, y de 14-12-92 en FUNEDA, *15 años de Jurisprudencia*, cit., p. 230.

³¹ Véase sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 19-11-92, *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 240.

³² Véase sentencias antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 31-5-91, *Revista de Derecho Público*, N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 154; de 6-12-91, *Revista de Derecho Público*, N° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 145; de 3-6-92, *Revista de Derecho Público*, N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 182; de 10-6-92, *Revista de Derecho Público*, N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 184; de 23-7-92, *Revista de Derecho Público*, N° 51, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 208 y 210; y de 29-10-93, *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 220, y sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa de 14-12-92, *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 221.

amparo, carácter subordinado, accesorio y dependiente de la acción principal,³³ cuya suerte sigue.³⁴

Como lo ha dicho la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa al comentar la previsión del artículo 5 sobre el ejercicio conjunto de la acción de amparo y el recurso contencioso-administrativo, tanto de anulación como por abstención;³⁵

“Esta regulación legislativa resulta de la consideración de que en tal supuesto de acumulación, la acción de amparo no es una acción principal sino subordinada, de naturaleza cautelar y accesoria al recurso contencioso-administrativo al cual se acumuló, y por ende, ha de ser resuelta por el órgano jurisdiccional que sea competente para decidir la acción principal.”³⁶

4. El carácter cautelar

En los casos de ejercicio conjunto de la pretensión de amparo con el recurso contencioso administrativo, tratándose de una pretensión accesoria y subordinada a la acción principal, como se ha dicho, la decisión en el caso de amparo tiene carácter cautelar, no incidiendo en la anulación, que es el fondo debatido;³⁷ y los efectos de la misma consisten en el caso de que la acción principal sea un recurso de nulidad de un acto administrativo,

³³ Véase sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 11-7-91, en *Revista de Derecho Público*, N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 174; de 19-11-92, *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 240, y de 11-3-93 en *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 232 y 354; y sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa de 15-12-88, en FUNEDA, *15 años de Jurisprudencia*, cit., p. 215.

³⁴ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 16-1-92, *Revista de Derecho Público*, N° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 146. y sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 3-6-92 en *Revista de Derecho Público*, N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 182.

³⁵ Véase sentencia de Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 2-6-88, en FUNEDA, *15 años de Jurisprudencia*, cit., p. 242.

³⁶ Sentencia de 3-6-92 en *Revista de Derecho Público*, N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 182.

³⁷ Véase sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 3-10-91, en *Revista de Derecho Público*, N° 48, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 164; y sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21-9-93, en *Revista de Derecho Público* N° 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 365.

básicamente en la suspensión de los efectos del mismo mientras dure el juicio de nulidad,³⁸ sin que por esta vía se puedan crear derechos.³⁹

La decisión, por otra parte, dado su carácter cautelar, se puede adoptar *inaudita parte*.⁴⁰

Por ello, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa señaló que la suspensión de efectos del acto administrativo decidida en los casos de ejercicio conjunto, tiene una naturaleza cautelar similar a la suspensión de efectos dictada conforme al artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte (artículo 21, párrafo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo), difiriendo básicamente en su fundamentación⁴¹ y precisando, en todo caso, que esta última norma no puede invocarse para obtener el pronunciamiento de amparo. De lo contrario, ha considerado la Corte Primera en lo que consideramos un exceso de formalismo, que, en ese caso, el amparo debe declararse inadmisibile.⁴²

En particular, sólo podría admitirse al invocar el artículo 21, párrafo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando ello se hace

³⁸ Véase sentencias de la antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 14-8-91 *Revista de Derecho Público* N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 174; de 3-10-91 y de 5-12-91, *Revista de Derecho Público* N° 48, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 164 y 167 de 11-3-93, *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 351; y sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 3-12-91, *Revista de Derecho Público*, N° 48, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 166.

³⁹ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 20-6-91, *Revista de Derecho Público* N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 156.

⁴⁰ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 27-9-93, en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 475.

⁴¹ Véase sentencia de 13-12-90, en *Revista de Derecho Público*, N° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 149.

⁴² Sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21-2-91, en *Revista de Derecho Público*, N° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991 pp. 146-147; y de 5-11-92, en *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 187.

en forma subsidiaria a la petición de amparo, para el caso de que éste se declare improcedente.⁴³

Ahora bien, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 28 de agosto de 1992 precisó sobre el carácter cautelar del amparo cuando se acuerda, al ejercerse conjuntamente con un recurso contencioso-administrativo, lo siguiente:

“la naturaleza instrumental de la acción de amparo ejercida en base al artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, está dirigido a obtener la suspensión temporal del acto administrativo impugnado y el juez debe acordarla si los derechos constitucionales invocados como conculcados están fundamentados en un medio de prueba que lleve al sentenciador a considerar que existe presunción grave de la violación o de la amenaza de violación constitucional alegada.

En consecuencia, en presencia de las acciones ejercidas conjuntamente –amparo y recurso contencioso-administrativo de anulación– el juez no puede decidir que existió violación directa de disposiciones constitucionales, pues ello compromete su decisión de fondo, sino únicamente constatar si existe o no presunción grave de la violación o de la amenaza de violación constitucional alegada.⁴⁴

En todo caso, el mismo acto administrativo impugnado puede constituir dicho medio de prueba.⁴⁵

Así lo señaló la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa:

“ese medio de prueba a que alude el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, puede consistir en el propio acto administrativo impugnado en nulidad, cuyo texto debe ser examinado por el juez de amparo para concluir si, a su juicio, del mismo acto administrativo de

⁴³ Véase sentencia antigua Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa de 13-7-92, *Revista de Derecho Público*, N° 51, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 215-216.

⁴⁴ Véase sentencia de 24-8-92, en *Revista de Derecho Público*, N° 51, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 213. En igual sentido Corte Suprema de Justicia -SPA, 13-11-91, en *Revista de Derecho Público*, N° 48, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 166.

⁴⁵ Véase Corte Suprema de Justicia -SPA, de 10-7-91 y 28-3-93, en *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 266.

efectos particulares se deduce la presunta violación constitucional alegada por el recurrente y acordar, en consecuencia, la medida suspensiva de sus efectos que le ha sido solicitada.”⁴⁶

Por otra parte, para determinar si existe la presunción grave de violación o de amenaza de violación alegada, que es lo único que puede decidir el juez;⁴⁷ el juez contencioso-administrativo debe analizar únicamente el texto constitucional que consagra el derecho; no pudiendo hacer derivar la presunción grave del análisis de normas de rango legal o sublegal. La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa explicó que:

“Esto se deduce, en primer término, porque para que el medio de prueba haga inducir una presunción grave, debe presumirse contrario a la norma fundamental que establece tal derecho; de lo contrario, si únicamente se pudiera establecer la presunción mediante el análisis de la normativa subconstitucional, tal presunción no correspondería ya a la acción de amparo. En segundo término, el hacer derivar la presunción grave del análisis de normas de carácter legal, sería un pronunciamiento previo e indebido respecto al recurso contencioso de nulidad.

Por lo contrario, si se tratara de una acción de amparo autónoma como lo que debe establecerse no es la existencia de una presunción grave, sino la existencia misma de la violación o amenaza de violación del derecho o garantía constitucionales sí puede el juez analizar la normativa subconstitucional, puesto que, como más adelante se precisará, son éstas las que establecen, en el caso concreto, si la pretensión del accionante constituye el ejercicio del derecho constitucional.”⁴⁸

Por supuesto, la prueba del derecho y de la presunción grave de su violación corresponde al accionante;⁴⁹ y el juez en este estado del proceso

⁴⁶ Véase sentencia de 10-7-91, *Caso “Tarjetas Banvenez,” cit.*, en sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 25-6-93, *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 360.

⁴⁷ Véase sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 30-4-92, en *Revista de Derecho Público* N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 185 y de 13-6-91, *Revista de Derecho Público*, N° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 157.

⁴⁸ Véase Sentencia de 25-6-93, *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 360.

⁴⁹ Véase Corte Suprema de Justicia -SPA. sentencia de 4-12-91, *Revista de Derecho Público*, N° 48, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 168.

no puede decidir sobre la violación en sí del derecho, pues ello comprometería su decisión de fondo.⁵⁰

En todo caso, como se dijo, la Corte Primera precisó en sentencia de 18 de junio de 1991 que el hecho de que el ahora artículo 21, párrafo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) prevea la medida de suspensión de efectos del acto administrativo, no es suficiente para la protección constitucional,⁵¹ pues conforme a esa norma, la suspensión sólo opera por previsión expresa de la Ley o cuando sea imprescindible para impedir daños irreparables o de difícil reparación. En el caso de la suspensión de efectos conforme a la Ley Orgánica de Amparo, ella no requiere de la demostración del daño, bastando la presunción grave de la violación. Además, agregó la antigua Corte en la citada sentencia de 18 de junio de 1991 que:

“dada su naturaleza, no se limita al simple levantamiento de la eficacia del acto, sino que tiene un efecto más complejo y variado, por cuanto puede detener la realización de ciertas conductas e impedir que las mismas se consoliden.”⁵²

De acuerdo con esta doctrina, la antigua Corte Suprema reconoció que el juez contencioso administrativo, cuando conoce de una pretensión de amparo formulada conjuntamente con un recurso contencioso administrativo, tiene los más amplios poderes cautelares, señalando:

“En caso, pues, de que el juez de amparo considere que existen motivos para prever que se están dando o puedan producirse lesiones a derechos o garantías de rango constitucional, dispone –mientras se produce decisión del juicio principal– de las más amplias facultades para salvaguardarlos o protegerlos, ya sea suspendiendo los efectos del acto impugnado, ordenando la realización o el cese de una actuación o

⁵⁰ Véase Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 30-4-91, *Revista de Derecho Público*, N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 185.

⁵¹ Véase también sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21-7-92, *Revista de Derecho Público*, N° 51, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 212.

⁵² Véase en *Revista de Derecho Público*, n° 46, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 158.

cualquier otra medida legalmente consagrada que considere acorde con y adecuada a la protección constitucional en el caso concreto.”⁵³

Ahora bien, a pesar de estos poderes cautelares, en ciertas decisiones la antigua Corte Suprema fue cautelosa en acordar la suspensión de efectos de actos negativos o denegatorios impugnados en vía contencioso-administrativa con pretensión de amparo, pues ello supuestamente convertía al juez contencioso administrativo:

“no en reparador de los daños que el acto genera, sino en otorgante en sede jurisdiccional y con carácter previo, de la pretensión ante la Administración, lo cual convertiría la decisión del juez de amparo en constitutiva del derecho, que no en reparadora de la lesión aducida.”⁵⁴

Previamente, la propia antigua Corte Suprema en Sala Político-Administrativa en sentencia de 28 de marzo de 1989, había decidido en el caso de la impugnación de un acto administrativo denegatorio de una autorización de explotación minera que:

“suspender sus efectos equivaldría, sin más, a que el accionante explotara la región cuya autorización fue negada; esto es, ejecutar de una vez y anticipadamente lo que es materia de fondo y ha de ser decidido en la sentencia final. Autorizarlo por vía de amparo, suspendiendo los efectos de la decisión, sería poder explotar la zona desde ya, cumpliendo cabalmente, totalmente y definitivamente el propósito del interesado.

En otras palabras, no se trataría de suspender los efectos del acto impugnado, sino de satisfacer, una vez por todas, la pretensión del accionante, lo cual revela que sería un pronunciamiento definitivo, colmado de sus aspiraciones sin tener que esperar sentencia definitiva y aún sin poder anticiparse a su contenido.

⁵³ Véase sentencia de 19-11-92, *Revista de Derecho Público*, n° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 227.

⁵⁴ Véase Sentencia de la Sala Político-Administrativa de 4-12-91, en *Revista de Derecho Público*, N° 48, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 167-168. Criterio ratificado en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 14-1-92, *Revista de Derecho Público* n° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 147.

Por ello, no se trata de una mera suspensión sujeta a los resultados del juicio, sino de una determinación previa con el mismo efecto contundente y absoluto de una posible sentencia que llegare a pronunciar la nulidad del acto.”⁵⁵

Sin embargo, a pesar de estas sentencias, posteriormente la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia utilizó sus poderes cautelares, y en casos de impugnación con pretensión de amparo de la negativa de una pensión de retiro a oficiales de las Fuerzas Armadas, por vía de pronunciamiento previo acordó una pensión mientras durara el juicio de nulidad contra el acto que la negó.⁵⁶

En todo caso, esos amplios poderes cautelares del juez contencioso administrativo, en esos casos, deriva de lo previsto en el propio artículo 585 del Código de Procedimiento Civil,⁵⁷ y a partir de 2010, de lo previsto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la cual se reguló ampliamente los poderes cautelares del juez contencioso administrativo.

Por otra parte, debe señalarse que el carácter accesorio y cautelar de la decisión que se adopte en cuanto a la petición de amparo, la hace esencialmente temporal, sometida al pronunciamiento final que se emita en el juicio principal.⁵⁸

Por último, debe indicarse que las medidas cautelares que tienen por finalidad evitar que se produzcan violaciones de derechos constitucionales mientras se tramita el juicio principal, permiten al juez hacer pleno uso de sus poderes de ejecución del mandamiento dictado.⁵⁹

⁵⁵ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 38, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 142 a 144.

⁵⁶ Véase Sentencias de 15-10-92, *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 224 y de 20-7-93, *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 470.

⁵⁷ Véase sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 17-12-92, *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 232.

⁵⁸ Véase sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 29-7-93 *Revista de Derecho Público* N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p 47

⁵⁹ Véase Corte Suprema de Justicia -SPA, sentencias de 22-11-90 y 2-6-93, en *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 369.

Ahora bien, debe señalarse que, por sentencia de 21 de mayo de 1996, la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena declaró la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo por violación al derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 de la Constitución. A pesar de que el artículo 5° de la Ley Orgánica que regula el ejercicio conjunto de la pretensión de amparo con el recurso de nulidad hace referencia al artículo 22 de la Ley Orgánica, la anulación de este no varía en absoluto el carácter cautelar del amparo en esos casos de ejercicio conjunto. En tal sentido, la propia sentencia de anulación del artículo 22 de la Ley Orgánica sobre este punto señaló expresamente lo siguiente:

“Declarado de nulidad el artículo 22 de la mencionada Ley Orgánica de Amparo, la tramitación de la solicitud de amparo interpuesta conjuntamente con un recurso contencioso administrativo podría adoptar –de conformidad con la potestad de que goza el Juez Contencioso Administrativo, para aplicar el procedimiento que juzgue más conveniente, ante la ausencia de un iter indicado por la Ley (artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia)– las siguientes modalidades:

1) Tramitar la solicitud de amparo constitucional de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo, tal como lo hizo la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en el caso de Carlos Morana contra el Ministro de Relaciones Interiores (Sentencia del 20 de octubre de 1994, expediente 11-036).

2) En caso de que la solicitud de amparo sólo tenga por objeto la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, darle el mismo tratamiento de beneficio que la suspensión de efectos prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

3) Si la solicitud de amparo tiene por objeto la obtención de una medida cautelar de las previstas en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, tramitarla de conformidad con lo previsto en el Título II del Libro Tercero de dicho Código.

No obstante, se observa que la potestad prevista en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia otorgada al Juez Contencioso Administrativo, le permite a éste la aplicación de otros procedimientos de acuerdo a la naturaleza del caso y a las exigencias de la protección constitucional.

En este sentido, existe interesante Jurisprudencia proferida por los Tribunales competentes en materia contencioso-administrativa.

Por consiguiente, y en base a las consideraciones expuestas, esta Corte concluye en que el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no adolece del vicio de inconstitucionalidad denunciado. En consecuencia, dicha denuncia es improcedente. Así se declara.”⁶⁰

Por tanto, a pesar de la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica, la naturaleza cautelar del amparo ejercido conjuntamente con una acción contencioso administrativa mantiene toda su vigencia y como consecuencia de ello, como lo señaló la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia de 1 de octubre de 1996 (*Caso Maritza López Conde González*), persiste:

“...la necesidad de aportar un medio de prueba que constituya presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho que se reclama, como condición indispensable para su procedencia.”⁶¹

Y en cuanto al medio de prueba, en dicha sentencia, la antigua Corte precisó que:

“...Para evidenciar la presunción de violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales, debe señalarse, que esta Sala, en reiterados fallos ha declarado que el medio de prueba por antonomasia lo constituye el propio acto administrativo cuestionado, pues del análisis de su contenido puede desprenderse los elementos que objetivicen la transgresión o presunción de vulneración de normas de este rango.

En efecto, en la ya referida decisión, conocida como el caso “Tarjetas Banvenez,” se señaló lo siguiente:

“Considera esta Sala, por otra parte, que en el amparo acumulado, ese medio de prueba a que alude el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, puede consistir en el propio acto administrativo impugnado en nulidad, cuyo texto debe ser examinado por el Juez de amparo para concluir si, a su juicio, del mismo acto administrativo de efectos particulares se deduce la presunta violación constitucional alegada por

⁶⁰ Consultada en original.

⁶¹ Véase en Oscar Pierre Tapia, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Tomo 10, Año XXIII, octubre de 1996, p. 40.

el recurrente y acordar, en consecuencia, la medida suspensiva de sus efectos que le ha sido solicitada.”

Una de las consecuencias más importantes que se derivan de esta posición es que el acto producido por el presunto agravante ya no le es de su exclusividad como medio de prueba, es decir, le deja de pertenecer para convertirse en común, sin importar quién o cómo se haya promovido o aportado en virtud del principio procesal de la comunidad de las pruebas.”⁶²

Pero la sentencia antes señalada, sin embargo, a pesar de reconocer que la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo no varió el carácter cautelar del amparo, señaló sin embargo, en forma contradictoria que:

“La variante en este caso, derivada de dicha nulidad, es que la medida no puede dictarse *inaudita alteram partem*, sino que debe procederse, en todo caso, garantizando el derecho de defensa del presunto agravante, tramitando la solicitud conforme al procedimiento previsto en el artículo 23 y siguientes del texto orgánico que rige la materia, tal como lo ha hecho esta Sala, antes de ser declarada la nulidad del artículo 22 (sentencia del 20 de octubre de 1994, *Caso: Carlos Morana vs. República, Ministerio de Relaciones Interiores*); y con posterioridad a la nulidad declarada como ha ocurrido precisamente en este caso.”⁶³

En nuestro criterio, esta declaración de la Corte no sólo contrariaba lo expresamente resuelto en la sentencia de nulidad del artículo 22 antes indicado, sino que era contradictoria con la misma naturaleza del carácter cautelar del amparo, que tiene que permitir el que se puede dictar *inaudita parte*.

5. Las modalidades de las condiciones de admisibilidad en el ejercicio conjunto de la pretensión de amparo con una acción contencioso-administrativa

La antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa por sentencia del 19 de noviembre de 1992, en uso de la atribución que le confería el artículo 102 de su Ley Orgánica que la autorizaba a aplicar el procedimiento que juzgase más conveniente, de acuerdo con la naturaleza del caso, cuando las leyes no preveían un procedimiento especial a seguir,

⁶² *Idem.*

⁶³ Consultada en original.

en el caso del ejercicio conjunto de la pretensión de amparo con el recurso contencioso-administrativo resolvió que en esos casos, y:

“en situaciones análogas sucesivas, debe procederse, forzosamente, al examen previo del cumplimiento de los requisitos procesales de admisibilidad del recurso contencioso-administrativo que, de acuerdo a los principios expuestos, constituye el juicio principal. En tal virtud, en lo adelante, la tramitación del expediente se iniciará con una declaración sobre la admisibilidad del juicio principal, ya sea éste un recurso de anulación contra actos administrativos individuales o una acción por abstención. Esta etapa verificadora de los requisitos de admisibilidad del proceso principal debe cumplirse, necesariamente, en el órgano facultado para ello, el Juzgado de Sustanciación de la Sala, el cual hará un examen de cada una de las causales contenidas en el artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, obviando solamente la del agotamiento de la vía administrativa (ordinal 2º), así como la de los lapsos de caducidad para el ejercicio del recurso o de la acción (ordinal 4º, y el artículo 84, ordinal 3º *ejusdem*), excepciones previstas en el parágrafo único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Posteriormente, una vez admitido el recurso o la acción principal y ordenada la notificación al Fiscal General a que hace alusión el artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se devolverá el expediente a la Sala, la cual procederá, entonces, al examen sobre la procedencia del amparo constitucional, el cual, como medida cautelar, permitirá la protección y resguardo de los derechos y garantías constitucionales que se presuman violados o amenazados de violación, mientras dure el juicio principal.”⁶⁴

En esta forma quedó precisado, de nuevo, el carácter accesorio de la petición de amparo en relación al juicio principal, de manera que intentada conjuntamente la pretensión de amparo con el recurso contencioso-administrativo, este debe admitirse previamente a la consideración de la petición de amparo.

De ello resulta que lógicamente, en los casos en los cuales el recurso contencioso-administrativo principal sea declarado inadmisibles por alguna

⁶⁴ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 240.

causal distinta a las expresamente conceptuadas, la acción de amparo constitucional, que es dependiente de aquélla, sufriría el mismo destino.⁶⁵

En la consideración de la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo, en todo caso, quedan exceptuadas de aplicación en el ejercicio conjunto con el mismo de una pretensión de amparo, el agotamiento de la vía administrativa,⁶⁶ y la existencia del lapso de caducidad, conforme se establece en la última parte del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo.

En este último aspecto, es decir, la posibilidad de intentar el recurso de anulación aún después de transcurrido el lapso de caducidad, para conciliar las exigencias de la seguridad jurídica en relación a la protección constitucional, la antigua Corte Suprema sentó el siguiente criterio en la decisión del *caso Lenin Romero*:

“Y si bien es cierto que el artículo 5, parágrafo único, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales permite la interposición de los recursos contencioso-administrativos aun cuando hubieren transcurridos los lapsos de caducidad establecidos en la Ley, fundamental como se encuentra esa previsión en la justificada imposibilidad teórica de que una actuación de la Administración, a pesar de ser contraria a derechos o garantías de rango constitucional adquiera firmeza por el solo transcurso del tiempo, se hace también necesario poner de relieve que esta útil, justa y equitativa previsión no puede convertirse sin embargo en una vía para que pueda eludirse el fatal lapso de caducidad previsto para la interposición de los recursos contenciosos.

Por tanto, resulta concluyente para la Sala que la única forma de dar cumplimiento a la disposición comentada contenida en el parágrafo único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sin contrariar a la vez los principios fundamentales del contencioso-administrativo, es la de que pueda el juez de la materia permitirse la posibilidad de revisar las actuaciones impugnadas a pesar de haber transcurrido el lapso de caducidad. Pero sólo podría hacerlo en los casos en que hubiere encontrado, al analizar el fondo de la solicitud de amparo, presunción suficiente de violación a derechos o garantías constitucionales, que

⁶⁵ *Idem.*, p. 240. *Cfr.* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo 10-2-92, *Revista de Derecho Público*, N° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 148.

⁶⁶ Véase Corte Suprema de Justicia - Sala Política Administrativa de 23-7-92, *Revista de Derecho Público*, N° 51, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 208.

justifiquen la protección cautelar. Es el único modo, considera la Sala, de conciliar la previsión legal con el principio fundamental de la seguridad jurídica, que de lo contrario se vería afectado si los lapsos de caducidad para interponer los medios recursorios contencioso administrativos son derogados por el indebido ejercicio de aquéllos.”⁶⁷

En todo caso, en estos supuestos, la admisión del recurso contencioso administrativo de anulación fuera de lapso cuando se le ha acumulado una pretensión de amparo, queda supeditado a la declaratoria con lugar de amparo. Si esto no ocurre, el recurso de nulidad resulta luego inadmisibile.⁶⁸

Por lo que respecta a la exención del cumplimiento de la condición de admisibilidad de agotamiento de la vía administrativa, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 6 de octubre de 1993 aplicó el mismo principio antes indicado expuesto por la antigua Corte Suprema, en el citado *caso Lenin Romero* (4-3-1993):

“Como acertadamente lo ha precisado nuestro Máximo Tribunal, la excepción a la causal de inadmisibilidad de los recursos contenciosos como es la de la caducidad; prevista en la norma antes citada, sólo opera en caso de que efectivamente, al pronunciarse respecto de la acción de amparo, se encuentre que exista una presunción grave de violación o amenaza de un derecho o garantía constitucionales; de lo contrario, si no existe tal presunción, sí opera la causal de inadmisibilidad por caducidad, si se da el supuesto respectivo.

Ahora bien, considera esta Corte que tales afirmaciones deben hacerse igualmente respecto a la exención de agotamiento de la vía administrativa.

En efecto, no puede convertirse tal disposición en una vía para que se eluda el previo procedimiento por vía administrativa, para acceder inmediatamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, con la sola interposición –muchas veces temerariamente– de la acción de amparo conjuntamente con el recurso de nulidad.

⁶⁷ Véase sentencia Corte Suprema de Justicia - Sala Político Administrativa de 4-3-93, *Revista de Derecho Público*, Nos 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 363. *Cfr.* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 26-4-88, FUNEDA, *15 años de Jurisprudencia*, *cit.*, p. 221.

⁶⁸ Véase Corte Suprema de Justicia - Sala Político Administrativa de 1-6-93, *Revista de Derecho Público*, Nos. 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 364.

Por lo tanto, la excepción prevista en la norma citada, respecto del requisito necesario de agotamiento de la vía administrativa, sólo opera en caso de que proceda la acción de amparo cautelar.”⁶⁹

Ahora bien, de acuerdo con lo anteriormente expresado, en los casos en los cuales se formule en forma conjunta una pretensión de amparo junto con un recurso contencioso administrativo, la primera etapa que debe cumplirse procesalmente es la relativa a la admisión de la acción principal que es el recurso contencioso-administrativo, tomando en cuenta la exención legal relativa a la caducidad y al agotamiento de la vía administrativa.

Si el juez contencioso-administrativo no admite el recurso de nulidad, no puede entonces entrar a considerar la pretensión de amparo, pues como lo dijo la Corte Primera:

“no es posible que la acción de amparo pueda tener vida propia diferente del recurso contencioso administrativo de anulación, sino que, por el contrario, están indisolublemente unidos estimándose que el amparo es accesorio al recurso contencioso-administrativo de nulidad, por lo que ha de seguir su misma suerte.”⁷⁰

Por tanto, si el recurso contencioso-administrativo se declara inadmisibile, la pretensión de amparo no puede ser admitida, pues sigue la misma suerte de la acción principal.⁷¹

Ahora bien, si el juez contencioso-administrativo admite el recurso contencioso administrativo, la *segunda etapa* que ha de cumplirse, se refiere a la consideración por el juez, directamente, como lo señaló la antigua Corte Suprema en sentencia de 4 de marzo de 1993, del:

“(…) fondo de la solicitud de amparo sin revisar tampoco las causales de inadmisibilidad contempladas en el artículo 6 *ejusdem*. Sólo así le resultaría posible declarar la procedencia del amparo cautelar, en los supuestos de que una prueba suficiente le permita

⁶⁹ Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 6-10-93, *Revista de Derecho Público* Nos. 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 490-491.

⁷⁰ Véase Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 22-12-91, *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 238.

⁷¹ Véase sentencias Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 26-8-89, *Revista de Derecho Público*, N° 39, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989 p. 163; y de 10-2-92, *Revista de Derecho Público*, N° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 147-148.

obtener presunción grave de violación al derecho constitucional denunciado, para posteriormente, obviando igualmente las causales de inadmisibilidad –legalmente excluidas– del recurso contencioso-administrativo, proceder a la tramitación y decisión de éste con la finalidad de anular el acto lesivo.”⁷²

Por tanto, en los casos de ejercicio conjunto de la pretensión de amparo con un recurso contencioso-administrativo, admitido este último como acción principal, el juez debe proceder a resolver sobre el amparo solicitado como medida cautelar, sin entrar a considerar el tema de la admisibilidad de la acción de amparo conforme al artículo 6 de la Ley Orgánica, sino sólo si existe un medio de prueba suficiente que permita presumir la violación del derecho constitucional cuya violación se denuncia.

Esta doctrina de la Corte Primera siguiendo a la antigua Corte Suprema, cambió, entonces, la doctrina anterior de la misma Corte Primera, conforme a la cual en los casos de acción de amparo ejercida en forma conjunta “se somete a los mismos requisitos de admisibilidad que cuando se ejerce en forma autónoma,” por lo cual la Corte entraba a determinar si la misma incurría o no en alguna de las causales de inadmisibilidad previstas en la Ley.⁷³

Con la doctrina adoptada a partir de 1993, una vez admitido el recurso de nulidad, se debe proceder a considerar el fondo de la pretensión de amparo, sin considerar las condiciones de admisibilidad previstas en el artículo 6° de la Ley Orgánica de Amparo, ya que la misma, como se ha visto, se concreta en una medida cautelar.

Por tanto, como lo señaló la antigua Corte Suprema en Sala Político Administrativa, así como la medida de suspensión de efectos en materia contencioso administrativa sólo se dicta luego de admitida el recurso de nulidad, del cual es una medida subsidiaria; en el ejercicio conjunto de la pretensión de amparo con el recurso contencioso-administrativo, la

⁷² Citada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 6-10-93, *Revista de Derecho Público* Nos. 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 360.

⁷³ Véase sentencias Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 17-3-92, *Revista de Derecho Público*, N° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 148 y de 22-12-92, *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992 p. 238.

medida de amparo sólo procede luego de admitida la acción principal que es la contencioso-administrativa.⁷⁴

Ahora bien, para el caso de que tal medida de amparo cautelar no se dicte por no existir la presunción de violación del derecho constitucional alegada, entonces se abre una *tercera etapa* en el procedimiento que debe volver, de nuevo, a la consideración de las condiciones de admisibilidad del recurso contencioso-administrativo de anulación referidas a la caducidad y al agotamiento de la vía administrativa, no consideradas en la etapa inicial.

Sobre ello, la Corte Primera señaló en su sentencia de 6 de octubre de 1993 lo siguiente:

“Se observa entonces *que el a quo* debió admitir el recurso contencioso administrativo de anulación sin revisar, tal como lo dispone el parágrafo primero del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, las causales de inadmisibilidad relativas a la caducidad y agotamiento de la vía administrativa; una vez admitido en esta forma el recurso, pronunciarse respecto de la acción de amparo cautelar, y posteriormente, en el caso de que esta acción cautelar fuese declarada sin lugar, deberá pronunciarse respecto a la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo de anulación, analizando entonces las causales de inadmisibilidad establecidas en el artículo 124 ordinal 2º (agotamiento de vía administrativa), y en el artículo 84 ordinal 3º (caducidad de la acción) de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Así se decide y ordena al tribunal *a quo*.”⁷⁵

6. La apelación de la decisión de amparo

Dado el carácter cautelar de la decisión que se adopte en el amparo solicitado conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo, la

⁷⁴ Véase sentencia Corte Suprema de Justicia - Sala Político Administrativa de 11-7-91, *Revista de Derecho Público* N° 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, pp. 174-175.

⁷⁵ Véase en *Revista de Derecho Público* N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 491.

misma se adopta *inaudita parte*, razón por la cual el lapso de 3 días para apelar de la misma sólo comienza después de notificadas las partes.⁷⁶

Sin embargo, no toda decisión que se adopte en estos casos de amparo ejercido conjuntamente es apelable. Sólo pueden ser apelables las decisiones en materia de amparo cuando la decisión del juicio principal contencioso-administrativo, sea apelable.⁷⁷

Como lo señaló la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo al reafirmar el criterio de que en los casos de conjunción el amparo pierde su carácter de acción autónoma para transformarse –por imperativo de la propia ley de la materia– en una medida accesoria:

“Admitir lo contrario atentaría contra el principio lógico conforme al cual *accessorium sequitur principale* y tendría que aceptarse –consecuencialmente– que una interlocutoria –pues no otro es el carácter de la decisión que resuelve el amparo cautelar– pudiera ser apelada aunque tal recurso estuviera expresamente prohibido respecto a la definitiva que decide la acción principal.”⁷⁸

Sin embargo, esta doctrina, que es la lógica procesalmente hablando, no fue seguida por la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia la cual ante la negativa de oír la apelación en un caso similar al antes indicado, por parte de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, oyó el recurso de hecho intentado contra la decisión de dicha Corte Primera, que había declarado inadmisibles las solicitudes de

⁷⁶ Véase Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27-9-93, *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 475.

⁷⁷ Véase Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 30-3-93 y 23-6-93, *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 361, 362 y 370. En igual sentido Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 17-3-92, *Revista de Derecho Público*, N° 49, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 148, 22-12-92, *Revista de Derecho Público*, N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 238.

⁷⁸ Véase sentencia de 23-6-93, *Revista de Derecho Público*, Nos. 53-54, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, P. 362.

amparo, conforme al artículo 6, ordinal 5º de la Ley Orgánica, que el accionante había solicitado como medida cautelar innominada.⁷⁹

7. El régimen de las medidas cautelares en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y los casos de amparo cautelar en los juicios de nulidad contra actos administrativos

Como se dijo, después de la larga evolución jurisprudencial que hemos reseñado sentando los principios del carácter cautelar del amparo ejercido conjuntamente con la acción de nulidad contencioso administrativa, conforme a la Ley Orgánica de Amparo, el régimen de las medidas cautelares se reguló ampliamente en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010,⁸⁰ en cuyo artículo 4 se estableció un amplio poder cautelar del juez contencioso administrativo al disponer que “está investido de las más amplias potestades cautelares,” quedando facultado, en consecuencia para:

“dictar, aún de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo ordenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa.”

En cuanto al procedimiento, la Ley Orgánica establece un procedimiento común para el caso de tramitación de medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos, el cual se debe aplicar en general, incluso en los casos de solicitudes de amparo cautelar que se formulen junto con las acciones de nulidad de actos administrativos (art. 103). La única previsión especial en esta materia es la referida a los procedimientos breves (referidos a reclamos por la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos; demandas por vías de hecho; y acciones por abstención), en los cuales, conforme al artículo 69, una admitida la

⁷⁹ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia - Sala Político Administrativa de 1-8-94 (Caso *Carlos Villaroel Díaz*) consultada en original y de 13-7-95 (Caso *Caja de Ahorros de Empleados del MAC*) consultada en original. En los votos salvados de la Magistrada Josefina Calcaño se cita como antecedente de esta doctrina la sentencia de 23-2-94 (Caso *Marina Barrios Sifontes*).

⁸⁰ Véase en Gaceta Oficial No. 39451 de 22 de junio de 2010. Véase sobre esta Ley los comentarios en Allan R. Brewer-Carías y Víctor R. Hernández Mendible, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

demanda, el tribunal puede de oficio o a instancia de parte, dictar medidas cautelares, en cuyo caso, la oposición a las mismas debe ser resuelta a la mayor brevedad.

Las medidas cautelares, en general, conforme al artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción, deben solicitarse por las partes en cualquier estado y grado del procedimiento, pudiendo ser acordadas por el tribunal como las estime pertinentes “para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y de ciertas gravidades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.”

A tal efecto, el tribunal cuenta con los más amplios poderes cautelares para proteger no sólo a los demandantes, sino como lo dice el artículo 104, “la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.” En las causas de contenido patrimonial, la Ley Orgánica prescribe que el tribunal puede exigir garantías suficientes al solicitante.

Una vez recibida la solicitud de medida cautelar, el tribunal debe abrir un cuaderno separado para el pronunciamiento que deberá formularse dentro de los 5 días de despacho siguientes (art. 105). En el caso de tribunales colegiados el juzgado de sustanciación debe remitir inmediatamente el cuaderno separado, y recibido este, se debe designar ponente, de ser el caso, y decidirse sobre la medida dentro de los 5 días de despacho siguientes. Al trámite de las medidas cautelares se le debe dar prioridad (art. 105).

El trámite de la oposición que formulen las partes a las medidas cautelares se rige por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil (art. 106).

Pero, además, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al regular las medidas cautelares, estableció expresamente un procedimiento en el artículo 103 que “regirá la tramitación de las medidas cautelares, incluyendo las solicitudes de amparo constitucional cautelar,” con lo que se hizo referencia a los casos en los cuales con las demandas de nulidad o contra abstenciones se puede formular una pretensión de amparo, la cual tiene carácter cautelar.

En este caso, estamos en presencia de demandas de nulidad de actos administrativos, o de las demandas contra las abstenciones de la

Administración en las cuales la pretensión de anulación o de condena a actuar está acompañada de una pretensión de restablecimiento de una garantía o derecho constitucional violado por el acto recurrido, conforme se regula expresamente en la Ley Orgánica de Amparo.

En este caso, como se ha visto, cuando la lesión al derecho o garantía constitucional la produce un acto administrativo o la abstención de la Administración, la vía ordinaria de amparo constitucional es la demanda contencioso administrativa que puede ser ejercida por el titular del derecho o garantía constitucional vulnerado (legitimación activa), en la cual además de buscarse la anulación del acto que perturba el derecho o que la Administración actúe (lo cual es el fundamento del amparo en este caso) se busca restablecer la situación jurídica subjetiva infringida. De allí lo previsto en el artículo 5º de la Ley Orgánica de Amparo, tantas veces citado.

Nueva York, septiembre de 2023

CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

**LA DISTINCIÓN ENTRE LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL Y LA JUSTICIA
ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO VENEZOLANO:
EN MEMORIA DE LA PROFESORA
JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS**

*José Ignacio Hernández G.**

Resumen: Uno de los temas que abordó Josefina Calcaño de Temeltas como magistrada y académica fue el papel de la justicia constitucional y su relación con la justicia administrativa. Considerando las conclusiones adoptadas en la sentencia dictada por la entonces Corte Suprema de Justicia en 1995 y complementadas en diferentes trabajos de la profesora Calcaño, el artículo resume los criterios utilizados para diferenciar la justicia constitucional de la administrativa, con un balance crítico del desempeño de la Sala Constitucional. A partir de las reflexiones de la profesora Calcaño de Temeltas, el artículo sugiere cuatro reformas principales que deberían implementarse en el sistema justicia constitucional en Venezuela.

Palabras clave: Justicia constitucional, justicia administrativa, Sala Constitucional, supremacía constitucional.

Abstract: One of the topics Josefina Calcaño de Temeltas covered as a justice and scholar was the role of the constitutional judicial review and its relationship with the administrative judicial review. Considering the conclusions adopted in the ruling enacted by the then-Supreme Court of Justice in 1995 and complemented in different works, the paper summarized the criteria used to differentiate the constitutional and administrative judicial review, with a critical balance of the Constitutional

* Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela. Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña.

Chamber's outcomes. Based on the reflections made by Professor Calcaño de Temeltas, the paper suggests four main reforms that should be implemented in the Venezuelan judicial review system.

Keywords: Constitucional judicial review, Administrative judicial review, Constitutional Chamber, Constitucional Supremacy.

SUMARIO

I. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO. EL SURGIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO FORO ESPECIALIZADO EN EL CONTEXTO DE LA CENTRALIZACIÓN DEL MODERNO ESTADO ADMINISTRATIVO. II. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DEL PODER EJECUTIVO Y LA CONFUSA DISTINCIÓN EN CUANTO A SUS EFECTOS. EL SISTEMA ADOPTADO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. III. LA REINTERPRETACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA POR LA JURISPRUDENCIA, DE ACUERDO CON EL RANGO DEL ACTO. IV. LA PROPUESTA DE CREACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL PARA DIFERENCIAR DE MEJOR MANERA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. V. LA CREACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y LAS CRÍTICAS DE LA PROFESORA JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS. VI. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA Y LA NECESIDAD DE REPLANTEAR SUS FUNDAMENTOS.

Uno de los temas especialmente tratados por la profesora Josefina Calcaño de Temeltas, tanto en su condición de profesora como de magistrado, es la distinción entre la justicia administrativa y la justicia constitucional. Para rendir merecido homenaje en su memoria, analizaremos este tema a la luz de la sentencia dictada por la entonces Corte Suprema de Justicia –bajo su ponencia– el 8 de marzo de 1995, en

el caso *Parque Chorro El Indio*¹, y de la obra escrita en la cual la homenajeadada reflexionó sobre la justicia constitucional en Venezuela.

I. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO. EL SURGIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO FORO ESPECIALIZADO EN EL CONTEXTO DE LA CENTRALIZACIÓN DEL MODERNO ESTADO ADMINISTRATIVO

El control judicial sobre el Poder Público es una de las herramientas a través de las cuales el Derecho Constitucional garantiza la supremacía de la Constitución de acuerdo con la separación de poderes. El modelo constitucional inaugurado por Estados Unidos en el siglo XVIII sentó las bases de ese control judicial (*judicial review*) ejercido sobre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, esto es, un control judicialista (distinto, como tal, al control ejercido por órganos que no se integran al Poder Judicial)².

En Venezuela, este control fue el resultado de la evolución del sistema de pesos y contrapesos sobre los Poderes Públicos alcanzada en las primeras tres décadas del siglo XX, cuando la centralización política favoreció la consolidación del Estado nacional y, con ello, de un incipiente Derecho Administrativo³. En efecto, en Venezuela las Constituciones del siglo XIX diseñaron el Poder Judicial basado en el máximo tribunal, a quien se le asignaron funciones de control sobre los Poderes Públicos, no solo en cuanto a la función legislativa del Poder Legislativo sino también, la actividad administrativa del Poder Ejecutivo⁴.

La proliferación de Leyes administrativas en el marco de este proceso de centralización elevó las disputas jurídico-administrativas, esto es,

¹ Véase la sentencia en la *Revista de Derecho Público* N° 61-62, pp. 283 y ss.

² Allan Brewer-Carías, “Balance y perspectivas de los treinta años del Control Judicial de los Poderes Públicos en Venezuela”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 149, Caracas, 2010, pp. 193 y ss.

³ Véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, “La formación de la Administración Pública venezolana bajo el régimen de Juan Vicente Gómez”, en *Revista de Derecho Público* n° 159-160, Caracas, 2019, pp. 79 y ss.

⁴ Pérez Guevara, Martín, “Bases normativas del control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela”, en *El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1979, pp. 15 y ss.

aquellas derivadas de la actividad e inactividad administrativa. Tales disputas eran inusuales antes, simplemente, pues no existía una Administración Pública Nacional con capacidad para incidir en la esfera jurídico-subjetiva de las personas. El advenimiento de esa Administración nacional elevó esas disputas y, con ello, la necesidad de contar con un foro especializado. Por ello, dentro de este período puede apreciarse el esfuerzo por especializar las funciones asignadas al máximo tribunal, entonces, la Corte Federal y de Casación.

En efecto, reunía la Corte Federal el conocimiento de diversas acciones relacionadas con el Poder Público: nulidad de Leyes, de actos del Poder Ejecutivo, interpretación de Leyes y demandas (contractuales o no). En 1915 se optó por distribuir estas competencias entre la Sala Federal, que quedaría para asuntos contenciosos (con algunas excepciones) y una Sala dedicada a asuntos de índole políticos y administrativos: la Sala Político y Administrativa⁵. Esta tarea de especialización llevó a que luego, en la Constitución de 1925, el control de constitucionalidad de la Ley se separara del control judicial del Poder Ejecutivo⁶.

A partir de entonces, la distinción entre el control judicial de la función legislativa del Poder Legislativo, y la función administrativa del Poder Ejecutivo, fue separada dentro del máximo tribunal. Sin embargo, debido a la inmadurez del Derecho Público venezolano de entonces, los criterios de distinción no fueron del todo claros, lo que llevó a cierta confusión que se extendió en el siglo XX, al socaire de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dictada en 1976⁷.

⁵ Véase la *Memoria de la Corte Federal y de Casación* presentada al Congreso Constitucional de los Estados Unidos de Venezuela en su reunión de 1915, Tipografía Cosmos, Caracas, 1916, pp. V y ss. Véase también el *Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación y de los demás Tribunales Federales de la República*, de 16 de junio de 1915 (Documento N° 11.807).

⁶ Daniela Urosa Maggi, “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela. ¿Influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* n° 147, Caracas, 2009, pp. 114 y ss.

⁷ Josefina Calcaño de Temeltas, “Evaluación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia a dos décadas de su vigencia: ideas sobre creación de la Sala Constitucional”, en *Revista de Derecho Público* n° 61-62, Caracas, 1995, pp. 51 y ss.

II. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DEL PODER EJECUTIVO Y LA CONFUSA DISTINCIÓN EN CUANTO A SUS EFECTOS. EL SISTEMA ADOPTADO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La distinción implementada a partir de 1915 no tomó en cuenta las complejidades del funcionamiento del principio de separación de poderes, en especial, en el ámbito del Poder Ejecutivo. Así, éste acumula no solo a la Administración Pública sino al Gobierno, de lo cual resulta que la Presidencia de la República lleva a cabo dos tipos de actividades: la actividad administrativa y la actividad de Gobierno. Esta dualidad generó problemas prácticos para distribuir la competencia de los tribunales a cargo de conocer las pretensiones en contra de los actos del Poder Ejecutivo. Esta confusión se extendió en el siglo XX, marcando así el solapamiento entre la justicia constitucional y la justicia administrativa.

En efecto, en el Derecho Constitucional venezolano, el Poder Ejecutivo concentra a los órganos de Gobierno y de Administración. La diferencia entre unos y otros no depende del contenido de la actividad llevada a cabo, sino del rango de los actos dictados. Así, los órganos de Gobierno actúan en ejecución directa e inmediata de la Constitución y, por ende, sus actos tienen rango de Ley. Los órganos y entes de la Administración, por el contrario, actúan en ejecución directa e inmediata de la Ley -y siempre, en ejecución inmediata de la Constitución- de lo cual resulta que sus actos son de rango sublegal. Por ello, en el Derecho venezolano, y a diferencia de lo sucedido en ordenamientos jurídicos como Francia, el acto de gobierno no se caracteriza por su contenido discrecional o político, sino por su rango⁸.

No obstante, esta clasificación fue solapada por la confusa distinción en cuanto a los efectos del acto. En el Derecho Administrativo Comparado, los actos de la Administración Pública suelen distinguirse por sus destinatarios, según se trate de destinatarios indeterminables e indeterminados, o de destinatarios determinados o determinables. Pero en Venezuela se adoptó una muy confusa distinción en cuanto a los efectos del acto, diferenciándose así entre los *actos de efectos generales* y los *actos de efectos particulares* de acuerdo con sus destinatarios, o los *actos generales* e *individuales*, según su carácter normativo o no. En realidad, esta

⁸ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho administrativo*, décima segunda edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2001, p. 179.

clasificación aludió a cuatro categorías de actos, según sus destinatarios y contenido.

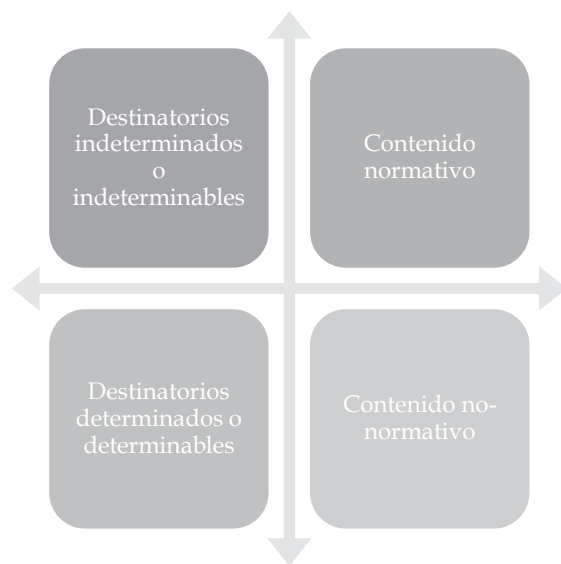


Figura N° 1.

Distinción del acto administrativo según su contenido y destinatarios.

Fuente: Elaboración propia

Así, el *acto general* puede aludir a sus destinatarios indeterminados e indeterminables (cuadro superior izquierdo), pero no a su contenido, que podrá ser normativo (efectos generales) o no-normativo (efectos particulares), de acuerdo con los cuadros del sector de la derecha. El *acto particular* puede aludir, en el cuadro inferior izquierdo, a los actos cuyos destinatarios son determinados o determinables, sin perjuicio de su contenido (normativo o no).

Esta clasificación, en todo caso, no guarda relación con el rango del acto del Poder Ejecutivo. Así, tanto el reglamento como el Decreto-Ley son actos normativos cuyos destinatarios son indeterminados e indeterminables. Sin embargo, mientras que el primero tiene rango sublegal, el segundo tiene rango legal. De otro lado, tanto la convocatoria a sesiones extraordinarias de la Asamblea Nacional como la declaratoria de bienes y servicios esenciales responden a actos no-normativos cuyos destinatarios son indeterminados e indeterminables, pero que tienen rango distinto –legal en el primer caso y sublegal en el segundo–.

No obstante, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 aludió a la expresión *efectos* para la distinción del procedimiento aplicable, a pesar de que también aludió a la distinción entre acto general y particular. La exposición de motivos de esa Ley, como recordó Josefina Calcaño de Temeltas, justificó la distinción de los actos por los destinatarios, con lo cual, los efectos generales aludían a actos cuyos destinatarios son indeterminados e indeterminables, en contraposición a los efectos particulares –referidos a actos cuyos destinatarios son determinables o determinados–. Esta distinción respondía a la configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa –y también, de la justicia constitucional– como un proceso preponderantemente objetivo y revisor. Así, los actos de efectos generales podían ser impugnados a través de un juicio preponderantemente objetivo, sin necesidad de una fase contradictoria. Pero los actos de efectos particulares podían ser impugnados por medio de un juicio con algunas notas contradictorias⁹.

Como explicó Josefina Calcaño de Temeltas, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia distribuyó los procedimientos aplicables de acuerdo con los vicios del acto y sus efectos. Así, la impugnación –esto es, la pretensión de nulidad– en contra de los actos de efectos particulares del Poder Ejecutivo se tramitaba por el procedimiento contencioso, ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, incluyendo la Sala Político-Administrativa. Pero la pretensión de nulidad de los actos de efectos generales se distribuía entre la Corte Suprema de Justicia en Pleno y la Sala Político-Administrativa, según el vicio alegado: en el primero caso, el vicio era de inconstitucionalidad y, en el segundo, el vicio era de legalidad, aun cuando el procedimiento siempre era el mismo¹⁰.

La confusión entre los vicios de la pretensión de nulidad y los efectos del acto, inevitablemente, generó cierto solapamiento entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la justicia constitucional. En efecto, tomemos el ejemplo del reglamento, acto de rango sublegal y de contenido normativo (o de efectos generales). La pretensión de nulidad del reglamento siempre se regía por el procedimiento de nulidad de los actos de efectos generales, pero dependiendo del vicio, su conocimiento correspondía a la Corte Suprema de Justicia en Pleno –vicios de inconstitucionalidad– o la Sala Político-Administrativa –vicios de ilegalidad–. De allí la gran confusión

⁹ Vid. Josefina Calcaño Temeltas, “Aspectos generales del régimen legal de la Corte Suprema de Justicia”, en *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, p. 91.

¹⁰ *Ídem*.

que imperaba cuando la pretensión de nulidad se basaba en vicios de constitucionalidad y legalidad.

Nótese que esta confusión solo sucedía respecto de los actos del Poder Ejecutivo de rango sublegal, como el reglamento, pero no así respecto de los actos de rango legal, como el decreto-ley, pues en estos casos no es posible invocar un vicio de ilegalidad, sino de inconstitucionalidad, ante la Corte Suprema de Justicia en Pleno.

III. LA REINTERPRETACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA POR LA JURISPRUDENCIA, DE ACUERDO CON EL RANGO DEL ACTO

La distribución competencial de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia presentaba especiales complicaciones en los actos no-normativos dictados por el Poder Ejecutivo, como es el caso -ya comentado- de la convocatoria a sesiones extraordinarias y de la declaratoria de bienes y servicios esenciales. ¿Esos actos son “generales”, de cara al procedimiento establecido en la Ley? ¿Su conocimiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia en Pleno o a la Sala Político-Administrativo? Esta última cuestión es relevante en los actos de rango sublegal, como la declaratoria de bienes y servicios esenciales, en tanto la pretensión de nulidad puede basarse en la violación de la Ley o en la violación de la Constitución.

Era necesario, por lo anterior, reinterpretar la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia a la luz de los artículos 206 y 215 de la Constitución de 1961, tomando en cuenta el rango del acto objeto de la pretensión de nulidad. Esta interpretación fue asumida en la sentencia de la Sala Político-Administrativo de 4 de septiembre de 1993, caso *Carlos Andrés Pérez*, con ponencia del magistrado Luis H. Farías Mata, y luego recogida en la norma procesal dictada por la Corte en Acuerdo de 25 de enero de 1994. La Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 8 de marzo de 1995, caso *Parque Nacional Chorro El Indio*, con ponencia de la magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, culminaría la reinterpretación racional de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En la sentencia de 8 de marzo de 1995, la Corte conoció de la pretensión de nulidad (interpuesta juntamente con la pretensión cautelar de amparo) del Decreto que acuerda la extensión de un parque nacional, basado en la –entonces vigente– Ley Orgánica para la Ordenación del

Territorio. Los demandantes habían justificado la competencia de la Corte en Pleno en la disposición del artículo 42.4 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que aludía a la nulidad “*de los reglamentos y demás actos de efectos generales del Poder Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución*”.

Esta es, como ya vimos, la disposición que parecía atribuir la competencia en función a la naturaleza del acto y los motivos de la demanda de nulidad, sin tomar en cuenta el rango.

Partiendo de la interpretación armónica de este precepto, la Corte delimitó, en los términos siguientes, los ámbitos de la justicia administrativa y constitucional:

“Así, una vez definida por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa y de esta Corte en Pleno la distinción –en cuanto a la competencia– de la jurisdicción contencioso-administrativa –que le corresponde a aquella y a los otros tribunales previstos en la ley respectiva– y la jurisdicción constitucional –que en general, le compete a esta Sala Plena–, para aceptarse que en el caso de autos esta Corte es competente para conocer del recurso de nulidad interpuesto contra el Decreto Presidencial N° 2.349 del 5 de junio de 1992, debe previamente haberse concluido en que el acto impugnado no solo tiene efectos generales sino que su naturaleza es distinta a la de un acto administrativo, es decir, que tiene rango legal, siendo en consecuencia –desde el punto de vista formal– un acto de ejecución directa e inmediata de la Constitución”.

Así, es el rango formal del acto -y no su contenido- el que permite establecer la diferencia entre la justicia administrativa y constitucional. Cuando el acto es de rango legal, esto es, cuando es dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, la pretensión de nulidad corresponde a la justicia constitucional en ejercicio del control concentrado de la Constitución. Pero cuando el acto se dicta en ejecución directa de la Ley, entonces, la demanda de nulidad es conocida por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativo, incluso, cuando se aleguen motivos de constitucionalidad.

En otras palabras, y de acuerdo con la sentencia, “*al tener el impugnado naturaleza de acto administrativo, no corresponde a la jurisdicción constitucional ejercida por esta Corte Plena la competencia para conocer del presente recurso, sino a un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa: específicamente a la Sala Político-Administrativa*”.

Esta diferencia, además, permitió aclarar que la distinción entre los dos órdenes competenciales no abarca a los fundamentos de Derecho, en el sentido que ambos órdenes pueden conocer de violaciones a la Constitución. Con ello, la Corte aclaró que la jurisdicción constitucional –en el sentido del control concentrado de la constitucionalidad– no ejerce el monopolio del control judicial de la Constitución, pues también los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa conocen de violaciones a la Constitución en relación con la actividad e inactividad de la Administración.

IV. LA PROPUESTA DE CREACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL PARA DIFERENCIAR DE MEJOR MANERA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La interpretación contenida en la sentencia comentada llevó a Josefina Calcaño de Temeltas a proponer la creación de una Sala Constitucional, con ocasión a conmemorar las dos décadas de vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹¹. Allí se recuerda que, bajo las disposiciones de la Ley Orgánica de la Corte Federal, era la categoría de la norma infringida la que determinaba el procedimiento aplicable. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como ya explicamos, cambió este paradigma, al diferenciar el procedimiento en función a la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.

Pero este cambio, con el transcurso del tiempo, resultó insuficiente. En lugar de seguir aumentando las competencias asignadas a la Corte, se propuso adelantar una reforma organizativa de envergadura, llamada a reformar la especialidad de las materias bajo el conocimiento de la Corte, todo lo cual llevó a sus magistrados a trabajar dos proyectos de Ley, para abordar –respectivamente– la justicia administrativa y la justicia constitucional, cargo de los entonces magistrados Hildegard Rondón de Sansó y Humberto J. La Roche, también respectivamente. En este último sentido, se propuso crear una Sala Constitucional dentro de la Corte, para reforzar la especialidad de los magistrados a cargo de la decisión de las disputas constitucionales.

¹¹ Josefina Calcaño de Temeltas, “Evaluación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia a dos décadas de su vigencia: ideas sobre creación de la Sala Constitucional”, ob. cit.

La atribución del control concentrado de la constitucionalidad al pleno de la Corte respondía más a la evolución histórica del máximo tribunal que a la especialidad del control concentrado. También es posible advertir cierta influencia del modelo judicialista de la justicia constitucional ejercida por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Empero, mientras en este modelo la Corte ejerce el control difuso -vinculado, por ende, a una controversia concreta en la cual se presenta una colisión normativa con la Constitución- la Corte venezolana ejercía el control concentrado, en el cual la cuestión de constitucionalidad no es auxiliar sino principal. Ante esta realidad, y tomando en cuenta la naturaleza judicialista del control jurisdiccional sobre los Poderes Público, la propuesta consistió en crear una Sala especializada dentro de la Corte.

De hecho, como recuerda la autora, un antecedente de esa propuesta fue la posibilidad de crear una Sala Federal, para conocer de ciertas competencias asignadas a la Corte Plena, como esbozó la Constitución de 1961. Pero tal propuesta, válida entonces, no se justificaba ante la creciente complejidad de los asuntos sometidos a la justicia administrativa y constitucional, lo que hacía más conveniente crear la Sala Constitucional, que en opinión de la autora –expresada en diversos documentos– podía realizarse mediante la reforma de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹².

La profesora Calcaño de Temeltas volvería sobre esta propuesta poco después, a los fines de insistir en la diferencia entre los recursos de nulidad por inconstitucionalidad y los recursos de nulidad por ilegalidad en la jurisdicción contencioso-administrativa¹³. Retomando el principio esbozado en la sentencia comentada, se insistió en que esa diferencia no podía depender de aspectos formales y accidentales, sino del rango del acto respecto del cual se deduce la pretensión de nulidad. Esto supone una interpretación evolutiva, incluso, respecto de la propia voluntad del Legislador, que como quedó en evidencia en la exposición de motivos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, prestó atención a los efectos del acto, partiendo de la categoría de “actos de efectos particulares”, sometidos al procedimiento denominado, en la Ley, como los “juicios de nulidad de los actos de efectos generales”.

¹² *Ibidem*, p. 59.

¹³ “Distinción entre los recursos de nulidad por inconstitucionalidad y los recursos de nulidad por ilegalidad en la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* n° 110, 1998, pp. 121 y ss.

Fue esa interpretación evolutiva –consolidada en el caso *Parque Chorro El Indio*– la que permitió aclarar que el contenido del acto (de acuerdo con sus destinatarios y su contenido normativo o no) era irrelevante para diferenciar la justicia administrativa de la constitucional, en tanto el único dato importante era el grado del acto respecto del cual se formula la pretensión de nulidad. Los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución deben ser conocidos por la justicia constitucional, más allá de sus destinatarios o de su contenido normativo.

Esta solución no solo delimitó, mejor, el ámbito de la justicia constitucional, sino que también hizo lo propio en relación con la justicia administrativa, al reconocerse que ésta conocerá de la demanda de nulidad en contra de actos administrativos, incluso, cuando se base en la violación de la Constitución. Pero en esta materia, sin embargo, se fijó una norma competencial de excepción, que resultó en una suerte de monopolio ejercido por la Sala Político-Administrativa para conocer de motivos de inconstitucionalidad¹⁴.

En realidad, de este sistema resultaba el monopolio de la Corte Suprema de Justicia para conocer de pretensiones de nulidad basadas en la violación de la Constitución, esto es, pretensiones cuya decisión dependía, exclusivamente, de la interpretación y aplicación de la Constitución. Ese monopolio correspondía a la Corte Plena, respecto del control concentrado, y a la Sala Político-Administrativa, en relación con la pretensión de nulidad deducida contra actos administrativos, y que podía resolverse únicamente considerando la Constitución.

Ahora bien, mientras que la Sala Político-Administrativa es un órgano especializado, la Corte Plena no lo es, todo lo cual restaba calidad a la justicia constitucional. De allí la insistencia de la profesora Calcaño de Temeltas en crear la Sala Constitucional, lo que además permitiría agilizar los procesos ante la Corte, especialmente, ante el auge de la acción de amparo. Se opinó, al respecto, que es “*vital la renovación de la Corte Suprema de Justicia. Esa renovación pasa por su reestructura organizativa, la cual debe contemplar, indefectiblemente, la existencia de*

¹⁴ Cfr.: “Distinción entre los recursos de nulidad por inconstitucionalidad y los recursos de nulidad por ilegalidad en la jurisdicción contencioso-administrativa”, cit., p. 131. De ella resultó una “jurisdicción contencioso-administrativa mutilada”, p. 132.

*una Sala adicional para el cumplimiento de sus fines de control constitucional: la Sala Constitucional*¹⁵.

V. LA CREACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y LAS CRÍTICAS DE LA PROFESORA JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

La Constitución de 1999, finalmente, creó a la Sala Constitucional dentro del máximo tribunal, ahora redenido como el Tribunal Supremo de Justicia. Así, el artículo 336 del Texto de 1999 atribuyó a esa Sala la competencia para conocer demandas de nulidad en contra de actos del Poder Público en función del rango del acto, y no de su naturaleza. De ello se deduce -en concordancia con el artículo 259- que los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativo conocen de la demanda de nulidad en contra de actos administrativos, más allá de los fundamentos de Derecho de la pretensión de nulidad.

Este sistema fue interpretado por la profesora Calcaño de Temeltas con ocasión a su incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales¹⁶. Allí se concluyó que Venezuela no había tenido una verdadera jurisdicción constitucional, ante la inexistencia de un órgano especializado para ejercer el control concentrado de la constitucionalidad. Recuerda la autora cómo diversos proyectos fueron elaborados en la materia¹⁷, enfocados más en aspectos procedimentales y formales, y no así en la creación de un órgano especializado. Esta idea, defendida por la profesora Calcaño de Temeltas, cobraría fuerza en la Comisión Bicameral del entonces Congreso encargada de la reforma a la Constitución de 1961. Asimismo, la creación de la Sala Constitucional fue acogida en el -ya

¹⁵ Calcaño de Temeltas, Josefina, “Notas sobre la necesidad de creación de la Sala Constitucional”, en *Revista de Derecho Administrativo* n° 2, Caracas, 1998, p. 300.

¹⁶ Discurso de 16 de marzo de 2000, tomado de: https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS_2000_67_137_107-132.pdf. Una versión fue publicada como “La jurisdicción constitucional en Venezuela: pasado, presente y futuro”, en *Revista de Derecho Constitucional* n° 2, Caracas, 2000, pp. 61 y ss.

¹⁷ El primero de ellos fue preparado en 1965 por los profesores Sebastián Martín-Retortillo, Francisco Rubio Llorente y Allan R. Brewer-Carías (puede consultarse en Allan Brewer-Carías, *Proyectos de Ley en materias de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022, pp. 175 y ss.). También se recodó el proyecto de 1988 preparado en el seno de la Comisión para la Reforma del Estado por Carlos Ayala Corao, quien abordó este tema en “Bases para la elaboración de un Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional”, en *Revista de Derecho Público* n° 39, Caracas, 1989, pp. 77 y ss.

comentado- anteproyecto preparado por el entonces magistrado Humberto J. La Roche¹⁸. En este texto “*en cuanto a la acción de nulidad se acoge el criterio sustentado en la jurisprudencia de la Corte en años recientes para determinar los actos susceptibles de ser atacados por ante la Sala Constitucional, esto es, un criterio netamente formal; la ejecución directa e inmediata de la Constitución, sean actos normativos o individuales*”¹⁹.

Las disposiciones de este anteproyecto fueron recogidas, en parte, en la Constitución de 1999, al crear la Sala Constitucional, especialmente, en cuanto al control concentrado, de acuerdo con el artículo 334. No obstante, y dentro de las diferencias con el señalado anteproyecto, la profesora Calcaño de Temeltas observó lo siguiente²⁰:

“Igualmente proclama al Tribunal Supremo de Justicia garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y el máximo y último intérprete de la Constitución, pero difiere en relación al proyecto de ley al extender, la vinculación de las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y no sólo a los demás tribunales de la República (Artículo 335).

En cuanto a las competencias específicas de la Sala Constitucional, además de las típicas de cualquier órgano de control constitucional, como son, la declaratoria de nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional o cualquier órgano en ejercicio del Poder Público, que colidan con la Constitución, se introducen otras atribuciones que no estaban contempladas en el anteproyecto de la Corte”.

¹⁸ El anteproyecto, fechado 15 de junio de 1999, puede consultarse en: <http://historico.tsj.gob.ve/informacion/miscelaneas/alojc.html>. Puede verse al respecto a Antonio Canova González, “El control concentrado de la constitucionalidad y la jurisdicción contencioso-administrativa. Aproximación a criterios para su diferenciación”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* n° 52, Caracas, 1998, pp. 67 y ss.

¹⁹ Josefina Calcaño de Temeltas, “La jurisdicción constitucional en Venezuela: pasado, presente y futuro”, ob. cit., p. 65.

²⁰ *Ibidem*, p. 67.

Estas diferencias, agudamente, llevaron a la profesora Calcaño de Temeltas a formular diversas críticas que, con el tiempo –como explicamos en la sección siguiente– resultaron ser determinantes²¹.

Así, en *primer* lugar, se cuestionó la falta de regulación especial de los magistrados de la Sala Constitucional, pues a pesar de la naturaleza única de sus funciones, la Sala fue concebida como una división más del Tribunal Supremo de Justicia.

Además, y, en *segundo* lugar, la relación entre la Sala Constitucional y la Sala Plena fue regulada confusamente, tanto por la participación de los magistrados de aquélla en ésta, como en función a la naturaleza de las materias conocidas.

Con base en estas críticas, observó que “la Sala Constitucional recién creada en Venezuela se aleja frontalmente del paradigma de jurisdicción constitucional que se encarna en una Corte o Tribunal Constitucional autónomo e independiente de los poderes tradicionales del Estado, incluido el Judicial”. De allí, modificando su posición inicial, la profesora Calcaño de Temeltas opinó a favor de la creación de un Tribunal o Corte Constitucional. Así, el Texto de 1999 resultó en un:²²

“articulado constitucional profuso, difuso y confuso que, en temas de gran importancia se sitúa en la retaguardia. Uno de ellos es el que ha sido objeto de esta disertación. Desdeñando experiencias exitosas en otras latitudes, incluso las más cercanas, ha optado por construir una jurisdicción constitucional departamentalizada en una Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia, en lugar de instituir una Corte o Tribunal Constitucional orgánicamente autónomo e independiente”.

La pertinencia de estas advertencias, como veremos de seguidas, quedó demostrada en el desempeño de la Sala Constitucional.

VI. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA Y LA NECESIDAD DE REPLANTEAR SUS FUNDAMENTOS

Lejos de ser el guardián de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia terminó siendo el guardián del régimen autoritario-populista instaurado en 1999, y que, con abusos constitu-

²¹ *Ibidem*, pp. 69 y ss.

²² *Ibidem*, p. 90.

cionales, violó sistemáticamente el Texto de 1999, al punto que éste ha quedado, en los hechos, desaplicado²³. Al analizar este proceso, podemos comprobar, precisamente, cómo esta desnaturalización puede explicarse, al menos en parte, por el errado diseño institucional de la Sala, tal y como advirtió la profesora Calcaño de Temeltas²⁴.

A pesar de la especial naturaleza de las competencias de la Sala, su régimen orgánico se equiparó al resto de las Salas del Tribunal, lo que terminó siendo esencial para la destrucción de su autonomía, especialmente, luego de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que artificialmente, aumentó el número de magistrados de la Sala y, con ello, amplió el control político ejercido desde la Presidencia. Desde entonces, la Sala Constitucional ha actuado como brazo político de la Presidencia, lo que resultó fundamental para culminar el proceso de abrogación *de facto* de la Constitución de 1999, luego de la elección de la Asamblea Nacional de 2015.

Además, en los hechos, la Sala Constitucional se erigió en el supremo tribunal, incluso, en relación con el Tribunal Supremo de Justicia en pleno, como lo demuestra la revisión de las sentencias adoptadas por el Pleno. Desde el punto de vista orgánico, esta es una solución irracional: la Sala Constitucional, que forma parte del Tribunal Supremo, se ha erigido en máximo tribunal, incluso, del propio Tribunal²⁵. Esta distorsionada visión quiso atribuir, a la Sala Constitucional, el rol del máximo y último

²³ Excedería de los límites de este estudio analizar los abusos cometidos por la Sala Constitucional desde 1999. Para un estudio detallado, entre otros, vid. Allan Brewer-Carías, *Crónica sobre la “In” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007, pp. 515 y ss.

²⁴ Seguimos aquí lo señalado en José Ignacio Hernández G., “¿Se justifica el control concentrado de la constitucionalidad en Venezuela? Algunas notas sobre los límites y riesgos de la justicia constitucional”, en *VI Congreso Internacional de Derecho Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo. Homenaje a Carlos Ayala Corao*, Universidad Monteávila, Caracas, 2017, pp. 521 y ss.

²⁵ Una posible razón para explicar este resultado es que a pesar de que la Constitución de 1999 no acogió la figura del Tribunal o Corte Constitucional, la exposición de motivos interpretó a la Sala como una suerte de órgano especializado. Cfr.: José Vicente Haro, “La justicia constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional n° 1*, Caracas, 1999, pp. 135 y ss. Para una crítica, vid. Antonio Canova González, “La Supersala (Constitucional) del Tribunal Supremo de Justicia”, en *Revista de Derecho Constitucional n° 3*, 2000, pp. 285 y ss.

intérprete de la Constitución, a pesar de que, en el diseño institucional del Poder Judicial, ese rol corresponde al Tribunal Supremo de Justicia²⁶.

Junto a estas críticas, advertidas en su momento por la profesora Calcaño de Temeltas, debe también agregarse la desmesurada ampliación de las atribuciones de la Sala Constitucional, tanto en virtud de las atribuciones definidas en la Constitución de 1999, como en virtud de las atribuciones que la propia Sala se asignó, y que han degenerado en un legislador positivo²⁷. Esta ampliación ha llegado a tal punto que, incluso, se ha desvirtuado en la práctica la línea divisoria entre la justicia constitucional y la administrativa, no solo por cuanto la Sala Constitucional ha asumido la competencia para conocer demandas de nulidad en contra de actos de rango sublegal²⁸, sino además, por cuanto, a través de figuras como el recurso de revisión y la acción autónoma de interpretación, la Sala Constitucional se ha erigido, *de facto*, como la máxima autoridad de la justicia administrativa.

Por ello, y a nivel comparado, la deriva autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia forma parte del fenómeno de las cortes autoritarias, o sea, los tribunales que, a cargo del control de constitucionalidad, degeneran en brazos políticos de regímenes autoritarios que operan, sin embargo, bajo una apariencia de constitucionalidad²⁹. Esto

²⁶ Tal y como aclara el artículo 335 de la Constitución. Para otra crítica, vid. Allan Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999. Véase también a Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, pp. 551 y ss.

²⁷ Daniela Urosa Maggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Legislador Positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011.

²⁸ Allan Brewer-Carías, *La Sala Constitucional versus El Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004, pp. 99 y ss.

²⁹ Daniela Urosa Maggi, “El rol de las Cortes Constitucionales en democracias iliberales: de guardianes de la supremacía constitucional a soporte fundamental del autoritarismo”, en *Estudios Constitucionales y Parlamentarios. Anuario 2018-2020*, Universidad Católica Andrés Bello-Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro, Caracas, 2021, pp. 39 y ss.

ha dado lugar al estudio del Derecho Constitucional autoritario³⁰, y que nosotros hemos propuesto ampliar al Derecho Constitucional autoritario populista, pues no solo la Constitución es manipulada para simular decisiones autoritarias, sino que, además, esa manipulación es justificada bajo la –supuesta– supremacía de la voluntad popular³¹.

El resultado es una institución híbrida: una Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que es tal solo en la forma, pero que en la práctica opera como el máximo y supremo tribunal, no vinculado siquiera a la propia Constitución. Esta es, en realidad, la negación de la justicia constitucional, en tanto lejos de garantizar la supremacía de la Constitución como límite al poder, protege la supremacía del poder como límite a la Constitución³².

Con lo cual, las reflexiones de la profesora Josefina Calcaño de Temeltas tienen, hoy día, plena vigencia. El experimento fallido de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debe llevar a reflexionar sobre los vicios del diseño institucional plasmado en el Texto de 1999, y considerar si, en efecto, se justifica mantener a esa Sala Constitucional. Este análisis debe alejarse de dogmas que deriven en la trasposición de instituciones inadecuadas a la realidad político-institucional venezolana. Por el contrario, es esta realidad la que debería tomarse en cuenta al perfilar el futuro de la justicia constitucional en Venezuela, tomando en cuenta cómo la concentración de funciones genera una clara tentación autoritaria³³.

Con base en estas reflexiones, y a modo de recapitulación, cabría formular cuatro conclusiones generales, a partir del pensamiento de la profesora Josefina Calcaño de Temeltas y el criterio definido en el citado caso *Parque Chorro El Indio*.

³⁰ Tom Ginsburg y Alberto Simpser, “Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes”, y Mark Tushnet, “Authoritarian Constitutionalism: Some Conceptual Issues”, en *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 1 y 36.

³¹ José Ignacio Hernández G., “Towards a Concept of Constitutional Authoritarianism: The Venezuelan Experience” (2018), *Int'l J. Const. L. Blog*, 14 de diciembre de 2018, tomado de: <http://www.iconnectblog.com/2018/12/towards-a-concept-of-constitutional-authoritarianism-the-venezuelan-experience/>

³² Como explicamos en José Ignacio Hernández G., “Constitución y control judicial del poder en Venezuela: breves reflexiones sobre el olvido de Locke”, en *Revista de Derecho Público n° 142*, Caracas, 2015, pp. 65 y ss.

³³ José Ignacio Hernández G., “La tentación autoritaria de la Jurisdicción Constitucional en América Latina”, en *Revista Iuris Forum n° 1*, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Santo Domingo, 2021, pp. 59 y ss.

En *primer* lugar, la distinción entre la justicia administrativa y la constitucional debe basarse en el rango del acto del Poder Público cuya demanda de nulidad se pretende, lo que debe ser un límite, incluso, para la propia justicia constitucional. Esto pasa por garantizar la especialidad del control judicial de la actividad e inactividad administrativa por la justicia administrativa, incluso, en lo que respecta a la violación de la Constitución. Con lo cual, debe rechazarse la idea según la cual la Sala Constitucional es el último y máximo intérprete de la Constitución.

Muy especialmente, es preciso abandonar la clasificación del acto administrativo según sus efectos y contenido. Esa clasificación es irrelevante de cara a definir la diferencia entre la justicia constitucional y administrativa, pues lo relevante es el rango del acto. Por ejemplo, tanto el reglamento como el decreto-ley son actos normativos dictados por el Poder Ejecutivo, pero solo el primero debe ser conocido por la justicia administrativa, en tanto se trata de un acto administrativo.

En *segundo* lugar, las atribuciones de la Sala Constitucional deben reducirse, a los fines de eliminar cualquier atribución que, en los hechos, transforme a ésta en tribunal de instancia, incluso, de la Sala Político-Administrativa. Tal es el caso del llamado recurso de revisión en contra de sentencias y de la demanda autónoma de interpretación constitucional. Es preciso, por ello, abandonar el paradigma según el cual mientras mayores de las atribuciones de la justicia constitucional, mayor será la calidad del control de la supremacía de la Constitución. La evidencia, en realidad, apunta justamente a lo contrario.

En *tercer* lugar, es necesario contar con normas orgánicas especiales de la Sala Constitucional, que, en los términos de la Constitución de 1999, no puede equiparse al resto de las Salas del Tribunal. El régimen especial de selección de los magistrados de la Sala puede concretarse en la Ley Orgánica de la Justicia Constitucional, que sigue siendo uno de los temas pendientes del Derecho Constitucional venezolano. Esto es especialmente importante si consideramos el rol que esta Sala debe cumplir en el marco del sistema de justicia transicional en Venezuela.

Finalmente, y *cuarto* lugar, más allá del Texto de 1999, y pensando en una futura reforma constitucional, debe reflexionarse sobre la pertinencia de mantener a la Sala Constitucional. Una solución es, como fue sugerida por la profesora Calcaño de Temeltas, introducir a figura del Tribunal Constitucional, acotando debidamente sus competencias, que deberían orientarse al control concentrado de la Constitución. Otra opción es abandonar este sistema de control concentrado, para reconocer únicamente

el control difuso -lo que incluso, justificaría abrogar la propia figura de la Sala-. Al evaluar esta opción, hay que evitar mantener el dogma según el cual, el control concentrado deriva en una mayor calidad del Estado de Derecho, pues este resultado también puede alcanzarse por medio del control difuso, en el cual, el Tribunal Supremo de Justicia actuaría como el último y máximo intérprete, pero siempre condicionado a la aplicación de la Constitución a una disputa en concreto.

Brookline, MA, noviembre de 2023

LOS ACTOS DE GOBIERNO EN VENEZUELA

*Rafael Badell Madrid**

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS DE GOBIERNO. 3. JURISPRUDENCIA SOBRE LOS ACTOS DE GOBIERNO. 4. LOS ACTOS DE GOBIERNO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999. 5. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Introducción

La Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA) ha decidido rendir un muy merecido homenaje a la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas; primero, a través de un ciclo de foros que se desarrolló de manera muy exitosa y provechosa en el Aula Virtual Allan Brewer-Carías, donde se analizó su extraordinaria contribución al derecho público en Venezuela. Ahora se le rinde homenaje a través de la publicación de un libro que recoge lo acontecido en aquellos eventos.

Estos homenajes son muy justos pues la Dra. Temeltas, desde su posición de juez y magistrada, primero, del Tribunal de Carrera Administrativa, luego, en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y, finalmente, en la Sala Político-Administrativa (SPA) de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), fue autora de una magnífica y abultada línea jurisprudencial en derecho constitucional y administrativo, tanto sustantivo

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Miembro Correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

como adjetivo, que significaron importantísimos y emblemáticos avances jurisprudenciales sobre aspectos fundamentales de estas materias. También fue muy destaca la actuación de la Dra. Temeltas en condición de profesora de derecho procesal administrativo y como miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Agradezco especialmente a la Dra. Belén Ramírez Landaeta, al Dr. Gustavo Urdaneta Troconis y a los demás miembros de la Junta Directiva de AVEDA, por haberme invitado a participar en aquella ocasión, cuando comenté la sentencia del 11 de marzo de 1993, caso “Gruber Odreman y otros”, sobre los denominados actos de gobierno y, ahora, cuando paso a desarrollar por escrito los comentarios formulados en aquella oportunidad, para que sea incluido en este libro en su homenaje.

La teoría de los denominados actos de gobierno tuvo su origen en Francia y se fue extendiendo a los ordenamientos jurídicos de otros países en Europa, hasta llegar a Iberoamérica. Esta teoría, que partía de considerar que una serie de actos dictados por el Poder Ejecutivo no estaban sometidos al control jurisdiccional, ni podían generar responsabilidad por los daños que causarían, fue creación del Consejo de Estado francés.

En la primera mitad del siglo XIX apareció en Francia la idea original del acto de gobierno que, de acuerdo a las decisiones del Consejo de Estado -*Arret Laffitte* en 1822-, eran los dictados por el Poder Ejecutivo, cuya impugnación había sido rechazada por la Administración, por haber sido dictados con un propósito político o con relación a la alta política. Este fue el primer período denominado del móvil político.

El primer período del móvil político fue abandonado el 19 de febrero de 1875, cuando el Consejo de Estado dictó la sentencia “Príncipe Napoleón” por medio de la cual, aun cuando siguió manteniendo la doctrina de los actos de gobierno, modificó su criterio, al resolver que no bastaba que un acto administrativo hubiera sido dictado por un móvil político para excluir contra él todo recurso. La categoría de acto de gobierno no podía fundamentarse en la calificación por parte de la Administración de que éste se basaba en un móvil o fin político.

Surgió así la concepción que toma en cuenta la distinción entre la función gubernamental, por oposición a la función administrativa. Se afirmaba que era actos de gobierno, por su naturaleza, los que se producían en ejercicio de la función gubernamental y actos administrativos, por su naturaleza, los que se dictaban en ejercicio de la función administrativa.

Pero esta segunda etapa resultó muy general, imprecisa y arbitraria y terminó por ser abandonada para dar paso al denominado tercer período de la “lista” jurisprudencial, conforme al cual se consideraron actos de gobierno los que el Consejo de Estado y el Tribunal de los Conflictos estimaran que debían estar, por razones de conveniencia, sustraídos a todo debate ante los tribunales.

El sistema de lista jurisprudencial fue seguido en España, a partir de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Jurisdicción de 1956, que señaló que estaban excluidos del control los actos que afecten a la defensa del territorio nacional, los referidos a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado, al mando y organización militar y los actos de relación inter constitucional.

La jurisprudencia en Venezuela ha tratado la doctrina de los actos de gobierno de manera diversa. Durante la vigencia de la Constitución de 1961, los fallos dictados por la CSJ referidos a los actos de gobierno fueron muy pocos y además contradictorios en lo atinente a la noción de inmunidad jurisdiccional.

Durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 1961, la CSJ consideró procedente la revisión por motivos de inconstitucionalidad de actos dictados por el Congreso en ejecución directa de la Constitución. Consideró que dichos actos no estaban exentos del control jurisdiccional, pero sin hacer referencia expresa en su análisis a la teoría de los actos de gobierno.

Posteriormente, la CSJ rechazó cualquier posibilidad de control sobre este tipo de actos, declarando que estaban excluidos del control jurisdiccional de la constitucionalidad. En una segunda etapa, la CSJ fue ampliando su criterio para entender que, si bien los actos de gobierno -por tratarse de decisiones predominantemente discrecionales- no podía ser objeto de revisión de los motivos de oportunidad, de mérito o conveniencia, sí podían estar sujetos al control de los órganos jurisdiccionales en cuanto al examen de la exactitud, veracidad y congruencia de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión gubernativa.

Finalmente, en una tercera etapa, la CSJ reconoció que los actos de gobierno no gozan de inmunidad jurisdiccional. Ese fue, precisamente, el mérito y la novedad de la sentencia del 11 de marzo de 1993, caso “Gruber Odreman, y otros”, sobre los actos de gobierno, con ponencia de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas.

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) ha continuado admitiendo el control constitucionalidad de esta categoría de actos denominados por la doctrina y la jurisprudencia “actos de gobierno”.

Hoy la doctrina, tanto en Francia como en otros países, rechaza esta tesis de un bloque de actos políticos inmunes al control sea constitucional o contencioso-administrativo.

En Venezuela, y en muchos países, el Presidente puede dictar actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución con igual rango que la ley. A estos actos se la ha denominado “actos de gobierno”, que son dictados en el ejercicio de la función de gobierno y, por tanto, no son actos administrativos. Son actos dictados -principalmente- por el Presidente de la República en ejercicio directo e inmediato de atribuciones que la Constitución le asigna, pero que no tiene la inmunidad de jurisdicción que tenían en su origen y no escapan del control judicial de constitucionalidad y sobre los cuales se permite también el reclamo judicial por los daños causados.

Hoy los actos de gobierno son los dictados en ejecución directa de la Constitución, en función de gobierno, con un móvil político, en ejercicio de competencias excepcionales, con rango de ley, sujetos siempre al control de constitucionalidad y de los cuales es posible reclamar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por responsabilidad del Estado.

2. Consideraciones generales sobre la doctrina de los actos de gobierno

La teoría del acto de gobierno fue elaborada como una justificación de la exclusión del control administrativo y judicial, de ciertos actos considerados próximos a la política del Estado. Esta teoría de origen francés, puede ser comprendida a través de la apreciación de una evolución histórica en ese país representada por tres periodos, que implicaron distintas nociones o interpretaciones acerca de la verdadera naturaleza de lo que se conocía como acto de gobierno.

La fórmula inicial o primitiva de la teoría del acto de gobierno fue construida en Francia durante las primeras décadas del siglo XIX y consistía en excluir de todo recurso, tanto administrativo como judicial, y

tanto en vía de anulación como de responsabilidad, a determinados actos atañedores a la alta política.¹

En efecto, durante esta primera fase el Consejo de Estado Francés “*Se negaba a conocer de los recursos, tanto de anulación como de indemnización [...]*”² sobre los actos de gobierno, solución esta que se llegó a conocer también como el equivalente al reconocimiento por parte del juez de la noción de “razón de Estado.”³

Este fue el primer período de la noción de actos de gobierno en Francia, denominado período del móvil político y fue la concepción original del acto de gobierno. Se trataba de actos de la administración cuya impugnación había sido rechazada por ella misma, mediante el fundamento de haber sido dictados con un propósito político o con relación a la alta política. De forma que cualquier acto que hubiera sido dictado con un móvil político se transformaba en acto de gobierno y quedaba inmune a todo control.

El 1 de mayo de 1822, el Consejo de Estado Francés declaró inadmisibles los recursos interpuestos contra la negativa del Ministro de Finanzas a pagar parte de la renta acordada por Napoleón I a su hermana Marie-Pauline Bonaparte (también conocida como la princesa Borghese), al considerar que la reclamación se refería a una cuestión política cuya decisión correspondía exclusivamente al gobierno. En concreto, el caso (*Arret Laffitte*) se trató de la exigencia del pago o reembolso que hizo un banquero conocido como “Laffitte” quien había adquirido la comentada renta previamente concedida a Marie-Pauline Bonaparte.

El reclamó se circunscribió específicamente a la exigencia de las cuotas o anualidades vencidas de la mencionada renta, sobre lo cual el denominado gobierno de restauración de la época se negó a reconocer o condonar las acciones del extinto gobierno imperial, lo cual fue posteriormente entendido por el Consejo de Estado como una decisión que le pertenecía exclusivamente al gobierno, argumentando que se había fundamentado en motivaciones meramente políticas⁴.

¹ George Vedel, *Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Aguilar, Madrid, 1980. p. 253.

² Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, traducción a la 9na Edición, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984. p. 175.

³ *Ibidem*. p. 175.

⁴ José Luis Carro y Fernández Valmayor, “La doctrina del acto político” en *Revista de Administración Pública* No. 53, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967. p. 76.

Lo anterior se tradujo en un criterio del Consejo de Estado, por el cual éste se negaba a conocer de las reclamaciones que hubiesen tenido relación a problemas políticos derivados de la extinción del régimen napoleónico, incluyendo “[...] *más adelante a los que se referían a los distintos cambios y pugnas políticas que sucedieron*”⁵.

Así, la teoría clásica de los actos de gobierno institucionalizó la idea de que razones de Estado justificaban que la actuación del gobierno estuviera excluida del control jurisdiccional. Es decir, estos actos quedaban totalmente fuera del ámbito del control jurisdiccional, luego de haber sido discrecionalmente calificados por la misma Administración como sustentados en un fin político.

Esta primera noción del acto de gobierno, fundamentada en el móvil político, fue abandonada el 19 de febrero de 1875, cuando el Consejo de Estado francés dictó la conocida sentencia “Príncipe Napoleón”, por medio de la cual se estableció que no bastaba con que el acto hubiese sido dictado fundamentándose en un móvil político para excluir contra él todo recurso. Se resolvió que los actos excluidos del control jurisdiccional eran los actos de gobierno por su naturaleza, con total independencia de la calificación que les hubiese imputado la Administración pública.

El referido caso se trató de la impugnación ante el Consejo de Estado de una negativa del Ministro de Guerra de aquel momento respecto de la solicitud del príncipe Napoleón José Bonaparte, de reinscribir su nombre en el listado de generales del Anuario militar de 1873. El príncipe Napoleón había sido nombrado por Napoleón III como general de división en 1853, y la decisión de omitirlo del Anuario militar, había obedecido según el Ministro, a un nombramiento irregular y caduco por depender de las condiciones de un régimen político desaparecido, razonamientos estos que en la oportunidad de ser defendidos en el Consejo de Estado fueron calificados por el Ministro como de un carácter político, fuera del control jurisdiccional, oponiéndose en esos términos a la respectiva demanda⁶.

Como alegato en contrario a la tesis apoyada en el criterio del móvil político, se argumentó que, en cuanto a los actos calificados como de gobierno, “[...] *dicha calificación no puede extenderse arbitrariamente en*

⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Séptima Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995. p. 552.

⁶ Marceau Long *et al.*, *Los Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000. p. 10.

función de la voluntad de los gobernantes; ella se limita naturalmente a los aspectos para los cuales la ley ha juzgado necesario confiar al gobierno poderes generales a los cuales, virtualmente se ha subordinado el derecho particular de los ciudadanos al interés superior del Estado⁷ (resaltado nuestro), criterio este que fue luego asumido por el Consejo de Estado en su decisión.

De esa manera se quiso hacer énfasis en la falta de certidumbre e indeterminación que generaba la utilización discrecional de la noción del móvil político por parte del gobierno, para así poder extraer cualquier asunto de la jurisdicción del Consejo de Estado francés, sin tomar en consideración la naturaleza verdadera del acto. Conforme al nuevo criterio del Consejo de Estado, el calificar a un acto como de gobierno, ya no dependía de que se hubiese dictado bajo un móvil o con carácter político.

A partir de esa decisión, se dio inicio al segundo período o etapa de la doctrina del Consejo de Estado francés sobre los actos de gobierno, fundamentada en la naturaleza del acto, en el cual se tomaba en cuenta la noción de la función gubernamental, por oposición a la función administrativa⁸.

Se afirmó durante esta etapa que era actos de gobierno, por su naturaleza, los que se producían en ejercicio de la función gubernamental, y actos administrativos, por su naturaleza, los que se dictaban en ejercicio de la función administrativa. Esta teoría conllevó a la necesidad de que algunos autores hiciesen referencia al asunto de tratar de distinguir entre función administrativa y función de gobierno.

Así, para Jean Rivero, gobernar se trata de la toma de “*decisiones esenciales que comprometen el destino nacional*”, mientras que la administración se refiere a tareas de una índole cotidiana como lo serían según él “[...] *el recorrido del cartero, el gesto del agente que regula la circulación*”⁹. La dificultad en tal diferenciación radicaba –según Rivero– en que ésta no tiene un alcance jurídico, ya que un mismo acto –como lo sería el nombramiento de un alto funcionario– podría tener un alcance gubernamental o no, dependiendo de los efectos que conlleve, esto es, si

⁷ *Ibidem.* pp. 10-11.

⁸ José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Colección de Estudios Jurídicos Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2009. p. 423.

⁹ Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 12.

aquél implica un cambio de política o si solo llega a tener una “significación puramente administrativa”.¹⁰

Esta noción determinó los caracteres propios del acto de gobierno, por oposición a los del acto administrativo. Conforme a esta doctrina, un acto sería siempre administrativo o de gobierno conforme a su naturaleza intrínseca y nunca podría un acto administrativo convertirse en un acto de gobierno; como sí, en cambio, podía suceder en el caso de la teoría del móvil político¹¹. No obstante, esta concepción resultó incierta, imprecisa y arbitraria, por lo cual fue abandonada.

La imposibilidad de definir al acto de gobierno dio paso al tercer período en la doctrina de los actos de gobierno, denominado el período de la lista jurisprudencial, conforme al cual sólo los actos de gobierno sustraídos de recurso, administrativo o judicial eran los que se sacaban de una “lista” elaborada de acuerdo a las decisiones del Consejo de Estado y el Tribunal de los Conflictos.

Se afirmaba que era inadmisibles el recurso contra ciertos actos de la Administración, en virtud de consideraciones de orden práctico que aconsejaban conveniente sustraer esos actos a la controversia jurisdiccional. Se hallaban en esa lista jurisprudencial, desvinculada por completo del origen primigenio de la doctrina sobre actos de gobierno, los actos del Poder Ejecutivo concernientes a su relación con el Poder Legislativo, las relaciones internacionales y las decisiones tomadas por los agentes públicos de todo orden para asegurar la ejecución de las convenciones diplomáticas, los actos del ejecutivo relativos a la conducción de la guerra, los decretos de gracias, y las medidas excepcionales de orden interior, como la declaración del estado de sitio y amnistía, entre otros.

Según la doctrina, esta categoría de actos o “lista” posteriormente se fue reduciendo en Francia a sólo dos campos: (1) los actos del gobierno adoptados en sus relaciones con el Parlamento, y (2) los actos del gobierno en materia de relaciones con potencias extranjeras. El primero de los ámbitos mencionados incluía actos tales como el derecho de iniciativa frente al Parlamento, decretos de promulgación de leyes, entre otros similares; mientras que el segundo ámbito incluía una más amplia gama de actos, como por ejemplo todo lo relacionado a la celebración, ratificación

¹⁰ *Ibidem*, p. 13.

¹¹ *Ibidem*, p. 423.

y ejecución de tratados internacionales, actos de protección de ciudadanos franceses en el extranjero y los llamados actos de guerra.¹²

La influencia francesa produjo que en España se acogiera la noción de los actos de gobierno, como categoría de actos excluidos del conocimiento de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, siendo que en sus inicios se acogió también la teoría o noción del móvil político como su fundamento. Dicha teoría del móvil político (primer periodo de la evolución en Francia sobre la teoría de los actos de gobierno) subsistió en la jurisprudencia de España durante toda la vigencia de la Ley de Santamaría de Paredes del 13 de septiembre de 1888¹³ y también durante una parte de la vigencia de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del 27 de diciembre de 1956¹⁴ (en adelante Ley de la Jurisdicción).¹⁵

La Ley de la Jurisdicción estableció en su artículo 2.b) que no correspondían a la jurisdicción contencioso-administrativa, las cuestiones relacionadas con los “actos políticos del gobierno” indicando así mismo una serie de materias que, para aquel momento, habían quedado expresamente excluidas por esa norma del contencioso-administrativo, como lo eran los actos que “[...] *afecten la defensa el territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar.*”

Sobre esta disposición en particular, García de Enterría y Fernández señalaron que, a fines de precisar si estos actos eran de una categoría independiente, que se caracterizaba por resultar inmunes ante la jurisdicción de los tribunales, se podía acudir, en primer lugar, a la Exposición de Motivos de la misma Ley de Jurisdicción, que expresaba sobre los actos políticos que: “(...) *no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales*”. Sobre lo anterior apuntaron los precitados autores que “*Esta tesis puede resultar o bien peligrosa, o*

¹² Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, ob. cit. pp. 175-177.

¹³ Publicada en la Gaceta de Madrid número 258 del 14 de septiembre de 1888.

¹⁴ Publicada en el Boletín Oficial del Estado No. 362 del 28 de diciembre de 1956.

¹⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, ob. cit. pp. 551 y ss.

bien liberadora” (resaltado nuestro) y que por tal razón se requería de una mayor precisión sobre el asunto¹⁶.

Esa precisión ocurrió posteriormente con la evolución del criterio jurisprudencial en España, respecto de la teoría de los actos de gobierno.

Efectivamente, en España las primeras interpretaciones jurisprudenciales del precitado artículo 2.b) de la Ley de Jurisdicción, se ciñeron inercialmente a la doctrina del móvil político de origen francés, abarcando toda materia represiva sobre la base de la referencia en esa norma a la “*seguridad interior del Estado*” y a “*cuestiones militares*”¹⁷. Este primer criterio jurisprudencial se aplicó tanto a actos particulares como a reglamentos relacionados con las materias consideradas como excluidas del control jurisdiccional.

Sobre esta primera interpretación jurisprudencial en España, los precitados autores opinaron que:

El ejercicio de una potestad administrativa en función de un móvil político es lo normal, si esta expresión se adopta en su significado más extenso; y si se acoge la significación del término “político” en el sentido más concreto de la pugna política, de la lucha de un régimen contra sus antagonistas, entonces se comprende que, lejos de justificarse para los actos que sean expresión de la misma una exención del control judicial, más bien apela a él en términos más rigurosos, por la sospecha inicial de un posible abuso de las potestades administrativas en un contexto poco dado a la objetividad.¹⁸

En tal sentido, afirmaron que esa primera interpretación resultó absurda, ya que hubiese podido haber acabado con los recursos contra reglamentos en todas sus formas. Por ello, concluyen también que cualesquiera que sean las potestades administrativas, siempre éstas deberán ser susceptibles al control jurisdiccional, pudiendo entonces ser fiscalizadas por el juez¹⁹.

A partir de la década de 1960, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en España rectificó el criterio basado en el móvil político. Esto se hizo mediante dos “observaciones capitales” a la Ley de la Jurisdicción. Con la primera, se trató de darle un sentido orgánico al texto del artículo 2.b) de

¹⁶ *Ibidem.* p.p. 551-552.

¹⁷ *Ibidem.* p. 552.

¹⁸ *Ibidem.* p. 553.

¹⁹ *Ídem.*

la Ley de la Jurisdicción, remitiendo todos los actos del supuesto de hecho contenido en la norma al Consejo de Ministros excluyendo por tanto todos los actos que sean inferiores a los dictados por ese órgano superior, de la aplicación de esa norma. La segunda, se enfocó en la diferencia entre las expresiones “función política” de la “función administrativa”, siendo que la primera de ellas solo podía manifestarse por medio de “[...] *las grandes decisiones que afecten al Estado como un todo, medidas de conjunto relativas a la seguridad interior del Estado o a la organización militar en general, pero no simples actos administrativos que afecten a una o varias personas [...]*”²⁰.

De tal manera que una interpretación jurisprudencial de esa índole resultaba más “*liberadora*” en el sentido que ya apuntaban García de Enterría y Fernández, argumentando, además, que, si se asume una diferencia esencial entre los actos de gobierno y los actos administrativos, se concluye que los segundos:

[...] son siempre justiciables y que sólo puede excluirse la jurisdicción contencioso-administrativa cuando no se trate de verdaderas actuaciones de la Administración, sino de funciones ejercitadas por los órganos políticos superiores en cuanto en los mismos confluyen funciones constitucionales de relaciones entre poderes o el carácter de órganos de la personalidad jurídico-internacional del Estado en su totalidad.²¹

Bajo esa premisa, consideran García de Enterría y Fernández que la Administración pública resulta universalmente justiciable. Inclusive, llegaron a concluir que, con la entrada en vigencia del artículo 106.1 de la Constitución española de 1978, que atribuye a los órganos jurisdiccionales el control de la legalidad y la potestad reglamentaria de la administración pública sin excepción alguna, ya no podía haber denegación de justicia en ninguna forma, resultando la doctrina del acto político, a su parecer, como algo inútil; y que, por tanto, el artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción se debía haber considerado como derogado respecto del marco constitucional español, a fin de como bien señalan “[...] *evitar equívocos que, según muestra la historia, pueden resultar gravemente dañosos.*”²²

No obstante, conviene hacer mención de un criterio recientemente establecido por la Sala Tercera de lo contencioso-administrativo del

²⁰ *Ídem.*

²¹ *Ibidem*, p. 554.

²² *Ibidem*, p. 555.

Tribunal Supremo de España del 7 de noviembre de 2023, que, con ocasión de un Auto que negó una solicitud de medida “cautelarísima” conjuntamente solicitada con la interposición de un recurso contencioso-administrativo de nulidad en contra de actuaciones del Presidente del Gobierno y del Congreso de los Diputados²³, afirmó la existencia de determinados actos provenientes de esos órganos que deben considerarse excluidos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este caso, se trató de unas actuaciones relacionadas con la proposición de una Ley de Amnistía. Específicamente, el mencionado Auto consideró que:

(...) el ejercicio de **la iniciativa legislativa** por los miembros de las Cortes Generales no es enjuiciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Tampoco le cabe a esta última imponer al Gobierno la **presentación de proyectos de ley**. En fin, la **actuación parlamentaria** del Congreso de los Diputados a que se refiere la recurrente es igualmente ajena a este orden jurisdiccional ya que excede de las cuestiones de personal, gestión patrimonial y administración contempladas en el artículo 1.3 a) de la Ley de la Jurisdicción. (resaltados nuestros).

Al respecto, no cabe duda de que las actuaciones de la índole anteriormente mencionadas pueden ser descritas como actos de gobierno en un sentido orgánico o subjetivo, es decir, que provienen de los más altos órganos de la jerarquía estatal, tanto de la rama ejecutiva como legislativa del Poder Público.

Igualmente, la Sala Tercera también hace referencia a una delimitación material para excluir de la jurisdicción contenciosa a tales actos, basándose

²³ Véase: José Ramón Chaves, *Los actos de gobierno y parlamentarios quedan fuera de la jurisdicción contencioso-administrativa*. 16 de noviembre de 2023. Disponible en: <https://delajusticia.com/2023/11/16/los-actos-de-gobierno-y-parlamentarios-que-dan-fuera-de-la-jurisdiccion-contencioso-administrativa/>

en lo dispuesto por el artículo 1.3. a)²⁴ de la vigente Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa²⁵.

Sobre lo anterior, se puede inferir que, si bien el referido Auto no menciona expresamente a la teoría o el concepto de los actos de gobierno, aun en España subsiste esa noción como una justificación de excluir del control jurisdiccional a determinados actos de alta política; máxime cuando el mencionado Auto no menciona que sobre estas actuaciones pudiera haber procedido algún otro tipo de mecanismo para su control jurisdiccional, distinto al contencioso-administrativo.

Sobre la comentada evolución de la teoría del acto de gobierno en España, otro doctrinario -Fernando Garrido Falla- reconoce que la referida Ley de la Jurisdicción de 1956, en efecto estableció con base a esa teoría un catálogo de actos tenidos bajo la categoría de actos de gobierno, que se vieron excluidos por esa Ley de la Jurisdicción. En otras palabras, que dicha norma “[...] sigue pensando que los actos políticos o de gobierno, son distinguibles, frente a los administrativos [...]”²⁶.

Pero al mismo tiempo, señaló el precitado autor que de la redacción del artículo 2.b) de la Ley de Jurisdicción, surgió una restricción respecto del concepto o noción del acto de gobierno, debido a que, en el derecho positivo español, el término “Gobierno” (término incluido con mayúscula en el texto de esa norma) debía entenderse como el Consejo de Ministros, lo que significaba que “[...] sólo los actos de este alto Organismo pueden ser excluidos de fiscalización por razón de su conceptualización como actos políticos, pero nunca los actos ministeriales”. Se trataría en este caso de la unión de dos elementos tanto de uno orgánico como de uno material

²⁴ Artículo 1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación. (...)

3. Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación:

a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

²⁵ Publicada en el Boletín Oficial del Estado No. 167 del 14 de julio de 1998.

²⁶ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo Volumen I*, Reimpresión de la Séptima Edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980. p. 450.

(categoría o listado de actos), para la precisión de una noción o concepto de acto de gobierno.²⁷

Esta última observación es cónsona con la misma que hicieron García de Enterría y Fernández en cuanto a la limitación de la noción de acto de gobierno desde un punto de vista orgánico, con lo cual pudiera inferirse que el criterio jurisprudencial y de la doctrina en España sobre la teoría de los actos de gobierno, y más concretamente sobre la interpretación del alcance de la norma contenida en el artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción, llegó a asemejarse al del tercer periodo en Francia, o conocido como el de la lista jurisprudencial de actos.

Otra observación de importancia que hizo Garrido Falla respecto del alcance del mismo artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción, es el hecho de que esa norma establecía expresamente que sobre los actos ahí enunciados no se excluía la posibilidad de reclamación de responsabilidades ante el contencioso-administrativo, por daños a los particulares que hubiesen sido causados por las actuaciones del Gobierno²⁸.

Ello sin duda significó también una restricción más del alcance de la teoría o noción de los actos de gobierno en España, como actos excluidos del conocimiento por parte de los tribunales contencioso-administrativos, debido a que cualquier daño que estos directamente causasen en los particulares era susceptible de ser reclamado ante el contencioso-administrativo español, con total independencia del órgano o la autoridad que los hubiese dictado, o la materia sobre la cual hubiesen resuelto.

En Argentina, Miguel Marienhoff señala la dificultad de precisar la noción de acto de gobierno en el sentido de que, “[...] *para establecer cuáles actos son de “gobierno” o “políticos” y cuáles son actos “administrativos [...]”*”²⁹, se debe tomar en cuenta que ambos tipos de actos son expresiones de voluntad provenientes del mismo órgano, el Ejecutivo. En consecuencia, en su análisis para precisar la naturaleza o elementos de distinción entre un acto de gobierno y un acto administrativo, el mencionado autor parte de la prescindencia del punto de vista orgánico; lo cual resulta muy particular, toda vez que no pocas veces en la doctrina se hace alusión al órgano que dicta el acto, para determinar si éste cuenta con la categoría de acto de gobierno o no, siendo que generalmente el acto de

²⁷ *Ibidem*, p. 450.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Tercera edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981. pp. 684-685.

gobierno se entiende relacionado a las estructuras u órganos de la más alta jerarquía del gobierno o inclusive del Estado.

Luego de hacer referencia al abandono de la teoría o noción del móvil político, Marienhoff comenta acerca de la siguiente teoría que le siguió - que como ya se indicó se centraba en la naturaleza del acto- al indicar que un sector de la doctrina considera a los actos de gobierno como aquellos de una naturaleza tendiente a la “[...] *defensa de la seguridad o defensa del Estado, de sus instituciones y de la Constitución*”. Dicha solución es criticada por el mismo autor cuando afirma que “[...] *no es fácil deslindar con precisión donde termina el ‘gobierno’ y donde principia la ‘administración’*”³⁰.

Nuevamente resaltan los riesgos de indeterminación y de poca precisión que conllevó el que se tratara de obtener una noción de acto de gobierno, sobre la base de la esencia o naturaleza material del acto.

El precitado autor luego hace mención de otros criterios de distinción encontrados en la doctrina, como por el ejemplo el representado por la idea de que los actos de gobierno son los que derivan de la ejecución directa de la Constitución, mientras que los actos administrativos derivarían, por contrario, de la ejecución de la legislación.³¹

Un criterio adicional de diferenciación entre actos de gobierno y actos administrativos que menciona Marienhoff, alude a que la distinción se podría precisar por la finalidad de los actos, siendo que en el caso de los actos de gobierno se observaría una finalidad de la alta dirección del Estado, y en el caso de los actos administrativos una acción complementaria y subordinada al gobierno.³²

Empero, este autor nos presenta una perspectiva relativamente distinta en la procura de aproximarse al entendimiento de la noción de acto de gobierno, y su diferenciación con el acto administrativo.

Así, hace referencia a que tal diferencia no es “jurídica” sino:

[...] meramente teleológica, pues ambos tipos de actos persiguen finalidades diferentes. Ambos pretenden satisfacer el “*interés público*”, más lo hacen en “*grados*” de intensidad distinta y desde posibles esferas diferentes. Pero dichos actos no ofrecen diferencias de

³⁰ *Ibidem*, p. 686.

³¹ *Ibidem*, p. 687.

³² *Ibidem*, p.p. 687-688.

“régimen jurídico” [...] De manera que (omissis) el llamado “acto de gobierno” o “acto político” no constituye una figura jurídica específica, sino simplemente una noción conceptual de cierta actividad del órgano Ejecutivo del Estado.³³

Luego, a fin de precisar la finalidad o grado de actuación, en lo que respecta a los actos de gobierno, Marienhoff agrega que son aquellos actos que “[...] tengan por objeto finalidades superiores o trascendentes para el funcionamiento del Estado [...]”³⁴, pero precisando que esa sería una diferencia de “hecho” más no de “derecho”, en atención a su conclusión de que los actos de gobierno no comportan una verdadera categoría jurídica distinta a la del acto administrativo.

De modo que Marienhoff se aproxima a un concepto de acto de gobierno que resulta de alguna manera material, aunque desde un punto de vista teleológico o desde la óptica de la finalidad, el cual pudiera también entenderse como un concepto relativamente empírico, porque apunta al contenido concreto del acto y a sus efectos en la práctica, y no solamente a que éste sea dictado por un órgano de la más alta jerarquía del Estado.

Pero reiteramos, para este autor argentino tal distinción no comporta mayores efectos desde el punto de vista jurídico, especialmente en cuanto al asunto de su control jurisdiccional.

En tal sentido y sobre ese último aspecto en específico, concluye tajantemente que “[...] no existe razón jurídica suficiente para sustraer los llamados actos de gobierno o políticos del control jurisdiccional [...]” y que además el pensar que los actos de gobierno estén excluidos de dicho control, es una idea “[...] contraria a la orientación doctrinaria general y a las ideas modernas, siendo rechazada por la casi unanimidad de los autores franceses [...]”³⁵.

En Venezuela, Antonio Moles Caubet señaló que los actos de gobierno “Son actos estatales de ejecución inmediata de la Constitución. En consecuencia, se encuentran desvinculados de la ley formal y provistos de análoga eficacia. Dimanan del ejercicio de una actividad atribuida al Gobierno, considerando a éste como el conjunto de los

³³ *Ibidem*, p.p. 697-698.

³⁴ *Ibidem*, p. 698.

³⁵ *Ibidem*. p. 745.

órganos superiores del Poder Ejecutivo, separados –al menos funcionalmente– de la administración”³⁶.

Otro autor venezolano -el Dr. Allan Brewer-Carías- estableció que entre nosotros se ha delineado una noción del acto de gobierno “estrictamente formal” en cuanto a que son actos dictados por el Presidente de la República en ejecución directa e inmediata de la Constitución, pero resaltando el hecho de que deben ser actos dictados en ejercicio de la función política, que es aquella que “[...] *está atribuida en la Constitución directamente al Presidente de la República, es decir, al nivel superior de los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo, no pudiendo otros órganos ejecutivos ejercerla*”³⁷. De lo anterior podría deducirse la reiteración de un criterio -quizás- preponderantemente orgánico y no material, aunque el aspecto delimitador material o empírico pudiera observarse también por el listado de funciones que conforme a la Constitución nacional son de la exclusiva competencia del Presidente de la República, sin “*condicionamiento legal alguno*.”³⁸

Brewer-Carías precisa aún más un concepto o noción propia de los actos de gobierno en Venezuela, cuando alude a la forma de estos, indicando que la función política implícita en estos “[...] *se traduce en actos estatales de rango legal, como son los actos de gobierno, en tanto que la función administrativa se traduce en actos estatales de rango sublegal como son los actos administrativos*.”³⁹

En consecuencia, los actos de gobierno no podrían ser dictados en ejecución de un instrumento de rango legal, sino únicamente en ejecución directa de disposiciones constitucionales, que se exteriorizan como “decretos”, pero con rango de ley y por medio de los cuales se ejerce una función política. Mientras que en el caso de los reglamentos dictados también por el Presidente de la República, o las resoluciones de los ministros (órganos de la rama ejecutiva del poder público nacional), la manera de exteriorización de la voluntad del órgano superior estatal, sería entonces bajo la forma de actos administrativos, por tener estos actos un

³⁶ Antonio Moles Caubet “Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas No. 84*, Universidad Central, Caracas, 1992. p.183.

³⁷ Allan Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo Derecho Público en Iberoamérica, Tomo III, Los actos administrativos y los contratos administrativos*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013. p. 223.

³⁸ *Ibidem*. p. 223.

³⁹ *Ibidem*, p. 224.

rango sublegal. Dicho de otra manera, la noción de los actos de gobierno en Venezuela puede apreciarse como “[...] *condicionada por un esquema formal de ejecución del derecho por grados, y nada tiene que ver con una pretendida inmunidad jurisdiccional de los mismos.*”⁴⁰

La idea de que actualmente los actos de gobierno no pueden ser tenidos como inmunes al control jurisdiccional de todo tipo, es reafirmada por Brewer-Carías cuando indica que la doctrina tradicional de estos actos fue desapareciendo y que los actos de gobierno “[...] *si bien en general escapaban del control judicial contencioso administrativo por no ser actos administrativos, no escapan en general al control que ejercen las cortes o tribunales constitucionales, donde al contrario, impera el principio de que no existen actos excluidos de control*”⁴¹ (resaltado nuestro).

La evolución del Estado derecho lleva hoy a la doctrina a considerar que, respecto a la noción o teoría de los actos de gobierno, se impone el criterio del control universal sobre todos los actos y actuaciones de los órganos del Poder Público, con prescindencia de la categorización que se haga en cuanto a su preciso contenido, órganos que lo dicten y los fines perseguidos.

Los actos que sean calificados como de “gobierno” no pueden escapar al control jurisdiccional. Contra ellos procede las acciones o demandas de inconstitucionalidad y tampoco pueden eludir el control universal que se desprende del principio de responsabilidad patrimonial del Estado, consagrado en el artículo 140 de la Constitución, cuando hayan causado daños a los particulares.

De forma que hoy los actos de gobierno son los dictados en ejecución directa de la Constitución, en función de gobierno, con un móvil político, en ejercicio de competencias excepcionales, con rango de ley, sujetos siempre al control de constitucionalidad y de los cuales es posible reclamar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por responsabilidad del Estado.

La diferencia está en la competencia. Conocerán los tribunales constitucionales cuando se trate de controlar la constitucionalidad del acto de gobierno, o la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se reclame indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la aplicación del acto de gobierno.

⁴⁰ *Ibidem.* p. 205.

⁴¹ *Ibidem.* p. 204.

3. Jurisprudencia en Venezuela sobre los actos de gobierno

La jurisprudencia en Venezuela ha tratado la doctrina de los actos de gobierno de manera diversa. Durante la vigencia de la Constitución de 1961, los fallos dictados por la CSJ referidos a los actos de gobierno fueron muy pocos y además contradictorios en lo atinente a la noción de inmunidad jurisdiccional.

Así, en un inicio, la CSJ llegó a admitir –por motivos de inconstitucionalidad– la revisión de actos provenientes de los más altos órganos del Estado, como lo fueron, en su momento, las cámaras del antiguo Congreso de la República. Aunque en esa oportunidad, en efecto no se estableció la inmunidad sobre una categoría de actos entendida dentro del género de los llamados actos de gobierno (actos de ejecución directa de la Constitución por parte del Poder Legislativo), de todas formas la CSJ no llegó a hacer referencia expresa a que los actos de gobierno no estaban excluidos del control jurisdiccional.

Luego, en una segunda etapa, la CSJ rechazó completamente cualquier posibilidad de control sobre este tipo de actos, declarando que estaban excluidos del control jurisdiccional de la constitucionalidad.

Posteriormente, la CSJ fue ampliando su criterio para entender que, si bien los actos de gobierno, por tratarse de decisiones predominantemente discrecionales, no podía ser objeto de revisión de los motivos de oportunidad, de mérito o conveniencia, sí podían, en cambio, estar sujetos al control de los órganos jurisdiccionales en cuanto al examen de la exactitud, veracidad y congruencia de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión gubernativa.

Finalmente, la CSJ reconoció expresamente que los actos de gobierno en Venezuela no gozaban de inmunidad jurisdiccional, por el contrario, pueden ser objeto de revisión por el juez en cuanto a la competencia del funcionario, el contenido lícito posible, determinado o determinable del acto, a la correcta utilización de esa competencia y a la sujeción al procedimiento previamente establecido. Luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la SC del TSJ mantuvo el criterio de la CSJ y continuó admitiendo el control constitucionalidad sobre los denominados “actos de gobierno”.

3.1. Primera etapa de la jurisprudencia

En esa primera etapa, la CSJ llegó a admitir la revisión -por inconstitucionalidad- de determinados actos como lo fueron los

denominados “actos de los cuerpos legislativos” emitidos directamente por las cámaras legislativas del antiguo Congreso, pero sin hacer referencia expresa al concepto o teoría de actos de gobierno en esos casos.

Posteriormente, la CSJ rechazó completamente cualquier posibilidad de control sobre los actos de gobierno, declarando que estaban excluidos del control jurisdiccional de la constitucionalidad.

3.1.1. Decisión del 15 de marzo de 1962. Caso: “Ley Aprobatoria de contrato celebrado entre el Ejecutivo Federal y el Banco de Venezuela”

Este primer fallo del 15 de marzo de 1962 (Caso: “Ley Aprobatoria de contrato celebrado entre el Ejecutivo Federal y el Banco de Venezuela”), que luego es citado por la jurisprudencia del TSJ en una sentencia de la SC del 29 de abril de 2003, si bien no se refirió expresamente a la teoría de los actos de gobierno, sí se pronunció acerca de la procedencia de la revisión en sede jurisdiccional de una modalidad de acto proveniente directamente de uno de los órganos de la más alta jerarquía del Estado, como lo eran las cámaras legislativas del extinto Congreso de la República.

La sentencia en referencia decidió sobre un recurso objetivo de inconstitucionalidad contentivo de la pretensión de nulidad parcial de un convenio suscrito entre el Ejecutivo y el Banco de Venezuela, y que fue dirigido concretamente en contra del acto de aprobación del respectivo convenio o contrato, por parte del órgano legislativo nacional.

Se precisó en dicha sentencia que los actos emanados de las cámaras legislativas en forma de “actos de cuerpos legislativos” o de la categoría de leyes formarles “[...] o sea, actos legislativos que carecían de ese mandato general y abstracto que se ha considerado como típico de las denominadas leyes materiales [...]”⁴², no se encontraban fuera del ámbito del recurso de inconstitucionalidad, por lo que estimaron como procedente su revisión ante la CSJ en pleno, como en efecto ocurrió, la cual pasaría a pronunciarse sobre el fondo del asunto, es decir, acerca de la inconstitucionalidad o no de una de las disposiciones del aludido contrato.

En tal sentido, la CSJ no acogió en forma alguna un criterio de exclusión para el conocimiento en sede jurisdiccional constitucional de actos emanados por órganos de la más alta jerarquía del Estado. Muy por el contrario, en la sentencia se llegó a afirmar incluso que “[...] la regla

⁴² Consultada en *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*, año 1962, primer trimestre, tomo V, pp. 520-546.

*general constitucionalmente establecida es la del pleno ejercicio del control constitucional de todos los actos del Poder Público [...]”, siendo además que “[...] cualquier excepción a dicha regla tendría que emanar, necesariamente, de la propia Constitución.”*⁴³

3.1.2. Decisión del 29 de abril de 1965. Caso: “Ley Aprobatoria del Tratado de Extradición”

Entre los fallos dictados por la CSJ se puede señalar, también, el de fecha 29 de abril de 1965, mediante el cual el máximo Tribunal en Pleno, en la oportunidad de decidir una demanda de nulidad por inconstitucionalidad intentada contra la Ley Aprobatoria del Tratado de Extradición celebrado por Venezuela con los Estados Unidos de América, se declaró incompetente para conocer la acción, y en la motivación del fallo incidentalmente se refirió a los actos de gobierno de la siguiente manera:

(...) En lo relativo a lo que el Presidente de la República está facultado para realizar en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, un atento examen de las mismas conduce a la conclusión de que determinadas actuaciones presidenciales en cualquiera de los dos caracteres de Jefe del Ejecutivo Nacional o Jefe de Estado Venezolano asignados a aquel por el artículo 181 de la Constitución, están **excluidos del control jurisdiccional de la constitucionalidad** en atención a que por su propia esencia son actos de índole eminentemente **política o actos de gobierno**, o de índole discrecional, situación en la que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control de constitucionalidad. (Énfasis añadido).

Es decir que, según aquel criterio de la CSJ, los actos de gobierno - identificados como aquellos actos dictados por el Presidente de la República, en su carácter de Jefe del Ejecutivo Nacional o Jefe de Estado Venezolano y en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, de índole eminentemente política o discrecional- se encontraban excluidos del control jurisdiccional de la constitucionalidad.

3.2. Segunda etapa de la jurisprudencia

En esta segunda etapa de la jurisprudencia estableció que sí le está permitido al órgano jurisdiccional proceder al examen de la exactitud,

⁴³ *Ibidem*, p. 530.

veracidad y congruencia de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan los actos de gobierno.

3.2.1. Decisión del 21 de noviembre de 1988. Caso: “Jorge Olavarría”

El 21 de noviembre de 1988, caso “Jorge Olavarría”, la Sala Político-Administrativa de la CSJ, en la oportunidad de decidir un recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto contra un acto del Consejo Supremo Electoral, se refirió nuevamente a los actos de gobierno definiéndolos como aquellos actos que, en ejecución directa o inmediata de la Constitución, son de una índole eminentemente política.

No obstante, al tratarse de un recurso de nulidad en contra del entonces Consejo Supremo Electoral, sobre resoluciones de dicho órgano relacionadas con la tarjeta electoral de un partido político (La Nueva República), el acto impugnado se separaba de lo que la jurisprudencia de la CSJ había establecido como el género de esos actos, al haber indicado que el Consejo Supremo Electoral dictó sus actos ejecutando “[...] de manera directa e inmediata, normas de rango inferior a la de la Carta Magina, a saber, las de la Ley Orgánica del Sufragio.”⁴⁴

Bajo este contexto, se comprendía dentro de la clasificación de actos de gobierno, entre otros, el indulto, los actos relativos a la conducción de las relaciones entre el gobierno y países extranjeros, la declaratoria de emergencia y los decretos de suspensión de garantías constitucionales.

En esta oportunidad, la SPA determinó -como doctrina jurisprudencial que sería luego reiterada de forma sostenida- la imposibilidad de revisión de los motivos de oportunidad implícitos en la adopción de una decisión predominantemente discrecional, esto es, los actos de eminente contenido político, en aras de “*la natural limitación de que, en señal de respeto al principio de la separación de poderes, no pueda pasar el juez a ocupar el lugar de la administración emisora del acto*”⁴⁵.

Sin embargo, en esa ocasión también se estableció que sí le está permitido al órgano jurisdiccional proceder al examen de la exactitud, veracidad y congruencia de los fundamentos de hecho y de derecho que

⁴⁴ Citada por Mary Ramos Fernández “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo Cuarto Trimestre 1988”, en *Revista de Derecho Público No. 36*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988. pp. 62-67.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 66.

sustentan la decisión gubernativa y se admitió, por primera vez, la procedencia del control sobre los actos de gobierno en Venezuela.

La jurisprudencia estableció, a partir del caso “Jorge Olavarría”, que el control se extiende a la revisión de la competencia del agente, del contenido lícito, posible, determinado o determinable del acto, a la utilización correcta o debida de la competencia atribuida y al cumplimiento del procedimiento previamente establecido.

3.3. Tercera etapa de la jurisprudencia

La jurisprudencia continuó su evolución y en esta tercera etapa la CSJ señaló que las actuaciones de la rama ejecutiva del Poder Público deben sujetarse a lo dispuesto en la Constitución y las leyes en su sentido más amplio y, por ende, a la revisión judicial, tanto constitucional, como del contencioso-administrativo, con lo cual la CSJ reconoció que los actos de gobierno no gozan de inmunidad jurisdiccional.

3.3.1 Decisión del 11 de marzo de 1993. Caso Gruber Odreman y otros

En la tercera etapa se encuentra la sentencia del 11 de marzo de 1993, referida a los decretos Nros. 2668 y 2669 del 27 de noviembre de 1992, caso “*Gruber Odreman y otros*”⁴⁶, con ponencia de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas.

En este caso, conocido comúnmente como “Gruber Odreman”, la CSJ en Pleno decidió sobre la demanda de nulidad por inconstitucionalidad intentada contra el Decreto Nro. 2668 de fecha 27 de noviembre de 1992, mediante el cual el Presidente de la República suspendió las garantías constitucionales contenidas en el artículo 60, ordinales 1º, 2º y 10º, y en los artículos 62, 64, 66, 71 y 115 de la Constitución; y contra el Decreto Nro. 2669 de la misma fecha, que ordenó la aplicación del Procedimiento Extraordinario previsto en el Título VIII del Libro Primero del Código de Justicia Militar para el enjuiciamiento de los delitos tipificados en los capítulos III y IV del Título III del Libro Segundo del citado Código, cometidos con ocasión de la rebelión armada del 27 de noviembre de 1992⁴⁷.

⁴⁶ Consultada en *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*, año 1993, primer trimestre, tomo CXXIV, pp. 694-707.

⁴⁷ Oscar R. Pierre Tapia, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Tomo 3, marzo 1993. Editorial Pierre Tapia, Caracas, 1994. pp. 175-242.

En esta oportunidad, la Corte en Pleno se pronunció, esta vez de manera directa sobre los actos de gobierno y declaró:

(...) Luego, en Venezuela, el problema de los actos de gobierno no se contrae a una categoría jurídica **revestida de inmunidad jurisdiccional**, pues como se ha visto, existe frente a éstos la **posibilidad de recurrirlos con base en una garantía constitucional**. La cuestión se circunscribe entonces al mayor o menor grado de sujeción al cuerpo normativo, asunto atinente a la competencia reglada y al poder discrecional del funcionario que, en ejecución de la Ley Fundamental dicta el acto.

(...) De lo expuesto se infiere que al examinar la constitucionalidad de un Decreto de Suspensión de Garantías, a pesar de tratarse de un acto de gobierno y de naturaleza discrecional, puede el juez, sin embargo, conocer no sólo de los aspectos formales que rodearon la emisión del acto, sino también revisar la veracidad y congruencia de los hechos que constituyen su fundamentación fáctica. (Resaltado añadido).

En el fallo la CSJ se refirió como cuestión previa (directa y no incidental) a la naturaleza del Decreto Presidencial (suspensión de garantías) impugnado, calificándolo como acto de gobierno, y abandonó por completo la tesis de la inmunidad jurisdiccional, en razón de que contiene una declaratoria expresa y categórica acerca de la competencia del máximo Tribunal para ejercer el control de la constitucionalidad sobre los mismos.

Así pues, haciendo un análisis inicial sobre la naturaleza del referido acto a los fines de determinar su impugnabilidad o no en vía constitucional, la CSJ pasó a pronunciarse sobre la teoría de los actos de gobierno, los cuales definió en su formulación clásica como aquellos conforme a los cuales “*el presidente de la República como cabeza del Ejecutivo y Jefe de Estado (artículo 181 de la Constitución) ejerce, además de funciones propiamente administrativas, otras de contenido distinto, atinentes a la “oportunidad política” o actos que por su naturaleza, intrínsecamente ligada a la conducción y subsistencia del Estado, no son en la misma mediada revisables*”.

Ahora bien, al referirse al caso concreto y luego de ratificar los antecedentes de la CSJ sobre los llamados actos de gobierno que, a pesar de la falta de una disposición expresa al respecto en el texto constitucional, reconocían la existencia de actos que tenían como nota identificadora ser dictados en ejecución directa o inmediata de la Constitución, y de índole eminentemente política (Sentencia de la SPA del 21 de noviembre de 1988,

caso *Jorge Olavarría*), la CSJ se planteó una cuestión fundamental: *¿Cabe, dentro del marco constitucional venezolano, sostener la no enjuiciabilidad de actuaciones de la Administración, de rango ejecutivo o legislativo, en razón de su contenido político?*

Para la CSJ era innegable la extensión “pausada pero invariable” del ámbito de control de la jurisdicción -especialmente de la contencioso-administrativa- sobre toda la actividad del Poder Público, traspasando “(...) *las barreras conceptuales antes defendidas por la preeminencia de un Estado todopoderoso, criterio francamente superado*”⁴⁸.

De manera que la CSJ señaló que es indiscutible que las actuaciones de la rama ejecutiva del Poder Público, a tenor del artículo 117 de la Constitución de 1961 (reproducida en el artículo 127 de la Constitución de 1999), según el cual la Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público y a ellas debe sujetarse su ejercicio; es decir que están sujetas, por imperio de la Constitución, a la Ley en su sentido más amplio y, por ende, a la revisión judicial: tanto constitucional, en aplicación del artículo 215 ordinal 6 *eiusdem*, como del contencioso-administrativo, por previsión del artículo 206 *eiusdem*.

Así pues, a criterio de la CSJ el problema de los “actos de gobierno” no se contrae en Venezuela a una categoría jurídica revestida de inmunidad jurisdiccional, pues existe frente a estos la posibilidad de recurrirlos con base en una garantía constitucional.

De manera que pasó a decidir la CSJ que la cuestión debía circunscribirse entonces al mayor o menor grado de sujeción al cuerpo normativo, en lo atinente a la competencia reglada y al poder discrecional del funcionario que, en ejecución de la Constitución, dicta el acto.

La CSJ -atendiendo a los criterios precedentes sobre el control de los actos reglados y actos discrecionales-, reiteró la imposibilidad de revisión de los motivos de oportunidad implícitos en la adopción de una decisión predominantemente discrecional (entendidos estos como actos de eminente contenido político) en orden de mantener la natural limitación del principio de separación de poderes que prohíbe pasar el juez a ocupar el lugar de la administración emisora del acto; pero admitió que sí le estaba permitido al órgano jurisdiccional proceder al examen de la exactitud, veracidad y congruencia de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión gubernativa.

⁴⁸ *Ídem*.

En estos supuestos, señaló la CSJ que “la jurisprudencia ha entendido que el control se extienda a la revisión de la competencia del agente, del contenido ilícito, posible, determinado o determinable del acto, a la utilización correcta o debida de la competencia atribuida y al cumplimiento del procedimiento previamente establecido”⁴⁹.

Bajo el anterior razonamiento, la CSJ infiere que al examinar la constitucionalidad de un decreto de suspensión de garantías, a pesar de tratarse de un acto de gobierno y de naturaleza discrecional, puede el juez conocer no solo de los aspectos formales que rodearon la emisión del mismo, sino también revisar la “veracidad y congruencia” de los hechos que constituyen su fundamentación fáctica. En efecto, estableció la CSJ que:

(...) el Decreto de Suspensión de Garantías, si bien es conceptualizado como un típico “acto de gobierno”, no por ello goza, al menos dentro de nuestro ordenamiento, de inmunidad jurisdiccional, pues la discrecionalidad del Jefe de Estado al acordar una medida de esta naturaleza no es ilimitada y, como se dijo, puede ser objeto de revisión por el juez en cuanto a la competencia del funcionario, el contenido lícito posible, determinado o determinable del acto, a la correcta utilización de esa competencia y a la sujeción al procedimiento previamente establecido.⁵⁰

De manera que la CSJ entendió que si bien los actos de gobierno nacieron como una creación doctrinaria que justificaba la exclusión de su revisión y control judicial por parte de los órganos de justicia administrativa (en el caso francés, del Consejo de Estado), no por ello estarían excluidos del control jurisdiccional de la constitucionalidad, teniendo especialmente en cuenta que éste estaba dirigido precisamente a garantizar la incolumidad del régimen constitucional y de todas las garantías a los derechos de los ciudadanos que el mismo consagra y que no pueden ser relajados ante ningún tipo de acto, mucho menos de aquellos dictados en ejercicio del poder público.

3.4. Consolidación de la tercera etapa de la jurisprudencia

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el TSJ mantuvo esta corriente jurisprudencial asentada por la CSJ, mediante la

⁴⁹ *Ídem.*

⁵⁰ *Ídem.*

sentencia del 11 de marzo de 1993, caso “Gruber Odreman”, con ponencia de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas.

3.4.1. Decisión del 1 de julio de 2000: Caso: Domingo Palacios Costa vs. Comisión Legislativa Nacional

Uno de los primeros ejemplos de esa reiteración por parte del TSJ de la jurisprudencia de la CSJ en la materia, se evidenció en la sentencia Nro. 880 del 1 de julio de 2000 de la SC, caso: *Domingo Palacios Costa vs. Comisión Legislativa Nacional*, que, con ponencia del magistrado José M. Delgado Ocando, dictaminó nuevamente la procedencia de la impugnación en sede jurisdiccional de los actos de gobierno, argumentando que ante la vulneración de derechos fundamentales, no es oponible en forma alguna - para su inadmisión- la defensa de los actos de gobierno, que en ese caso había alegado la Comisión Legislativa Nacional, respecto de un acto de destitución que dicha Comisión dictó en contra de un alcalde.

La Sala pudo confirmar que en el caso concreto la mencionada destitución había operado sin que se tomasen en cuenta garantías o derechos tan fundamentales, como el derecho del alcalde afectado por la decisión, de haber sido notificado del procedimiento administrativo que hubiese concluido con su destitución o sustitución. Al respecto, la Sala comprobó que al accionante efectivamente le fue vulnerado su derecho al debido proceso “[...] sin que los actos de gobierno de cualquier tipo, como el alegado por el representante de la Comisión Legislativa Nacional, puedan violar derechos humanos.”

De modo que, en forma implícita, la Sala reconoció nuevamente que sí son revisables los actos de gobierno en sede jurisdiccional, sobre todo cuando se trata de aquellos afectados por vicios de inconstitucionalidad que infringen los derechos y principios más fundamentales de cualquier particular, con total independencia del órgano que emanen; tratándose en este caso en particular de un órgano con tan alta jerarquía, como lo fue el caso de la “Comisión Legislativa Nacional”, originada o creada con ocasión del proceso constituyente de 1999.

3.4.2. Decisión del 29 de abril de 2003. Caso: Lucía Antillano y otro

La sentencia Nro. 953 de la SC del TSJ de fecha 29 de abril de 2003, caso: *Lucía Antillano y otro*, con ponencia del magistrado Antonio García García, estableció que los actos de gobierno son revisables a través de la acción de amparo constitucional y del recurso de nulidad por inconstitucionalidad.

En efecto, la SC decidió un recurso de nulidad por inconstitucionalidad incoado por la Comisión Permanente de Ambiente y Ordenación Territorial, contra el Memorándum de Entendimiento para el Suministro de Energía Eléctrica celebrado por la República de Venezuela y la República Federativa del Brasil; en esta oportunidad la Sala expuso:

(...) En conclusión de actos bilaterales o multilaterales, tratados y acuerdos de toda naturaleza entre Estados o sujetos de derecho internacional, suponen uno de los supuestos que forman parte de lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan como *los actos de gobierno*, por ser decisiones de contenido predominantemente político y de poca influencia jurídica, acordadas en virtud de la función de gobierno como vía de conducción de los intereses primarios y esenciales del Estado, la cual difiere de la función administrativa, que está regida en cumplimiento de lo dispuesto en las leyes, respecto al desenvolvimiento que tengan entre sí los distintos entes y órganos que conforman la Administración, y de las actividades que éstos desempeñan respecto a los particulares. Estos actos, los cuales en un principio, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1961 eran considerados revisables por la Corte en Pleno (*sentencia del 15 de marzo de 1962, caso Banco de Venezuela*), en aplicación de la sujeción de todos los sectores del Poder Público al Marco Constitucional de conformidad con el entonces vigente artículo 117 Constitucional; luego, considerados como irrevisables dado su carácter predominantemente político y por ser de ejecución directa de la Constitución (*sentencia del 29 de abril de 1965, caso Tratado de Extradición con los Estados Unidos*) y, finalmente, considerados analizables por la actividad jurisdiccional en el sentido de que sólo dentro de los parámetros que la propia Constitución exige, previo cumplimiento de los requisitos que ella ordena (*sentencia del 11 de marzo de 1993, caso Decreto de Suspensión de Garantías*), son analizables desde el punto de vista de la acción de amparo constitucional y del recurso de nulidad, siendo estas las vías procesales sobre las cuales puede versar su estudio por parte de esta Sala Constitucional: “*Dichos actos, de indudable naturaleza política, no obstante, pueden ser impugnados no sólo por la vía de la acción de amparo constitucional, sino mediante el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha reconocido esta Sala en anterior oportunidad, al señalar, con fundamento en el artículo 334 del Texto Fundamental, que ‘... en ejercicio de la jurisdicción constitucional, conoce de los recursos de nulidad*

interpuestos contra los actos realizados en ejecución directa de la Constitución” (sentencia 1° de julio de 2000. *Caso Domingo Palacios Acosta vs. Comisión Legislativa Nacional*).

3.4.3. Decisión del 24 de agosto de 2004. *Caso Hermann Escarrá*

En este mismo sentido tengamos en cuenta también la sentencia Nro. 1815 de la SC del TSJ de fecha 24 de agosto de 2004 , con ponencia del magistrado Antonio García García, en la cual decidió una demanda de anulación presentada por el abogado Hermann Escarrá, contra las declaraciones del Presidente de la República, realizadas en la ciudad de Georgetown, República de Guyana, que, en criterio del actor, son lesivas a los intereses nacionales, contrarias a la Constitución y violatorias de decisiones previas que forman parte de negociaciones internacionales para la recuperación del territorio de la Guayana Esequiba, en tal oportunidad la Sala manifestó:

(...) Luego de siglos en los que el control estaba ausente -de la clase que fuese-, los Estados política y jurídicamente más avanzados reconocieron la posibilidad de la revisión judicial de los actos públicos. Sin embargo, se trató de un proceso lento y paulatino, no ajeno a los retrocesos, en el que lo más difícil fue la admisión del control sobre una categoría de actos: los identificados como *actos de gobierno*.

En Venezuela la existencia de los actos de gobierno no es discutida: son todos aquellos en los que se manifiesta la dirección política del Estado por parte del Presidente de la República, haciendo para ello uso de poderes que le otorga directamente el Texto Fundamental. Tampoco es discutido el control judicial sobre esos actos, y de hecho el Máximo Tribunal ha conocido de demandas dirigidas contra uno de los actos en los que el Jefe del Estado y del Gobierno da muestras de la considerable amplitud de sus poderes: la limitación de los derechos o de las garantías constitucionales, a través de decretos de suspensión de garantías.

Sería un despropósito, y así lo entiende esta Sala, que los actos del Presidente de la República queden excluidos del control, *si ellos causan efectos jurídicos*. De esta manera, *los actos de gobierno no son sólo actos políticos; son más que eso: son jurídicos también*. Ello tiene especial importancia en el caso de autos, toda vez que la presente demanda se dirige contra unas *declaraciones que carecen de contenido jurídico*, si bien luego podrían materializarse en actos que sí lo tengan. (Cursivas de la Sala).

De forma que la jurisprudencia nacional, a pesar de que no existe norma expresa en el ordenamiento jurídico venezolano que haga mención o referencia literal a los actos de gobierno, continúa admitiendo la existencia de los mismos como “*todos aquellos en los que se manifiesta la dirección política del Estado por parte del Presidente de la República, haciendo para ello uso de poderes que le otorga directamente el Texto Fundamental*”⁵¹, y en el mismo orden en que lo plasmó la CSJ mediante sentencia del caso “Gruber Odreman”, continúa admitiendo el control de constitucionalidad ejercido por la jurisdicción constitucional sobre esta categoría de actos.

4. Los actos de gobierno en la Constitución de 1999

La Constitución de 1999 contempla una serie de competencias o facultades otorgadas directa e inmediatamente a distintos órganos que ejercen el poder público, los cuales, en ejercicio de dichas atribuciones producen los llamados actos de gobierno.

En efecto, teniendo en cuenta la construcción actual de la noción de actos de gobierno, que concluye que son aquellos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, con rango de ley, en la Constitución de 1999 podemos encontrar una serie de supuestos que se corresponden con dicha noción de actos de gobierno, y que pueden ser dictados tanto por el Presidente de la República, en calidad de jefe de Estado, jefe de gobierno y del ejecutivo nacional, como por la Asamblea Nacional, e incluso por la Comisión Delegada de dicho cuerpo parlamentario.

4.1. Actos de gobierno dictados por el presidente de la República

La Constitución de 1999 le otorga la facultad al Presidente de la República de dictar actos de gobierno a través de los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 9, 19, 21, 22 y 23 del artículo 236, que se corresponden con las atribuciones para:

3. Nombrar y remover al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva; nombrar y remover los Ministros o Ministras.

El Presidente de la República, como jefe del ejecutivo nacional, está constitucionalmente facultado para nombrar al Vicepresidente Ejecutivo, que es órgano directo y colaborador inmediato del Presidente.

⁵¹ Sentencia Nro. 1815 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 24 de agosto de 2004, caso: *Hermann Escarrá*.

De otra parte, es competencia exclusiva del presidente de la República nombrar Ministros de Estado, los cuales, además de participar en el Consejo de Ministros, tienen la función de asesorar al Presidente de la República y al Vicepresidente Ejecutivo en los asuntos que le fueran asignados, todo ello de conformidad con el artículo 243 de la Constitución.

4. Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.

Al Presidente de la República le corresponde dirigir las relaciones exteriores de la República en su sentido más amplio. Recuérdese que los tratados internacionales deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.

5. Dirigir la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente.

6. Ejercer el mando supremo de la Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o coronela o capitán o capitana de navío, y nombrarlos o nombrarlas para los cargos que les son privativos.

7. Declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en la Constitución.

El presidente de la República puede regular -de forma transitoria y excepcional- las materias de la ley cuando ante hechos circunstanciales, como por ejemplo una emergencia económica o un estado de alarma, sea necesario decretar un estado de excepción cumpliendo con los requisitos que dispone la Constitución.

La figura de los decretos de estado de excepción tiene su fundamento en las crisis constitucionales, es decir, aquellas situaciones imprevistas en las que el texto constitucional se encuentra en la circunstancia de no poder garantizar su propia eficacia y requiere de la “*imposición de la fuerza normativa de lo fáctico*” para poder resolverla.

En efecto, se trata de una alternativa normativa que el constituyente habilita para, ante los distintos tipos de crisis constitucionales, dictar un conjunto de normas que deroga temporalmente el orden constitucional delineado para la normalidad, a los fines de encarar y superar la crisis.

Ese ordenamiento alternativo incluido en la Constitución es conocido doctrinalmente como “decretos de excepción” y las figuras en que se concreta “estados de excepción”, los cuales obedecen a términos generales a la naturaleza de las crisis encaradas por la Constitución: no vinculadas al funcionamiento del texto constitucional (catástrofes naturales, crisis económicas, o sociales, etc.), o vinculadas a su funcionamiento (crisis políticas o de seguridad del Estado).

Así pues, los estados de excepción son una institución nacida de la necesidad que aspira regular y ordenar el manejo de las situaciones excepcionales hasta restablecer la normalidad. La declaratoria se traduce básicamente en una ampliación temporal de las facultades del Poder Ejecutivo.

De manera que los estados de excepción solo pueden ser decretados ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios que dispone el Estado para afrontarlos. Los estados de excepción comprenden un poder del presidente de la República para afrontar situaciones fuera de lo común.

En la actualidad, los estados de excepción están regulados en el título VIII “*De la protección de esta Constitución*”, Capítulo II, intitulado “*De los Estados de Excepción*”, de la Constitución y por la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción⁵² (LOEE), que tiene por objeto regular los estados de excepción en sus diferentes formas: estado de alarma, estado de emergencia económica, estado de conmoción interior y estado de conmoción exterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 338 de la Constitución; así como el ejercicio de los derechos que sean restringidos con la finalidad de restablecer la normalidad en el menor tiempo posible. De manera que, si bien los decretos de estados de excepción son considerados como actos de gobierno, estos se encuentran estrictamente reglados mediante ley.

Determina la Constitución en el artículo 236, numeral 7, que corresponde al presidente de la República –en Consejo de Ministros– la potestad de declarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos antes enunciados.

⁵² Gaceta Oficial número 37.261 de fecha 15 de agosto de 2001.

Ahora bien, si bien es de la competencia exclusiva y excluyente del presidente de la República la declaratoria de los estados de excepción, la Constitución dispone una serie de controles para que no se trate de una decisión unilateral de dicho órgano, sino que cuente además con el control político de la Asamblea Nacional (máximo representante de la voluntad del pueblo) y el control de constitucionalidad de la SC del TSJ.

Ciertamente, el estado de excepción, cualquiera que sea su forma, solo puede ser decretado con la participación del poder ejecutivo, del poder legislativo y del poder judicial, es decir, mediante decreto dictado por el presidente de la República, previa aprobación mediante acuerdo de la Asamblea Nacional, por la mayoría absoluta de los diputados en sesión especial y contando con la declaratoria de constitucionalidad establecida mediante sentencia de la SC del TSJ.

De esta forma se garantiza que cualquier restricción temporal de los derechos y garantías constitucionales de los venezolanos haya sido producto de un extenso análisis constitucional y de conveniencia por los máximos representantes de la voluntad popular.

9. Convocar la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias.

19. Conceder indultos.

21. Disolver la Asamblea Nacional en el supuesto establecido en la Constitución.

El artículo 240 constitucional predica que la aprobación de una moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo, por una votación *no menor de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional*, implica su remoción y en este caso el funcionario removido no podrá optar al cargo de Vicepresidente Ejecutivo o de Ministro por el resto del período constitucional.

La Constitución incluye la posibilidad de que el Presidente de la República -como mecanismo de balance a esta atribución de la Asamblea Nacional- pueda disolver el órgano legislativo si ocurre la remoción del Vicepresidente Ejecutivo en tres oportunidades dentro de un mismo período constitucional.

El decreto de disolución conllevará la convocatoria de elecciones para una nueva legislatura dentro de los sesenta días siguientes a la disolución.⁵³

22. Convocar referendos en los casos previstos en la Constitución.

De conformidad con el artículo 71 de la Constitución, las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Asimismo, establece el artículo 73 *eiusdem* que los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea; o por el quince por ciento de los electores inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral.

Finalmente, el artículo 74 constitucional dispone que serán sometidas a referendo, para ser abrogadas total o parcialmente, las leyes cuya abrogación fuere solicitada por iniciativa de un número no menor del diez por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral o por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

23. Convocar y presidir el Consejo de Defensa de la Nación.

El Consejo de Defensa de la Nación es el máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación, su soberanía y la integridad de su espacio geográfico.

A tales efectos, le corresponde también establecer el concepto estratégico de la Nación.

Dicho consejo, de conformidad con el artículo 323 de la Constitución, está presidido por el Presidente de la República, y lo conforman, además, el Vicepresidente Ejecutivo, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional, el Presidente del TSJ, el Presidente del Consejo Moral

⁵³ Para mayor profundidad sobre el tema de la división de poderes véase Rafael Badell Madrid, “El principio de separación de poderes”, en *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020. p. 183-197.

Republicano y los Ministros o Ministras de los sectores de la defensa, la seguridad interior, las relaciones exteriores y la planificación, y otros cuya participación se considere pertinente.

4.2. Actos de gobierno dictados por la Asamblea Nacional

De otra parte, la Constitución de 1999 otorga a la Asamblea Nacional la facultad para dictar los siguientes actos de gobierno, de conformidad con el artículo 187, numerales 2, 6, 10 y 11:

2.º Proponer enmiendas y reformas a la Constitución, en los términos establecidos en ésta.

Según lo dispuesto en los artículos 340 y 341 *eiusdem*, las enmiendas constitucionales, que tienen por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución sin alterar su estructura fundamental, pueden partir de la iniciativa del treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional.

De otra parte, de conformidad con el artículo 342 *eiusdem*, la reforma constitucional, que consiste en una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional, puede ser propuesta por la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes.

5.º Decretar amnistías.

10.º Dar voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros.

La moción de censura sólo podrá ser discutida dos días después de presentada a la Asamblea, la cual podrá decidir, por las tres quintas partes de los diputados o diputadas, que el voto de censura implica la destitución del Vicepresidente Ejecutivo o del Ministro.

11.º Autorizar el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país.

Asimismo, el artículo 196 de la Constitución concede a la Comisión Delegada de la Asamblea Nacional, las siguientes atribuciones que resultan en actos de gobierno.

1.º Convocar la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, cuando así lo exija la importancia de algún asunto.

2.º Autorizar al Presidente para salir del territorio nacional.

La Asamblea Nacional tiene como potestad contralora sobre el ejecutivo nacional la autorización de la salida del presidente de la República del territorio nacional cuando su ausencia se prolongue por un lapso superior a cinco días consecutivos.

3.º Autorizar al Ejecutivo Nacional para decretar créditos adicionales.

Por disposición expresa de la Constitución (artículo 314), no se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto.

En el sentido anterior, sólo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para gastos necesarios no previstos o cuyas partidas resulten insuficientes, siempre que el Tesoro Nacional cuente con 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.

4.º Designar Comisiones temporales integradas por miembros de la Asamblea.

5.º Ejercer las funciones de investigación atribuidas a la Asamblea.

El artículo 222 *eiusdem* señala que “La Asamblea Nacional podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: Las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en esta Constitución y cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento”.

6.º Autorizar al Ejecutivo Nacional por el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes para crear, modificar o suspender servicios públicos en caso de urgencia comprobada.

4.3. Control de constitucionalidad sobre los actos de gobierno

El control de la constitucionalidad de estos actos de gobierno dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución corresponde a la SC del TSJ en ejercicio del llamado control represivo de la constitucionalidad, y que se corresponde con el conjunto de atribuciones que tiene la SC de revisar todos los actos dictados por los órganos del Poder Público en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Estas atribuciones están consagradas en los numerales 1, 2, 3, y 4 del artículo 336 de la Constitución⁵⁴.

Además téngase en cuenta que, en Venezuela, el control de la constitucionalidad respecto de los convenios internacionales sobre derechos humanos se encuentra reconocido expresamente en el artículo 23 de la Constitución, según el cual: *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”*.

De este modo, el control concentrado de la constitucionalidad ejercido por la SC del TSJ, para declarar la nulidad de las leyes nacionales, estatales y municipales, de los actos de gobierno, de los decretos de estado de excepción, para revisar las sentencias definitivamente firmes, y para controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, puede ser ejercido con base en los tratados sobre derechos humanos en virtud de su jerarquía constitucional, de forma que ejercería a su vez un control concentrado interno de la convencionalidad.⁵⁵

Como consecuencia de ello, *“el control concentrado de la constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para declarar la nulidad de las leyes nacionales, estatales y*

⁵⁴ Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.

⁵⁵ Carlos Ayala Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2004.

*municipales, de los actos de gobierno, de los decretos de estado de excepción, para revisar las sentencias definitivamente firmes, y para controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, puede en definitiva ser ejercido con base en los tratados sobre derechos humanos en virtud de su jerarquía constitucional (artículo 336)*⁵⁶, de modo que ejercería a su vez un control concentrado de la convencionalidad⁵⁷.

4.4. Demandas por daños y perjuicios originadas en responsabilidad del Estado

Conforme al principio de responsabilidad patrimonial del Estado consagrado en el artículo 140 de la Constitución, y bajo la premisa que, de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina que han sido referenciadas en este trabajo, no es posible afirmar ningún tipo de inmunidad jurisdiccional respecto de los llamados actos de gobierno, resulta totalmente procedente que los particulares puedan demandar ante los tribunales competentes en lo contencioso-administrativo, el resarcimiento o la reparación de los daños que les hayan sido causados por un acto de gobierno.

La norma contenida en el artículo 140 constitucional⁵⁸ es una cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado, que sirve a la vez de garantía patrimonial de los ciudadanos frente a la acción de los órganos del Poder Público en todas sus manifestaciones; es decir, aun respecto de las actuaciones que provengan directamente del Presidente de la República o de otros órganos de la estructura superior del Estado, que a su vez sean también de un determinado contenido o motivación política.

De modo que los actos de gobierno están sujetos también a ese mecanismo de control del contencioso administrativo venezolano, que se traduce principalmente en la abolición de un privilegio de dañar con impunidad.⁵⁹ Incluso si los actos de gobierno no llegasen a estar viciados de inconstitucionalidad o de ilegalidad, pero aun hayan causado daño a un particular, la obligación de reparar es igualmente exigible, por cuanto la

⁵⁶ *Ídem.*

⁵⁷ Para mayor profundidad sobre el control de constitucionalidad y control de convencionalidad, véase Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Véase Rafael Badell Madrid, *Responsabilidad del Estado en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2014.

responsabilidad estatal se fundamenta no en la culpa sino en el principio de igualdad antes las cargas públicas, como una manifestación también del principio de garantía de la integridad del patrimonio del particular frente a la acción del Estado.

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece en los numerales 4,8 y 9 de su artículo 9, la competencia de los tribunales contencioso-administrativos para conocer de la reparación de daños y perjuicios causados tanto por responsabilidad contractual como extracontractual “*de los órganos que ejercen el Poder Público*”, para lo cual se establece en el Título IV, Capítulo II de la citada Ley, un procedimiento espacial determinado al trámite las demandas de contenido patrimonial en contra de los entes y órganos del Poder Público.

5. Conclusiones

La teoría de los actos de gobierno se originó en el siglo XIX en Francia, como una explicación o doctrina utilizada para excluir del control jurisdiccional a determinados actos dictados por el gobierno o la rama ejecutiva del Poder Público nacional.

Actualmente la teoría de los actos de gobierno se encuentra casi totalmente en desuso o es considerada inútil en cuanto a sus efectos prácticos, prevaleciendo el principio de control jurisdiccional, no sólo de toda la actividad administrativa (ejecución de instrumentos de rango legal) sino también de cualquier acto que dicte el Poder Público en general, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como lo sería en el caso de los actos de gobierno.

Hoy no se acepta los llamados actos de gobierno cuenten con inmunidad jurisdiccional, toda vez que podrán siempre ser objeto de un control de su constitucionalidad.

En Venezuela la teoría de los actos de gobierno llegó a tener cabida en la jurisprudencia, utilizándose como fundamento para considerar que ciertos actos dictados en el ejercicio de la alta política por el Ejecutivo, estaban excluidos de un control jurisdiccional. No obstante, desde que la CSJ dictó la fundamental sentencia del 11 de marzo de 1993 (Caso Gruber Odreman y otros.), el criterio jurisprudencial imperante en Venezuela ha sido aquel que establece que la calificación de un acto de gobierno no se traduce en forma alguna en la ausencia de un control judicial; antes bien, contra estos actos procede dicho control a fin de verificar la constitucionalidad de los mismos, garantizado también de esa manera la protección de derechos fundamentales de los particulares.

La noción del acto de gobierno, pasó entonces a limitarse únicamente a la de un criterio de distinción relativo a la ejecución o aplicación del derecho por grados, es decir, si el acto se emite en ejecución directa de la Constitución, o en ejecución de un acto de rango legal. Esta diferenciación hoy sólo resulta útil para conocer la competencia del órgano jurisdiccional que podrá conocer de la impugnación de uno u otro acto.

Los actos de gobierno son los dictados por las más altas autoridades de gobierno -principalmente, por el Presidente de la República-, con rango y fuerza de ley, en función de gobierno, guiados por un móvil político, en ejercicio de competencias excepcionales y en ejecución directa de la Constitución, y por tanto sometidos absolutamente al control de constitucionalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDUEZA, José G., *El Congreso*, tercera edición, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1975.

AYALA CORAO, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2004.

BADELL MADRID, Rafael, *Responsabilidad del Estado en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2014.

_____. "El principio de separación de poderes", en Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020.

_____. *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

_____. *Asalto al Parlamento*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.

_____. "Control parlamentario", Conferencia dictada en las "Jornadas en Homenaje al Dr. José Guillermo Andueza Acuña", organizadas por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 15 de julio de 2022.

BREWER-CARIAS, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo Derecho Público en Iberoamérica, Tomo III*, Los actos administrativos y los contratos administrativos, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013.

CARRO, José Luis y Fernández Valmayor, “La doctrina del acto político” en *Revista de Administración Pública No. 53*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

CASAL, Jesús M., *Asamblea Nacional. Contribuciones democráticas y obstáculos inconstitucionales a la reinstitucionalización*, Segunda edición ampliada. Abediciones, Caracas, 2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*, Séptima Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo Volumen I*, Reimpresión de la Séptima Edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II*, Tercera edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.

MOLES CAUBET, Antonio “Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas No. 84*, Universidad Central, Caracas, 1992.

LONG, Marceu, PROSPER, Weil, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B. *Los Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000

PEÑA SOLÍS, José *Manual de Derecho Administrativo*, Colección de Estudios Jurídicos Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2009.

PIERRE TAPIA, Oscar R. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Tomo 3, marzo 1993. Editorial Pierre Tapia, Caracas, 1994.

RIVERO, Jean, *Derecho Administrativo*, Traducción a la 9na Edición, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984.

VEDEL, George, *Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Aguilar, Madrid, 1980.

**LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL TRÁMITE DE UNA
LEY ESTADAL EN EJERCICIO DEL CONTROL
PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD**

**(UN CASO DE TUTELA CAUTELAR DECRETADA
POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN PLENO
CON PONENCIA DE LA MAGISTRADA
JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS)**

*José Antonio Muci Borjas**

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. RESEÑA DE ANTECEDENTES. III. LA DEMANDA DE NULIDAD CONTRA EL PROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTO DE INGRESOS Y EGRESOS DEL ESTADO CARABOBO PARA EL EJERCICIO FISCAL 1995, AÚN NO PROMULGADA. IV. LA SENTENCIA CAUTELAR, CON PONENCIA DE LA MAGISTRADA JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS. V. EPÍLOGO.

I. INTRODUCCIÓN

Participo gustosamente en el merecido homenaje que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales decidió rendirle a Josefina Calcaño de Temeltas, ciudadana venezolana de excepción. Para hacerlo, decidí glosar una decisión cautelar, pronunciada por el más alto Tribunal de la

* Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias políticas y Sociales.

República, de acuerdo con la ponencia de la Magistrada Calcaño de Temeltas, en el asunto *Gobernador del Estado Carabobo*¹.

Debo reconocer que escogí ese fallo judicial porque intervine en ese proceso, junto con mi padre, José Muci-Abraham, y Verónica Pacheco Sanfuentes, en calidad de mandatarios judiciales de la parte actora, y porque, por causa de esa participación, conocí el asunto judicial de primera mano y tuve la oportunidad de interactuar con la Magistrada a la que le había sido encargada la redacción de la ponencia que luego fue aprobada por la Corte en Pleno.

Quienes nos hemos dedicado al estudio del Derecho Público y tuvimos la oportunidad de litigar ante la Corte Suprema de Justicia, echamos en falta a Magistrados de la talla de Josefina Calcaño de Temeltas, quien además fue elegida –por méritos propios– Individuo de Número de nuestra Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Sirva esta reseña para rendirle merecido tributo a una Magistrada honesta y competente, cuya tesonera labor contribuyó grandemente al progreso del Derecho Público venezolano.

II. RESEÑA DE ANTECEDENTES

De conformidad con lo dispuesto por la Constitución del Estado Carabobo (“**Constitución de Carabobo**”)², el Gobernador del Estado Carabobo había presentado oportunamente a la Asamblea Legislativa del Estado el Proyecto de Ley de Presupuesto de Ingresos y Egresos para el Ejercicio Fiscal 1995, elaborado por la Secretaría de Planificación, Ambiente y Ordenación del Territorio de esa Gobernación. El Proyecto de Ley presentado a la Asamblea Legislativa en fecha 13 de octubre de 1994 fue sancionado por la Asamblea el 23 de diciembre de 1994 y remitido al Gobernador del Estado Carabobo el 28 de diciembre de 1994. Empero, entre la fecha de presentación del Proyecto y su sanción como ley estatal el Gobernador del Estado Carabobo, acatando lo dispuesto por la Ley

¹ Corte Suprema de Justicia en Pleno, Sentencia s/n, del 23 de febrero de 1995, posteriormente publicada el 8 de marzo de 1995.

² *Gaceta Oficial del Estado Carabobo* N° 381 Extraordinario, del 7 de enero de 1991.

Orgánica de Régimen Presupuestario³, había decretado la reconducción del Presupuesto del Ejercicio Fiscal 1994.

El Gobernador del Estado Carabobo le formuló observaciones a la ley que le había sido remitida por la Asamblea Legislativa el 28 de diciembre de 1994 para su promulgación. Las observaciones –fundadas en razones de constitucionalidad y legalidad– formuladas por el Gobernador fueron desestimadas por la Asamblea Legislativa del Estado Carabobo durante el mes de enero de 1995 y, por consiguiente, ese cuerpo resolvió sancionar la ley, por segunda vez, en fecha 20 de enero de 1995. La decisión de la Asamblea le fue comunicada oficialmente al Gobernador mediante Oficio de fecha 27 de enero de 1995.

III. LA DEMANDA DE NULIDAD CONTRA EL PROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTO DE INGRESOS Y EGRESOS DEL ESTADO CARABOBO PARA EL EJERCICIO FISCAL 1995, AÚN NO PROMULGADA

A) La admisibilidad de la demanda

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 49 de la Constitución de Carabobo, el Gobernador del Estado Carabobo propuso ante la Corte Suprema de Justicia en Pleno demanda de la nulidad, por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, contra la Ley de Presupuesto de Ingresos y Egresos para el Ejercicio Fiscal 1995 ya sancionada y aún no promulgada. La norma invocada habilitaba al Gobernador del Estado para proponer demanda de nulidad contra la ley sancionada, mas no promulgada, si las objeciones que este había formulado –y la Asamblea Legislativa había luego desestimado– se fundaban en la inconstitucionalidad del instrumento recurrido⁴.

³ *Gaceta Oficial de la República* N° 35.059, del 29 de septiembre de 1992, posteriormente reformada en virtud de Decreto-Ley publicado en la *Gaceta Oficial de la República* N° 4.718 Extraordinario, del 26 de abril de 1994.

⁴ El artículo 49 de la Constitución de Carabobo establecía textualmente lo siguiente: «El Gobernador promulgará la Ley dentro de los ocho (8) días siguientes a aquél en que la haya recibido, pero dentro de ese lapso podrá solicitar, mediante exposición escrita y razonada, a la Asamblea Legislativa, que la modifique o le levante la sanción a toda la Ley o a parte de ella. Si se tratare de modificaciones, éstas y los Artículos que le son conexos, recibirán dos discusiones. Si lo solicitado fuere el levantamiento

En su demanda la parte actora solicitaba que se analizase el artículo 49 de la Constitución de Carabobo a la luz del criterio jurisprudencial sentado por el más alto tribunal de la República, según el cual resultaba procedente el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad, aun cuando la Ley impugnada no hubiese sido promulgada, si la Constitución de Carabobo habilita expresamente a su Gobernador para proponer una acción de ese género⁵.

B. Los fundamentos de la demanda de nulidad

1. El principio de división de poderes

De acuerdo con lo dispuesto por la Constitución de la República vigente *ratione temporis* (“**Constitución de 1961**”), en su condición de

de la sanción, la Asamblea Legislativa decidirá en una sola discusión. La Asamblea Legislativa decidirá sobre los puntos planteados por el Gobernador y podrá dar a las disposiciones objetadas y a las que tengan conexión con ellas una nueva redacción. La decisión adoptada por la Asamblea Legislativa se hará llegar al Gobernador, quien procederá a promulgar la ley dentro de los ocho (8) días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones. Sin embargo, si la objeción se hubiere fundado en la inconstitucionalidad, el Gobernador del Estado podrá dentro de éste último término fijado para promulgar la Ley, ocurrir a la Corte Suprema de Justicia, para que ésta decida acerca de la constitucionalidad alegada. La Corte decidirá en el término de diez (10) días contados desde el recibo de la comunicación del Gobernador del Estado. Si la Corte negare la inconstitucionalidad invocada, o no decidiere dentro del término anterior, el gobernador del Estado deberá promulgar la Ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión de la Corte o al vencimiento de dicho término.»

El artículo 49 reproducía, *mutatis mutandis*, el último aparte del artículo 174 de la Constitución de la República de 1961 (*Gaceta Oficial de la República* N 662 Extraordinario, del 23 de enero de 1961).

Aun cuando el Artículo 49 de la Constitución de Carabobo establecía que el acto objeto de impugnación era *-improprio sensu-* la ley a la cual el Gobernador hubiese formulado objeciones de inconstitucionalidad, desde un punto de vista técnico (estrictamente jurídico) entendemos -y así se argumentó ante la Corte- que el acto estatal susceptible de impugnación era en realidad el acto legislativo de trámite dictado por la Asamblea Legislativa con el objeto de dar por concluido el proceso de sanción legislativa de la ley (“**Acto Legislativo de Sanción Definitiva**”). No cabía hablar de ley hasta tanto el instrumento previamente sancionado por el Legislativo sea ulteriormente promulgado y publicado. Una vez sancionada la ley, pero estando esta pendiente de su ulterior promulgación y publicación, era solo contra el acto de sanción enmarcado dentro del *iter* del proceso legislativo de formación de las leyes estatales que cabía proponer recurso judicial.

⁵ Corte Suprema de Justicia en Pleno, Sentencia s/n, del 16 de diciembre de 1991, asunto *Andrés Velásquez*.

Jefe del Ejecutivo del Estado correspondía al Gobernador presentar a la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley de Presupuesto. La regla de Derecho invocada era complementada por la Constitución de Carabobo según el cual correspondía al Gobernador del Estado administrar la Hacienda Pública del Estado y, consecuentemente, presentar anualmente a la Asamblea Legislativa el Proyecto de Ley de Presupuesto de Ingresos y Gastos Públicos dentro de los diez (10) primeros días del segundo lapso del período de sesiones ordinarias.

En este mismo orden de ideas, la Constitución de la República establecía que correspondía a la Asamblea Legislativa sancionar la Ley de Presupuesto del Estado, agregando a renglón seguido que el total de gastos autorizados por la Ley de Presupuesto no podía exceder en ningún caso de la estimación de ingresos del respectivo período hecha por el Gobernador en el proyecto presentado a la Asamblea Legislativa. Esa limitación era complementada por la regla del Artículo 228 *eiusdem*, aplicable *-mutatis mutandis-* a las Asambleas Legislativas de los Estados, a tenor del cual el Congreso podía alterar las partidas presupuestarias, pero no autorizar gastos que excedieran el monto de las estimaciones de ingresos del respectivo Proyecto de Ley de Presupuesto.

En virtud del principio constitucional de división del Poder Público:

- a. La Constitución asignaba al Poder Ejecutivo la iniciativa en materia presupuestaria y, por ende, confería al Ejecutivo la función de dirección y planificación del aparato administrativo a través de la determinación del gasto.

El Presupuesto es, ciertamente, un acto de dirección y planificación política y económica, pues amén de cuantificar el gasto público, indirectamente se disciplina la totalidad de la actividad administrativa⁶.

En propósito, la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario establecía que los presupuestos públicos debían expresar los planes nacionales, regionales y locales, elaborados dentro del marco del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación y las líneas generales de dicho Plan aprobados por el Congreso de la República

⁶ Manuel Rachadell, *Lecciones sobre Presupuesto Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 128-129; Alberto Barettoni Arleri, *Lezioni di Contabilità di Stato*, Edizioni Kappa, Roma, 1986, p. 119, y, Alberto Barettoni Arleri, *Miti e Realtà nei Principi della Contabilità Pubblica*, Giuffrè Editore, Milán, 1986, pp. 52-53.

en aquellos aspectos que exigen, por parte del sector público, captar y asignar recursos conducentes al cumplimiento de las metas de desarrollo económico, social e institucional del país. La regla invocada reconocía de manera virtual o implícita que el presupuesto es un instrumento de planificación a corto plazo, dictado en ejercicio de funciones de dirección política, económica y financiera.

- b. En el marco del deber de colaboración entre los Poderes Públicos, correspondía al Poder Legislativo estatal el análisis -vale decir, la revisión y control- de proyecto de presupuesto elaborado por el Ejecutivo.

La actuación del Poder Legislativo, por tanto, se limitaba a complementar la labor del Ejecutivo, aprobando, sin incurrir en alteraciones sustanciales, el proyecto de presupuesto sometido para su consideración (Artículo 228 de la Constitución de la República de Venezuela), pues el Poder Legislativo no puede sustituir al Ejecutivo en el ejercicio de las funciones administrativas de planificación y programación del gasto público.

En palabras de la Profesora Rieber de Bentata⁷, por causa del principio de división del Poder Público,

«mal puede el [Poder Legislativo], fundamentándose en esta colaboración y en el Artículo 228 constitucional que le da competencia para aprobar la Ley de Presupuesto, crear partidas distintas a las presentadas por el Ejecutivo, ni siquiera en base a la potestad que le otorga este último artículo de alterar las partidas, porque ello [...] supondría una alteración del Presupuesto como tal y no una alteración de partidas, que es lo que les está permitido».

No puede crear partidas nuevas, agregaba la Profesora Rieber de Bentata, porque a su entender

«[l]a intervención del Congreso en el proceso presupuestario es a título de control previo de la actuación del Ejecutivo en el manejo de los dineros públicos, pero no puede nunca interpretarse que la

⁷ Judith Rieber de Bentata, “Límites a la potestad legislativa en la aprobación de la Ley de Presupuesto”, en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 688-689.

colaboración del Congreso en el ejercicio de esta competencia del Presidente de la República pueda llegar a sustituirlo».

- c. En sentido coincidente, el más alto Tribunal de la República ha afirmado que en materia presupuestaria «la preparación hecha por el Gobernador no admite alteraciones sustanciales»; que al Gobernador incumbe preparar el proyecto para que el Concejo «lo discuta y apruebe o modifique, para que elevado a la categoría de Ley constituya la regla de conducta administrativa del Gobernador»; en definitivas cuentas, que comoquiera que la formación del presupuesto «es de la exclusiva incumbencia del Gobernador [...] el Concejo no podría sancionar uno de su propia creación, sin que fuera absolutamente ineficaz»⁸. De acuerdo al fallo invocado, el Poder Legislativo «no puede, en su función de modificar el Proyecto de Presupuesto que le fue presentado por el Gobernador, sustituir a este funcionario en facultades que le pertenecen por la Ley» y, por ello, tiene vedado introducirle reformas sustanciales al proyecto presentado por el Ejecutivo.

El criterio jurisprudencial fue ratificado por el más alto Tribunal poco tiempo después, afirmando que «el Presupuesto es simple Proyecto, plan político, administrativo y económico del Gobierno, antes de convertirse en Ley por la aprobación y sanción correspondiente»; que tras su sanción y promulgación «se trueca en Ley del plan político, administrativo y económico del Gobierno»; y que la competencia asignada al Poder Legislativo en materia presupuestaria «no es sino de simple control del equilibrio del Presupuesto, a fin de que éste en la estructura y forma, se ajuste a la Ley y a la Constitución»⁹.

Posteriormente, el más alto Tribunal de la República precisó cuáles son los límites de la competencia atribuida al Legislativo para revisar, modificar y aprobar el presupuesto¹⁰. Para la Corte, el Poder

⁸ Sala Político-Administrativa de la Corte Federal y de Casación, Sentencia s/n, del 29 de marzo de 1938 (Allan Randolph Brewer-Carias, , *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1976, pp. 169 y ss.).

⁹ Sala Político-Administrativa de la Corte Federal y de Casación, Sentencia s/n, del 14 de agosto de 1940 (Allan Randolph Brewer Carias, *ob.cit.*, p. 183).

¹⁰ Corte Suprema de Justicia en Pleno, Sentencia s/n, del 16 de diciembre de 1991, asunto *Andrés Velásquez*.

Legislativo extralimitaría sus poderes para alterar partidas si procede a crear nuevas partidas, eliminar las existentes o reducir su cuantía al punto de impedir la actividad para la cual había sido destinadas. También extralimitaría sus poderes si excede el monto de las estimaciones de ingresos o pretender incluir *–i.e.*, crear– proyectos o programas no presentes en el proyecto de ley confeccionado por el Ejecutivo.

- d. Sobre este particular también se había pronunciado la Procuraduría General de la República¹¹. Según esa Procuraduría,

«las peculiaridades típicas de la Ley de Presupuesto [...] no permiten concluir en la existencia de un poder de enmienda amplio por parte del Poder Legislativo al Proyecto que le presenta el Ejecutivo máxime, cuando como se ha dejado establecido, tal posibilidad implicaría una valoración del mérito, la oportunidad y la conveniencia de las decisiones del Ejecutivo por parte del órgano legislativo».

A modo de síntesis, al Poder Legislativo le estaba vedado obrar como coadministrador para, en ese rol, sustituir al Ejecutivo en el ejercicio de las funciones de planificación y programación del gasto, mediante la alteración o modificación, de manera sustancial, del proyecto de presupuesto, a través de, *e.g.*, (i) la creación de conceptos de gastos o egresos (partidas) adicionales o novedosos, no previstos en el proyecto de ley de presupuesto elaborado por el Ejecutivo; (ii) la autorización de ejecución de obras que no cuentan con proyecto previo; o, (iii) la eliminación de conceptos de gastos o egresos (partidas) originalmente previstos en el proyecto.

2. La infracción del Derecho por la Asamblea Legislativa del Estado Carabobo

Con el Acto Legislativo de Sanción Definitiva quedaron introducidas modificaciones al proyecto de presupuesto del Estado Carabobo que no podían ser conciliadas con las reglas de Derecho mencionadas con anterioridad. Ciertamente, en el texto sancionado de ley sancionado la Asamblea Legislativa resolvió, *inter alia*, (i) incorporar o adicionar al presupuesto multiplicidad de conceptos de gastos o egresos nuevos, no previstas en el Proyecto original; (ii) asignar recursos presupuestarios a obras que no contaban con proyecto alguno; (iii) disminuir sensiblemente los recursos que le habían sido asignados a diversas partidas prespues-

¹¹ Dictamen N° 94.560, del 22 de marzo de 1991, agregado al Expediente N° 465 sustanciado por la Corte Suprema de Justicia en Pleno.

tarias, al punto de que los recursos remanente impedían alcanzar algunas de las metas y objetivos que la Gobernación del Estado Carabobo perseguía a través del proyecto de presupuesto ilegítimamente alterado; e incluso, (iv) suprimir partidas.

A) Las pretensiones procedimentales, cautelares y de fondo

1. Las pretensiones de carácter procedimental

De acuerdo con lo previsto por el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia vigente *ratione temporis*, la parte actora solicitó la reducción de todos los lapsos procesales. La solicitud tenía por finalidad la pronta decisión de la causa, habida consideración del conflicto existente entre dos órganos que ejercen el Poder Público¹².

2. Las pretensiones de naturaleza cautelar

En su demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad el Gobernador del Estado Carabobo hizo valer tres pretensiones cautelares alternativas o subsidiarias, a saber:

a. Amparo constitucional contra el artículo 49 de la Constitución de Carabobo

La Constitución de 1961 reservaba expresamente al Poder Nacional «la legislación civil, mercantil, penal, penitenciaria y de procedimientos» (Artículo 136, numeral 24). La legislación en materia de lapsos y procedimientos judiciales era asignada al Poder Nacional de manera exclusiva, habida consideración que dicha materia requería y exigía una disciplina normativa unitaria, homogénea y coherente a nivel nacional (Principio de unidad legislativa). Consecuentemente, una ley estatal no podía fijarle lapsos a la Corte Suprema de Justicia, ni tampoco crear procedimientos judiciales especiales, distintos a los que preveía la Ley Orgánica del más alto Tribunal. La regla la confirmaba el artículo 81 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a

¹² *Gaceta Oficial de la República* N° 1.893 Extraordinario, del 30 de julio de 1976. Según el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a solicitud de parte y aún de oficio, podía reducir los plazos procesales legalmente establecidos «si lo exige la urgencia del caso», supuesto en el cual «procederá a sentenciar sin más trámites». La ley consideraba como de «urgente decisión» los conflictos que se suscitasen «entre funcionarios u órganos del Poder Público», agregando que podía «dictar sentencia definitiva, sin relación ni informes, cuando el asunto fuere de mero [D]erecho».

tenor del cual «las acciones o recursos de que conozca la Corte, se tramitarán de acuerdo con los procedimientos establecidos en los Códigos y Leyes nacionales, a menos que en la presente Ley o en su Reglamento Interno, se señale un procedimiento especial».

Contrariando esas reglas constitucionales, la Constitución de Carabobo imponía a la Corte Suprema de Justicia un brevísimo lapso para decidir el conflicto entre las autoridades legislativas y ejecutiva («la Corte decidirá en el término de diez (10) días contados desde el recibo de la comunicación del Gobernador del Estado»). Es más, la Constitución de Carabobo agregaba que si la Corte no decidía dentro del lapso establecido «el Gobernador del Estado deberá promulgar la Ley dentro de los cinco (5) días siguientes [...] al vencimiento de dicho término», y que a falta de su oportuna promulgación por el Gobernador «el Presidente y los Vice-Presidentes de la Asamblea Legislativa procederán a su promulgación».

Por causa de las gravosas consecuencias que la Constitución establecía para el supuesto de que la Corte Suprema de Justicia no emitiese un pronunciamiento sobre el fondo en ese brevísimo lapso, en el caso de la especie la usurpación de las funciones atribuidas al Poder Legislativo Nacional y la consecuente vulneración del principio del debido proceso establecido por la ley nacional, entrañaba una amenaza de violación a los derechos y garantías del Gobernador del Estado. Esa amenaza debía ser conjurada a través de mandamiento de amparo que privase de efectos a la regla que imponía a la Corte el deber de decidir en diez días, contados desde el recibo de la comunicación del Gobernador del Estado.

- b. Medida cautelar innominada suspensiva de los efectos del Acto Legislativo de Sanción Definitiva.

La eventual promulgación de la ley ya sancionada privaría de efectos el Presupuesto reconducido por el Gobernador del Estado y, por tanto, la Gobernación se vería obligada a darle ejecución a un presupuesto sustancialmente diferente al proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo.

Con fundamento en tales razones la parte actora pidió se decretase medida cautelar innominada, a través de la cual se suspendiese el Acto Legislativo de Sanción Definitiva de la Ley de Presupuesto de Ingresos y Egresos para el Ejercicio Fiscal 1995 hasta tanto la Corte

resolviese el fondo de la controversia sometida a su consideración. Dicha solicitud se fundó en el Parágrafo Primero del Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual, además de las medidas preventivas típicas (embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar), el Juez «podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra». En ejercicio de tales poderes, «el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión».

- c. Medida cautelar innominada, prohibitiva de la promulgación y ulterior publicación de la ley ya sancionada por el Presidente o Vicepresidentes de la Asamblea Legislativa

Con fundamento una vez más en el Parágrafo Único del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, la parte actora solicitó que se decretase medida cautelar innominada, mediante la cual se le ordene al Presidente y Vice-Presidentes de la Asamblea Legislativa del Estado Carabobo abstenerse de promulgar y publicar la ley ya sancionada, hasta tanto esa Corte Suprema de Justicia decidiese la controversia de manera definitiva.

3. La pretensión de fondo

En su demanda, la parte actora solicitaba la declaratoria de «nulidad – *in totum*–, por razones de ilegalidad e inconstitucionalidad, de la Ley de Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado Carabobo para el Ejercicio Fiscal 1995, sancionada por la Asamblea Legislativa del Estado Carabobo en fecha 20 de enero de 1995, aún no promulgada».

IV. LA SENTENCIA CAUTELAR, CON PONENCIA DE LA MAGISTRADA JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

La demanda, propuesta el día 2 de febrero de 1995, fue admitida por la Corte Suprema de Justicia en Pleno el día 9 de ese mismo mes y año¹³.

¹³ Tras la aprobación de la Constitución de la República de 1999 (*Gaceta Oficial de la República* N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000) el Tribunal Supremo

Al admitir a trámite la demanda, la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre las pretensiones cautelares en los siguientes términos:

- a. Primero, desestimó el recurso de amparo constitucional contra norma porque el recurso de amparo tenía por objeto una disposición legal (el artículo 49 de la Constitución de Carabobo) distinta al acto legislativo impugnado¹⁴.
- b. Segundo, desestimó la medida cautelar de suspensión de efectos de la ley sancionada, *ex* Parágrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, porque a su entender resultaba «imposible suspender los efectos de una ley que, en los actuales momentos, no ha empezado a surtir efectos, ya que no ha sido promulgada ni publicada».

En su decisión, el más alto Tribunal no se pronunció sobre la tesis, defendida por la parte actora, según la cual la pretensión de nulidad realmente versaba sobre el Acto Legislativo de Sanción Definitiva, y no sobre la ley sancionada, pero pendiente de promulgación y publicación¹⁵.

- c. Tercero, decretó medida cautelar innominada a través del cual impuso al Presidente y Vicepresidentes de la Asamblea Legislativa

de Justicia ha afirmado que una Ley o Constitución estatal no puede atribuir a la Sala Constitucional competencias para el control preventivo de constitucionalidad de una ley estatal porque se trata de materia que solo puede ser regulada mediante nacional *ex* artículo 156, numeral 32, de la Constitución (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 194, del 15 de febrero de 2001, asunto *Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Conservación, Administración y Aprovechamiento de la Vialidad del Estado Trujillo*; y, Sentencia N° 3.462, del 10 de diciembre de 2003, asunto *Ley de Reforma General de Contraloría General del Estado Carabobo*). Con base en ese sobrevenido criterio, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró la inadmisibilidad superviniente de la demanda de nulidad que el Gobernador del Estado Carabobo había propuesto con la Ley sancionada.

¹⁴ La Magistrada Hildegard Rondón de Sansó salvó su voto, no porque «desaproba[se] la decisión cautelar asumida» en el fallo, sino porque disentía de la base teórica a la cual recurrió la Corte para negar el amparo cautelar.

¹⁵ *Ut supra*, nota a pie de página N° 4. Los Magistrados Carlos Trejo Padilla y Cecilia Sosa Gómez salvaron su voto porque, a su entender, «la medida innominada [de suspensión de efectos de la Ley sancionada solicitada por la parte actora] llenaba las exigencias del Código de Procedimiento Civil, por cuanto una medida preventiva de ésta naturaleza, se correspondía [con] el riesgo manifiesto de que quedara ilusoria la ejecución del fallo».

una obligación de no hacer. Ciertamente, con base en los artículos 585 y 588 (Parágrafo Primero) del Código de Procedimiento Civil, el fallo judicial

«orden[ó] al Presidente y a los Vice-Presidentes de la Asamblea Legislativa del Estado Carabobo abstenerse, hasta tanto este Alto Tribunal emita el pronunciamiento definitivo, de promulgar y publicar la Ley de Presupuesto de Ingresos y Egresos del Ejercicio Fiscal 1995».

V. EPÍLOGO

Tras la aprobación de la Constitución de la República de 1999 (*Gaceta Oficial de la República* N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000) el Tribunal Supremo de Justicia ha afirmado que una Ley o Constitución estatal no puede atribuir a la Sala Constitucional competencias para el control preventivo de constitucionalidad de una ley estatal porque se trata de materia que solo puede ser regulada mediante nacional *ex* artículo 156, numeral 32, de la Constitución actualmente en vigor (“**Constitución de 1999**”)¹⁶. Con base en ese criterio judicial la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró la inadmisibilidad superviniente de la demanda de nulidad que el Gobernador del Estado Carabobo había propuesto con el Acto Legislativo de Sanción Definitiva¹⁷.

Empero, la Sala Constitucional no debió haber decidido en los términos en que lo hizo. No debió decidir así por diversas razones:

- a. Las dos primeras se refieren a la admisibilidad de la demanda.

Primero, la admisibilidad de la demanda de nulidad propuesta contra el Acto Legislativo de Sanción Definitiva no podía determinarse válidamente a la luz de la Constitución de 1999, porque dicha Constitución no se encontraba en vigor para la fecha en que la Ley sancionada fue objeto de (i) sanción y (ii) impugnación.

¹⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 194, del 15 de febrero de 2001, asunto *Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Conservación, Administración y Aprovechamiento de la Vialidad del Estado Trujillo*; y, Sentencia N° 3.462, del 10 de diciembre de 2003, asunto *Ley de Reforma General de Contraloría General del Estado Carabobo*.

¹⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 3.146, del 20 de octubre de 2005, asunto *Gobernador del Estado Carabobo*.

Segundo, la Sala Constitucional se pronunció sobre la admisibilidad de la demanda propuesta contra el Acto Legislativo de Sanción Definitiva con base en un criterio judicial fundado en normas de la Constitución de 1999. Al aplicar el susodicho criterio con automatismo –con automatismo, insisto, porque en momento alguno reflexionó sobre las razones que justificaban su aplicación al caso *sub-iudice*–, la Sala Constitucional desatendió un dato que, amén de evidente, era fundamental para la justa decisión del asunto: el Acto Legislativo de Sanción Definitiva y la proposición de la demanda de nulidad contra la Ley sancionada ocurrieron al amparo de la Constitución de 1961. A la luz de tales circunstancias, la decisión de la causa con base en la aplicación de un criterio que entrañaba la aplicación retroactiva de normas de la Constitución de 1999 resulta injustificable.

- b. Dejando de lado la admisibilidad de la demanda, en juicio la parte actora había argumentado que la demanda en realidad versaba sobre la constitucionalidad del Acto Legislativo de Sanción Definitiva, y no sobre la ley, porque esta última, estando aún pendiente su promulgación y publicación, no había comenzado a producir efectos. La Sala Constitucional se hallaba en el deber de pronunciarse sobre ese alegato, pero inexplicablemente no lo hizo.

Desde esta perspectiva, la decisión judicial es claramente incongruente.

- c. Finalmente, luce pertinente una reflexión final sobre el interés procesal.

La demanda versaba sobre un acto estatal –el Acto Legislativo de Sanción Definitiva– que guardaba relación con un ejercicio presupuestario ya concluido. A la luz de esa circunstancia, la Sala pudo haberse abstenido de decidir el fondo habida consideración de la pérdida sobrevenida del interés procesal del actor. Empero, la Sala no emitió pronunciamiento alguno sobre este particular.

Caracas, 27 de marzo de 2023

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

COMENTARIOS A LA SENTENCIA PAN AMERICAN WORLD AIRWAYS

CONSOLIDACIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, CONTROL JURÍDICO DE LA DISCRECIONALIDAD Y EL MÉTODO HISTÓRICO EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

*Juan Carlos Oliveira Bonomi**

La sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 11 de mayo de 1981, resolvió la “apelación” interpuesta por PAN AMERICAN WORLD AIRWAYS Inc. contra la Resolución del Ministro de Transporte y Comunicaciones n° DTA-78-020 de fecha 16 de mayo de 1978, que impuso sanción de multa a la mencionada línea aérea por haber comunicado al público planes de vuelo en rutas regulares que no correspondían a las previamente autorizadas por ese órgano.

La “apelación” era el recurso previsto en el artículo 83 de la Ley de Aviación Civil de 1955 para la impugnación de “...las Resoluciones sobre penas que [impusieran] los funcionarios competentes...” en materia de aviación civil. De acuerdo con dicha norma, “...cuando [fuese el Ministerio quien impusiere] la pena o cuando él [hubiera] conocido en alzada, se [oiría] apelación por ante la Corte Federal...”. Este último recurso de apelación debía interponerse directamente ante el Ministerio para que posteriormente dicho órgano lo remitiera a la Corte, como de hecho sucedió en el caso.

* Abogado *Cum Laude* egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR) con estudios de Derechos Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de derecho administrativo y prácticas jurídicas.

Ahora bien, el término “apelación” utilizado en la Ley de Aviación Civil para denominar el recurso contra los actos del Ministerio generó dudas sobre el procedimiento aplicable en el caso concreto, ya que, además de lo previsto en dicha Ley, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que era la norma que regulaba los procesos judiciales sustanciados por el Alto Tribunal, también preveía un procedimiento para la sustanciación de los “...expediente[s] enviado[s] a la Corte en virtud de apelación” (*Procedimiento en Segunda Instancia*).

La decisión de aplicar uno u otro procedimiento en este caso no era baladí, ya que el artículo 162 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976) imponía al apelante la carga de presentar dentro de un término específico un escrito de fundamentación de la apelación, carga esta cuyo incumplimiento acarrearía el desistimiento tácito del recurso y, por ende, la extinción del procedimiento.

Lo anterior fue precisamente invocado por el representante judicial de la República, quien solicitó a la Sala que declarara el desistimiento de la apelación en vista de que el apelante no había presentado las razones de hecho y de derecho que fundamentaban su recurso.

La solicitud de la representación judicial de la República fue rechazada por la Sala, luego de analizar detalladamente la evolución histórica del contencioso administrativo en Venezuela y concluir que cuando un cuerpo legal especial concedía apelación contra un acto administrativo por ante un órgano de la jurisdicción contencioso administrativa debía entenderse que se trataba, en su lugar, del recurso contencioso-administrativo previsto en la Constitución y desarrollado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En propósito, la Sala expuso que hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia siempre correspondió al más Alto Tribunal (bajo sus distintas denominaciones) el conocimiento en única instancia, a nivel nacional, del contencioso-administrativo general y, por vía de apelación, del contencioso administrativo especial, y añadió que la Ley Orgánica de Corte Federal (derogada precisamente por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) y otras leyes especiales atribuyeron al Alto Tribunal competencia para resolver “recursos jerárquicos” contra decisiones de la Administración Pública. Expone la sentencia que estos recursos, conocidos también, indistintamente, como “apelaciones”, “recursos jerárquicos impropios”, “recursos administrativos impropios” o “recursos sui generis”, eran la primera y tímida expresión del principio de legalidad de la actuación administrativa, la cual, en principio,

sólo era revisable por excepción, cuando la Ley así lo previera. La peculiaridad de estos recursos radicaba en que no sólo permitían conocer la legalidad del acto sino también su mérito y oportunidad, por lo que el Juez podía “confirmar, revocar o [incluso] reformar la decisión impugnada”. Se trataba, como advierte la sentencia, de reminiscencias de la llamada “Justicia Retenida”, en la cual los órganos de lo contencioso-administrativo no adoptaban resoluciones, sino que las proponían, perteneciendo la facultad decisoria a los propios órganos competentes de la Administración activa.

La Sala estimó que esta situación era justificable en la medida que no estuviera definido en Venezuela un recurso contencioso-administrativo de anulación, pero que esta situación cambió a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1961 y de la propia Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, precisamente con la creación de un sistema contencioso administrativo con rasgos perfectamente delineados que definía no sólo qué actos podían ser objeto de control, sino también qué órganos serían los competentes para ejercer dicho control y cuál sería su alcance.

La sentencia dictada en este caso por la Sala contiene una serie de aportes y reflexiones que bien conviene traer a colación:

a. Transformación de las antiguas “apelaciones” previstas en Leyes especiales, en un verdadero contencioso administrativo: En primer lugar la decisión de la Sala da cuenta de uno de los hechos históricos de mayor trascendencia en la formación del contencioso administrativo en Venezuela, cuestión que sucedió, en palabras del profesor Henrique Iribarren, “...al mejor estilo del Consejo de Estado Francés...”, ya que por obra de la jurisprudencia se puso definitivamente fin a las llamadas apelaciones ante la Corte, de las decisiones de distintos órganos de la Administración Pública, entendidas como “recursos jerárquicos impropios”. La sentencia, en este sentido, contribuyó a estructurar una de las ramas de lo Teoría General de los Derechos Públicos Subjetivos, llamados “reaccionales o atípicos”, por el profesor García de Enterría: la de la existencia de una jurisdicción, en este caso, la “contencioso administrativa”, ante la cual se pueda pretender la nulidad de los actos administrativos¹.

¹ Véase al respecto el discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del doctor Henrique Iribarren Monteverde el 7 de mayo de 2013.

b. Tutela judicial efectiva y principio pro actione: La decisión no sólo rechazó el alegato de la República que conduciría indefectiblemente a la extinción del procedimiento mediante la aplicación de la figura del desistimiento tácito, sino que además realizó la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción al declarar que la “apelación” debía ser sustanciada a través del procedimiento aplicable a los recursos contencioso administrativos de nulidad, que era, precisamente, el cauce más adecuado en la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para el examen y resolución definitivos de la acción, por encima de cualquier cuestionamiento formal a su calificación. Para la Sala la forma o calificación jurídica del recurso deja de ser relevante cuando del mismo se infiere el verdadero propósito y fin que anima al mismo y, en este caso, estaba claramente establecido que la intención y propósito de la parte recurrente era impugnar la Resolución emanada del Ministerio de Transporte y Comunicaciones. La Sala, en este sentido, apegó su interpretación al principio *pro actione*, que no postula otra cosa más que asegurar en lo posible una decisión de fondo sobre la cuestión objeto del procedimiento, más allá de las dificultades de índole formal². En este mismo sentido la decisión de la Sala además encuentra sólido apoyo en el principio *iura novit curia* que le permite al Juez, con base en su conocimiento jurídico, aplicar la norma más adecuada para hacer justicia y permitir al justiciable ejercer la tutela efectiva de sus derechos; este conocimiento jurídico es el que se aprecia de bulto en la sentencia cuando, más allá de meras formas, la Magistrada Ponente examina y entiende cuál es la verdadera intención de la accionante para lo cual termina recalificando la acción en ejercicio de ese poder-deber que lo habilita para conferir a los hechos expuestos en la acción, una calificación jurídica distinta a la señalada por el accionante en la postulación de sus demandas o pretensiones³.

c. Función jurisdiccional vs. activismo judicial: Luego de referirse al alcance del control que podían ejercer los Jueces Contencioso-Administrativo sobre los actos administrativos impugnados por vía o recurso de las “apelaciones” o “recursos jerárquicos impropios”, la

² Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 11.a, ed. Civitas, Madrid, 2008, p. 478.

³ José Rogério Cruz e Tucci, “Recalificación Jurídica de la Demanda y la Violación al Principio de no Sorpresa”, en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Vol. 9, Universidad de Sao Paulo, 2021, pp. 118-119, disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

Sala realizó una serie de consideraciones sobre la posibilidad de que los jueces contencioso administrativos revisasen el mérito y oportunidad de las actuaciones administrativas, afirmando en este punto que dicha posibilidad quedó vedada a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1961 y de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; primero, porque de acuerdo con la letra constitucional ningún acto administrativo estaría exento de control jurisdiccional (a diferencia de lo que sucedía bajo el régimen anterior, en el que, como fue comentado, dicho control era excepcional y operaba bajo los principios que inspiraban a la llamada “justicia retenida”) y, en segundo lugar, porque a partir de la entrada en vigor de tales instrumentos ya no cabía duda de que los recursos jurisdiccionales contra los actos administrativos sólo podían versar sobre razones de ilegalidad del acto, y no sobre el mérito u oportunidad de la actividad administrativa.

Contra quienes pudieran afirmar que la declaración de la Sala contradice la esencia el rol garantista del juez contencioso administrativo al vedar el control judicial sobre el mérito y la oportunidad de la actividad administrativa, debemos mencionar que la decisión de la Sala realmente enfatiza en la necesidad de que la potestad jurisdiccional se limite o circunscriba al control jurídico o de la legalidad de la actividad administrativa. De modo que a lo que realmente se opone la Sala es al fenómeno del activismo o tendencia de algunos jueces a asumir y ejercer funciones que son propias y exclusivas de la Administración, y que se concreta en la nada deseable acción de administrar mediante sentencias. En este punto, es importante destacar, por un lado, que el Poder judicial, como el resto de las ramas del Poder Público, debe cumplir con la función que lo presupuesta que no es otra que la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y, por otro lado, que la Administración, incluso en el ejercicio de su poder discrecional, podrá ser objeto de control judicial, y más aún a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pocos meses después de la fecha de publicación de la sentencia comentada, norma que de manera expresa establece que “...Aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez o eficacia...” (art. 12); lo que claramente legitima al Juez para

ejercer un control sobre la legalidad y proporcionalidad de las actuaciones ejecutadas por la Administración en clave discrecional. Nótese entonces que la Sentencia se acerca a las posiciones de autores como García Enterría y Parejo Alfonso quienes, con sus respectivos matices, entienden que la potestad de control judicial sobre la discrecionalidad administrativa se encuentra limitada a casos muy excepcionales en los cuales la revisión de los hechos se justifica por la transgresión legal que ellos pueden entrañar la que deriva en la lesión de los derechos e intereses del afectado. Podríamos referir tal excepcionalidad a casos como la ausencia de motivación, la irracionalidad o la errónea calificación de los hechos, más no a las apreciaciones o decisiones técnicas en oportunidad y conveniencia que determine la administración pues de suyo ello implicaría una invasión de la función administrativa por parte del poder judicial⁴.

d. Enfoque histórico y su conciliación con otros criterios como recurso para desentrañar el sentido y alcance de la Ley: Finalmente la sentencia de la Sala recurre al método histórico-subjetivo como herramienta para la búsqueda de un contenido objetivo de la norma, lo hace resumiendo y analizando la evolución del sistema contencioso administrativo venezolano para desentrañar porqué, en este caso, dicha evolución debe conducir a descartar determinadas interpretaciones sobre el alcance de los poderes de control del juez contencioso administrativo. En palabras de *Saleilles*, el método histórico aporta un elemento vivificador a las leyes que permite indagar sobre sus causas, lo que resulta de suma utilidad para analizar el motivo de las transformaciones temporales de la norma y, por ende, el propósito que perseguía el legislador al dictarlas; en el caso específico de la sentencia, este método es conciliado con otros como la llamada “interpretación conforme a la Constitución” lo que permitió admitir el recurso intentado por la parte accionante pese al error en la calificación de la acción.

⁴ Luciano Parejo Alfonso, *Administrar y Juzgar, dos funciones constitucionales distintas y complementarias: un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid 1993, pp. 58 a 66; y Eduardo García de Enterría, *Democracia Jueces y Control de la Administración*, Madrid, 1997, pp. 179-180.

COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DEL CASO NULIDAD ARTÍCULOS DEL REGLAMENTO SOBRE EL RETIRO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE CARRERA

*Ana María Ruggeri Cova**

SUMARIO

1. CONOCIMIENTO Y CALIFICACIÓN DE LA CAUSA. 2. COADYUVANTE EN LAS ACCIONES DE NULIDAD CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS GENERALES. ACCIÓN DE NULIDAD CONTRA ACTOS DE EFECTOS GENERALES. RECURSO CONTENCIOSO DE ANULACIÓN CONTRA ACTOS DE EFECTOS PARTICULARES. 2.1. ACCIÓN DE NULIDAD CONTRA ACTOS EFECTOS GENERALES. 2.2. RECURSO CONTENCIOSO DE ANULACIÓN CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS PARTICULARES. 2.3. ALCANCE DE LA ANULACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS O DE EFECTOS GENERALES Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS PARTICULARES. 2.4. ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y RECURSOS INCOMPATIBLES. 2.5. COADYUVANTE EN LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE EFECTOS GENERALES (REGLAMENTO SOBRE EL RETIRO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE

* Investigadora adscrita al Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, U.C.V. Profesora de Derecho Administrativo, en Escuela de Derecho y Especialización de Derecho Administrativo, Cursos de Posgrado de la FCJP. UCV. 1979-2023. Magistrada Presidente de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo (1999/2003). Directora de Bienes y Derechos Patrimoniales de la Procuraduría General de la República (1996/1999).

CARRERA). 3. VICIOS DE ILEGALIDAD DEL REGLAMENTO SOBRE EL RETIRO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE CARRERA. 3.1. VICIOS CONTENIDOS EN LA SOLICITUD DE NULIDAD PRESENTADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO. 3.2. CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA A LOS FUNDAMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Rendimos hoy un pequeño homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, quien fue la primera mujer en desempeñar el cargo de Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, además, Presidente y Magistrada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a la par, de realizar una significativa y perdurable labor para la comprensión del Control Judicial de la Constitución y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Al reseñar la sentencia, del 24 de abril de 1980, cuya ponencia le correspondió a Josefina Calcaño de Temeltas, en su condición de Magistrada de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, hoy Tribunal Supremo de Justicia, se pone de manifiesto, tres de sus cualidades, su conocimiento y apego al derecho, el respeto a la carrera administrativa y su vocación de profesor universitario. Examinemos, pues, los asuntos que se abordan y deciden.

1. Conocimiento y calificación de la causa

En fecha 6 de febrero de 1979, el Fiscal General de la República presentó, ante el más alto Tribunal de la República un escrito mediante el cual solicitaba la nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad “*de las disposiciones contenidas en el encabezamiento y ordinal 7 del artículo 4; en el ordinal 1 del artículo 9 y en el último aparte del artículo 27 del Reglamento sobre el Retiro y Pago de Prestaciones Sociales a los Funcionarios Públicos de Carrera, dictado mediante Decreto Nro. 1652, Gaceta Oficial Nro. 31.021 de 1976*”.

La Corte en Pleno, acordó pasar el expediente a la Sala Político Administrativa por considerar, conforme a los términos de la demanda, que se trataba del ejercicio de una acción de nulidad, por razones de ***ilegalidad***.

2. Coadyuvante en las acciones de nulidad contra actos administrativos de efectos generales. Acción de nulidad contra actos de efectos generales. Recurso contencioso de anulación contra actos de efectos particulares

Lo primero que la sentencia aborda, es el alcance y efectos de la figura procesal del coadyuvante. En tal sentido, en la oportunidad fijada en el respectivo cartel de emplazamiento, acudieron a hacerse parte varios ciudadanos, con el carácter de ex funcionarios públicos, alegando interés en las resultas del juicio, por haberles sido aplicado, al momento de su retiro de la Administración Pública Nacional, las normas reglamentarias cuya nulidad han sido solicitadas. En tal sentido aducen no haberles sido cancelada la totalidad de las prestaciones sociales que les corresponde por los años de servicios prestados, en forma interrumpida, a pesar de haber sido reclamadas oportunamente, ante el Despacho correspondiente, por lo cual, al hacerse parte en esta demanda, pretenden, asimismo, que se les paguen las cantidades que se le adeudan.

A fin de dilucidar, con carácter previo, el alcance y los efectos de la figura procesal del coadyuvante, la sentencia examina, *prima facie*, el procedimiento en los juicios de nulidad contra actos de efectos generales y algunas de las características que lo distinguen de los juicios de nulidad contra actos efectos particulares.

2.1. Acción de nulidad contra actos efectos generales

Precisa la sentencia, que en este caso, **se ejerció una acción de nulidad contra actos de efectos generales**, prevista en el artículo 112 de Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, por tratarse actos administrativos de carácter normativo, de efectos generales, es decir, “afectan a toda la ciudadanía” y por ello tienen pautado un procedimiento especial de impugnación, cuyas características más resaltantes estriban en la *imprescriptibilidad de la acción de nulidad* (artículo 134 LOCSJ) y la *cualidad genérica de cualquier ciudadano para intentarla* (acción popular).

2.2. Recurso contencioso de anulación contra actos administrativos de efectos particulares

Frente a esta acción de nulidad, a continuación se indica, que la ley consagra un medio específico de *impugnación de los actos administrativos de efectos particulares*: el recurso contencioso administrativo de anulación previsto en el artículo 121, cuya naturaleza es de efectos particulares, ya que incide en un solo individuo, en un número identificable de personas, y

de allí, deriva la exigencia contenida en la Ley, de *un interés personal legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate* (artículo 121 LOCSJ) y un *lapso de caducidad de seis meses para intentar el recurso*, de conformidad con el *artículo 134*.

2.3. Alcance de la anulación de actos administrativos normativos o de efectos generales y los actos administrativos de efectos particulares.

Por último, dada la distinta naturaleza de uno u otro acto administrativo, ya sea de efectos generales o de efectos particulares, es, también, **diferente el alcance de la anulación ya que, en el caso, de actos efectos generales, la declaratoria de nulidad *tiene efectos absolutos, erga omnes*, y efectos relativos, inter partes, en los actos administrativos de efectos particulares.**

2.4. Acumulación de acciones y recursos incompatibles

Las diferencias en el tratamiento jurisdiccional de impugnación para los actos de efectos generales y los de efectos particulares revela la *imposibilidad que existe de acumular* en un mismo procedimiento la acción y el recurso, *salvo en el caso previsto en el artículo 132 ejusdem, en cuyo supuesto, si se demanda la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares y al mismo tiempo la del acto general que le sirve fundamento*, se ordena seguir el procedimiento establecido en la Sección Tercera de la LOCSJ.

2.5. Coadyuvante en la acción de nulidad del acto administrativo de efectos generales (Reglamento Sobre el Retiro y Pago de Prestaciones Sociales a los Funcionarios Públicos de Carrera)

Concluye la sentencia, reiterando, que sólo podrán hacerse parte en los procedimientos a que se refiere se refieren las Secciones Segunda y Tercera, las personas que reúnan las mismas condiciones exigidas para el accionante o recurrente en el artículo 137 de la ley, esto es, que *el coadyuvante en el recurso contencioso administrativo de anulación debe ostentar, también un interés personal legítimo y directo en la impugnación del acto y en la acción de nulidad si bien puede ser cualquier ciudadano, con las limitaciones establecidas en el artículo 112, no puede pretender una declaratoria que vaya más allá de la simple anulación del acto general. Así se declara.*

3. Vicios de ilegalidad del Reglamento sobre el Retiro y Pago de Prestaciones Sociales a los Funcionarios Públicos de Carrera

3.1. Vicios contenidos en la solicitud de nulidad presentada por el Ministerio Público

El fundamento específico en el cual basa el representante del Ministerio Público, la solicitud de nulidad, es que la norma reglamentaria contenidas en el encabezamiento y ordinal 7 del artículo 4 del Reglamento Sobre el Retiro y Pago de Prestaciones Sociales a los Funcionarios Públicos de Carrera, se encuentra viciada porque establece dos tipos de limitaciones no contempladas en la Ley de Carrera Administrativa, a saber: a) la limitación respecto a la ininterrupción de los servicios, y b) la naturaleza del organismo público.

La primera de las limitaciones desconoce los años de servicio, que en un momento dado, pudo haber prestado el funcionario, por el hecho de una interrupción en los mismos, que en modo alguno, aparece consagrada en el texto legal, como una limitación a la antigüedad en la prestación del servicio.

La segunda limitación que impone la normativa reglamentaria en examen es que los servicios prestados por el funcionario, para tener derecho al pago de prestaciones, debieron haber sido prestados en la Administración Pública Nacional, lo cual, restringe también, lo establecido en el artículo 51 de la Ley de Carrera Administrativa, artículo que no distingue, para el cálculo de prestaciones sociales, el carácter nacional, estatal o municipal, donde se prestaron los servicios públicos.

3.2. Consideraciones de la sentencia a los fundamentos del Ministerio Público

Al respecto, la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, en la sentencia que hoy comentamos, indica que la indemnización por causa de retiro, a que se refiere la ley, no se planteó, en forma alguna, el supuesto de que los servicios a ser tomados en cuenta para configurar la antigüedad del funcionario tenían que ser ininterrumpidos, es decir, sin solución de continuidad.

Por otra parte, tratar de justificar la distinción entre servicio ininterrumpidos o no, significa un desconocimiento al principio interpretativo según el cual donde el legislador no distingue no corresponde al intérprete hacerlo.

Agrega la sentencia, que no puede olvidarse que un dispositivo legal debe ser interpretado, atendiendo, en cada caso, los objetivos específicos

de la norma y tomando en cuenta, igualmente, los fines del derecho positivo. En efecto, ha de tenerse presente, que la aplicación de la disposición legal supone una actividad creadora en cuanto a quien la lleva a cabo, confiere sentido, desarrolla y completa la ley, habida cuenta no sólo el texto literal sino el espíritu que la informa.

Por ello, corresponde al intérprete establecer la intención y finalidad perseguida por el legislador, partiendo, no de un dispositivo aisladamente considerado, sino del contexto normativo en el cual está ubicado. Es decir, en el caso de la Ley de Carrera Administrativa, obedece un fin singular, la protección del funcionario público que consagra su vida profesional al servicio de la Administración Pública, lo cual justifica, a plenitud, que la ley dada la dinámica administrativa, exige cambios, trasladados, modificaciones, movilizaciones, en los cuadros de la Administración y que tales cambios, se vean sumados, para conformar la antigüedad del servicio público. Todo el tiempo, que el funcionario haya estado vinculado a algún organismo público, sean interrumpidos o no. De lo contrario, la idea de protección y garantía que privó en el ánimo del legislador de la carrera se vería desvirtuada. Si el factor determinante para el reconocimiento de derechos, y su verdadera finalidad es su asistencia y protección, como es el caso del pago de prestaciones sociales, resultaría ineficaz ante la pretensión de los órganos ejecutivos si dichos servicios sólo fueran reconocidos, en el caso de aquellos funcionarios que los prestaran en forma consecutiva.

A juicio de la ponente y de la Sala Político Administrativa, la mención que hace el artículo 26 de la Ley de Carrera Administrativa a la Ley del Trabajo, no podía entenderse sino como una indicación o guía para el reconocimiento de un derecho que en el momento en que se promulga la Ley de Carrera Administrativa resultan sumamente novedoso en el ámbito de la función pública.

Lo anterior supone que las pautas de la legislación laboral pueden seguirse, en todo momento, siempre que no altere o choque con las características tan especiales que envuelve la relación de servicio que vincula el funcionario de la Administración Pública, es decir, con el Estado, como único patrono. Esta argumentación se encuentra reforzada, por lo demás, en la circunstancia de que si la remisión hubiese sido hecha en términos absolutos carecería entonces el sentido del desarrollo reglamentario que posteriormente produjo el Ejecutivo Nacional en materia de prestaciones sociales a los funcionarios públicos de carrera.

La indemnización que se reconoce a los trabajadores se hace en forma cronológica en la Ley del Trabajo, es decir, en cada oportunidad en que se

termine la particular relación de trabajo que vincula al trabajador y el patrono, y de allí que, el cómputo de la antigüedad sea calculado al inicio y cese de la relación del trabajo.

Por el contrario, en la función pública, donde el Estado no puede concebirse en multiplicidad de compartimentos estancos sino en un todo orgánico dirigido al cumplimiento de cometidos de interés general, resulta difícil, por el contrario, justificar que el funcionario que le ha servido pasando de un organismo a otro mejorándolo perfeccionándose para hacer carrera dentro del sector público no se le acumule los lapsos a los diferentes entes u organismos públicos para confirmar su antigüedad y permitirle así, exigir el reconocimiento de los derechos inherentes a su cualidad en el momento en que se produzca la ruptura definitiva de la relación de empleo público que lo vincula a la Administración. Más aún si se observa que la ley habla genéricamente de organismos públicos sin entrar a detallar cuál de estos son estos como indudablemente lo hubiera consagrado hacer su intención a la delimitar la antigüedad del servidor público a los lapsos prestados por la Administración Pública Nacional.

En estrecha relación con el artículo 51 de la Ley de Carrera Administrativa y con el cuerpo global de su normativa, en los que no se precisa que los lapsos servidos en el empleo público deban ser ininterrumpidos. Por otra parte, la de que lapsos pueden haber sido prestados en cualquier organismo público nacional estatal o municipal, contrariamente a lo que establece el dispositivo reglamentario al exigir, que sea a nivel nacional, constituye la segunda limitación ilegal que ha sido denunciada por el Fiscal General de la República en su demanda.

Observa en la Magistrada ponente, en la sentencia que hoy examinamos, que tal y como lo sostuvo la Sala Político Administrativa, en la decisión de fecha 29 de junio de 1978, la disposición legal, el artículo 51, no distingue, la naturaleza del organismo público a cuyo servicio haya estado con anterioridad el funcionario público que ingresa a la carrera administrativa. De allí que en el supuesto de hecho previsto en la norma debe tomarse en cuenta los fines del cómputo de la antigüedad del empleado el tiempo transcurrido al servicio de cualquier organismo público, sea nacional estatal o municipal.

La finalidad perseguida por el legislador se aclara por vía de la interpretación auténtica al examinarse las actas de las sesiones en que fue discutida la ley. Al respecto basta citar las razones que motivaron, precisamente, la inclusión dentro del artículo 51 de la carrera administrativa, el aparte que consagró el concepto de antigüedad del

funcionario público. En efecto, en la oportunidad en que se discutía ese texto se obtuvo información en el Diario de Debates de la Cámara de Diputados del 7 de julio de 1970, que ese artículo, el 50 para la fecha, el 51 al momento de dictar sentencia, tal vez tenía una omisión con respecto a quienes hayan prestado servicios al Estado en algún destino público y luego incorporen a la carrera. Resulta que la antigüedad que hubieran tenido en ese servicio no se computa a los efectos de la carrera administrativa. Tal vez hay un vacío en este sentido. Pongamos el caso de un parlamentario, como hay muchos, en esta Cámara con 15 años dedicados al servicio de la Administración Pública, al servicio del Estado, al servicio de la comunidad que, al salir del Parlamento, en virtud de los mecanismos de alternabilidad republicana ingresa a un cargo de la Administración Pública de los calificados por la Ley de Carrera Administrativa en un cargo de carrera, sus 15 años de servicio no serán considerados a los efectos de la antigüedad. No solamente se refería a los parlamentarios sino también a los concejales a los funcionarios que hubieran estado el servicio de la Administración Pública protegidos por otras leyes como la ley de Carrera Judicial, o como la Ley del Servicio Exterior, o en algunas otras.

Sugiere la profesora Josefina Calcaño de Temeltas que en el artículo del Reglamento se agregue que cuando un funcionario del Servicio del Estado ingrese a la carrera administrativa los años de servicio que hubiesen tenido en el respectivo organismo serán tomados en consideración a los efectos de la antigüedad que la ley establece sugerencias que esta que fueron acogidas por los congresistas y que originó la redacción del aparte único del artículo 50, luego 51, tal y como aparece en el texto de la Ley de Carrera Administrativa vigente para el momento de dictar la sentencia.

En virtud de lo expuesto concluye la sentencia que el concepto genérico de antigüedad consagrado en el aparte único del artículo 51 aparece configurado por *“el cómputo del tiempo de servicio prestado por el funcionario, en cargos anteriores, continua o ininterrumpidamente, a organismos públicos nacionales estatales o municipales, en cualquiera de las ramas ejecutiva legislativa o judicial”*.

Ahora bien el señalamiento que se hace de que el servicio debe ser debe haber sido prestado en cargos anteriores como expresamente lo consagra la norma legal que se realiza envuelve el rechazo a la integración en esta suma global de servicios de los lapsos en los cuales el funcionario haya servido en calidad de obrero no solo porque esto se encuentran sometidas a la ley del trabajo sino porque el ejercicio de un cargo público significa la participación de un de su titular en la actuación de cumplimiento de

funciones públicas que le han sido asignadas por autoridad competente extremos que desde luego no se dan en la ejecución de las labores manuales que regula la ley laboral de manera que si las prestaciones sociales correspondientes a estos trabajadores no se liquidaron oportunamente por el patrono obligado a ello o no se reclamaron dentro del término que la ley de la materia establece a tales fines, es imposible pretender, con posterioridad, que los lapsos que los originan subsistan y se prorroguen durante la relación de empleo público, para hacerlos valer bajo los efectos de otra ley que, como el de la carrera administrativa excluye de su campo de aplicación a los obreros dada la especial relación de servicio que ella rige y que, a diferencia de la laboral, no tiene carácter contractual sino legal o estatutario, preestablecida unilateralmente por el Estado.

Limitada de este modo la potestad reglamentaria ejecutiva por la propia disposición que le sirve el fundamento jurídico resulta claro que el reglamento Ejecutivo en forma alguna puede entrar en contradicción con la norma legal que pretende complementar ni tampoco alterar el espíritu propósito o razón de la misma. Esta es la razón jurídica que la inspira o informa pues está la adecuación supeditada su validez jurídica dentro del marco de las consideraciones precedentes.

Al analizar las previsiones del Reglamento sobre el Retiro y Pago de Prestaciones Sociales a los Funcionarios Públicos de Carrera, cuyos artículos 4º encabezamiento, y ordinal 7 y 1ro. del artículo 9 y el 27, aparte único, el Fiscal General de la República ha ejercido la acción de nulidad que se examina dichas normas expresan lo siguiente:

“artículo 4. El tiempo en el servicio a ser tomado en cuenta para el cálculo y pago de las prestaciones sociales de antigüedad y auxilio de cesantía será el que resulte de computar los lapsos de servicios prestados a tiempo completo en forma ininterrumpida en cualquier organismo de la Administración Pública Nacional siempre que haya cumplido con los requisitos exigidos por la Ley de Carrera Administrativa para ser considerados funcionarios de carrera.

En el cómputo de la antigüedad del funcionario serán incluidos igualmente:

7. el tiempo de servicio ininterrumpido prestado en cualquier organismo público nacional, siempre que su incorporación a la Administración Pública Nacional no interrumpa la prestación de los servicios.

“artículo 9. La Oficina de Personal del Organismo respectivo, solicitará del funcionario, copia certificada de los documentos que prueben el tiempo de servicio prestado por éste, tales como, nombramientos suspensiones interrupciones, retiro y pago de prestaciones, si fuera el caso.

Si agotados todos los medios, no le es posible al funcionario presentar los documentos a que se refiere el aparte anterior, la Oficina de Personal procederá solicitarles:

1°. Ante las Oficinas de Personal de los organismos en los cuales el funcionario manifiesta haber prestado servicio en forma ininterrumpida”.

“Artículo 27. El pago de prestaciones sociales a los funcionarios de carrera retirados de la Administración Pública Nacional se calculará de la siguiente forma...*omissis*”

“El cálculo se hará sobre el total que arroje la suma de años y meses de servicio prestados efectivamente por el funcionario en forma ininterrumpida de conformidad con lo previsto en este Reglamento”.

Y el artículo 21 cuya mención omitió el actor en el libelo, pero que la Sala incluye en la motivación de este fallo por formar parte del contexto de las normas reglamentarias fundamentadas en los mismos supuestos de ininterrupción de los servicios y su prestación exclusiva organismos de la Administración Pública Nacional, cuya ilegalidad ha sido denunciada por el representante del Ministerio Público es del tenor siguiente:

“Artículo 21. La imposibilidad de reubicar al funcionario de carrera que haya cesado en el ejercicio de un cargo de representación popular produce su retiro de la Administración Pública Nacional y le dará derecho a percibir el pago de prestaciones sociales de antigüedad y auxilio de cesantía y hacer incorporado al registro elegibles para cargos cuyos requisitos reúna.”

“El pago de las prestaciones sociales a estos funcionarios se calculará sobre los servicios efectivamente prestados a la Administración Pública Nacional en forma ininterrumpida y en base a remuneración que percibieron en el último cargo desempeñado en ella.”

Del amplio análisis efectuado por la Sala en los capítulos anteriores de este fallo se corrige que el requerimiento contenido en las normas transcritas acerca del ininterrumpibilidad de los servicios y sus prestación exclusiva a organismos integrados dentro de la Administración Pública

Nacional, altera el espíritu propósito y razón de la Ley de Carrera Administrativa la cual como se ha visto, al consagrar el concepto genérico de antigüedad del funcionario público en la parte único del artículo 51, no sólo no estableció tales extremos, sino que incluyó el dispositivo para cumplir con la finalidad que el reglamento de examen ha pretendido desvirtuar esto es la de basar la antigüedad del funcionario en la suma de todos los lapsos servidos por él en cargos anteriores al organismos enmarcados dentro de las ramas nacionales estatal y municipal del poder público, con solución de continuidad, o sin ella, y fundar sobre esa antigüedad varios de los derechos que derivan para el empleado del ingreso y posterior desarrollo de la carrera administrativa.

En fuerza de los razonamientos expuestos, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político y Administrativa en Sala Político Administrativa, bajo ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, declara, con lugar, la demanda de nulidad de las disposiciones contenidas en el encabezamiento y ordinal 7 del artículo 4; en el ordinal 1 del artículo 9 y el el último aparte del artículo 26 los artículos 4 y ordinales 7 y ordinal 1 del artículo 9 y en el último aparte del artículo 27, así como, el artículo 21 de *ejusdem* al cual se extiende el dispositivo este fallo, por su íntima conexión con los anteriores los cuales, consecuentemente, **quedan anulados en cuanto a la exigencia de la ininterrumpibilidad de los servicios y la condición de que esto haya sido prestado exclusivamente a la Administración Pública Nacional.**

COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA “BURGOS ROMERO” Y LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO DE EFECTOS GENERALES

*Ramsis Ghazzaoui**

Resumen: Se analiza la noción de legitimación activa en el contencioso administrativo venezolano, a la luz del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y la problemática doctrinaria y jurisprudencial que se generó en torno al carácter de los procesos contencioso administrativos, concretamente, el denominado contencioso de anulación de los actos de efectos generales, objeto de la sentencia de la Sala Político Administrativa, de 12 de febrero de 1987, “*caso Ramón Burgos Romero*”, bajo la ponencia de la magistrada Dra. Josefina Calcaño de Temeltas.

Palabras claves: Legitimación. Simple interés. Acción popular. Actos generales. Contencioso administrativo.

Abstract: The notion of active standing in Venezuelan administrative litigation is analyzed, in light of article 112 of the Organic Law of the Supreme Court of Justice, and the doctrinal and jurisprudential problems that were generated around the nature of administrative litigation processes, specifically, the so-called contentious case for the annulment of acts of general effect, the subject of the ruling of the Political-Administrative Chamber, of February 12, 1987, “Ramón Burgos Romero case”, under the presentation of magistrate Dr. Josefina Calcaño de Temeltas.

* Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas (Universidad Autónoma de Madrid, España). Doctor en Derecho (Universidad Carlos III de Madrid, España). Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional (UCAB). Investigador de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM).

Keywords: Legitimation. Simple interest. Class action. General acts. Administrative litigation.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. ACTOS DE EFECTOS GENERALES O NORMATIVOS Y ACTOS DE EFECTOS PARTICULARES. LEGITIMACIÓN ACTIVA. DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN POPULAR, SIMPLE INTERÉS E INTERÉS CALIFICADO (LEGÍTIMO, PERSONAL Y DIRECTO). 1. A MANERA DE ANTECEDENTES. 2. ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS GENERALES O NORMATIVOS. EL SIMPLE INTERÉS COMO FUNDAMENTO DE LA LEGITIMACIÓN (ARTÍCULO 112 LOCSJ). II. LA SENTENCIA DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DE 12 DE FEBRERO DE 1987, CASO “RAMÓN BURGOS ROMERO”, CON PONENCIA DE LA MAGISTRADA DRA. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS. III. UNA NOTA SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. EL INTERÉS JURÍDICO ACTUAL. IV. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

La limitación del ejercicio del poder público ha estado vinculada desde la génesis del constitucionalismo, a la idea de garantizar el reconocimiento y protección de las libertades fundamentales de la persona, proclamándolas como derechos en un instrumento jurídico de máximo rango al que le es conferida genuina fuerza normativa (Constitución); al establecimiento del carácter vinculante de estos derechos para todos los poderes públicos; y a la previsión de mecanismos que aseguren su efectiva vigencia¹.

Dentro de estos mecanismos de protección de tales derechos, y como garantía constitucional, surge para el ciudadano el derecho de acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva, donde la propia Constitución encomienda a los jueces y tribunales, de forma exclusiva, la función jurisdiccional.

¹ Al respecto, véase a Jesús María Casal H., *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Legis, Caracas, 2010, p.7.

Todos los componentes del Estado se hallan sometidos a la ley y al derecho, y esto significa, también, que se encuentran sometidos plenamente al juez.

En este sentido, y como pieza clave en todo Estado de Derecho, destaca lo relativo al control judicial de la actividad administrativa, lo cual es llevado a cabo por la jurisdicción contencioso administrativa, cuyo rol primordial es asegurar, en beneficio de los ciudadanos y del interés general, la subordinación plena de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público. En otras palabras, garantizar que la Administración Pública cumpla - irrestrictamente - con el principio de legalidad.

Hay que destacar que ese control jurisdiccional sobre los poderes públicos ha estado presente en Venezuela desde el propio momento en que se erige como República con la Constitución Federal para los Estados de Venezuela, de 21 de diciembre de 1811, hasta la actualidad, formando así parte de su tradición constitucional². En efecto, y como ha precisado la doctrina³, tal control encuentra su fundamento en los artículos 199 y 227 de la citada Constitución de 1811⁴, ya que establecían su supremacía con

² Resaltar que el Texto Constitucional de 1811 fue la tercera Constitución Republicana del mundo moderno, detrás de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y de la Constitución Francesa de 1791. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Constituciones Iberoamericanas. Venezuela*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014.

³ Vid. Carlos M. Ayala Corao, , “La Justicia constitucional en Venezuela”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 1, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 379 y ss. Mas recientemente, con mayor profundidad Ramsis Ghazzaoui, “Del origen y evolución del control de constitucionalidad en Venezuela” en Antonio López Castllo y Cesar Aguado Renedo (coordinadores), *Del control constitucional de la Ley en el Estado constitucional abierto: perspectiva comparada*. Editorial Universitas, UNED, Madrid, 2022, pp. 101-126.

⁴ Es importante destacar, como dato histórico, que dicha Constitución fue sancionada antes de que se hubiese promulgado la Constitución de Cádiz, de 19 de marzo de 1812, y aún y cuando no tuvo una vigencia real superior a un año, como consecuencia de las guerras de independencia, condicionó la evolución de las instituciones políticas y constitucionales venezolanas hasta nuestros días. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 269.

respecto del resto del ordenamiento jurídico, así como la nulidad de las leyes que resultaren contrarias a ella⁵.

⁵ Tales dispositivos constitucionales eran del tenor siguiente:

“Artículo 199: Para precaver toda transgresión de los altos poderes que nos han sido confiados, declaramos: que todas y cada una de las cosas constituidas en la anterior declaración de derechos, están exentas y fuera del alcance del Poder general ordinario del Gobierno y que, conteniendo o apoyándose sobre los indestructibles y sagrados principios de la naturaleza, toda ley contraria a ellas que se expida por la Legislatura federal o por las provincias, será absolutamente nula y de ningún valor.”

“Artículo 227: La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión, serán la ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación, y las autoridades y habitantes de las Provincias, estarán obligados a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa, ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieren contra el tenor de ella, no tendrán ningún valor, sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción.”

Para un sector de la doctrina venezolana, el Texto Constitucional de 1811, si bien previó la garantía de la supremacía constitucional, como de la consecuencia de su inobservancia, esto es, la nulidad de las leyes que la contradijeran (garantía objetiva), no fue claro en asignar al Poder Judicial el control de la Constitución, por lo que éste ejercía un control implícito, máxime si se tiene en cuenta que la propia Constitución consagró un sistema de control político de la constitucionalidad de las leyes provinciales, a cargo del Congreso. Otro sector doctrinario, por el contrario, considera que en atención a las previsiones constitucionales del artículo 115, que atribuía al Poder Judicial de la Confederación “...*todos los asuntos contenciosos, civiles o criminales que se deriven del contenido de esta Constitución...*”, y del artículo 116, que asignaba a la Suprema Corte de Justicia competencias originarias y exclusivas o por apelación, los jueces venezolanos se hallaban plenamente facultados para apreciar la nulidad de las leyes inconstitucionales.

De ahí que Fernández Segado, al estudiar esas disposiciones constitucionales, considere comprensible que “*haya autores que han entendido como evidente, que desde 1811 los jueces venezolanos se hallaban facultados para declarar la nulidad de las leyes inconstitucionales, mientras que otros han considerado, que con la Constitución de 1811 se inicia un período de ‘control implícito’ de la constitucionalidad por parte de los jueces, que va desde 1811 hasta 1858, cuando finalmente dicho control se consagra de manera aún más concreta*”. Vid. Francisco Fernández Segado, «El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: Sus rasgos generales. Su génesis en el siglo pasado» en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Medellín, 1997, p. 58. Polanco, al comentar los mecanismos de control del poder en la Constitución de 1811, señala que

En lo que concierne al contencioso administrativo, se observa que sus principios son establecidos claramente y por vez primera con la Constitución de 1830, que consagró la atribución de la Corte Suprema para “*conocer de las controversias que resulten de los contratos o negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo por sí solo o por medio de agentes*”.

A partir de la Constitución de 1925, puede decirse que comienza propiamente en nuestro país la elaboración de un sistema contencioso administrativo separado del control jurisdiccional en materia de constitucionalidad, al contemplar en el artículo 120, la atribución de la Corte Federal y de Casación para declarar “*la nulidad de los Decretos o Reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo para la ejecución de las leyes cuando alteren su espíritu, razón o propósito*”; la cual será ampliada respecto a todos los actos administrativos viciados de ilegalidad o abuso de poder en la Constitución de 1931.

Por su parte, la Constitución de 1947 será la primera en emplear el término “*procedimiento contencioso-administrativo*”, al referirse al control ejercido para constatar la legalidad de los actos dictados por el Poder Ejecutivo.

La Constitución de la República de Venezuela de 1961, vendrá a consagrar el rango constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativo, reconociéndola como sistema y definiendo sus premisas fundamentales, atribuyendo a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 206, la competencia para “*anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*”.

Antes de la Constitución de 1961, los contornos de la jurisdicción contencioso administrativa fueron definidos jurisprudencialmente conforme al esquema clásico francés en atención al tipo de pretensiones que se formularan, esto es, entre un contencioso administrativo de anulación y un

en la misma se prefirió la adopción de un control político, desechando un control judicial concentrado como tal. Cfr. Tomas Polanco Alcantara, *Las formas jurídicas en la Independencia*, Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1962, p. 63.

contencioso administrativo de plena jurisdicción. En este sentido, el contencioso administrativo de anulación se concebía como un proceso objetivo en contra de un acto administrativo, estando limitada la pretensión del recurrente a la anulación del acto administrativo impugnado, y la sentencia del juez tenía únicamente por objeto el control de la legalidad del acto, pronunciando su anulación o no. Así, la legitimación activa para intentar el recurso correspondía a quien tuviera un interés personal, legítimo y directo, o aquel al que le hubiesen sido lesionados sus derechos subjetivos por el acto de la Administración. Por su parte, el contencioso administrativo de plena jurisdicción se concebía como un proceso subjetivo en el cual se ventilaba un verdadero juicio contra una persona jurídica de derecho público, y en donde a la pretensión procesal del demandante le era reconocida una gran amplitud, toda vez que, además de la condena del ente demandado, podía anularse el acto administrativo. Para este tipo de acciones, la legitimación activa correspondía al titular del derecho subjetivo cuyo restablecimiento se pretendía⁶.

La entrada en vigencia de la Constitución de 1961, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en 1976, así como los importantes aportes de la doctrina nacional y la jurisprudencia, representaron un significativo avance en la manera en que tradicionalmente se había concebido el sistema contencioso administrativo en Venezuela.

Entre otros grandes e importantes temas, lo relativo a la legitimación activa generó toda una profusa discusión a nivel doctrinario y jurisprudencial sobre el carácter objetivo o subjetivo de los procesos contencioso administrativos, como también, sobre el denominado contencioso de anulación de los actos de efectos generales y de los actos administrativos de efectos particulares.

En este sentido, jurisprudencialmente destacan, entre muchas, las importantes sentencias de la Sala Político Administrativa en los célebres casos “*Fiscal General de la República*”, de 24 de abril de 1980; “*Iván*

⁶ El contencioso de plena jurisdicción era el clásico contencioso de las demandas contra la República y demás personas jurídicas estatales de derecho público, reducido principalmente al contencioso contractual y al de responsabilidad extracontractual, donde el juez, además de decidir sobre la nulidad de un acto administrativo, podía condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, a la reparación de daños y perjuicios, como adoptar cualquier pronunciamiento en pro del restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas, en caso de que así le fuere solicitado. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, “Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, No. 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pp. 5-30.

Pulido Mora”, de 3 de octubre de 1985; “*Ramón Burgos Romero*”, de 12 de febrero de 1987; el caso “*Rómulo Villavicencio*”, de 26 de septiembre de 1991, así como la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 13 de octubre de 1988, caso “*Cementerio Metropolitano Monumental, S.A. (CEMEMOSA)*”.

Todas estas decisiones, bajo la ponencia de insignes juristas patrios, representaron unos verdaderos logros históricos que marcaron la evolución del contencioso administrativo en Venezuela, cuyo desarrollo de sus conceptos y contenidos para la época en fueron dictadas, valga destacar, apenas se estaba generando en el país; aportes de tanta importancia que, hasta el día de hoy, siguen teniendo presencia en nuestro derecho, ya que gracias a ellos se logró consolidar el contencioso administrativo de la forma en que hoy conocemos.

La obra en la cual se incluye el presente trabajo rinde homenaje a una de esas ilustres juristas que, desde la cúspide del Poder Judicial, dedicó su magistratura a esa encomiable labor. Por ello, hemos considerado propicia la ocasión para retomar algunas de las nociones plasmadas en tan importantes decisiones, destinando entonces las líneas subsiguientes al tema de la legitimación activa en el contencioso administrativo; muy particularmente, lo que respecta al artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, relativo a los actos administrativos de efectos generales o normativos, y que fuere tratado en la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en el célebre caso “*Ramón Burgos Romero*”, de 12 de febrero de 1987, bajo la ponencia de la Magistrada Dra. Josefina Calcaño de Temeltas.

Por último, expondremos nuestras reflexiones finales, a manera de conclusiones.

I. ACTOS DE EFECTOS GENERALES O NORMATIVOS Y ACTOS DE EFECTOS PARTICULARES. LEGITIMACIÓN ACTIVA. DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN POPULAR, SIMPLE INTERÉS E INTERÉS CALIFICADO (LEGÍTIMO, PERSONAL Y DIRECTO)

1. A manera de antecedentes

Para ponernos en el contexto de la época, es necesario recordar, como explica el profesor CANOVA GONZÁLEZ, que la naturaleza de las acciones de anulación de los procesos contencioso administrativos en Venezuela, antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, obedeció, principalmente, a razones históricas que

marcaron los aspectos de esas vías jurisdiccionales, y en donde el tema de la legitimación se convirtió en el centro de la discusión, a tal punto que, dependiendo de ella, devenía su concepción como un proceso objetivo o uno subjetivo. En efecto, en lo que respecta al enjuiciamiento de los actos de los órganos que ejercen el Poder Público, Venezuela contaba tradicionalmente con dos tipos de acciones perfectamente diferenciadas: las de inconstitucionalidad, con carácter de acción popular, de rasgos objetivos, ejercida por cualquier ciudadano, indisponible luego de intentada y no sujeta a caducidad o término alguno, pudiendo intentarse en cualquier momento, y cuyo conocimiento estaba atribuido a la Corte en Pleno; y las de ilegalidad, cuyo acceso estaba limitado para determinadas personas interesadas, disponible por su titular, incluía la previsión de lapsos breves para su ejercicio, y su conocimiento correspondía a la Sala Político-Administrativa, o a los demás tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo, teniendo el proceso rasgos subjetivos⁷.

No obstante, y como expresa el dilecto profesor, por la influencia del artículo 123.11 del Texto Constitucional de 1936, que establecía la atribución de la Corte Federal y de Casación para declarar la nulidad de todos los actos del Poder Público que fueren contrarios a la Constitución, fueron confundidos los límites de cada tipo de acción: así, típicos actos administrativos individuales eran cuestionados, por el simple hecho de que los accionantes denunciaran razones de inconstitucionalidad, mediante acciones de ese tipo (inconstitucionalidad), a los cuales, por ese solo hecho, le eran reconocidos las notas de acción popular y, en especial, de no caducidad⁸.

Frente a esta situación, y en aras de precisar e integrar el orden jurídico, la jurisprudencia fue elaborando normas adjetivas que diferenciaron dos tipos de recursos para la impugnación ante la Corte Suprema de Justicia de los actos estatales, distintos al recurso de casación, a saber: i) el recurso de inconstitucionalidad, como acción popular; y ii) el recurso contencioso administrativo de anulación.

La diferenciación entre ambos radicaba, principalmente, en la naturaleza del acto impugnado. Así, las leyes y demás actos de los cuerpos legislativos nacionales, estatales o municipales; los actos de gobierno; y

⁷ Cfr. Antonio Canova González, “Legitimación Activa en los Procesos Contencioso-Administrativos (Aspectos a considerarse en una futura reforma del sistema venezolano), en *Revista de Derecho Administrativo*, No. 2, Editorial Sherwood, Caracas, 1998, pp. 95 y 96.

⁸ *Ibidem*, p. 96.

en general, los actos estatales de rango legal o de efectos generales, eran recurribles a través del recurso de inconstitucionalidad ante la Corte en Pleno; mientras que los actos administrativos de efectos particulares, eran susceptibles del recurso contencioso administrativo de anulación ante la Sala Político Administrativa, aun cuando se alegasen motivos de inconstitucionalidad.

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, vino a contemplar dos tipos de procedimientos contencioso administrativos bajo la competencia de la Sala Político Administrativa, a saber: uno de nulidad contra actos administrativos de efectos generales o normativos (art. 112), y otro de anulación de actos administrativos de efectos individuales (art. 121). En ambos supuestos, el Fiscal General de la República se encontraba legitimado para ejercitar el correspondiente recurso contencioso administrativo, conforme estaba previsto en los artículos 112, 116 y 121 de la citada Ley Orgánica.

Sobre ello, es necesario destacar que, independientemente de la concepción de acto administrativo que pudiera tenerse, éste surgirá siempre de la ejecución directa e inmediata de la ley e indirecta y mediata del Texto Constitucional, es decir, que la jurisdicción contencioso administrativa se encuentra destinada al juzgamiento de tales actos por razones de ilegalidad y no por inconstitucionalidad. De allí que, los actos enjuiciados por razones de inconstitucionalidad, son de la competencia de la jurisdicción constitucional, mientras que aquellos objetados por motivos de ilegalidad competen a la jurisdicción contencioso administrativa.

2. Actos administrativos de efectos generales o normativos. El simple interés como fundamento de la legitimación (Artículo 112 LOCSJ).

El artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es del tenor que sigue:

“Artículo 112. Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las Disposiciones Transitorias de esta Ley.”

Como se observa, tal norma reguló en términos idénticos el proceso judicial para la nulidad de los actos de rango legal (leyes nacionales, estatales o municipales), y que es ejercido a través del recurso o acción de

inconstitucionalidad, con el destinado a la impugnación de Reglamentos y demás actos administrativos de carácter normativo o de efectos generales, los cuales tradicionalmente y con anterioridad a la vigencia de esa Ley, como ya hemos apuntado, eran ejercidos por vía de acción directa ante la Corte Suprema de Justicia si se alegaban motivos de inconstitucionalidad, teniendo el recurso el carácter de una acción popular, es decir, no se requería de una condición especial, correspondiendo su legitimación a cualquier persona habitante de la República que tuviese el simple interés en mantener la legalidad o constitucionalidad del acto en cuestión.

Esta previsión del referido artículo 112, planteó la duda si tal carácter objetivo, que como se ha dicho estaba reservado históricamente sólo para las acciones de inconstitucionalidad, era reconocido ahora a las acciones de ilegalidad o impugnación de actos administrativos normativos; también, surgió la incertidumbre si dicha regulación había eliminado la acción popular en el país, toda vez que exigía que el recurrente hubiese sido afectado en sus “derechos e intereses” por el acto que se tratara⁹.

Sobre ello, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia precisó que tal exigencia no significaba en forma alguna la eliminación de la acción popular, ni mucho menos el establecimiento de una especial legitimación activa para interponerla, pues, su objeto es la defensa objetiva de la majestad de la Constitución y su supremacía, y la exigencia de alguna lesión en los derechos e intereses del accionante debía ser de interpretación restrictiva, esto es, que los mismos se vieran afectados de alguna forma en su condición de ciudadano venezolano.

Al respecto, se destacan las sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de 24 de abril de 1980, caso “*Fiscal General de la República*”; de 30 de junio de 1982, caso “*José Ramón Pigna Rodríguez*”; y de 12 de febrero de 1987, caso “*Ramón Burgos Romero*”, a través de las cuales se expresó que, conforme el artículo 112 LOCSJ, para la impugnación de actos de efectos generales o normativos debía seguirse un proceso totalmente objetivo, con las notas de acción popular, esto es, abierta a todos, ejercitable en todo momento e indisponible, sin importar su naturaleza ni los vicios que se le imputaren.

⁹ Con sumo provecho Luis H. Fariás Mata, , “¿Eliminada la Acción Popular del Derecho Positivo Venezolano?”, en *Revista de Derecho Público*, No. 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 5-17.

Así, dichas decisiones vinieron a admitir que los actos administrativos de efectos generales contenían las características que estaban atribuidas a los procesos contencioso-constitucionales desde tiempos remotos, a pesar de que tales actos, más allá de su carácter normativo, eran sublegales y, por ende, su competencia debía corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁰.

Ciertamente, en la sentencia de 24 de abril de 1980, caso “*Fiscal General de la República*”, con ponencia de la magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, la Corte expresó que:

“...Se ha ejercido en el caso de autos la acción de nulidad prevista en el artículo 112, Sección Segunda, Capítulo II del Título V de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Esta acción es procedente contra actos como el impugnado por el Fiscal General de la República que, por ser de carácter normativo, sus efectos son generales, es decir, afectan a toda la ciudadanía, y por ello tienen pautado un procedimiento especial de impugnación en sede jurisdiccional, cuyas características más resaltantes estriban en la imprescriptibilidad de la acción de nulidad (Art. 134 L.O.C.S.J.) y la cualidad genérica de cualquier ciudadano para intentarla (acción popular)”¹¹.

Por su parte, en la sentencia de 30 de junio de 1982, caso “*José Ramón Pigna Rodríguez*”, la Corte señaló textualmente lo siguiente:

“...la expresión del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte, según la cual toda persona que ejerza el recurso de inconstitucionalidad “sea afectada en sus derechos o intereses”, es de interpretación rigurosamente restrictiva, toda vez que, como consecuencia de las consideraciones anteriores, es obvio que la Ley dijo más de lo que quiso o podía decir (lex dixit magis quam voluit). Además, a esta peculiaridad debe necesariamente agregarse, por necesidad lógico-jurídica, el criterio establecido desde antiguo por este Supremo Tribunal, según el cual los recursos que confieran las leyes a los ciudadanos o administrados deben interpretarse en sentido amplio

¹⁰ Cfr. Antonio Canova González, “Legitimación Activa en los Procesos Contencioso-Administrativos (Aspectos a considerarse en una futura reforma del sistema venezolano), en *Revista de Derecho Administrativo*, No. 2, Editorial Sherwood, Caracas, 1998, pp. 96 y 97.

¹¹ La referida sentencia puede verse en Mary Ramos Fernández, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre 1980”, en *Revista de Derecho Público*, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 130 y 131.

(favorabilia ampliari). De otra parte, la Corte estima que si el recurso de inconstitucionalidad, como tal “acción popular”, ha estado vigente y ha sido ejercido, admitido y decidido en épocas en que la República ha estado conducida por gobiernos dictatoriales y despóticos, resulta un contrasentido pensar que el mencionado recurso haya dejado de ser una “acción popular” de los venezolanos, cuando la República vive un Estado de Derecho, que el propio pueblo ha contribuido a crear, sostener y defender.

En virtud de todo lo expuesto, la Corte arriba a la conclusión de que, cuando una persona ejerce el recurso de inconstitucionalidad, en los términos del artículo 112 de su Ley, debe presumirse, al menos relativamente, que el acto de efectos generales recurrido en alguna forma afecta los derechos o intereses del recurrente en su condición de ciudadano venezolano salvo que del contexto del recurso aparezca manifiestamente lo contrario, o que el mismo fuere declarado inadmisibile conforme al artículo 115 de la Ley de la Corte.

El presente recurso no se encuentra en los supuestos de excepción antes mencionados, por lo cual la Corte considera que el recurrente está legitimado para interponerlo, y así lo declara”¹².

Así pues, para la Corte, conforme al artículo 112 de la LOCSJ, quedaban habilitados para interponer recursos de inconstitucionalidad aún los simples interesados, es decir, cualquier persona capaz, venezolana o no, en pleno uso de sus derechos civiles y políticos, toda vez que se trata de una “acción popular”, cuya consagración convierte al sistema jurídico venezolano en un sistema excepcional en el Derecho Comparado, al tratarse de un recurso objetivo abierto a todos, en el que sólo cuenta salvaguardar la integridad de la norma, del propio sistema jurídico, sin entrar en consideraciones de quien intenta protegerlo mediante una acción.

¹² Cfr. Mary Ramos Fernández, , “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo): Tercer Trimestre 1982”, en *Revista de Derecho Público*, No. 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 135-138.

II. LA SENTENCIA DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DE 12 DE FEBRERO DE 1987, CASO “RAMÓN BURGOS ROMERO”, CON PONENCIA DE LA MAGISTRADA DRA. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

Tal y como hemos observado, la Corte estimó que la disposición contenida en el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, confería una legitimación amplia en los casos de recursos contra actos de efectos generales o normativos, con prescindencia de los motivos que pudieran ser alegados (inconstitucionalidad o ilegalidad), lo cual tuvo oportunidad de precisar definitivamente en la sentencia que motiva nuestras líneas, cuál es, la de 12 de febrero de 1987, caso “*Ramón Burgos Romero*”, bajo la ponencia de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas¹³.

Aquí, la Sala textualmente expuso lo siguiente:

“Dos son los problemas básicos que plantea el presente recurso, a saber: el tipo de acto que se trata y la legitimación requerida para impugnarlo.

En cuanto al primer punto, no cabe duda alguna que el Decreto No. 1.383 dictado el 2 de enero de 1976 es un acto jurídico reglamentario que emana del Presidente de la República, ya que se atribuye competencia a un organismo público gubernamental (Ministerio de Minas e Hidrocarburos), o sea que por su contenido es un acto de efectos generales y así se declara.”

En este sentido, la sentencia considera que al haber incorporado la norma del artículo 112 LOCSJ a los actos de efectos generales, los cuales pueden tener carácter legal o reglamentario, no podía discriminarse de ellos a los Decretos del Presidente de la República de carácter reglamentario, esto es, de tipo normativo, puesto que se estaría contraviniendo la propia intención del legislador.

Por tal razón, concluye que el recurrente sí tenía legitimación activa para interponer el recurso, al ser el Decreto un acto de efectos generales, como también, por el hecho de que la referida norma no hacía distinción entre los vicios que pudiera adolecer el acto (inconstitucionalidad o

¹³ La sentencia en cuestión puede consultarse en RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre de 1987”, en *Revista de Derecho Público*, No. 30, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1987, pp. 142-149.

ilegalidad), siendo entonces amplia la legitimación para intentar la acción popular, preservándose con ello la plena vigencia del principio de legalidad.

Ciertamente, la sentencia expresó al respecto que:

“En este sentido, entiende la Sala, cuando se admite una legitimación amplia para el control de la legalidad y de constitucionalidad de los actos de efectos generales, se está preservando de manera objetiva la plena vigencia del principio de legalidad al permitirse que cualquier interesado ponga en movimientos a los órganos competentes para garantizar la supremacía de las normas de mayor rango sobre las disposiciones subalternas, y de este modo mantener la efectiva aplicación de las reglas básicas del Estado de Derecho”.

Establecido lo anterior y respecto a la legitimación activa para recurrir de ese tipo de actos, la Sala observa:

(...)

La citada norma incorpora los actos de efectos generales en los términos que se señalan y claro está que de su texto resulta que dichos actos pueden tener carácter legal o reglamentario. De lo anterior resulta que el recurrente sí tiene legitimación activa, ya que el Decreto es un acto de efectos generales y el artículo 112 transcrito no hace distinción entre los vicios de los cuales puede adolecer el acto de inconstitucionalidad o de ilegalidad y vista asimismo la legitimación que exige dicha norma, ésta se correspondería perfectamente a la legitimación que se exige para intentar la acción popular”.

Para CANOVA GONZÁLEZ¹⁴, esta sentencia representó un progreso en el contencioso administrativo, ya que, si bien estos actos residenciados en la jurisdicción contencioso administrativa no tienen el carácter ni la jerarquía de las leyes, es decir, de aplicación directa e inmediata de la Constitución, sí lesionan o amenazan con lesionar, por su carácter normativo, bien a todo el colectivo, o bien a un grupo indeterminado e indeterminable de la sociedad.

Así, estima el autor, que el hecho de no limitar la posibilidad de su impugnación, como la consagración de un proceso netamente objetivo, resulta conveniente y acertado, ya que posibilitaba su pleno control con el fin de anularla, independientemente de su inconstitucionalidad o ilegalidad.

¹⁴ Cfr. Antonio Canova González, *Legitimación Activa en los Procesos Contencioso-Administrativos...*, ob. cit., p. 98.

Asimismo, señalaba que en países donde la impugnación de disposiciones o actos administrativos de efectos generales no estaba prevista, o se permitía de modo limitado, la jurisprudencia aún se debatía por determinar a quiénes debía permitirse el acceso a la jurisdicción; o la doctrina más calificada se esforzaba por lograr la implementación de vías judiciales amplias, que permitieran libremente la impugnación de esos actos normativos contrarios a Derecho.

El citado autor, sin embargo, advertía dos cuestiones esenciales que debían tenerse en cuenta: la primera, que la acción popular se aplicara sólo a los actos administrativos normativos, es decir, aquéllos que son generales, abstractos y de aplicación continua, superándose el problema de la terminología de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que, a la vez de ser inconstante, no es precisa, pues permite incluir actos que si bien plurales no son de tipo normativo; y la segunda, que el carácter objetivo de los procesos para cuestionar actos administrativos normativos obliga a la implementación de ciertos principios procesales, como los de gratuidad, informalidad, investigación de oficio por el tribunal e inquisitivo, y al mismo tiempo, conmina a dejar de aplicar figuras procesales que atenían contra la indisponibilidad de la acción, como el desistimiento, sea tácito o expreso.

Por otro lado, se destaca en esta decisión el voto salvado del Magistrado Luis H. Farías Mata, que resumidamente se expone, dada su extensión, en los términos que siguen:

“Primera: Al admitir la Sala sentenciadora como legitimados para recurrir contra los actos de efectos generales a cualquier interesado -sin distingos-, está creando una real y verdadera acción popular por ilegalidad que hasta ahora –estimo– habría estado reservada en nuestro Derecho positivo sólo a los recursos por inconstitucionalidad.

Segunda: Para llegar a esta conclusión tuvo la Sala que admitir previamente que vicios de inconstitucionalidad y de ilegalidad son una y misma cosa, cuando la idea contraria –la distinción entre unos y otros– parece animar más bien tanto (A) el contenido de nuestro derecho positivo: como (B) los principios sentados por la doctrina venezolana y (C) la propia jurisprudencia de la Corte.

(...)

Tercera: Quiere dejar bien sentado el autor del presente voto salvado que no está de acuerdo con esa equiparación entre recurso de inconstitucionalidad y de ilegalidad ni con la propia consecuencia de

identificación entre una y otra jurisdicción, pues si –como señalan los proyectista de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia– toda inconstitucionalidad es en su suma una gran ilegalidad, la recíproca no es idénticamente admisible: aunque sea por el rango de jerarquía de la norma violada, no toda ilegalidad alcanza a ser una inconstitucionalidad.

Además, la jurisdicción contencioso administrativa está destinada al procesamiento de los actos administrativos por ilegalidad –no por inconstitucionalidad–, y ello por una simple razón: sea cual fuere el concepto de acto administrativo que tengamos, éste último surgirá siempre en ejecución directa e inmediata de la ley, e incluso así lo reconoce el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos cuando lo define como declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con la ley. Este concepto formal de distinción entre los actos conforme el rango de la norma que ejecutan (si constitucional, se produce un acto de rango legal o asimilado a ella; si legal, se origina un acto administrativo), se encuentra en la base de la sentencia de la Corte en Sala Político Administrativa de 26.6.83 (CANADICA, G.F. 120, p. 545) y, en cierta forma, insufla la de Corte Plena del 13.2.85 (Caso: “Alvaro Gené Sojo”). De ahí que cuando un tribunal conozca de actos encausados por inconstitucionalidad se encuentre actuando en un recurso de la misma índole, y en jurisdicción constitucional, –en tanto que si ante otro, o ante el mismo órgano judicial– se tramita un proceso por violación de ley, está conociendo y juzgando en vía contencioso administrativa, vale decir de ilegalidad.

(...)

Cuarta: Considera asimismo el exponente que el trascendente auto de fecha 12.2.87, origen del presente voto salvado, debió haber entrado en el análisis de la polémica frase del legislador (art. 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) que confiere la acción de nulidad de los actos de efectos generales a la persona “afectada en sus derechos e intereses...”. En efecto ha sido precisamente dicha frase la que ha provocado en la doctrina venezolana la afirmación– contradictoria en su propia formulación, a mi juicio –de que esa Ley redujo la acción de inconstitucionalidad a una acción “popular restringida”, ambigua terminología contraria a lo que clásicamente se ha entendido por acción popular: “la que ejerce un ciudadano como tal, que no defiende su patrimonio propio, sino que

actúa ubi civis, en cuanto ejercita un derecho que pertenece a todos los ciudadanos, y que puede ser ejercido singularmente por cada uno de ellos”.

(...)

Quinta: Parece asimismo al exponente que, en el auto del cual disiente, dejó también la Sala sin analizar la aparente incongruencia entre los artículos 134, por una parte, y el 115, concordado con el 84 (ordinal 3º), de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por la otra. Conforme a estos dos últimos, el Juez de Sustanciación podrá aplicar, in limine litis, a un recurso contra actos de efectos generales la sanción de inadmisibilidad por caducidad de la acción.

En tanto que el 134 no somete a plazo de caducidad alguno las que se intentan contra ese tipo de actos

(...)

En efecto, y como ya se ha esbozado en páginas anteriores, conforme a nuestros principios jurídicos tradicionales existe una correlación entre recursos objetivos, legitimación para intentarlo y plazo de caducidad del mismo; y siempre habíamos reservado sólo al recurso por inconstitucionalidad contra actos de efectos generales esas mismas características de objetivo, abierto a todos (acción popular) y no sometido a plazo de caducidad. En cambio, el contencioso administrativo (de ilegalidad) contra actos generales dictados en ejecución directa e inmediata de la ley (por ejemplo: los reglamentos diferentes de aquellos emanados del Presidente de la República en ejecución directa e inmediata de la ley, más con base en un mandato directo e inmediato –pero condicionado– de una norma constitucional), lo hemos considerado recurso subjetivo, accesible sólo a los titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos y, como actos administrativos que son –entre nosotros, esos reglamentos –, la acción para impugnarlos se encuentra sometida en las sucesivas leyes que han regulado la materia a un plazo de caducidad de seis meses.

En otras palabras a falta de una declaración más explícita del legislador (y no ambigua, como la del art. 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), el plazo de caducidad al cual el legislador someta a un acto administrativo...evidenciaría que estamos en presencia de un recurso subjetivo y, por tanto de legitimación activa relativamente restringida: conferida sólo a los titulares de derechos

subjetivos y aún a quienes puedan alegar un interés legítimo lesionado por el acto que se impugna, pero no autorizaría a cualquier interesado (acción popular) para impulsar legítimamente dicho recurso, cuyo carácter “subjetivo” se revela por el hecho de estar sometido a caducidad, como se ha dejado dicho”¹⁵.

Todo ello, a juicio del magistrado autor del voto salvado, obedece a la errónea identificación de inconstitucionalidad con ilegalidad y de jurisdicción constitucional con jurisdicción contencioso administrativa. En tal sentido, sostiene que debe tomarse en cuenta la literalidad de la norma, al estatuir “inconstitucionalidad o de ilegalidad”, como el hecho de habilitar al efecto a “toda persona plenamente capaz” o de las afectadas en sus derechos o intereses”. Así, entiende que respecto de los actos de efectos generales, los recursos por motivos de inconstitucionalidad contra ellos quedan abiertos a todos, incluso en los afectados en sus simples intereses (acción popular, recurso objetivo); mientras que los de ilegalidad, dentro de los que equipara el caso bajo análisis, están reservados sólo a los lesionados en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos (recurso subjetivo), siendo susceptibles de la causal de inadmisibilidad por caducidad de acción (art. 84.3, por remisión del 115 LOCSJ), quedando salvada cualquier posible contradicción entre estas normas y la del artículo 134 *eiusdem*.

Sobre lo expuesto, observamos que BREWER-CARIÁS sostiene que, a pesar de la amplitud de la interpretación que fue establecida por la Corte para soportar la popularidad de la acción, resulta evidente que la previsión del artículo 112 LOCSJ, si bien no excluye la acción popular, sí califica el simple interés requerido para que se habilite la legitimación activa para intentarla, restringiéndose entonces la amplitud del recurso de forma razonable, toda vez que exige que el acto de efectos generales, de alguna manera, afecte los derechos e intereses del recurrente. En efecto, a la luz de las decisiones a que hemos hecho referencia, la legitimación activa en el contencioso de anulación dependía de la clasificación de los actos administrativos recurridos, principalmente, según su contenido normativo o no normativo. En lo que respecta a los actos administrativos de contenido normativo, sobre los cuales versa la decisión que ocupa este trabajo, y que tienen destinatarios indeterminados e indeterminables, y que la Ley identifica a los de efectos generales, basta el simple interés y

¹⁵ *Ibidem*, pp. 143-149. Asimismo, véase con provecho a Luis H. Farías Mata, , “¿Eliminada la Acción Popular del Derecho Positivo Venezolano?”, en *Revista de Derecho Público*, No. 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 5-17.

se justifica la ausencia del lapso de caducidad. No obstante, es necesario destacar la restricción que trae la Ley Orgánica en cuanto a la legitimación activa para impugnar un acto administrativo de efectos generales conforme a lo previsto en su artículo 112, que exige que el acto impugnado lesione en alguna forma los derechos e intereses del recurrente, por lo que la popularidad de la acción contra los reglamentos, por ejemplo, puede decirse que en cierto modo quedó restringida. De tal manera que, se exige necesario que el acto normativo que se impugna lesione en alguna forma los derechos e intereses del recurrente, aun cuando, por supuesto, no se trate de un interés legítimo el que deba ser lesionado¹⁶.

Por su parte, MUCI BORJAS expresa que, bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en atención a lo previsto en el citado artículo 112, la legitimación fue entendida de manera amplia en función del tipo de acto recurrido, es decir, que el recurso podía ser ejercido por simples interesados si se trataba de un acto de efectos generales, de un acto normativo, cuyos destinatarios fueran personas indeterminadas, con independencia de los motivos (inconstitucionalidad o ilegalidad) invocados por el recurrente como fundamento de su recurso¹⁷.

III. UNA NOTA SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. EL INTERÉS JURÍDICO ACTUAL

Consideramos de importancia en lo que respecta a este trabajo, hacer una mención a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya que viene a consolidar todo el arduo, prolijo y amplio trabajo llevado a cabo por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, de la cual forma parte la sentencia objeto de estudio, como por la más calificada doctrina, y donde siempre abogó por la promulgación de una normativa que, de manera exclusiva, viniera a normar todo el régimen de justicia administrativa en Venezuela.

¹⁶ Véase a Allan R. Brewer-Carías, “Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, No. 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pp. 10-12.

¹⁷ Vid. José Antonio Muci Borjas, “Legitimación activa en el contencioso-administrativo. Paráfrasis del artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 43, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1991, pp. 283 y 284.

Destacar que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se mantuvo vigente hasta su derogación por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004¹⁸, norma esta última que, a pesar de los importantes avances logrados a lo largo del tiempo por la doctrina y jurisprudencia patria, vino a fusionar en el artículo 21.8, en idénticos términos, el contenido de los artículos 112 y 121 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al prever expresamente lo siguiente:

“Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza u otro acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, o que tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar un acto administrativo de efectos particulares, puede demandar la nulidad del mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad. El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes las leyes les atribuyen tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general”.

Esta Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, reguló el proceso contencioso administrativo en Venezuela hasta la entrada en vigor, en el año 2010, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA)¹⁹, la cual estableció un elenco de recursos y acciones puestos a disposición de los particulares y de toda persona interesada para acceder a la justicia administrativa, entre los que destacan, además del recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o de efectos particulares, o contra los actos administrativos generales o individuales, con o sin pretensión patrimonial o de amparo constitucional, el recurso por abstención o negativa de los funcionarios públicos a actuar conforme a las obligaciones legales que tienen; el recurso de interpretación; el conjunto de demandas contra los entes públicos de orden patrimonial o no patrimonial, incluyendo las que tengan por motivo vías de hecho; las acciones para resolver los conflictos entre autoridades administrativas del Estado; y las acciones destinadas a reclamos respecto de la omisión, demora o prestación deficiente de los servicios públicos. Así, la regulación de la mencionada Ley Orgánica de 2010 vino a facilitar el

¹⁸ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.942, de 20 de mayo de 2004.

¹⁹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 39.451, de 22 de junio de 2010.

control judicial de la actividad administrativa y en particular de los actos administrativos, como manifestación específica del derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses frente a la Administración, en el sentido de lo establecido en los artículos 26 y 259 de la propia Constitución de 1999²⁰.

De esta manera, la jurisdicción contencioso administrativa terminó de configurarse constitucional y legalmente como un instrumento procesal para la protección de los administrados frente a la Administración, y no como un mecanismo de protección de la Administración frente a los particulares, todo lo cual implica que al juez contencioso administrativo se le hayan reconocido amplísimos poderes de tutela, no sólo de la legalidad objetiva que debe siempre ser respetada por la Administración, sino de las diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración.

Por ello, y conforme el artículo 259 Constitucional, el contencioso administrativo deja de ser concebido como un proceso dirigido al control de los actos administrativos, dando lugar a un sistema de justicia para la tutela de los derechos subjetivos y de los intereses de los administrados, lo que incluye, también, a los denominados derechos colectivos e intereses difusos.

En otras palabras, con la promulgación de la esa Ley en el 2010, el contencioso administrativo ya no es comprendido sólo como un proceso de protección a la legalidad objetiva, sino de tutela de los derechos e intereses de los recurrentes frente a la Administración, y en donde el juez se encuentra ampliamente facultado, no sólo para anular los actos administrativos contrarios a derecho, sino para condenar a la Administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la misma, como también, para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la autoridad administrativa.

De igual manera, la citada LOJCA, establece una serie de disposiciones generales aplicables a los diversos procesos que regula, como son: i) que conforme al artículo 27 LOJCA, la capacidad procesal para poder actuar ante la jurisdicción contencioso administrativa, la tienen las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, las irregulares o de hecho, las

²⁰ Vid. Allan R. Brewer-Carías, , “La justicia administrativa en Latinoamérica. Una aproximación comparativa”, en *Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. 20 años de la Nueva Ley de lo Contencioso Administrativo*, Universidad de Murcia, Murcia, 2019, pp. 33 y 34.

asociaciones, consorcios, comités, consejos comunales y locales, agrupaciones, colectivos y cualquiera otra entidad; y ii) que conforme al artículo 29 LOJCA, la legitimación activa para hacerse parte en los juicios, se halla en cabeza de las personas y entidades antes indicadas, quienes, no obstante, deben tener “un interés jurídico actual”, es decir, que exista al momento de realizarse la actuación procesal, el cual ha de estar referido a la relación o situación jurídica concreta de la persona, lo que dependerá de la pretensión procesal que se formule ante la jurisdicción.

Es necesario decir, que respecto a la legitimación activa la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa nada más estableció, por lo que el interés jurídico actual exigido en la norma estará condicionado por los efectos producidos por los actos impugnados; deriva de la especial situación de hecho en que se encuentra el accionante frente al perjuicio que pueda causarle el acto administrativo impugnado.

Los artículos 25, 26 y 259 del Texto Fundamental, reflejan una clara voluntad del constituyente hacia el respeto absoluto del ordenamiento jurídico por parte de la Administración Pública; también, se desprende de tales normas que el Texto Constitucional no previó requisito alguno que condicione a los sujetos interesados en la legalidad y constitucionalidad de la actividad administrativa, sino que, por el contrario, otorga la posibilidad de acudir a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses a toda persona, lo que conduce a colegir que, la intención del constituyente, fue la de flexibilizar el acceso del ciudadano a la justicia. Por ello, la regulación de la jurisdicción contencioso administrativa en la LOJCA, facilitando el control judicial de la actividad administrativa y, en particular, de los actos administrativos, viene a ser una manifestación específica del derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses frente a la Administración.

Así pues, es indudable que el desarrollo y garantía que en los últimos años ha tenido el derecho constitucional de acceso a la justicia, consagrado en la mayoría de la Constituciones, ha tenido importantes repercusiones en el ámbito contencioso administrativo, que han terminado conduciendo al abandono o flexibilización progresivos de las tradicionales condiciones de admisibilidad de las acciones contencioso administrativas; en particular, las desarrolladas legislativamente en los casos de las acciones de nulidad contra los actos administrativos, y muy especialmente, respecto de la legitimación activa.

Sin embargo, UROSA y HERNÁNDEZ advierten que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa diseñó los medios procesa-

les desde la pretensión procesal, es decir, según la naturaleza y características de las distintas pretensiones procedentes en el marco del proceso administrativo, ya que se encuentra fundamentada, al igual que lo hacían la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (1976) y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2004), en un sistema contencioso impugnatorio, en donde los medios procesales son determinados y regulados con respecto al acto administrativo y, en general, en relación a la actuación administrativa supuestamente lesiva, y nunca sobre la base de la pretensión procesal, lo cual denota un esquema adjetivo continuista respecto del sistema impugnatorio tradicional del contencioso administrativo en Venezuela, ya que otorga una relevancia excesiva al acto o actuación administrativa objeto del recurso, y resta importancia al verdadero objeto del proceso administrativo: la pretensión procesal administrativa²¹.

IV. CONCLUSIONES

Adentrarse en decisiones como las de la magistrada Dra. Josefina Calcaño de Temeltas, además de generar una profunda admiración y aportar siempre un inmenso aprendizaje por la profundidad y sapiencia jurídica de sus planteamientos, objeto de estudio en nuestras universidades, como en territorios foráneos, nos dejan también una profunda nostalgia.

Y es que el oscurantismo que hoy impera en el contencioso administrativo venezolano, y de manera general en todo el poder judicial como en todas las esferas del Poder Público, acrecienta el vacío que figuras tan destacadas dejaron en nuestra sociedad, y a la vez, realzan la importancia de sus aportes en la evolución de nuestro Derecho.

En efecto, la actualidad de nuestros tribunales refleja una realidad funesta, cuál es, que no son imparciales como garantes de los derechos y libertades ciudadanas, sino que, contrariamente, lo hacen con complacencia, y hasta con dependencia, hacia quien detenta el poder ejecutivo²².

²¹ Vid. Daniela Urosa, y José Ignacio Hernández G., “Las pretensiones procesales administrativas en el Derecho Venezolano”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, No. 13, Caracas, 2017, pp. 299-302.

²² Sobre esta realidad, véase con sumo provecho el importante y exhaustivo trabajo del Profesor Antonio Canova González, *La realidad del Contencioso Administrativo Venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político-Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, FUNEDA, Caracas, 2009.

Además, la prolijidad de jueces provisorios y suplentes, inexpertos en su mayoría y con una preparación académica deficiente, cuya designación, por lo general, obedece a razones de afinidad política, viene a representar una de las principales razones; también, el temor a represalias, a las posibles consecuencias de su conducta en caso de contradecir los intereses y decisiones de la Administración, no siendo por ello de extrañar que, ante la ausencia de argumentos para darle la razón, su actitud se limite a dejar pasar el tiempo y abstenerse de sentenciar; del mismo modo, el hecho de que muchos tienen hasta la creencia, como regla general, de que sentenciar a favor del Estado beneficia al interés general y que, de manera excepcional, solo ante una arbitrariedad inocultable y graves violaciones de derechos, es que proceden a atender el reclamo de los ciudadanos, y ello siempre con la debida prudencia de no causar incomodidades al poder político.

Es imprescindible que la justicia administrativa se encuentre conformada por jueces preparados y, lo que es más importante, con autonomía e independencia, seleccionados en base a un sistema de méritos, lo cual, muy a pesar nuestro, no existe en la Venezuela de hoy. Hasta tanto ello no se produzca, no podrá entonces hablarse en Venezuela de un verdadero sistema de administración de justicia, ni mucho menos será posible implementar un modelo de pretensiones procesales administrativas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO-JUÁREZ, José, “La configuración constitucional del contencioso-administrativo en Venezuela. Antecedentes, origen, evolución y consolidación”, en Víctor Rafael Hernández-Mendible (director), *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

AYALA CORAO, Carlos M, “La Justicia constitucional en Venezuela”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 1, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

BREWER-CARÍAS, Allan R., “Aspectos de la legitimación activa en los recursos contencioso administrativos contra los actos administrativos de efectos particulares”, en *Revista de Derecho Público*, No. 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.

_____, *Constituciones Iberoamericanas. Venezuela*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014.

_____. *Historia Constitucional de Venezuela*. Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013.

_____. “La justicia administrativa en Latinoamérica. Una aproximación comparativa”, en *Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. 20 años de la Nueva Ley de lo Contencioso Administrativo*, Universidad de Murcia, Murcia, 2019.

_____. “Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público*, No. 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986.

CALCAÑO DE TEMELTAS, Josefina, “Origen y evolución del sistema contencioso administrativo venezolano”, en *Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1995.

CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *La realidad del Contencioso Administrativo Venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político-Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, FUNEDA, Caracas, 2009.

_____. “Legitimación Activa en los Procesos Contencioso-Administrativos (Aspectos a considerarse en una futura reforma del sistema venezolano)”, en *Revista de Derecho Administrativo*, No. 2, Editorial Sherwood, Caracas, 1998.

FARÍAS MATA, Luis H., “¿Eliminada la Acción Popular del Derecho Positivo Venezolano?”, en *Revista de Derecho Público*, No. 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: Sus rasgos generales. Su génesis en el siglo pasado» en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Fundación Konrad Adenauer. Medellín, 1997.

GHAZZAOUI, RAMSIS, “Del origen y evolución del control de constitucionalidad en Venezuela” en Antonio López Castillo y Cesar Aguado Renedo, (coordinadores), *Del control constitucional de la Ley en el Estado constitucional abierto: perspectiva comparada*. Editorial Universitat, UNED, Madrid, 2022, pp. 101-126.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, Madrid, 1966.

MOLES CAUBET, Antonio, “El Sistema Contencioso Administrativo venezolano en el Derecho Comparado”, en *Contencioso Administrativo en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989.

MUCI BORJAS, José Antonio, “Legitimación activa en el contencioso-administrativo. Paráfrasis del artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 43, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1991.

POLANCO ALCANTARA, Tomas. *Las formas jurídicas en la Independencia*. Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1962.

RAMOS FERNÁNDEZ, Mary, “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre 1980”, en *Revista de Derecho Público*, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980.

_____ “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo): Tercer Trimestre 1982”, en *Revista de Derecho Público*, No. 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982.

_____ “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo): Cuarto Trimestre de 1985”, en *Revista de Derecho Público*, No. 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.

_____ “Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Corte Suprema de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre de 1987”, en *Revista de Derecho Público*, No. 30, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1987.

U ROSA, Daniela y HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “Las pretensiones procesales administrativas en el Derecho Venezolano”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, No. 13, Caracas, 2017.

DERECHO TRIBUTARIO

**EL AMPARO TRIBUTARIO Y
EL AMPARO CONSTITUCIONAL.
DOS ACCIONES HOMÓNIMAS DIFERENCIADAS POR
UNA ESCLARECEDORA SENTENCIA**

*Luis Fraga-Pittaluga**

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA SENTENCIA DEL SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 3. BREVES ANOTACIONES EN TORNO A LAS DIFERENCIAS ENTRE EL AMPARO TRIBUTARIO Y EL AMPARO CONSTITUCIONAL. 3.1. DOS ACCIONES CON ORÍGENES MUY DIVERSOS. 3.2. DIFERENTE OBJETO, REGULACIÓN PROCESAL Y EFECTOS. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Introducción

El valor de la jurisprudencia y su carácter de fuente del Derecho constituye una de las grandes discusiones de la teoría general del Derecho. Ese valor ha variado en el tiempo, es diferente según el sistema jurídico al que se adhiera un país y se modula también en atención a las regulaciones propias de los ordenamientos jurídicos internos; y aun en este último caso, resulta diferente conforme al rango de los tribunales que emiten las sentencias.

* Abogado egresado de la UCAB (1987), con especialización en Derecho Administrativo en la UCAB (2002), ex profesor en las especializaciones en Derecho Financiero y Tributario de la UCAB, la UCAT y la UNIMET y ex profesor de pregrado en la cátedra de Derecho Financiero y Tributario de la UMA. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario.

De hecho, el concepto mismo de *jurisprudencia* no es unívoco si se compara, por ejemplo, el sistema anglosajón con los sistemas continentales o civilistas.

El Derecho Romano concebía la jurisprudencia como la “ciencia del Derecho” pero no atendiendo al concepto de ciencia que tenemos hoy en día -es decir, el conjunto de conocimientos objetivos y verificables sobre una materia determinada que son obtenidos mediante la observación y la experimentación, explicando principios y causas y formulando y verificando hipótesis- sino que se trataba del *conocimiento prudente de lo justo y de lo injusto*.

Por eso ULPIANO, en el Digesto (D.1.1.10.2), define la jurisprudencia como el: “conocimiento de las cosas justas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto” (*divinarum atque humanarum rerum notitia, justae atque injustae scientia*). En el Derecho Romano la jurisprudencia era fuente del Derecho.

En el Derecho anglosajón o del *common law* la jurisprudencia es fuente de derecho (*case law*), a partir del principio general del *stare decisis* o de atenerse a lo decidido y no modificar lo que ya existe (*stare decisis et quia non movere*), que también se conoce como la doctrina del precedente judicial. En este sistema el precedente judicial obliga y es coercitivo. Según indica SANTIAGO LAGARRE: “En Inglaterra, Estados Unidos y los demás países que adoptan el *common law*, basta que haya una decisión *in point*, es decir, aplicable al caso presente, para que un juez se vea obligado, en principio, a seguirla”¹, excepto, debe advertirse, que el precedente sea netamente absurdo o injusto.²

La situación es diferente en los países de Derecho continental o civilistas, también llamados del sistema romano-germánico. Por lo general, la jurisprudencia no es fuente de derecho en estas jurisdicciones, salvo en aquellos casos excepcionales en los cuales los ordenamientos jurídicos internos confieren carácter vinculante a las decisiones de ciertos tribunales o de algunas de las secciones o salas de esos tribunales, como ocurre en Venezuela con las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal

¹ Santiago Lagarre, *Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos, El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional*. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/stare-decisis-derecho-judicial-ensenanzas.pdf>. Consultado el 6 de septiembre de 2023.

² María Luisa Marín Castán, “Consideraciones sobre el derecho inglés como prototipo de sistema de Common Law y sus diferencias respecto de los sistemas romano-germánicos”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Vol. 256, 1984, p. 171.

Supremo de Justicia en el supuesto establecido en los artículos 335, aparte único, de la Constitución y 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.³

No obstante, aun cuando en nuestros países la jurisprudencia no es por lo general vinculante ni constituye por lo tanto una fuente formal del Derecho, sí que se le reconoce un valor de primera importancia como guía u orientación de obligada consulta por los operadores jurídicos en la tarea de interpretación y aplicación de los enunciados normativos.

Partiendo de esta premisa fundamental, la doctrina ha sistematizado las distintas funciones que cumple la jurisprudencia en los sistemas continentales o civilistas, a saber, la *interpretación y aplicación de las normas*, la *integración del ordenamiento jurídico*, la *creación limitada y derivada* del Derecho y la *actualización de las normas*.

Siguiendo muy de cerca las reflexiones de MARÍA LUISA FALCÓN Y TELLA en un magnífico estudio que ha dedicado al asunto⁴, tenemos que los jueces deben, siempre y en todo caso, interpretar las normas que han seleccionado previamente como aplicables al asunto que se somete a su decisión, incluso cuando se estima que dichas normas son claras (*in claris non fit interpretatio*), puesto que para llegar a tal conclusión han debido cumplir previamente, aunque sea una mínima actividad de interpretación. Esta labor de interpretación que queda plasmada en las decisiones judiciales produce, en especial en los casos que se han ido decantando hasta llegar a la máxima instancia de la organización judicial de un ordenamiento jurídico determinado, un cuerpo de doctrina judicial de gran valor para la aplicación del Derecho.

Por otra parte, tenemos que los ordenamientos jurídicos deben contener, al menos teóricamente, todas las normas que son necesarias para resolver los problemas que plantea el Derecho en la vida práctica. Pero la realidad es que los ordenamientos jurídicos en general sufren de *lagunas* o *vacíos*, bien porque no hay una norma específica que resuelva el problema planteado o bien porque no hay criterios adecuados para seleccionar la norma que debe aplicarse al asunto concreto. La jurisprudencia cumple entonces una función integradora del ordenamiento jurídico atendiendo al principio conforme al cual aquél debe interpretarse y aplicarse *plenamente* o en forma *completa*, porque ningún problema jurídico puede quedar sin

³ Gaceta Oficial N° 6.684 Extraordinario del 19 de enero de 2022.

⁴ María Luisa Falcón y Tella, *La jurisprudencia en los Derechos Romano, Anglosajón y Continental*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

recibir una respuesta adecuada del Derecho, y el juez tiene prohibido dejar de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad de sus términos (prohibición *non liquet* establecida en el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil⁵).

La jurisprudencia, como explica la doctrina⁶, cumple también una función creadora del Derecho, pero esta función es limitada y derivada. Lo primero porque en la tarea de interpretación e integración del ordenamiento jurídico, se produce un *criterio* que vas más allá de la simple aplicación automática de la norma; pero esta regla que resuelve el asunto queda limitada al litigio objeto de decisión y no tiene, como una verdadera norma jurídica, efectos frente a todos (*erga omnes*), de modo que siendo obligatorio para las partes que litigan en el proceso respectivo, no lo es para el resto de las personas o para los demás jueces. Además, el criterio que resuelve el caso no crea una norma, sino que interpreta y aplica normas ya existentes y de allí su carácter *derivado*. A pesar de esto, la función comentada es importantísima porque facilita y orienta la correcta aplicación del Derecho.

Finalmente, la jurisprudencia cumple una función actualizadora de las normas. En tanto que ciencia social, el Derecho debe adaptarse a las realidades y exigencias de la época en la cual se aplica. Las reformas legislativas suelen estar siempre por detrás de las realidades sociales que intentan normar. La jurisprudencia, en cambio, es dinámica porque debe enfrentarse constantemente a la realidad práctica que plantea la aplicación concreta del Derecho. La jurisprudencia es capaz de adaptarse con mayor facilidad a los cambios, sin que ello suponga relajar, huelga decirlo, la esencia de las normas. Se afirma con razón que: “La jurisprudencia lo que hace es actualizar la ley, reavivarla, adaptarla a las necesidades del momento, lo cual es esencial para mantener un continuo y necesario ajuste entre la realidad social y el Derecho, evitando el desfase que pudiera producirse entre ambos. La jurisprudencia, de una manera paciente y silenciosa, inyecta savia nueva en los viejos troncos del sistema jurídico.”⁷

Las sentencias de la Dra. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS, por su profundidad, elocuencia y exquisita precisión, pero también por su genial sencillez, desarrollaron a plenitud y de manera excepcional las funciones de la jurisprudencia que aquí han sido esbozadas y por ello adquirieron en

⁵ Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

⁶ María Luisa Falcón y Tella, *ob.cit.*, p. 111.

⁷ María Luisa Falcón y Tella, *ob.cit.*, p. 113.

el ámbito jurídico de nuestro país lo que el maestro GERMÁN BIDART CAMPOS denomina *ejemplaridad*⁸, pues sin ser precedentes obligatorios que debían ser seguidos por los demás jueces, como ocurre el sistema anglosajón, se convirtieron en un cuerpo de doctrina judicial muy valioso y de consulta ineludible para todos los operadores jurídicos.

2. La sentencia del Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia

El 1 de agosto de 1990, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, al resolver sobre la cuestión de incompetencia que le fuera remitida en alzada por el Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario, dictó sentencia, bajo la ponencia de la magistrada Dra. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS, en el juicio de *amparo tributario* intentado con fundamento en el artículo 208 del Código Orgánico Tributario vigente para la época (*i.e.* el Código Orgánico Tributario de 1982⁹), por la sociedad de comercio *Inmobiliaria El Sitio, C.A., contra el Concejo Municipal del Distrito Urdaneta del Estado Miranda*.

La acción de amparo tributario intentada se fundamentó en la *demora excesiva* en la cual incurrió el referido Concejo al no resolver oportunamente la solicitud de solvencia de pago del impuesto inmobiliario urbano planteada por la empresa accionante, así como su negativa a recibir al pago del tributo en referencia.

Aun cuando el asunto debatido en alzada era la determinación del tribunal competente para conocer de la acción de amparo tributario intentada contra la administración tributaria municipal -que en aquella época y bajo la legislación imperante, la Sala atribuyó a los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo y no a los Juzgados Superiores en lo Contencioso Tributario, como ocurre en la actualidad- lo más relevante de esta esclarecedora decisión es que por primera vez la Corte Suprema de Justicia distinguió con meridiana claridad la acción de amparo tributario prevista en el Código Orgánico Tributario, de la acción de amparo constitucional regulada por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.¹⁰

⁸ German Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1993, Vol. II, p. 474.

⁹ G.O. No. 2992 Extraordinario del 3 de agosto de 1982.

¹⁰ G.O. No. 34.060 del 27 de septiembre de 1988.

La decisión fue muy importante en su momento y lo sigue siendo aun hoy en día, porque en aquél entonces era perfectamente posible confundir el amparo tributario con el amparo constitucional, por las razones que de manera muy breve señalaremos enseguida.

La primera justificación que es posible encontrar para la identificación de ambas acciones es simplemente semántica. El legislador tributario pudo haber denominado esta acción como recurso o acción por omisión, por abstención, por mora o por carencia; pero no lo hizo, sino que usó el término “amparo” agregando el adjetivo “tributario”. Bien podía pensarse que esa elección no era en modo alguno arbitraria, sino que obedecía a la vinculación, de especie a género, entre ambos mecanismos de protección procesal. Luego veremos que no fue el legislador patrio quien bautizó esta acción como amparo tributario al entender que se trataba simplemente de una especie del amparo constitucional, sino que el nombre proviene del “modelo” que nuestro país siguió para redactar la norma, que no es otro que el Modelo de Código Tributario para América Latina.

Por otra parte, la denominación “amparo tributario” sugería, justificadamente, que el legislador tributario había desarrollado en el Código Orgánico Tributario una especie del amparo constitucional regulado por el artículo 49 de la Constitución. Recuérdese que para 1982 (como lo trataremos más adelante), no existía aún la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y la jurisprudencia sostuvo durante muchos años que la acción prevista en el referido artículo 49 constitucional, requería para ser efectiva de un sucedáneo desarrollo legislativo. Por lo tanto, bien podía asumirse en ese momento histórico que parte de ese desarrollo se había logrado en el Código Orgánico Tributario de 1982, para el caso específico de las acciones dirigidas contra las administraciones tributarias.

Otro elemento que contribuía a entender íntimamente vinculadas ambas acciones era el derecho tutelado. La acción de amparo constitucional tenía por objeto proteger derechos y garantías constitucionales, y el amparo tributario se dirigía a resguardar un derecho constitucional en particular, que es el derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta. El rango constitucional de los derechos tutelados en ambos casos ha sido y aun es uno de los argumentos más fuertes de la tesis que identifica ambas acciones.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que para 1990, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales apenas contaba con dos años de vigencia, de modo que a la jurisprudencia todavía

le quedaba un largo camino por recorrer para interpretarla y aplicarla adecuadamente; y en cuanto al amparo tributario se refiere, aun cuando es cierto que para ese entonces ya tenía una regulación en vigencia desde hacía ocho años, la realidad es que su utilización por los justiciables era escasa y, por vía de consecuencia, las decisiones judiciales dictadas al respecto eran pocas y en algunos casos no muy afortunadas.

Finalmente, y sin que ello implique incurrir en una falacia argumentativa *magister dixit*, es importante resaltar que muy autorizada doctrina identificaba ambas acciones, a nuestro modo de ver con justa razón dadas las circunstancias de la época; de modo que nada de particular tenía que tanto los especialistas en el área como los jueces contencioso-tributarios siguieran este criterio.

Los argumentos expuestos, que desde luego podrían ser objeto de un mayor desarrollo que escapa de los límites de este breve trabajo, ponen en evidencia el mérito de la decisión que se comenta en estas líneas y la proverbial lucidez de la magistrada que la redactó. La sentencia de la Sala Político-Administrativa que nos ocupa, con el lenguaje diáfano, directo y siempre didáctico que, como ya hemos anotado, es característico de todas las decisiones de la Dra. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS, distinguió el amparo tributario del amparo constitucional, en los siguientes términos:

“(…) la acción propuesta es la acción de amparo tributaria[o] prevista en el Código Orgánico Tributario y no el amparo constitucional contemplado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Ambas acciones legales tienen características y procedimientos distintos. En efecto, el amparo tributario no requiere de los mismos requisitos procesales de la acción de amparo constitucional y una y otra son dos figuras que regidas por leyes diferentes, no deben confundirse ni en cuanto a su objeto, ni a su procedimiento, ni en su naturaleza.”

Al estilo de las grandes decisiones del Consejo de Estado Francés, conocidas por ser lacónicas, pero de una claridad y precisión excepcional, la sentencia que comentamos destaca todos los elementos necesarios para poder distinguir el amparo tributario del amparo constitucional, y lo hace sin extraviarse en la irritante pomposidad y el rebuscamiento empalagoso que exhiben algunas decisiones judiciales, cuando intentan aclarar problemas teóricos que han sido objeto de discusión doctrinaria.

La sentencia aquí comentada merece un lugar destacado en el conjunto de las grandes decisiones del Derecho Tributario venezolano, así como en

el acervo de doctrina judicial que produjo la Dra. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS, porque es una sentencia líder, porque resolvió un problema teórico importante para el Derecho Procesal Tributario, y sobre todo porque zanjó una discusión que, aunque justificada en su momento, provocaba confusión y por lo tanto un tratamiento procesal erróneo de los casos, trayendo consigo, además, dilaciones procesales innecesarias, con el consecuente sacrificio de la oportuna y adecuada tutela judicial de los contribuyentes afectados por las omisiones de pronunciamiento de la Administraciones tributarias frente a sus peticiones.

Como un pequeño y humilde homenaje a esta decisión y en especial a la DRA. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS, dedicaremos a continuación algunas reflexiones sobre las diferencias entre el amparo constitucional y el amparo tributario.

3. Breves anotaciones en torno a las diferencias entre el amparo tributario y el amparo constitucional

3.1. Dos acciones con orígenes muy diversos

a) El amparo constitucional no es el origen ni es el género del amparo tributario

El amparo constitucional nació en México¹¹, en el siglo XIX y de allí se expandió por toda Latinoamérica y llegó hasta Europa.¹² Fue en la Constitución del Estado de Yucatán del 11 de marzo de 1841 y partir del proyecto elaborado por el jurista azteca MANUEL CRESCENCIO GARCÍA REJÓN, donde se introdujo por primera vez un mecanismo procesal de protección de derechos individuales denominado *juicio de amparo*. Más

¹¹ Consúltense al respecto: Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*, serie Estudios No.121, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, , p. 222 y ss./ Rafael Chavero Gazdik. *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*. Editorial Sherwood, Caracas, 2001, p. 16.

¹² Sobre el amparo constitucional mexicano, consúltense: Carlos Arellano García, *Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 1982; Ignacio Burgoa, *Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 1983; y por supuesto la extensa y fecunda obra del maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio, de la que se puede tener una semblanza en el siguiente trabajo: Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos sobre derecho de amparo*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1999.

adelante, en el Acta Constitutiva y de Reforma del 18 de mayo de 1847¹³, el juicio de amparo se convirtió en una acción disponible para todos los habitantes de la federación mexicana. Sobre la base de estos antecedentes y como lo relata el maestro HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: “...los miembros del Congreso Constituyente de 1856-1857 (...) establecieron en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857 los lineamientos fundamentales del juicio de amparo en su concepción original, algunos de los cuales han llegado hasta nuestros días. Esta debe considerarse como la etapa final en el nacimiento de la institución y el punto de partida de su desarrollo posterior hasta alcanzar el alto grado de complejidad con el cual se le conoce actualmente.”¹⁴

De allí el amparo constitucional fue recogido, como hemos dicho, en la mayoría de las Constituciones Latinoamericanas¹⁵, tal como lo refiere el profesor FIX-ZAMUDIO: “*Argentina* (1853-1860, texto reformado en agosto de 1994), artículo 43, primer y segundo párrafos, y consagrado también en varias Constituciones provinciales; *Bolivia* (1967), artículo 19; *Costa Rica* (1949, reformada en 1989) artículo 48; *Ecuador* (1978, texto revisado en 1998), artículo 95; *El Salvador* (1983), artículo 247; *Guatemala* (1985), artículo 265; *Honduras* (1982), artículo 183; *México* (1917), artículo 103 y 107; *Nicaragua* (1987), artículo 188; *Panamá* (1972-1983), artículo 50; *Paraguay* (1992), artículo 128; *Perú* (1993), artículo 200.2; *Uruguay* (1966), implícitamente artículos 7 y 72; *Venezuela* (1999) artículo 27.”

Gran influencia tuvo también en nuestro medio, el desarrollo del amparo constitucional en Argentina. Recogido por primera vez en la

¹³ El artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, disponía: “Los tribunales de la federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concede esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular, sobre lo que verse el proceso sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.” Texto consultado en: Héctor Fix-Zamudio, “La teoría de Allan Brewer-Carías sobre el derecho de amparo”, *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Thomson-Civitas, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Madrid, 2003, T. I, p. 1141.

¹⁴ *Ibid. Idem.*

¹⁵ Un completo estudio de Derecho Comparado sobre el amparo puede verse en: Allan R. Brewer Carías, *El Amparo a los Derechos Y Garantías Constitucionales (una aproximación comparada)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.

Constitución de la Provincia de Santa Fe de 1921, tuvo un verdadero impulso por vía pretoriana, a través de los famosos casos *Ángel Siri* de 1957¹⁶ y *Samuel Kot* de 1958.¹⁷

En Venezuela el amparo constitucional fue regulado por primera vez en la Constitución de 1961¹⁸, en cuyo artículo 49, se disponía que: “Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.”

Durante muchos años este derecho permaneció latente, sin reconocimiento concreto, pues se sostenía que el artículo 49 era una norma *programática* que requería un desarrollo legislativo para poder ser aplicada en la práctica.¹⁹ Algunos jueces de instancia acordaron amparos constitucionales, pero casi todos eran revocados en apelación ante la ausencia de una norma reglamentaria del artículo 49 de la Constitución y de hecho la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de fecha 14 de diciembre de 1970, caso: *Juan y Constantino Viera Alvez*, estableció lo siguiente:

“Sin embargo, considerando, quizás, que era necesario establecer pautas generales para orientar la futura labor del Congreso en este importante campo de la legislación nacional, el constituyente completó la norma ya comentada con las disposiciones que forman el aparte del artículo 49, una de las cuales tiene por objeto indicar la finalidad

¹⁶ En este caso la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló que: "basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida para que surja la necesidad de que aquella sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de una ley que la reglamente." *Vid.* Patricio Alejandro Maraniello, “El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales”, *Revista IUS*, Enero-Junio 2011, Vol. 5, No. 27, consultado en: Vista de El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales* (revistaius.com), consultado el 18 de agosto de 2023.

¹⁷ En este caso, la protección procesal se extendió no sólo a las actuaciones violatorias de derechos constitucionales emanadas de autoridades públicas, sino también de los particulares. *Ibid.*

¹⁸ Gaceta Oficial No. 3.357 Extraordinario del 2 de marzo de 1984.

¹⁹ Un interesante análisis sobre la evolución del amparo constitucional en Venezuela, puede consultarse en: Juan Manuel Goig Martínez. “El amparo constitucional en la República de Venezuela. Antecedentes y Evolución.” *Revista de Derecho Político*. Caracas, 1995, No. 39, pp. 405-423.

procesal de la actuación del Juez, o sea ‘restablecer la situación jurídica infringida’ y la otra destacar la celeridad del ‘procedimiento será breve y sumario’ como característica común de los diversos modos de procurar que exige la protección inmediata de los derechos y garantías establecidas en la Constitución. Basta leer el aparte en consideración para advertir que no es una norma directa e inmediatamente aplicable para los Jueces, sino un precepto programático, sólo parcialmente reglamentado para la fecha en que la Constitución fue promulgada, y dirigido particularmente al Congreso, que es el órgano a quien compete la reglamentación de las garantías constitucionales, en conformidad con los artículos 136, ordinal 24, y 139 de la Constitución. Tal es la interpretación que da la Corte al artículo 49 al analizar sus previsiones aisladamente con el fin de desentrañar la mente del constituyente del lenguaje usado por éste para expresar su voluntad. Pero esta interpretación gramatical se robustece con la observación adicional de que el constituyente se habría abstenido de regular el procedimiento de Habeas Corpus, si hubiera considerado que para hacer efectivo el amparo bastaba lo dicho en el artículo 49 respecto al procedimiento, no siendo indispensable su reglamentación legal para determinar el fuero competente y el modo de proceder, a lo cual podría añadirse, que en el único párrafo de la exposición de motivos relativo a esta institución, se expresa lo siguiente: ‘En cuanto al amparo, se establece solamente el principio general para que la ley lo reglamente; pero a fin de no dejar en suspenso su eficacia hasta la promulgación de la ley respectiva, se consagra en las Disposiciones Transitorias el derecho de Habeas Data Corpus, reglamentándolo de manera provisional.’”²⁰

Luego mediante un acuerdo de la misma Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 24 de abril de 1972, en el caso: *Comisión Electoral de la Universidad Central de Venezuela*, estimó que no eran competentes los jueces penales para acordar el juicio de amparo en sentido amplio, ya que ante ellos únicamente podía interponerse el *habeas corpus* a que hacía referencia la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución de 1961.²¹

²⁰ Vid. Luis Ortiz Álvarez - Giancarlo Henríquez Maionica. *Las grandes decisiones de la jurisprudencia de amparo constitucional (1969-2004)*. Editorial Sherwood, Caracas, pp.38-42.

²¹ Juan Manual Goig Martínez. “El amparo constitucional... *Cit.*, p. 415.

Como refiere GOIG MARTÍNEZ, en 1977 el Congreso aprobó por ley la Convención Americana de Derechos Humanos²² en cuyo artículo 25 se estableció que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea sometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”²³

Tal vez esto provocó un cambio de criterio y entonces la propia Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, mediante sentencia de fecha 20 de octubre de 1983, bajo la ponencia del Magistrado Dr. RENÉ DE SOLA, dictada en el caso: *Andrés Velázquez vs. Consejo Supremo Electoral*, sostuvo sobre el artículo 49 de la Constitución de 1961, que:

“La norma transcrita ha sido objeto de divergente interpretación tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales, pues mientras algunos consideran que se trata de una norma simplemente programática cuya aplicación -salvo lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta- queda diferida hasta que se dicte una ley especial que regule la materia, otros estiman que la ausencia de este instrumento legal no impide el ejercicio del recurso de amparo y en apoyo de este último criterio se invoca especialmente del artículo 50 de la propia Constitución que establece: ‘La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos’. Considera la Corte que con esta declaración el constituyente ha manifestado su voluntad en el sentido de mantener la integridad de los derechos humanos y de ponerlo a cubierto de cualquier intento o acto que pudiese vulnerarlos, ya que, en su concepto, la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y garantías, es inadmisibile, desde el momento que haría de aquéllos meras declaraciones retóricas sin contenido real.”²⁴

²² Gaceta Oficial No. 31.256 de fecha 4 de junio de 1977,

²³ Juan Manuel Goig Martínez. “El amparo constitucional... *Cit.*, p. 417.

²⁴ Consultada en: *Revista de Derecho Público*, No. 16, EJV, Caracas, 1983, pp. 169-170.

A partir de ese momento comenzaron a acordarse amparos constitucionales aun sin ley reglamentaria del artículo 49 de la Constitución²⁵; hasta que finalmente, fue promulgada la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988²⁶, modificada en cuanto a su procedimiento por la famosa sentencia dictada en el caso *José Amando Mejía*.²⁷

b) El verdadero origen del amparo tributario

El amparo tributario en Venezuela tuvo un origen y una evolución totalmente distinta, sin conexión alguna con el desarrollo del amparo constitucional.

El Programa Conjunto de Tributación de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), se constituyó en 1961 para “contribuir al fortalecimiento de los sistemas tributarios de América Latina, a mejorar la administración y capacitar y adiestrar los funcionarios fiscales.”

El Comité de Alternos del Programa integrado por Álvaro Magaña (Director Ejecutivo por la OEA) y James Lynn (por el BID), confirió a una comisión de tres destacados juristas Latinoamericanos, los doctores Carlos M. Giuliani Fonrouge, Rubens Gomes De Sousa y Ramón Valdés Costa, la redacción de un modelo de Código Tributario para América Latina con la asistencia de reconocidos especialistas de diferentes países de la región, a saber: Aurelio Camacho Rueda (Colombia), Enrique Piedrabuena Richard

²⁵ Tal vez el caso más famoso de aquella época lo sea el amparo constitucional intentado por el Dr. Arturo Torres Rivero contra el Registro Automotor Permanente (conocido entonces como el “RAP”), en el cual el Juzgado Superior Sexto de lo Contencioso Tributario dictó sentencia acordando un amparo constitucional contra la Resolución No. 7 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones que aumentaba la tasa que se pagaba por el mencionado registro automotor. Esa sentencia fue luego revocada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, por decisión de fecha 6 de agosto de 1987, a partir de la apelación presentada por la Procuraduría General de la República. Este caso es muy relevante porque el fondo del asunto era esencialmente tributario, puesto que mediante una resolución ministerial se había fijado un tributo. Se trató de un claro ejemplo de un amparo constitucional donde la materia de fondo era tributaria, pero que no tiene absolutamente nada que ver con el *amparo tributario*. Vid. Luis Ortiz Álvarez - Giancarlo Henríquez Maionica. *Las grandes decisiones de la jurisprudencia de amparo constitucional (1969-2004)*. Editorial Sherwood, Caracas, 2004, pp. 68 y ss.

²⁶ Gaceta Oficial No. 34.060 del 27 de septiembre de 1988.

²⁷ Cf. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, 1 de febrero de 2000, caso: *José Amando Mejía* consultada en original.

(Chile), Carlos Mersán (Paraguay), Enrique Vidal Cárdenas (Perú), Alfonso Moisés Beatriz (Salvador) y el recordado y querido maestro José Andrés Octavio (Venezuela).

El 17 de abril de 1967, la Comisión Redactora envió al Director Ejecutivo del Programa Conjunto de Tributación OEA-BID, para ese entonces Dr. Manuel Rapoport, el texto del Proyecto de Modelo de Código Tributario para América Latina junto con su Exposición de Motivos.

En el Capítulo V de aquel Modelo, en los artículos 194 al 196, se consagró la “acción de amparo” en unos términos que fueron recogidos casi textualmente por el primer Código Orgánico Tributario venezolano de 1982²⁸. No tenía por objeto esa acción, proteger procesalmente a los justiciables frente a los actos o vías de hecho de las administraciones tributarias que violasen o amenazaren con violar sus derechos y garantías constitucionales, sino únicamente ampararlos frente a las *demoras excesivas* en resolver sobre *peticiones* de los interesados que causaren perjuicios no reparables por los medios procesales previstos en el Código.

Para ese entonces, se discutía aún sobre el carácter programático o no del artículo 49 de la Constitución de 1961, existía desacuerdo sobre la necesidad de una ley que desarrollase el amparo constitucional y por supuesto no se había dictado la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. En cambio, el amparo tributario era una acción perfectamente operativa desde su consagración en el Código Orgánico Tributario de 1982.

3.2. Diferente objeto, regulación procesal y efectos

Se ha sostenido que el estudio de la “acción de amparo” en el Código Orgánico Tributario debe ser umbilicado con la institución que le ha servido de matriz, es decir, con la institución del amparo constitucional. Asimismo, se ha dicho que dicha acción no sólo puede ser intentada con respecto a la *inercia* de la administración en resolver una petición del

²⁸ No cabe la menor duda que el padre de nuestro primer Código Orgánico Tributario, como era además absolutamente natural al haber participado en la creación del Modelo en el que aquél se inspiró, fue el Dr. José Andrés Octavio. Como refiere el profesor Jesús Sol Gil: “...desde sus funciones como Contralor General de la República, impulsó la redacción del Proyecto de Código Orgánico Tributario venezolano; cuya comisión redactora presidió y que fuera presentado al Congreso Nacional en el año de 1977, promulgado el 3 de agosto de 1982.” Jesús Sol Gil, “Presentación”, *Libro Homenaje a José Andrés Octavio*, AVDT, Caracas, 1999.

interesado, sino que puede irradiar su protección hasta las *vías de hecho y otras arbitrariedades* cometidas por las autoridades tributarias.²⁹

Esta posición tiene, a nuestro modo de ver, una justificación razonable en tanto que para el momento en que fue sostenida, ni el amparo constitucional ni por supuesto el amparo tributario, habían alcanzado el desarrollo que tienen hoy en día en nuestro país.

En su oportunidad, era perfectamente válido entender que el amparo tributario no fuera más que una especie del amparo constitucional, no sólo porque así lo sugería la *homonimia* entre ambas figuras, sino porque se trataba de un mecanismo procesal breve y sumario que permitía al particular defenderse contra la violación del derecho constitucional de petición y que fue, como hemos dicho, una traslación hecha del Modelo de Código Tributario para América Latina, que a su vez había tomado muy en cuenta el amparo por mora argentino.

Ahora bien, hoy día estos criterios no pueden ser sostenidos debido a la evolución experimentada en nuestro ordenamiento jurídico con respecto a estas acciones y ya es muy claro que el amparo tributario es una figura autónoma del amparo constitucional³⁰, con la cual sólo comparte el nombre. Lo cierto es que ambas figuras tienen notables diferencias, entre las cuales cabría destacar:

a) El amparo constitucional tiene por objeto proteger a los justiciables contra los actos, hechos u omisiones que violen o amenacen violar derechos y garantías consagrados en la Constitución; en cambio, el amparo tributario no tiene por objeto proteger contra la violación o amenaza de violación de garantías y derechos constitucionales en general, sino únicamente proteger un derecho constitucional que es el de petición y a partir de ello compeler a la Administración Tributaria a decidir una solicitud que ha sido sometida a su consideración por un administrado.

²⁹ Gabriel Ruan Santos, “El amparo tributario en Venezuela”. *Revista de La fundación Procuraduría General de la República*. Caracas, 1986, Nro.1., pp. 69 y ss.

³⁰ Coincide con esta apreciación: María Concheta Fargione. “El amparo tributario, diferenciales fundamentales con el amparo constitucional. Fundamentos del amparo tributario”. *Revista de Derecho Tributario*. AVDT, Caracas, 2011, No. 130. En contra, la autorizada opinión del profesor Alberto Blanco-Urbe Quintero: Alberto Blanco-Urbe Quintero. “El amparo constitucional tributario. Nueva reflexión a la luz de la Constitución de 1999 y del COT 2001 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.” *Revista de Derecho Tributario*. EJV, Caracas, 2004, No. 103, pp. 20 y ss.

La decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, del 1 de agosto de 1990, que comentamos en este trabajo, había sostenido claramente que el amparo constitucional y el amparo tributario tenían objetivos diferentes. Años más tarde el Tribunal Supremo de Justicia ratificaría esta posición en los siguientes términos:

“...el amparo constitucional y el amparo tributario son dos acciones con finalidad distinta, por una parte el primero persigue proteger a los administrados contra los actos, hechos u omisiones que violen o amenacen violación de derechos y garantías constitucionales; en cambio, mediante el segundo, el amparo tributario, persigue la protección del peticionante frente a las demoras excesivas e injustificadas de la Administración Tributaria en resolver las peticiones que le formulen los contribuyentes, cuando tal retardo pudiera causarles perjuicios no reparables por otros medios procesales.”³¹

b) Como ya hemos afirmado, el desarrollo legislativo del amparo tributario es anterior al del amparo constitucional; el primero nace con el Código Orgánico Tributario de 1982, mientras que el amparo constitucional, previsto en el artículo 49 de la Constitución de 1961, se aplica en la práctica por primera vez en el caso líder *Andrés Velázquez vs Consejo Supremo Electoral*³² y luego adquiere definitiva regulación legal en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988³³, modificada en cuanto a su procedimiento por la famosa sentencia dictada en el caso *José Amando Mejía*.³⁴

c) Tal como lo afirma la sentencia del 1 de agosto de 1990, de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia que comentamos en este trabajo, la regulación procedimental del amparo constitucional y el amparo tributario es totalmente distinta, como puede verse de la simple comparación de las disposiciones del Código Orgánico Tributario y de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y

³¹ Cf. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, No.717, 23 de mayo de 2002, caso: *Sutrafunteca* y No.00192 del 11 de febrero de 2003, caso: *Gerting Security Reinsurance Company, S.A.*

³² Cf. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, 20 de octubre de 1983, caso: *Andrés Velázquez* consultada en la *Revista de Derecho Público*. EJV, Caracas, octubre-diciembre 1983, No. 16, pp. 169 y ss.

³³ Gaceta Oficial No. 34.060 del 27 de septiembre de 1988.

³⁴ Cf. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, 1 de febrero de 2000, caso: *José Amando Mejía* consultada en original.

la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que modificó el procedimiento, ya citada.

d) La sentencia en el amparo tributario sólo puede ordenar una conducta positiva por parte de la Administración Tributaria, cuando ésta ha incurrido en una mora excesiva en la resolución de una petición; en cambio la sentencia de amparo constitucional tiene plenos efectos restablecedores, pudiendo ordenar al agravante conductas positivas o abstenciones.

e) El amparo constitucional se intenta contra actos, hechos u omisiones de la Administración Pública en general, central y descentralizada, nacional, estatal o municipal y del poder legislativo nacional, estatal y municipal; contra las sentencias y contra los actos, hechos y omisiones de los particulares; mientras que el amparo tributario sólo procede contra las omisiones de respuesta de las Administraciones Tributarias frente a peticiones de los administrados.

Esta diferencia entre ambos medios de protección procesal no fue asumida durante muchos años en la jurisprudencia de instancia e incluso en la doctrina. La clara distinción entre ambas figuras fue obra, como hemos dicho, de la decisión de la Sala Político-Administrativa del Corte Suprema de Justicia del 1 de agosto de 1990, bajo la ponencia de la magistrada Dra. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS. Este criterio fue desarrollado años más tarde en la decisión del 29 de enero de 1997, bajo la ponencia de la magistrada HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, que puso punto final a la discusión en los siguientes términos:

“Está planteado como punto previo que ha de analizar la Sala, cuál es la verdadera naturaleza de la acción ejercida en autos, esto es, si se trató de una acción de amparo constitucional o de un amparo tributario. Al respecto, es menester recordar que en anteriores oportunidades y en una primera aproximación al tema, la Sala ha sostenido en forma categórica la necesidad de tener en cuenta que -a pesar de la homonimia existente entre ambas instituciones- se trata de figuras que no pueden ser confundidas (...) Al respecto, considera conveniente la Sala precisar en esta oportunidad que si bien es cierto que el amparo tributario constituye un procedimiento especial y breve (al igual que el amparo constitucional), también debe observarse que no es una verdadera acción de amparo en el sentido constitucional de la palabra ni una especie de aquélla. En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 215 del Código Orgánico Tributario, el amparo tributario procede cuando se constata una demora excesiva de la Administración Tributaria en resolver peticiones de los interesados y que de ella se

causen perjuicios no reparables por los medios procesales establecidos en el Código Orgánico Tributario o en leyes especiales. Así las cosas, se observa que el sujeto pasivo en un procedimiento de amparo tributario es exclusivamente la “*Administración Tributaria*”. Por lo que respecta al supuesto de hecho exigido por la norma hay que señalar que procede sólo ante la inacción (“*demora*”) de la Administración Tributaria en relación con una “*petición*” formulada por algún interesado. Pero debe tenerse en cuenta que no ha de ser cualquier demora o falta de pronunciamiento fuera del lapso que esté establecido, ya que el legislador exige que se trate de una demora “*excesiva*” (art. 215 COT), lo cual supone para el interesado la carga de demostrar que ha “*urgido el trámite*” mediante la presentación de “*copia de los escritos*” que en tal sentido haya dirigido a la Administración Tributaria (art. 216 COT, in fine). De la misma forma cabe advertir que, a los efectos de la figura comentada, carece de relevancia el rango legal o sublegal de la disposición que prevé el plazo incumplido, así como tampoco la posee la índole o naturaleza de los derechos que resulten lesionados por la inacción de la Administración Tributaria (constitucionales, legales o sublegales), pues tales extremos no forman parte de los elementos procesales del amparo tributario ni constituyen el objeto debatido en el mismo, sino que, basta tan sólo demostrar la demora excesiva ya que es éste, y no otro, el elemento que -en las condiciones anotadas- exige el legislador. De lo dicho también se colige claramente que el Amparo Tributario no procede contra cualquier inacción u omisión en la que incurra la Administración Tributaria, sino que ésta ha de estar necesariamente referida y vinculada a una “*petición*” que le haya sido formulada y que no hubiese obtenido respuesta en el plazo previsto, ni con posterioridad, a pesar de haber sido instado o urgido en tal sentido. En consecuencia, debe afirmarse que el Amparo Tributario no procede contra acciones (en sentido positivo) ni contra los efectos de actos administrativos de la Administración Tributaria (Vid. Rondón de Sansó, Hildegard. “La Acción de Amparo Contra los Poderes Públicas”, p. 49). Además, la demora excesiva ha de producir “*perjuicios no reparables por los medios procesales establecidos en el Código Orgánico Tributario o en leyes especiales*” (art. 215 COT). Desde el punto de vista procesal debe referirse la existencia de normas expresas que atribuyen el conocimiento de los “*amparos tributarios*” a los Juzgados Superiores Contencioso Tributarios (en primera instancia) y en alzada a esta Corte Suprema de Justicia (art. 220 COT). En cuanto a los poderes que tiene el juez Contencioso Tributario en materia de amparo tributario, se

limitan a fijar un término a la Administración para que realice el trámite o diligencia solicitada por el actor, o a dispensar a éste de su cumplimiento. Ciertamente, el Código Orgánico Tributario dispone que en la decisión respectiva, en caso de ser procedente la acción, se fijará un término a la Administración Tributaria para que realice el trámite o diligencia o dispensará del mismo al actor, previo afianzamiento del interés fiscal comprometido (art. 217 COT). Finalmente, importa reiterar el hecho de que –a pesar de su denominación y de que constituye una vía legal especial breve– el “amparo tributario” no es una “especie” del amparo constitucional previsto en el artículo 49 de la Constitución y desarrollado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, toda vez que difiere sustancialmente de éste en cuanto a su fundamento, objeto, procedimiento y naturaleza de sus decisiones”.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1999, el Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido lo que sigue:

“Dicha acción de amparo denominada por la doctrina “Amparo Tributario”, es un medio judicial previsto en el mencionado Código Orgánico para proteger al administrado del retardo por parte de la Administración Tributaria de resolver –en el lapso legalmente establecido– las peticiones o solicitudes que éste le formule, con ocasión de la existencia de una relación jurídico-administrativa en la materia de tributos; figura que está a disposición del administrado desde el 31 de enero de 1983, fecha en la cual entró en vigencia el Código Orgánico Tributario, y a pesar de las reformas del mismo, dicho medio de protección se mantiene en el Código Orgánico Tributario vigente de 1994; mientras que el amparo constitucional es una vía de protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución así como de aquellos inherentes a la persona humana que no figuren en el Texto Fundamental y en los instrumentos internacionales, que tiene como propósito restablecer la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella, y cuya regulación en ley especial data del 27 de septiembre de 1988, esto es, en una fecha posterior al cuerpo normativo que regula de manera especial el amparo tributario, no pudiendo entonces afirmarse que éste es consecuencia del amparo constitucional. El problema de asimilar uno con el otro, o de creer que uno es una especie de un género, parece surgir cuando se cree que el amparo tributario se prevé como medio de protección del derecho de petición y de oportuna respuesta que tiene el particular, derecho éste consagrado en el artículo 67 de la Constitución

de 1961 y hoy en día en el artículo 51 de la vigente Constitución; pues si se parte ya no de la protección de un derecho constitucional sino de la garantía legal que tiene el administrado de que la Administración cumpla con una obligación prevista en la ley, a través de un medio también previsto en un instrumento especial como lo es el Código Orgánico Tributario, la distinción existente entre dichos medios judiciales aparece más evidente. Además, es necesario indicar que por el sólo hecho de que en el Código Orgánico Tributario se identifica dicha vía judicial como “Acción de Amparo”, no puede considerarse que se está previendo en dicho Ordenamiento especial un amparo constitucional o una categoría de éste, pues el amparo como término no es otra cosa que la “...Acción y efecto de amparar o ampararse...”, esto es, de “Favorecer, proteger”; “Valerse del apoyo o protección de alguien de algo”; o “Defenderse, guarecerse” (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Madrid 1992, pág. 93), “valimiento, favor o protección” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas, pág. 280, tomo I), siendo así utilizado dicho término en otras figuras del derecho como el amparo agrario otorgado por el funcionario administrativo competente en la materia, el interdicto de amparo y el amparo provisional a las personas, sin que las mismas tengan similitud ni relación con el amparo constitucional; además que algunas leyes estatales contemplan el “amparo policial”. En cambio, existen medidas de protección previstas en leyes especiales muy parecidas al amparo, en virtud de que tienden a la protección de derechos y garantías, pero que han sido consagradas de modo que puedan ser aplicadas por órganos administrativos competentes, como por ejemplo lo sería el abrigo establecido como medida provisional y excepcional dictada en sede administrativa por los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente (Artículo 127 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente). Así pues, considera esta Sala necesario partir de la premisa que cuando la disposición que consagra el amparo tributario se refiere a las demoras excesivas en que incurra la Administración Tributaria en resolver sobre peticiones de los interesados, no es cualquier petición o solicitud, pues se trata únicamente de aquéllas que puedan formular los sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria, y las cuales debe resolver o responder la Administración Tributaria, en el lapso que establezca el Código Orgánico Tributario o las leyes especiales que en materia financiera le impongan tal obligación. Resulta pues, que cuando se considera procedente el amparo tributario, el juzgador sólo debe fijar en su sentencia “...un término a la **Administración Tributaria** para

que realice el trámite o diligencia o dispensará del mismo al actor, previo afianzamiento del interés fiscal comprometido...” (artículo 217 del Código Orgánico Tributario) (...) Mientras que cuando se estima procedente el amparo constitucional ejercido, el juzgador tiene la posibilidad de ordenar una conducta positiva al ente agravante de la **Administración Pública**, o bien ordenarle que se abstenga de actuar de una determinada forma, de manera que la sentencia que se dicte debe contener, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, “...A) Mención concreta de la autoridad, del ente privado o de la persona contra cuya resolución o acto u omisión se conceda el amparo; B) Determinación precisa de la orden a cumplirse, con las especificaciones necesarias para su ejecución; C) Plazo para cumplir lo resuelto.”³⁵

El profesor ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO³⁶, sostiene que el amparo tributario es un amparo constitucional por mora de la Administración Tributaria, porque ambas acciones se dirigen a proteger el mismo derecho constitucional. Señala específicamente que: “El amparo tributario, como el amparo por mora de la Administración, protege contra la violación del derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta (derecho constitucional), y por ello compele a la Administración a decidir la solicitud de que se trate.”

En este razonamiento compartimos la premisa, pero no la conclusión. Ciertamente ambas acciones tienen como fin último proteger el derecho de petición constitucionalmente consagrado, pero eso no significa que ambas acciones sean idénticas o que una sea especie de la otra. Es muy frecuente que mecanismos de protección procesal de la más diversa índole, tengan por objeto resolver una *litis* sobre el mismo derecho, y es sabido, desde la famosa polémica de los procesalistas alemanes BERNARD WINDSCHEID y THEODOR MUTHER sobre la *actio*, que la acción, como derecho público subjetivo de acceder a la administración de justicia, no se confunde con el derecho subjetivo invocado. Una demanda laboral por despido intentada

³⁵ Cf. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, 30 de junio de 2000, caso: *Nora Eduvigis Graterol de Payares y otros*. Criterio ratificado por decisión de a misma Sala de fecha 29 de enero de 2002, caso: *United Distillers & Vintners, C.A.*,

³⁶ Alberto Blanco-Urbe Quintero. “El amparo constitucional tributario. Nueva reflexión a la luz de la Constitución de 1999 y del COT 2001 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.” *Revista de Derecho Tributario*. EJV, Caracas, 2004, No. 103, pp. 23-37.

ante la jurisdicción de los tribunales del Trabajo y conforme a las reglas de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, busca en definitiva proteger el derecho constitucional al trabajo de la misma forma como lo haría una acción de amparo constitucional, pero ambas acciones son distintas y una no es especie de la otra.³⁷

Tal vez acudiendo a la lógica jurídica podamos descubrir que el profesor BLANCO-URIBE QUINTERO incurre en un silogismo categórico falaz. Veamos:

La acción de amparo constitucional protege contra la violación de derechos constitucionales.

La acción de amparo tributario protege contra la violación de un derecho constitucional (derecho de petición).

Luego, el amparo tributario es un amparo constitucional.

Introduzcamos algunos elementos para poner al descubierto la falacia:

El amparo constitucional protege contra la violación de derechos constitucionales y entre ellos el de propiedad.

La acción reivindicatoria protege contra la violación del derecho de propiedad que es un derecho constitucional.

Luego la acción reivindicatoria es un amparo constitucional.

Más adelante, el profesor BLANCO-URIBE QUINTERO indica: “Se refiere el profesor Fraga al hecho de que el amparo tributario se reguló por primera vez en el Código Orgánico Tributario de 1983 (vigencia), mientras que el amparo constitucional no lo fue hasta 1988 (vigencia), año de publicación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Este argumento se presenta como intrascendente, puesto que, obviando la circunstancia de que para todo amparo la norma fundamental común era el artículo 49 de la Constitución de 1961, anterior a 1983, es lo cierto que llevar esa línea de pensamiento hasta sus últimas consecuencias implicaría menospreciar nuestra historia forense fundamental, olvidando que el habeas corpus, cuya naturaleza de amparo nadie cuestiona, fue usado muchísimas veces de manera sistemática por más de veinte años (1961 a

³⁷ Desde hace bastante tiempo, por cierto, la doctrina reconoció que el amparo tributario no era una especie del amparo tributario: Alejandro Ramírez Van der Velde. “Amparo tributario o tributos amparados en el Impuesto a las Ventas al Mayor.” *Revista Derecho Tributario*. AVDT, Caracas, 1997, No. 76, p. 10.

1983) como sustituto procesal en materia de amparo (mucho más incluso que la regulación del propio amparo tributario, que también lo fue a los mismos fines, compartiendo con aquél, de 1983 a 1988, dada la ausencia de la normativa procesal pertinente y que su vigencia es anterior a 1983, por haber estado primigeniamente contenido en la trascendental Disposición Transitoria Quinta de la misma Constitución de 1961).

Como ya lo hemos demostrado en este trabajo, el hecho de que el amparo constitucional tuviera su origen en el artículo 49 de la Constitución de 1961, y que incluso tribunales de instancia lo hubieren aplicado hasta que la Corte Suprema de Justicia puso fin a esta práctica en 1970, no significa que el amparo tributario tiene su origen en el amparo constitucional. El profesor BLANCO URIBE-QUINTERO desdeña por completo la influencia del Modelo de Código Tributario para América Latina, que es la norma inspiradora del amparo tributario venezolano y que no tiene absolutamente nada que ver con el desarrollo del amparo constitucional en nuestro país.

No es cierto además que el origen de las instituciones jurídicas, de naturaleza sustantiva o adjetiva, sea un argumento *intrascendente* como afirma el profesor BLANCO-URIBE QUINTERO, porque es en el origen de las cosas, en su simiente, donde suelen encontrarse las mejores explicaciones sobre su naturaleza. Además, el hecho indisputable de que ambas acciones tuvieron un origen y un desarrollo distinto y autónomo es un argumento sólido para explicar por qué una (el amparo tributario) no es especie de la otra (el amparo constitucional), pues surgieron en momentos diferentes y se desarrollaron por caminos completamente separados. El que la práctica forense haya llegado a confundir ambas acciones no es de extrañar, si tenemos en cuenta que versados procesalistas también las han confundido.

El profesor BLANCO-URIBE QUINTERO también postula, con estructurados argumentos, que la diferencia en la regulación adjetiva entre ambas acciones no tiene ninguna importancia en cuanto a su distinción, y se vale para ello, a modo de ejemplo, de la comunidad de origen entre el contencioso administrativo y el contencioso tributario, con lo cual desafortunadamente incurre en una falacia de accidente inverso. La distinta regulación adjetiva de ambas instituciones es sólo un elemento más para recrear las diferencias entre el amparo constitucional y el amparo tributario, pero no es el argumento central para ello. El contencioso tributario ciertamente es un contencioso administrativo especial, porque hay entre ambos procesos un sinfín de puntos de conexión, y la especialidad radica, principalmente, en la naturaleza del derecho sustantivo aplicable por el

juez. Pero entre el amparo tributario y el amparo constitucional hay numerosísimas diferencias y sólo un punto de conexión, que es el hecho de que *uno* de los derechos que podría ser invocado -entre muchos otros- en el amparo constitucional, es el *único* cuya protección puede ser requerida en el amparo tributario.

Para concluir es importante advertir que sí existe un *amparo constitucional tributario*, pero no es el *amparo tributario*, como afirma el profesor BLANCO-URIBE QUINTERO. El amparo constitucional tributario es la acción autónoma³⁸ o conjunta con el recurso contencioso tributario³⁹, interpuesta ante los Juzgados Superiores en lo Contencioso Tributario⁴⁰, y que procede contra los actos, omisiones o vías de hecho de las administraciones tributarias⁴¹ que violen o amenacen⁴² violar de manera directa⁴³ derechos y garantías de los sujetos pasivos de la imposición.⁴⁴ Ese es, y no otro, el *amparo constitucional tributario*, que por cierto existe en nuestro foro desde el famoso caso *Arturo Torres Rivero vs. Registro Automotor Permanente* al que nos referimos *supra* y que es anterior a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 1982.

³⁸ Cf. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, 10 de julio de 1991, caso: *Tarjetas Banvenez* y Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, 04 de mayo de 2004, caso: *PDVSA Petróleo*.

³⁹ Cf. Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, 04 de noviembre de 2003, caso: *Cipres Lane Fund, Inc.* y Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, 27 de enero de 2004, caso: *Cipres Lane Fund, Inc.*

⁴⁰ Cf. Sentencias Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, 20 de enero de 2000, caso: *Emery Mata Millán* y 08 de diciembre de 2000, caso: *Yoslana Chanchamire Bastardo*.

⁴¹ Cf. Sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 10 de febrero de 2000, caso: *Banescos Seguros* y Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, 10 de febrero de 2000, caso: *Aerolink Internacional*.

⁴² Cf. Sentencia Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, 05 de junio de 2003, caso: *Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas*.

⁴³ Cf. Sentencia Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, 19 de octubre de 2000, caso: *Ferro-Aluminio*.

⁴⁴ Cf. Sentencia Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, 13 de julio de 2001, caso: *Juan Díaz Domínguez*.

BADELL MADRID, Rafael, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, serie Estudios No.121.

BIDART CAMPOS, German, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1993, Vol. II.

BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, “El amparo constitucional tributario. Nueva reflexión a la luz de la Constitución de 1999 y del COT 2001 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia”, *Revista de Derecho Tributario*, No. 103 EJV, Caracas, 2004.

BREWER-CARIÁS, Allan R, *El Amparo a los Derechos Y Garantías Constitucionales (una aproximación comparada)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.

BURGOA, Ignacio, *Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 1983.

CHAVERO GAZDIK, Rafael, *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*. Editorial Sherwood, Caracas, 2001.

FALCÓN Y TELLA, María Luisa, *La jurisprudencia en los Derechos Romano, Anglosajón y Continental*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

FARGIONE, María Concheta, “El amparo tributario, diferencias fundamentales con el amparo constitucional. Fundamentos del amparo tributario”, *Revista de Derecho Tributario*, No. 130, AVDT, Caracas, 2011.

Fix-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre derecho de amparo*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1999.

_____, “La teoría de Allan Brewer-Carías sobre el derecho de amparo”, *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, T. I., Thomson-Civitas, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Madrid, 2003.

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “El amparo constitucional en la República de Venezuela. Antecedentes y Evolución”, *Revista de Derecho Político*, No. 39, Caracas, 1995.

LAGARRE, Santiago, *Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos*, *El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional*. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/stare-decisis-derecho-judicial-ensenanzas.pdf>.

MARANIELLO, Patricio Alejandro, “El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales”, *Revista IUS*, Vol. 5, No. 27, Enero-Junio 2011, consultado en: Vista de El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales* (revistaius.com).

MARÍN CASTÁN, María Luisa, “Consideraciones sobre el derecho inglés como prototipo de sistema de Common Law y sus diferencias respecto de los sistemas romano-germánicos”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Vol. 256, 1984.

ORTIZ ÁLVAREZ, Luis – HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo, *Las grandes decisiones de la jurisprudencia de amparo constitucional (1969-2004)*. Editorial Sherwood, Caracas, 2004.

RAMÍREZ VAN DER VELDE, Alejandro. “Amparo tributario o tributos amparados en el Impuesto a las Ventas al Mayor.” *Revista Derecho Tributario*. AVDT, Caracas, 1997, No. 76.

RUAN SANTOS, Gabriel, “El amparo tributario en Venezuela”, *Revista de La fundación Procuraduría General de la República*, Nro. 1, Caracas, 1986.

SOL GIL, Jesús, “Presentación”, *Libro Homenaje a José Andrés Octavio*, AVDT, Caracas, 1999.

**LA SENTENCIA «BECOBLOHM».
FUENTE DE CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN DE
UNA METODOLOGÍA DE INTERPRETACIÓN DE LA
NORMA TRIBUTARIA**

*Leonardo Palacios Márquez**

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. DE LA IMPORTANCIA DE ESTE CICLO HOMENAJE A LA DRA. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS. II. DE LA SENTENCIA DE «LOS AGENTES ADUANALES», UN HITO JURISPRUDENCIAL BASE PARA LA APROXIMACIÓN DE UNA METODOLOGÍA DE INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA. A. ANTECEDENTES Y DE LAS PRETENSIONES DE LAS ACCIONANTES. B. DE LA DECISIÓN DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA. 1. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 77 DE LA ORDENANZA SOBRE PATENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO DEL DISTRITO PUERTO CABELLO DEL ESTADO CARABOBO. 2. INCONSTITUCIONALIDAD DEL CÓDIGO 71914 DEL CLASIFICADOR DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE LA ORDENANZA SOBRE PATENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO DEL DISTRITO PUERTO CABELLO DEL ESTADO CARABOBO. 3. COLISIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 77 DE LA ORDENANZA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DEL

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con estudios en Derecho tributario en la Universidad Central de Venezuela, Estudios de ampliación en investigación histórica, Estudios Avanzados en Investigación Histórica y doctorando en Historia de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de las Universidades Católica Andrés Bello, Central de Venezuela y Monteávila. Socio Fundador y director de PTCK Legal.

DISTRITO PUERTO CABELLO Y LOS ARTÍCULOS 73 Y 74 DE LA MISMA ORDENANZA. 4. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE COLISIÓN ENTRE EL CÓDIGO 71914 DEL CLASIFICADOR DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y LOS ARTÍCULOS 5, 30 Y 32 DE LA ORDENANZA EN ESTUDIO. C. DEL VOTO SALVADO Y SUS ADHESIONES. 1. DISQUISICIONES JURISPRUDENCIALES ACERCA DEL HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO Y LA BASE IMPONIBLE. 2. DENUNCIA DE RETROACTIVIDAD DE LA ORDENANZA. 3. INCONSTITUCIONALIDAD DEL CÓDIGO 71914 DEL CLASIFICADOR DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS SOBRE ORDENANZAS SOBRE PATENTES DE INDUSTRIA Y COMERCIA DE PUERTO CABELLO. ESTADO CARABOBO. III. DE LA IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA DE «BECOBLOHM». RAZONES DE SU ESCOGENCIA. IV. DEL APORTE DE LA SENTENCIA «BECOBLOHM» A LA COMPRENSIÓN Y RACIONALIZACIÓN DEL IMPUESTO DE PATENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. DE LA IMPORTANCIA DE ESTE CICLO HOMENAJE A LA DRA. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

Estas palabras iniciales quiero destinarlas para agradecer a la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), en las personas de las doctoras Belén Ramírez y María Amparo Grau, por la invitación extendida para participar en este ciclo de conferencias dedicadas a resaltar la obra y trayectoria de una de las grandes arquitectos de esta disciplina.

Ciertamente, la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas fue una contribuidora importante para la consolidación y rápida extensión de los estudios del Derecho administrativo concebido, dentro del marco del Estado de derecho, como el ordenamiento de la relación existente, que se propugna para que sea equilibrada, entre las distintas figuras subjetivas de la Administración en sus múltiples manifestaciones y contenido dentro de la amplitud expresiva de las funciones de índole diversa, que conducen al ejercicio de las potestades de los diferentes órganos del Poder Público.

La realización de este ciclo es significativa por las razones siguientes:

1. Incentiva el análisis y discusión, ausente en muchos ámbitos institucionales, que ha mermado en momentos de desmoronamiento de la institucionalidad del Estado democrático de Derecho, desdibujamiento de los valores esenciales del desempeño del ciudadano y, especialmente, de aquellos que deben inspirar el ejercicio de la función pública para garantizar el derecho al buen gobierno y a la buena administración, la ausencia de formaletas, que permiten mantener una visión icónica real para óptimo desempeño, profundo sentido de la justicia y honestidad de orientación para las nuevas generaciones de abogados, la pérdida del estudio sistemático de las instituciones jurídicas y el déficit de jueces capaces y con conocimiento adosado a una maciza y aquilatada experiencia, que alejan la realización de una verdadera tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales del ciudadano y, por ficción legal, extensiva a las diversas formas organizativas de los factores productivos bajo denominación genérica de empresa, reconocidas por el ordenamiento.

2. Es un aporte, con sustancia y apego a la búsqueda efectiva de la igualdad de géneros en los diversos ámbitos de actuación del ser humano, por evolución misma de la sociedad, así como la búsqueda afanosa de ampliación de la participación equitativa en la conducción del Poder Público, que reclama *sindéresis* y racionalidad.

3. No se trata de *alícuotas*, porcentajes o cuotas para determinar la participación, parámetros que, de suyo son *inícuos*, que conducen a injusticias, sino del sentido reconocimiento a la preparación, tendencia a la acción creativa y transformadora de la sociedad, la posesión de finos valores ciudadanos anclados en las derivaciones de la honestidad y transparencia de la actuación pública, como simientes de otros requeridos para alcanzar los fines y cometidos del Estado Constitucional.

4. No se trata del forjamiento de espacios para cubrir con opacidad, producto de manipulaciones, o con acciones sin convencimiento e improvisación los espacios de actuación y participación de la mujer en los asuntos públicos y privados. Los espacios se ganan, y no se genera un derecho o merecimiento por el simple género.

5. Recordaba, el Dr. René de Sola en su discurso de contestación a la recipiendaria de entonces, Dra. Josefina Calcaño de Temeltas, quien pasaba a ocupar el Sillón Número 19, ocupado previamente por el Dr. Rafel Pisani, que, la novel académica, al ser interrogada en una entrevista, en torno a si resultaban “alternativas excluyentes, su

condición femenina o de feminista”, respondió de manera tajante: “Ambas” pues, destacaba el antiguo profesor de nuestra exaltada jurista, que “una mujer de la calidad intelectual de Josefina no podía abrigar semejantes prejuicios”, adicionando que

Su condición femenina es obvia, (...) y es también una demostración contundente de que el verdadero feminismo ni es un movimiento contra el hombre ni de asimilación a los atributos propios del otro sexo. Es solo la lucha constante y abierta por la eliminación de cualquier vestigio de discriminación jurídica y por la conquista de las posiciones que corresponden a las mujeres sin otra base que la de sus méritos¹.

La Dra. Temeltas en vida fue modelo icónico, en la actualidad una referente y destacada personaje cuya trayectoria reconocida era fuente de inspiración, sus aportes a nuestra ciencia y su rol de ciudadana ejemplar. Siempre admiré su discreta actuación, su respetuoso conducir con los profesionales más jóvenes, despertaba en mí respeto, al observar las lealtades que erigía en otros funcionarios y colegas magistrados. Que contratase con la magistratura actual, con los directores de los procesos en los cuales se tergiversa y desnaturaliza el control de tutela judicial, diametralmente opuesto a lo que debe representar su condición calificante de efectiva, y alejados de los principios, que, como derecho fundamental, deben ser la guía de su desarrollo.

En el presente, en los términos referidos, la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas sigue constituyendo un patrón a emular, un arquetipo conductual, que debe proyectarse, tal como lo hace FUNEDA, pues como lo expresó la Docta Corporación, que la tuvo en su seno desde el 16 de marzo de 2000 hasta el 11 de enero de 2023, día de su fallecimiento, “fue una profesional de condiciones personales intachables, íntegra y admirada como persona ejemplar”².

Podemos concluir, parafraseando al filósofo e historiador escocés Thomas Carlyle, que la mujer, cuya trayectoria hoy nos convoca, no es lo

¹ René De Sola, “Discurso de contestación en el acto de incorporación de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, Caracas, marzo, 2000. Disponible en https://www.acienpol.org/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS_2000_67_137_133-146.pdf, consultada en fecha 22 de agosto de 2023.

² Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Acuerdo de duelo por fallecimiento de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas”, Caracas, enero, 2023. Disponible en <https://www.acienpol.org/wp-content/uploads/2023/01/Acuerdo-de-Duelo-Josefina-Calcano-de-Temeltas.pdf>, consultada el 22 de agosto de 2023.

que hizo, sino de lo que resultó de lo que hizo, debiendo agregar, que, además, representa el prototipo del abogado dedicado a la judicatura y del funcionario público ideal para garantizar, que las relaciones de la Administración con el ciudadano sean incardinadas en la noción genérica del buen gobierno y de la buena Administración Pública, sustrato de la funcionalidad de la institucionalidad en un Estado de derecho. Su legado es multiforme: de su trayectoria en la judicatura un constante aporte en beneficio del Derecho Público y un ejemplo a seguir para quienes ejercen el control de la legalidad y constitucionalidad, de su actividad académica, deriva una pléyade de alumnos con formación y adecuada guitura para el desempeño profesional, y de su obra intelectual afluentes, que dieron fuerza a la expansión y despiertan el interés por el Derecho Administrativo.

II. DE LA SENTENCIA DE «LOS AGENTES ADUANALES», UN HITO JURISPRUDENCIAL BASE PARA LA APROXIMACIÓN DE UNA METODOLOGÍA DE INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA.

A. Antecedentes y de las pretensiones de las accionantes

La sentencia escogida para analizar fue dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 14 de diciembre de 1983, con ponencia de la Dra. Temeltas, decisión, que es conocida por los tributaristas como el caso de “Los agentes aduanales”, o también, mayoritariamente, como “Becoblohm”, empresa aduanal cuya sucursal de Puerto Cabello – Becoblohm Puerto Cabello C.A.– aparece listada de primera entre las recurrentes³.

Las empresas de agencia aduanal ejercieron en 1980 una acción de amparo por ante la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia por motivos de inconstitucionalidad lesivas a sus derechos fundamentales como contribuyentes contra la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Distrito Puerto Cabello del Estado Carabobo (la Ordenanza) de fecha 30 de octubre de 1980.

La acción en cuestión fue planteada sobre la base de tres argumentos y una pretensión subsidiaria:

³ Venezuela, *Sentencia caso agentes aduanales*, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.498 Extraordinario del 9 de enero de 1985.

1. La inconstitucionalidad del artículo 77 de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Distrito Puerto Cabello del Estado Carabobo de fecha 30 de octubre de 1980.

2. La inconstitucionalidad del Código 71914 del Clasificador de Actividades Económicas de la misma Ordenanza.

3. Colisión entre el artículo 77 de la Ordenanza de Industria y Comercio del Distrito Puerto Cabello y los artículos 73 y 74 de la misma Ordenanza.

4. Subsidiariamente para el caso de no ser declaradas con lugar las dos peticiones anteriores, que se declare que existe la colisión entre el artículo 77 y los artículos 73 y 74 de la mencionada Ordenanza y el entre el citado Clasificador de Actividades y los artículos 5, 30 y 32 de la misma Ordenanza.

B. De la decisión de la Sala Político Administrativa

La Sala Político Administrativo resolvió de la siguiente manera:

1. Inconstitucionalidad del artículo 77 de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Distrito Puerto Cabello del Estado Carabobo

El artículo 77 de la referida ordenanza establecía lo siguiente:

La presente Ordenanza entrará en vigencia a los sesenta (60) días después de su publicación en la Gaceta Municipal, fecha desde la cual queda derogada la Ordenanza sobre Patentes de Industria y Comercio de fecha 17 de septiembre de 1980, junto a las demás disposiciones que colidan con la presente y será aplicada a las Declaraciones de Ventas Ingresos Brutos u Operaciones efectuadas en el Ejercicio Fiscal correspondiente al presente año de 1980.

Los accionantes afirmaron que la norma era inconstitucional por violar el principio de irretroactividad de la ley, ya que esta se estaría aplicando a un período económico para el cual no estaba vigente.

Al respecto la Sala comenzó haciendo un análisis de la figura de “las patentes y a la forma de su cálculo” por las Municipalidades y de los dos sistemas diferentes, que adoptan a tal fin:

1. Fijar una cierta cantidad de bolívares como monto único de la patente, sin tomar en cuenta la magnitud ni la clase o características de la actividad comercial o industrial del contribuyente.
2. Fijar el monto de la patente mediante un cálculo proporcional al volumen financiero de la respectiva actividad comercial o industrial el contribuyente.

Del mismo modo, analizó la naturaleza del hecho imponible y la base imponible de las patentes, expresando sobre esta controversial especie tributaria, que

que el hecho imponible en la “patente” es la realización de actividades comerciales o industriales durante determinado año y la “base imponible” es el monto de las ventas, operaciones o ingresos obtenidos por el contribuyente durante el período que abarca la declaración correspondiente.

Esa distinción, bien claramente establecida en la doctrina, es determinante en esa materia, ya que es totalmente diferente la actividad que da origen al impuesto, es decir que lo causa, que es el llamado hecho imponible, (...) de la forma de calcular el monto del impuesto, o sea la base imponible.

Con base a lo anterior la Sala analizó ambos elementos del tributo (base imponible y hecho imponible) por separado y pasó a determinar si en algún caso se violó el principio de irretroactividad de la ley.

En el aspecto del hecho imponible, la Sala estableció que se trata de la aplicación inmediata de la Ordenanza a las consecuencias futuras (la nueva alícuota o “tarifa”) de una situación anterior (los ingresos) a que se refiere la declaración del año anterior y que, por tanto, no podría hablarse en ningún caso de una aplicación retroactiva de la ley.

Ahora bien, respecto de la base imponible la Sala Política Administrativa pasó a analizar si existía retroactividad de la ley por utilizar, para el cálculo de la patente, un conjunto de operaciones que se desarrollaron en la mayor parte de su duración antes de la vigencia de la Ordenanza cuya jurisdicción se discute.

Al respecto esta concluyó que la sucesión de operaciones, ingresos o ventas, no son las que causan el impuesto, ya que estos solo sirven de referencia para el cálculo del mismo.

La Sala reiteró lo anterior afirmando

que, cuando la Ordenanza toma en cuenta de la manera analizada, las operaciones, ventas e ingresos para calcular la patente, no está aplicando sus disposiciones en forma retroactiva, sino utilizando una información numérica global para la fijación del impuesto, en el caso de que el contribuyente realice una actividad comercial o industrial durante el año civil siguiente, o sea en relación con un hecho que se realizará íntegramente después de la entrada en vigencia de la nueva Ordenanza.

Con base a lo anterior, concluyó que en el caso de la base imponible tampoco se estaría en presencia de un caso de retroactividad de la ley y, por tanto, esa disposición no se encontraba viciada por inconstitucionalidad.

2. Inconstitucionalidad del Código 71914 del Clasificador de Actividades Económicas de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Distrito Puerto Cabello del Estado Carabobo

En segundo lugar, alegaron los accionantes que el Código 71914 de la Ordenanza violaba el dispositivo del ordinal 8º del artículo 136 de la Constitución, en concordancia con los artículos 18 y 34, los cuales reservaban al Poder Nacional los impuestos de importación o exportación.

Dicho Código establece lo siguiente: “Entidades Importadoras y/o Exportadoras, Agentes o Representantes Navieros o Aduanales, base: Valor C.I.F, mercancía, Alícuota 0.15”.

La Sala sobre este particular afirmó, que no existía dicha colisión ya que es totalmente diferente el ejercicio de la potestad impositiva por parte del Municipio de la que corresponde al Poder Nacional, afirmando que en la norma constitucional el término “importación” no debía considerarse en la acepción de acción de importar, sino en la de conjunto de cosas importadas. En cambio, el término “importación” previsto en la norma municipal se refiere a la actividad comercial de importar.

Sigue su análisis estableciendo que

El Impuesto nacional varía con la naturaleza de los bienes importados y está sometido a las fluctuaciones de la política económica del momento (es objetivo e impersonal). En este contexto quien no sea comerciante, al importar bienes gravables, pagará el impuesto nacional y no el municipal. En cambio, el que sea comerciante, al importar bienes libres de impuestos no estará exento del impuesto municipal.

Tal es el caso de los comerciantes en puerto libre, los cuales importan bienes exentos de impuestos y no están exceptuados de los impuestos establecidos por su jurisdicción municipal.

Afirmó entonces la Sala que en el supuesto de que el comerciante importador pague ambos impuestos, no se estaría ante un supuesto de doble imposición, ya que las obligaciones fiscales se originan de distintos hechos generadores y distintos conceptos.

Es por lo anterior, que la Sala declaró que no existe la mencionada colisión entre el artículo 136 numeral 8° de la Constitución, y el Código 71914 de la Ordenanza.

3. Colisión entre el artículo 77 de la Ordenanza de Industria y Comercio del Distrito Puerto Cabello y los artículos 73 y 74 de la misma Ordenanza

Los accionantes con respecto a este punto los accionantes afirmaron que existía una colisión entre los artículos 77, 73 y 74, los cuales establecen lo siguiente:

Art. 77.- La presente Ordenanza entrará en vigencia a los sesenta (60) días después de su publicación en la Gaceta Municipal, fecha desde la cual queda derogada la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio de fecha 17 de septiembre de 1980, junto a las demás disposiciones que colidan con la presente y será aplicada a las Declaraciones de Ventas, Ingresos Brutos u Operaciones efectuadas en el Ejercicio Fiscal correspondiente al presente año 1980.

Art. 73.- La declaración de los ingresos obtenidos durante el ejercicio en curso vigente a partir de los sesenta (60) días de publicada la presente Ordenanza en la Gaceta Municipal, deberá ser presentada según las disposiciones de esta Ordenanza.

Art. 74.- El año Patente subsiguiente a la presentación de la declaración referida en el artículo anterior se liquidará en base a la clasificación, y aforo de la presente Ordenanza.

Los accionantes dedujeron que, si la Ordenanza entró en vigencia 60 días después de su publicación, lo dispuesto en los otros 2 artículos sería contradictorio ya que se estaría aplicando los efectos de la ordenanza antes de su entrada en vigencia.

Al respecto la Sala estableció que si bien la Ordenanza no disponía lo anterior con la mejor técnica jurídica si reseña con suficiente claridad la situación. Asevera la mayoría sentenciadora, que al ser el primer año de

vigencia de la Ordenanza se trataba de una situación especial y por tanto lo que trataba de regular los artículos 73 y 74, tiene sus propias características: se usa para el cálculo del impuesto (su base imponible) un lapso, en las actividades del contribuyente que transcurrió en el caso concreto desde el 1º de noviembre de 1979 hasta el 31 de octubre de 1980. Como se mencionó antes, dicha situación no configuraría una aplicación retroactiva de la ley.

Sin embargo, la Sala afirmó que esta situación plantearía una posible colisión entre las normas en cuestión y el artículo 226 de la Constitución, que si bien no fue denunciada por los demandantes considera que es su deber pasar a analizarla.

El aserto de la Sala anclado en la interpretación de la norma constitucional fue que

La Constitución claramente ordena en su artículo 226 que, para establecer o modificar un impuesto, debe ser fijado un término previo a su aplicación. Pero es el caso que en el estudio de la norma de la Ordenanza que se analiza, se ve con toda precisión que, tal como se ha apreciado, la norma que se aplicará de inmediato no establece un impuesto, y que la Ordenanza que modifica el impuesto sólo entraría en vigencia 60 días después de su promulgación. En esa forma, al establecer en los artículos 73 y 74 un modo de cálculo del impuesto correspondiente a 1981 con base a las ventas, operaciones o ingresos obtenidos por el contribuyente desde el 1º de noviembre de 1979 hasta el 31 de octubre de 1980, esos artículos no coliden en lo absoluto con lo establecido en el artículo 77, y así se declara.

4. Pretensión subsidiaria de colisión entre el Código 71914 del Clasificador de Actividades Económicas y los artículos 5, 30 y 32 de la Ordenanza en estudio

Los recurrentes esgrimieron que el Código 71914 del Clasificador de Actividades Económicas contradecía el artículo 5º de la Ordenanza.

El mencionado Código establecía que las entidades importadoras y/o exportadoras, agentes o representantes navieros y aduanales, tendrían como base para el cálculo del impuesto una alícuota de 0,15% sobre el C.I.F⁴ de la mercancía y un mínimo tributable anual de Bs. 150.

⁴ El valor CIF es un incoterm, que se utiliza en las operaciones de compraventa entre compañías establecidas o domiciliadas en diferentes jurisdicciones, término que se

Por otro lado, el artículo 5º de la ordenanza establecía como criterio rector la proporcionalidad del impuesto al movimiento económico del contribuyente, que configuraba la magnitud económica para determinar la cuota impositiva, conforme lo previsto en los artículos 30 y 32 *ejusdem*, que adopta, de manera aislada, como elementos integradores de ese aspecto cuantitativo las operaciones, ingresos brutos o ventas del contribuyente.

Igualmente, expusieron los contribuyentes lesionados en su derecho a una racionalidad de la imposición local, que el valor C.I.F. es una práctica del comercio internacional para calcular determinados valores de mercancías objeto de comercio, con la suma del costo de la mercancía, más el costo de su seguro o de su flete hasta el país de destino, pero que el agente aduanal lo que percibe como ingreso es solo un porcentaje de ese valor C.I.F., por lo cual resulta contradictorio con las normas referidas del artículo 5º, que se pretenda un derecho creditorio de fuente impositiva calculado sólo sobre el valor C.I.F. de la mercancía, valor que para los agentes aduanales, no significa ni una operación, ni un ingreso, ni afecta su movimiento económico.

Al respecto la Sala Político Administrativa, concordó con los recurrentes en que el valor C.I.F. de la mercancía no representaba para el contribuyente un elemento o factor determinante de su movimiento económico, siendo apenas un elemento contable que determinaba el monto sobre el cual ese tipo de contribuyentes establecía la base cálculo del porcentaje que percibía como ingreso.

encuentra en la unificación efectuada para facilitar el comercio internacional, logra uniformidad en la interpretación en la instrumentación de los negocios jurídicos. Es parte de esa pretensión de un lenguaje universal en un proceso de intensificación de la globalización

El valor CIF. “es el valor real de las mercancías durante el despacho aduanero, el cual abarca tres conceptos: costo de las mercancías en el país de origen, costo del seguro y costo del flete hasta el puerto de destino. Como su nombre lo indica, este valor está relacionado con el uso del Incoterm CIF (Cost, Insurance and Freight en inglés).

El término comercial CIF se utiliza exclusivamente para el transporte marítimo y fluvial. Con este Incoterm, el vendedor paga los gastos relacionados con la mercancía hasta entregarla en el puerto de destino -incluyendo transporte principal, flete, trámites aduaneros de exportación y póliza de seguro- mientras que el comprador recibe los artículos en el puerto de destino, cubriendo los gastos de desembarco, los trámites aduaneros por importación y los riesgos de pérdida o daño”. En Blog one core, “¿Qué es el valor CIF?”, México, enero, 2018. Disponible en <https://blog.onecore.mx/que-es-valor-cif>, consultado el 22 de agosto de 2023.

De igual forma, realiza una distinción entre el caso del “importador o exportador” para quien el valor C.I.F. de la mercancía que exporta o importa sí es un elemento acorde, nítido y preciso en la determinación de sus operaciones y, por consiguiente, una procedente magnitud económica imponible.

Con base a lo anterior, la Sala atribuye procedencia a la argumentación de los accionantes al plantear que existe contradicción entre el artículo 5° de la Ordenanza, que establece como criterio general determinativo de la cuota impositiva, es decir, del monto exigible al contribuyente, como prestación dineraria, un tipo proporcional a su movimiento económico, y el dispositivo del Código 71914 en cuanto establecía a los agentes navieros y aduanales, un porcentaje calculado sobre el valor del C.I.F. de la mercancía que no formaba parte de su movimiento económico sino solamente a modo de referencia. Por tanto, se estableció que si existía la colisión denunciada

C. Del voto salvado y sus adhesiones

La referida sentencia tuvo un voto salvado del Magistrado Dr. Luis Enrique Farias Mata, reconocido artífice de la evolución jurisprudencial del Derecho Público, quien también fue Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, autor de importantes sentencias en materia tributaria, que, sin duda, contribuyeron a la interpretación de las normas tributarias, materiales o sustantivas y adjetivas. Los Magistrados Dres. José S. Núñez Aristimuño, Carlos Trejo Padilla y Gabriel Parada Dacovich, se adhirieron al voto salvado del Dr. Farías Mata.

Los magistrados disidentes, se apartan de la mayoría sentenciadora en relación a los siguientes aspectos:

El magistrado disidente principal, y los adherentes, difirieron del criterio de la mayoría, en lo concerniente a que:

1. No existe ninguna relación entre la actividad en razón de la cual el contribuyente estaba obligado a satisfacer el tributo y las bases para el cálculo del impuesto a pagar por dicha cantidad.
2. Las bases o índices con arreglo a los cuales debía ser calculado el impuesto podían ser anteriores en el tiempo a la efectiva realización de la actividad económica que causa el gravamen.
3. No incurrió en “retroactividad la Ordenanza cuando toma hechos pasados para la cuantificación de un Impuesto sobre actividades que se van a desarrollar con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ordenanza”.

4. No hay invasión de la competencia otorgada al poder nacional en materia tributaria si se toma como base de cálculo de la actividad desarrollada por los importadores, exportadores, agentes navieros y aduanales el valor del CIF de la mercancía con la cual trafiquen.

El líder sentenciador disidente fundamentó su criterio de la siguiente manera:

en materia de patentes de industria y comercio, y tal como están organizados dichos tributos, el tiempo es una magnitud irrelevante para el hecho generador del tributo. En efecto, al ser determinado el impuesto tomando como referencia bien unidades de medida, bien el resultado de las operaciones del contribuyente –ingresos brutos- a los cuales se aplica una tarifa proporcional, carece de importancia teórica si el cálculo se hace día a día, mes a mes, año a año, o inclusive sobre cada una de las operaciones. La escogencia del legislador municipal de determinar el impuesto por períodos anuales es tan solo un mecanismo para facilitar la determinación y pago de la patente.

Estas afirmaciones las realizó partiendo de la premisa fundamental conforme a la cual

no puede haber una separación radical y absoluta entre el hecho generador del impuesto y la base imponible, porque no se puede llegar al extremo de sostener que la base imponible acaece con anterioridad al hecho generador del impuesto, lo cual considera que es lógica y conceptualmente insostenible.

Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en decisión 20 de junio de 1982, donde se sentenció: “el hecho imponible, en el impuesto municipal denominado patente de industria y comercio, es el ejercicio en la respectiva jurisdicción municipal de actividades industriales o comerciales y que su base imponible es la medición o cuantificación del mismo, es decir, del mismo hecho imponible.

De interés la máxima jurisprudencial fijada por el disidente conforme a la cual “la base imponible es la medición o cuantificación del hecho generador del impuesto o hecho imponible, esto es, que no puede haber divorcio entre uno y otro, ni en lo material ni en lo temporal”.

Apotegma, que constituye un criterio de hermenéutica esencial para abordar el análisis de una ley nacional o estatal y de una ordenanza a los fines de la determinación de su sujeción al «Bloque de la Constitucionalidad» y al «Bloque de intereses públicos», nociones intrínsecas, que

permiten la debida procedencia del análisis mencionado, así como de la juridicidad de los actos de determinación complementaria de tributos por parte de la Administración tributaria, o de la jurisdicción contenciosa tributaria, que también procede la determinación instrumental, ordenando la liquidación a aquella cuando procede a la revisión de los actos de gestión tributaria determinativa de la cuota impositiva en ejercicio del control de tutela judicial de los derechos del contribuyente o responsable.

Destacó el magistrado con respecto a la pretensión de la sentencia de divorciar el hecho imponible de la base imponible que:

al requerirse un vínculo entre el hecho generador del impuesto y la base de cálculo, cabe preguntarse si ese vínculo depende únicamente de la voluntad del legislador municipal, o bien constituye una relación indispensable para la correcta conceptualización, interpretación y aplicación de los tributos. Si el hecho imponible y la base imponible, como lo pretende el fallo, son completamente divorciados, inclusive en el tiempo, no necesariamente, puede significar una colisión el que, para casos concretos, la base imponible escogida por el legislador municipal no guarde relación con el movimiento económico del contribuyente, es decir, con la actividad lucrativa que constituye el hecho generador del tributo conocido como patente de industria y comercio.

1. Disquisiciones jurisprudenciales acerca del hecho generador del impuesto y la base imponible

Expuso el magistrado, que la Sala Político Administrativa en fecha 28 de mayo de 1962, sostuvo sobre el hecho imponible de las patentes de industria y comercio que:

lo que se grava con la exacción así establecida no es el servicio, ni siquiera el producto de ese beneficio, sino la actividad mercantil lucrativa o especulativa que cumple e incrementa quien explota el servicio.

De igual forma, expuso que la misma Sala en sentencia del 12 de diciembre de 1963, señaló que:

el Impuesto sobre la Patente de Industria y Comercio, no es un impuesto sobre las ventas, ni sobre los ingresos brutos, ni sobre el capital. El hecho generador, como la misma denominación de él ya lo sugiere, es el ejercicio de la industria o del comercio, entendido, esta y aquel en su cabal concepción económica. De allí entonces que no debe confundirse: ni el hecho generador del impuesto, a cuya concurrencia

este se causa, con la base para su cálculo o base imponible, la cual puede ser las ventas, los ingresos brutos o el capital, que el legislador municipal seleccione como tal base, según la naturaleza de la industria o del comercio que se ejerza; ni la causación del impuesto con el otorgamiento del permiso o licencia también denominados patente, previo al ejercicio de la industria o comercio que se pretenda ejercer.

Sin embargo, el magistrado afirmó que:

la jurisprudencia no ha sido pacífica, ya que en otros fallos la Sala Político Administrativa ha sostenido que no existe radical separación entre hecho generador y base imponible, de donde se ha desprendido que no hay posibilidad de escindir ni conceptual ni a efectos prácticos, las nociones de hecho generador de base imponible.

Además, una sentencia de la Sala del 18 de noviembre de 1985 definió impuesto en los siguientes términos:

todos aquellos tributos exigidos por el Estado en virtud de una ley, con fines fiscales o extrafiscales, sin contraprestación específica o diferencial respecto del obligado, y cuyo hecho imponible es una expresión de la riqueza por la posición, adquisición, circulación o consumo de la misma, suficiente para manifestar una capacidad contributiva del sujeto.

El magistrado disidente avala su voto en la doctrina del maestro ítalo argentino Dino Jarach, conforme a la cual señala que la obligación tributaria requiere el cumplimiento del supuesto de hecho normativo, que se compone, a su vez, de diferentes elementos:

En primer término, los hechos objetivos contenidos en la definición legal del presupuesto; en segundo término, la determinación subjetiva del sujeto o de los sujetos que resulten obligados al pago del gravamen y el momento de vinculación del presupuesto de hecho con el sujeto activo de la imposición; en tercer término, la base de mediación, llamada también base imponible, esto es la adopción de parámetros que sirvan para valorar cuantitativamente los hechos cuya verificación origina la obligación...”. “En este enfoque, todos los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídica tributaria se resumen en el único concepto de presupuesto de hecho definido por la ley.

El magistrado aseveró sobre su revisión doctrinal que:

la mejor doctrina enseña que la base imponible forma necesariamente parte del hecho generador del impuesto (hecho imponible) y que debe estar en estrecha conexión con el elemento objetivo del hecho generador del impuesto: los hechos o situación de hecho a cuyo acaecimiento la norma vincula al nacimiento de la obligación tributaria. La distinción entre elemento objetivo del hecho generador del hecho generador del impuesto y la base imponible tiene sentido y utilidad en la medida que se acuda a ella para deslindar campos de ejercicio de la potestad tributaria, cuando una pluralidad de entes concurren como creadores y perceptores de impuestos en un mismo territorio: pero sin olvidar que los requisitos y condiciones a los cuales la Constitución sujeta el ejercicio del poder tributario deben ser exigidos tanto respecto del elemento objetivo del hecho generador del impuesto, como respecto de la base para su cálculo. Esto es particularmente importante en lo que se refiere a condiciones como la territorialidad del gravamen y a las prohibiciones de retroactividad y de aplicación.

El magistrado Farías Mata razonó, que para distinguir los tributos entre ellos:

debe acudirse tanto al elemento objetivo del hecho generador, como a la base de cuantificación de ese elemento objetivo y así poder determinar, por una parte, la verdadera naturaleza del tributo y, por la otra, la compatibilidad de ese tributo en concreto con las limitaciones constitucionales que condicionan el ejercicio del poder de los estados las municipalidades.

Con respecto al contenido de la autonomía financiera del Municipio en la vertiente del ingreso y las limitaciones, que la convierten en figura subjetiva organizativa fuertemente condicionada, explicó que:

si se analiza la asignación de ámbito tributario que hace el artículo 136 numeral 8 de la Constitución de 1961 para el Poder Nacional se encuentra allí tanto la referencia a impuestos, existentes o posibles, como a manifestaciones de riqueza y actividades concretas; por el contrario de la cláusula contenida en el artículo 31 ejusdem, aparece que la potestad tributaria de las municipalidades se limita, por una parte, a la creación y organización de determinados impuestos.

De la evolución constitucional, verifica el magistrado, aparece que la atribución de poder tributario a las municipalidades se limitó siempre a la potestad de crear impuestos tradicionalmente municipales,

es decir, a impuestos conocidos y existentes y no, como en el caso de los estados y la República, a la de crear impuestos sobre cualquier materia no atribuida a otro ente.

Resaltó que lo comúnmente se ha denominado como la potestad tributaria de las municipalidades está sujeta a varias categorías de limitaciones.

La primera derivada del hecho de asignarles, no una potestad genérica, sino limitada a tributos identificados directamente. La segunda de las demás prohibiciones contenidas en el artículo 34 de la constitución vigente y, por remisión de este en el artículo 18. La tercera, que derivan de preceptos constitucionales sobre la igualdad ante las cargas públicas y las prohibiciones de retroactividad y de aplicación inmediata del impuesto. La cuarta, las que resultan de la naturaleza de las municipalidades y de los impuestos que pueden crear: dado que las municipalidades ejercen su autonomía sobre un territorio determinado, los impuestos municipales no pueden desconocer ni manipular el principio de territorialidad, el cual se aplicaría sin necesidad de la declaratoria tanto al elemento objetivo del hecho generador como a la base imponible. De igual forma, es la creación de los impuestos que les asigna la Constitución, o la ley, las municipalidades están vinculadas por la naturaleza misma del impuesto de que se trate.

2. Denuncia de retroactividad de la Ordenanza

Con respecto a la retroactividad de la norma tributaria sustantiva, la disidencia asevera que:

el tiempo no es un elemento que forme parte del hecho generador de este tributo, puesto que al gravar el ejercicio económico de la actividad comercial, industrial o de índole similar con una tarifa fija o proporcional sobre el ingreso bruto producido (o capital), es irrelevante a los efectos de la determinación del monto del impuesto, que el cálculo que se haga sobre cada operación, o bien día a día, mes a mes, o anualmente, a diferencia del impuesto global por excelencia, el que grava a la renta, en el cual no podrá saber si acaece el hecho generador sino finalizado que sea el lapso de tiempo incluido como elemento de la definición de hecho generador, salvo contadas excepciones.

El aserto anterior lo avala en la siguiente disquisición:

conceptualmente es inadmisibles que el elemento objetivo del hecho generador del impuesto y los criterios para cuantificación (base imponible) ocurran en momentos diversos, considero necesario investigar la naturaleza jurídica del mecanismo utilizado por el legislador municipal. En opinión del magistrado, la Ordenanza consagra un método de determinación presunta de la base imponible, presunción que considera no puede ser desvirtuada, pues la disparidad entre el resultado económico de la actividad del contribuyente en cada año civil y las magnitudes utilizadas por vía de presunción se corrigen el año siguiente y así sucesivamente. Esta explicación, tiene en su favor, además, que el impuesto correspondiente al primer año –o fracción- de actividad del contribuyente, es fijado también de manera presunta, dando potestad al efecto a la Administración tributaria municipal.

Según el magistrado Faria Mata:

lo que las ordenanzas regulan en forma deficiente es la consecuencia del cese de actividades sobre el impuesto liquidado para el mismo año. Considero que estas no aclaran si procede una conciliación entre los ingresos tomados en cuenta por vía de presunción y los realmente obtenidos entre el inicio del año civil y la fecha de cese, para ajustar el monto del impuesto. Ahora bien, señala que, aunque las Ordenanzas nada prevén, es consecuencia necesaria del sistema de determinación escogido por el legislador municipal la conciliación entre el ingreso presunto y el realmente obtenido durante el año en el que el contribuyente cesa en su actividad y el correlativo ajuste del impuesto.

En el caso concreto, considero el magistrado:

no existiría retroactividad si el impuesto calculado para 1981 con base en la declaración del periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 1979 y el 31 de octubre de 1980, hubiera sido calificado por el legislador como un abono a cuenta, sujeto a ajuste en función de los resultados económicos obtenidos por el contribuyente durante el año 1981. Más al no prever un régimen transitorio, que resolviese la situación que se plantearía del año 1981, concluyó incurrió la ordenanza en la inconstitucionalidad denunciada.

3. Inconstitucionalidad del Código 71914 del clasificador de actividades económicas sobre Ordenanzas sobre patentes de industria y comercia de Puerto Cabello. Estado Carabobo

En razón a esta denuncia contra el “Bloque de la Constitucionalidad”, la disidencia razona en el sentido siguiente:

la afirmación de la sentencia que asciende la palabra importación en una acción de importación y el conjunto de cosas importadas, para circunscribir el último término a la prohibición consagrada por el artículo 18 Constitución, carece de asidero en derecho y técnica tributaria, y vacía de contenido a la citada prohibición constitucional, cuya finalidad es garantizar la libre circulación de bienes dentro del país, libertad cuya restricción es de exclusiva competencia del Poder Nacional. Con el mismo fundamento objeto de crítica en el voto salvado, podrían las municipalidades establecer impuestos discriminatorios a los bienes producidos fuera de su territorio, bajo pretexto de que son cosas diferentes al conjunto de bienes producidos en otras municipalidades de la acción de vender mercancía elaborada en otras municipalidades.

También sostuvo que resulta

artificiosa la distinción porque no existe actividad comercial de importar. O la empresa importa para sus necesidades de producción, o lo hace para vender la mercancía, sin transformarla, casos en los cuales la “actividad comercial de importar”, no es sino una de las fases o etapas de su actividad lucrativa: la industria o el comercio. Y si la mayoría quiere hacer referencia a la actividad de importar por cuenta de terceros. Igual razonamiento debe ser hecho respecto a la correlativa actividad comercial de exportar.

Asimismo, concluyó que:

no puede afirmarse que, si una actividad o manifestación de riqueza está utilizada como elemento objetivo del hecho generador de un impuesto nacional, ello impide la aplicación de la patente de industria y comercio sobre esa actividad: pero no lo es menos que debe existir un vínculo de necesidad o congruencia entre el elemento objetivo del hecho generador del impuesto y la base imponible, vínculo que no existe en el caso del gravamen a exportadores, importadores y agentes aduanales.

En el caso concreto subrayó que:

el elemento objetivo del hecho generador del impuesto es realmente la importación y exportación de mercancías, y con ello es evidente la invasión del ámbito reservado al Poder Nacional y la infracción de la prohibición contenida en el ordinal 1 de la Constitución, por una parte, y la de la misma norma constitucional que otorga a las municipalidades potestad para crear y recaudar patentes de industria y comercio, por la otra.

III. DE LA IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA DE «BECOBLOHM». RAZONES DE SU ESCOGENCIA

Un voto salvado, como lo define el también Individuo de la Docta Corporación y Magistrado de la Sala Político Administrativa, Dr. Rene de Sola, “sólo constituye la manifestación de un criterio diferente, pero nunca crítica adversa a la calidad de una sentencia”⁵.

Esta afirmación nos lleva a afinar la justificación de la escogencia de esta sentencia, la cual no dejamos de calificar como trascendente y de importancia fundamental para el estudio del Derecho tributario, a pesar de no estar de acuerdo con el criterio de la mayoría sentenciadora, sino con las disquisiciones disidentes.

La sentencia analizada constituye un parteaguas en lo que a la jurisprudencia del más Alto Tribunal se refiere, en torno a un impuesto controvertido en su definición, configuración y origen cómo es el impuesto de patente de Industria y Comercio.

1. Hasta la fecha de su emisión, la situación en nuestro país en torno al impuesto se centraba, entre otros aspectos, en la fuente y naturaleza de la contribución dineraria.
2. La decisión constituye un análisis enjundioso tanto por parte de la ponente y la mayoría sentenciadora, como del Magistrado disidente y de quienes suscribieron el voto salvado. Ambos métodos plasmados en la sentencia para la interpretación de la norma tributaria, en cuanto norma jurídica no excepcional, que pone en evidencia el carácter dinámico del Derecho tributario, la necesidad de buscar una armonización interna del ordenamiento, su carácter integral y la observancia del hecho económico subyacente del impuesto y sus implicaciones, que, en el caso

⁵ René De Sola, *Ob, Cit.*

concreto, a pesar de las críticas a su configuración como especie tributaria, refiere al consumo.

3. Los criterios enfrentados en la sentencia, que en forma alguna representan desconocimiento o acentuadas recriminaciones de improcedencia o insostenibilidad técnica o jurídica de la disidencia, sino expresiones antitéticas de interpretar la normativa impositiva, siempre con la coincidencia del fin perseguido: la búsqueda efectiva del control de tutela sobre los actos de los órganos del Poder Público.

La jurisprudente, que hoy reconocemos en la amplitud de su destacada trayectoria, al analizar la Ordenanza impositiva local, posiblemente no imaginó, que la sentencia iba constituir un precedente extraordinario, que está llamado a trascender, pues como resulta evidente después de más de cuatro décadas, no solo todavía es citada por los especialistas a nivel de la academia y el foro, sino que constituye el testigo que dejamos a las nuevas generaciones para que aborden, con sus estudio sistemático, la tarea inacabable de racionalización del sistema tributario.

4. La importancia de la sentencia es que pone a disposición del estudioso de la tributación desde el punto de vista de la expresión normativa del ejercicio del poder tributario, dos métodos válidos y, en apariencia suficientes, denotando que la revisión de la constitucionalidad y de legalidad, es la fuente última de la armonización y coordinación del sistema tributario, sin que ello signifique la aceptación del pernicioso y antidemocrático activismo judicial del Máximo Tribunal puesto de manifiesto desde la vigencia de la Constitución de 1999 con la creación de la Sala Constitucional.
5. Los criterios contenidos en la sentencia, ambos desde un aristado complejo y disímil, desvirtúan la procedencia del maniqueísmo conceptual e interpretativo en función del favorecimiento de alguna de las manifestaciones subjetivas del hecho imponible, es decir, de los sujetos de la relación jurídico tributaria: el Estado (*in dubio pro fisco*) o del contribuyente (*in dubio pro adsiduus/ in dubio pro contribuyente*).

La sentencia en su conjunto, busca la preeminencia de los principios ordenadores del sistema tributario, en el sentido garantista sin incurrir en el simplismo reduccionista de los casos

de duda, que originan protecciones indebidas a los sujetos impositores e imposables.

En nuestro criterio, van más allá para buscar en la profundidad de la normativa local impositiva la esencia del deber de coadyuvar con las cargas públicas bajo la guiatra del principio de consulta a la capacidad contributiva, génesis dogmática de racionalidad de la tributación y su correspondencia con otros principios, no menos importantes, que informan el sistema tributario.

6. La sentencia, en su conjunto, es un exordio a centrar la interpretación de la norma impositiva a través de su ubicación como racor de los específicos perfiles de las finanzas públicas.

El impuesto, dentro de las especies tributarias, es un catalizador, que hace viable las funciones presupuestales, es conductor de la política monetaria, estímulo para la efectividad del crédito público, desbrozador eficaz para despejar el camino que conduce a los logros de la recuperación, crecimiento y estabilidad, objetivos perseguidos por la política económica y gancho de amarre de la coordinación macroeconómica.

7. La sentencia permite sentar las bases iniciales para una interpretación de la norma tributaria, que debe ser objeto de hermenéutica como cualquier norma jurídica, pero reforzada a través de los principios de imposición de origen técnico, no necesariamente positivizados, que definen el régimen de cada impuesto en simetría a la estructura que cimienta su naturaleza económica con la dinámica propia de la renta, *ADN* de todo impuesto, su proyección utilitaria en los sistemas financieros públicos que conforman la Constitución Financiera, su incardinación dentro de la distribución de las materias rentísticas a cada nivel con autonomía política y los principios ordenadores del sistema tributario democrático.

Esta noción de reciente data dentro del constitucionalismo, exige la concatenación ineluctable de los sistemas presupuestario, aduanero, tributario, monetario y crédito público en correspondencia con las funciones inherentes al gasto público, la banca central y la coordinación macroeconómica.

No puede encontrarse el punto de enlace entre la pretensión del Estado en cualquiera de sus manifestaciones públicas de base territorial de un derecho creditorio de fuente tributaria y el factor

de conexión jurídica, que la hace legítima, no solo con el ámbito territorial marco de eficacia del ordenamiento, sino con la ordenación principista del sistema tributario de progeñe constitucional, con un análisis aislado o desvinculado de los aspectos integradores del hecho imponible. Se hace inconveniente esa procedencia interpretativa, que aúpa la solapada invasión de competencias, o la irracionalidad de la tributación, que conduce a un proceso de exacción confiscatorio y lesivo de los derechos fundamentales, máxime en gobiernos -sentido amplio- de base autoritaria, que desvanecen los corolarios del Estado democrático de derecho.

IV. DEL APORTE DE LA SENTENCIA «BECOBLOHM» A LA COMPRENSIÓN Y RACIONALIZACIÓN DEL IMPUESTO DE PATENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La sentencia «Becoblohm» permitió ir buscando cauces de juridicidad al controvertido impuesto de patente de industria y comercio, ello debido tanto por la magnitud económica del aspecto cuantitativo de su hecho imponible, como por su creación jurisprudencial, y no por su previsión constitucional.

En efecto, para algunos este impuesto no tenía asidero en la Constitución de 1961, que establecía en su artículo 31 ordinal tercero, que los municipios contaba dentro de sus ingresos “las patentes sobre Industria, Comercio y vehículos, y los impuestos sobre inmuebles urbanos y espectáculos públicos”.

La interpretación exegética literal del referido dispositivo constitucional llevó a autorizada doctrina a sostener que se trataba de una tasa, en cuanto a qué el concepto de patente representaba una autorización manifestada en la remoción de un límite prohibitivo, lo cual supone su pago.

No obstante, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de la época, convienen en aceptar, que se trataba de un impuesto, con las características propias de esta especie tributaria no vinculada a un acto o actuación de la entidad local. Se le atribuía la esencia de un tributo no vinculado en virtud que su hecho generador no estaba incardinado a una contraprestación efectiva e individualizable por parte de los órganos del Poder Público municipal.

No existía un beneficio representado en una actuación o servicio, se trataba de una contraprestación dineraria exigida de manera coactiva por parte de los municipios en ejercicio de su autonomía financiera en la vertiente del ingreso, como entidad de base territorial, organización primaria del Estado, destinado a la satisfacción de las necesidades, que corresponden a la esencia de los intereses locales.

Una contraprestación dineraria, expresión del Poder Público normativo exigida de manera coactiva una vez materializada o verificada la hipótesis de incidencia prevista en la Ordenanza, correspondiente a la realización de una actividad económica de naturaleza comercial o industrial.

Una visión desarmonizada y descoordinada de la tributación local, conlleva a desfueros e inconvenientes en torno a aspectos materiales o sustantivos, formales, procedimientos y sanciones, que constituyen objeto científico de las ramas en que se ha pretendido, por razones, por ejemplo, del grado de vinculación legal, sucesión de derechos en el tiempo, definición de criterios para la distribución de la carga impositiva, o facilidad de enseñanza del Derecho tributario.

Todas esas ramas llevan a una especialización en función a la esencia autonómica científica y académica de nuestra disciplina, y a la vinculación directa con la Constitución, la influencia de otras disciplinas cuyos principios ordenadores permiten establecer regulaciones normativas de fuente legal o reglamentaria, en correspondencia al contenido de la actividad administrativa y de gestión de los tributos, la potestad sancionatoria de la Administración tributaria, y las distintas formas de establecer mecanismos de protección ante la coexistencia de ordenamientos de otros países, que pretenden someter a imposición manifestaciones de riqueza vinculada a la jurisdicción venezolana, o en relación a sus nacionales por actos, negocios jurídicos u operaciones vinculadas al ámbito de eficacia del ordenamiento de set tercer país.

Así las cosas, la jurisprudencia anterior a la sentencia «Becoblohm», no tuvo un desarrollo destacado susceptible de sentar las bases en torno a la interpretación sistémica, que debía hacerse de la normativa de la Constitución de 1961, partiendo de la existencia de un sistema o conjunto de tributos existentes, que recaen sobre manifestaciones de riqueza atribuidas a una empresa, único centro de exigencia de responsabilidad tributaria, en cuanto a contribuyente y coadyuvante administrativo, como proyección del deber de contribuir con las cargas públicas y el de colaboración con la gestión tributaria, sin una visión garante de los derechos fundamentales de la libertad económica y el derecho de propiedad.

Podemos afirmar, que el Derecho constitucional tributario, que no es más que el análisis profundo y particularizado del Poder Público normativo en materia tributaria a través de las disposiciones de la Constitución, los principios y criterios de hermenéutica propias del Derecho constitucional, tuvo un retraso importante, o si se quiere, para no ser severos en la apreciación y balance, un desarrollo insuficiente, que permitiera ver el tributo bajo la exposición de los principios propios del Estado derecho y, muy especialmente, de aquellos que delimitan el régimen impositivo de cada especie - función, configuración, interacción y desempeño en la definición de la política fiscal, y la formación de la incidencia o impacto económico- dentro de un contexto mayor representado por la funciones presupuestarias (asignación de bienes públicos, distribución de la carga impositiva, redistribución y sostenibilidad económica), manejo de la contabilidad fiscal, endeudamiento público y coordinación macro-económica. Es la imperiosa necesidad de ver los tributos dentro del complejo marco de la actividad financiera, y no fuera de ella.

Igualmente, puede decirse en relación al desarrollo de la jurisdicción contenciosa tributaria especial, que venía poco a poco configurándose por vía jurisprudencial, y luego de manera orgánica y estructurada con la aprobación del Código Orgánico Tributario. Con esta ley orgánica, se cumplió a cabalidad con la voluntad del constituyente de 1961, de establecer un verdadero sistema contencioso administrativo especial, tal como lo afirmó el recordado maestro Antonio Moles Caubet., con respecto a la jurisdicción contenciosa administrativa, bajo los principios de autonomía, independencia y especialidad.

No obstante, la jurisprudencia fue creando una serie de reforzamientos para la época de los privilegios y prerrogativas del Estado contenidos en la vieja Ley Orgánica de Hacienda Pública y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, los cuales era aplicado de manera supletoria al municipio, por mandato de la Ley Orgánica del Régimen Municipal de 1978.

Así, poco a poco se fue solventando el carácter difuso de la tutela judicial efectiva de los contribuyentes frente a las exigencias indebidas o antijurídicas de los municipios, hasta llegar a una aplicación importante, que logró concentrar la revisión de la legalidad de las ordenanzas y actos de gestión de las pretensiones de los contribuyentes en la jurisdicción contenciosa tributaria

A pesar de lo afirmado, hasta la sentencia de «Becoblohm», no se había dado la oportunidad de un esbozo de una metodología adecuada y

suficiente, en los términos indicados en la existencia de la concepción de una constitución económica y financiera, que permitieron un adecuado y sistemático control de la tutela judicial efectiva.

La sentencia permitió poner en evidencia la existencia de dos formas de interpretar la normativa tributaria, a saber:

La primera de ellas, la encontramos en el criterio de la mayoría sentenciadora, que procede al análisis de aspectos constitucionales importantes relacionados a la garantía del contribuyente frente al poder de imposición consustancial a las entidades públicas de base territorial, como es la sucesión de leyes materiales tributarias en el tiempo, la discreción en la escogencia de la magnitud económica empleada para medir la capacidad económica, que, en un principio denota, la realización de actividades en municipio, la revisión de la estructura, todavía existente, arcaica y de alta complejidad para la valoración de la capacidad económica, que convierte al “impuesto de patente industria y Comercio”, ahora denominado impuesto las actividades económicas, en un impuesto específico a las ventas en virtud del clasificador de actividades económicas, que las más de las veces, no representan o reflejan las verdaderas actividades económicas de las empresas en una jurisdicción determinada, y que brinda la posibilidad de contar con abierta discrecionalidad que afecta la materialidad y reserva legal del tributo.

La forma analítica empleada por la mayoría sentenciadora refleja sin duda la formación, reconocida como sustancial y densa en materia de Derecho público de la doctora Temeltas, con un influjo innegable de la doctrina francesa, la cual parte de analizar de manera separada independiente los elementos constitutivos del impuesto, sin vinculación.

Así, por ejemplo, uno de los más importantes tratadistas galos, Lucie Mehl, expresa en su manual “Elementos de Ciencia Fiscal”, lo siguiente:

El impuesto es un concepto complejo que sólo puede concebirse claramente tras haberlo descompuesto en sus elementos.

El impuesto grava una materia imponible, en la persona de un contribuyente, en ocasión de una acción o de una situación que constituye el hecho generador de dicho impuesto. La base imponible es el resultado obtenido mediante la enumeración de los componentes de la materia imponible o mediante la valoración de la misma. Aplicando a la base imponible una tarifa, se obtiene el importe de la exacción.

Los tres primeros elementos son cualitativos: caracterizan la naturaleza del impuesto y terminan su dominio o su campo de aplicación. Los dos siguientes son cuantitativos: define la importancia pecuniaria de la exacción⁶.

La segunda forma de interpretación y análisis del tributo, o de la normativa tributaria que lo conforma, es la empleada por el magistrado disidente doctor Luis Henrique Farías Mata. Una visión holística anclada en el análisis del hecho imponible como cercha sobre la cual se construye la obligación tributaria, como elemento nuclear de la relación jurídica tributaria.

En criterio del académico Humberto Romero Muci,

La opinión de la mayoría sentenciadora concluyó en la separación entre la base y el hecho imponible del tributo.

Por su parte Farías Mata salvó su voto y para justificarlo produjo un auténtico monumento dogmático sobre la teoría y funcionalidad de los conceptos esenciales del derecho tributario. Planteó la necesaria sincronización entre los elementos objetivos, subjetivos, temporales y espaciales del hecho imponible como reveladores de capacidad contributiva imputables a un sujeto titular de esa capacidad económica en un momento de imposición atribuible al territorio de la jurisdicción titular de la pretensión tributaria⁷.

En otras palabras, el voto salvado constituye una premisa esencial determinativa de esencia metodológica centrada en único instituto y sus elementos configuradores, bajo exigencia de la vinculación irrestricta y no una visión, que conduce a una independencia de esos elementos.

El destacado jurista, que sostuvo una fluida y respetuosa relación personal y profesional, basado en la consideración y reconocimiento mutuo con la doctora Temeltas, adopta un criterio anclado en un aspecto esencial y único en cuanto a la génesis de la relación jurídico tributaria, como es el relacionado al hecho imponible, que jalona toda la naturaleza sustantiva de la obligación tributaria y, por consiguiente, es el ADN de la

⁶ Lucien Mehl, *Elementos de Ciencia Fiscal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1964, p. 66.

⁷ Humberto Romero Muci, “Luis Henrique Farías Mata *tributarista*” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 159, julio-diciembre 2019, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2019, p. 341 y siguientes. Disponible en <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/04/Bolet%C3%ADn-159.pdf>, consultada en fecha 22 de agosto de 2023.

relación jurídica tributaria, dando naturaleza autonómica de nuestra en su categoría de Derecho material tributario.

El voto salvado presenta una alternativa frente a la metodología y visión de los franceses, extendido en muchos países europeos y con una influencia indiscutible en la doctrina latinoamericana.

Se pone en evidencia la influencia del recordado tributarista brasileño Geraldo Ataliba, quien prefiere la denominación de “hipótesis de incidencia”, y del maestro ítalo argentino Dino Jarach, quien se refiere al hecho imponible. La doctrina tributaria latinoamericana, especialmente, aquella formada bajo la égida del Instituto Latinoamericano del Derecho Tributario, que ha tenido como objeto de ocupación preferente y denodado esfuerzo la consolidación del carácter jurídico de la relación tributaria, configurando una doctrina con valor universal, ha reconocido como uno de sus grandes aportantes a Jarach, al punto que la denominación regional del hecho generador, de pro genie europea, ha sido sustituida por hecho imponible en merecido honor y afán de preservar su influencia.

El profesor Ataliba en su libro “Hipótesis de incidencia”, al referirse al hecho imponible indica:

Es sabido que la hipótesis de incidencia describe un hecho jurígeno. Como tal, es una unidad, pese a que los elementos jurídicos recogidos por el legislador, para describirlo, pueden ser múltiples o complejos.

Preferimos hablar de aspectos de la hipótesis de incidencia, porque en verdad, esta unidad conceptual puede ser encargada, examinada y estudiada bajo diferentes prismas, sin privarla de su carácter unitario y sin que la comprensión, examen o estudio un aspecto pueda permitir desatender o ignorar los demás, partícipes de la unidad e integrados en ella⁸.

Por su parte, Jarach al referirse al hecho imponible como elemento constitutivo, genésico de la obligación tributaria – que marca su inicio- y permite su tipificación, es decir, facilita el proceso de identificar si se está frente una tasa o un precio público, por ejemplo, expresa que dicho presupuesto hecho, está conformado por diferentes elementos:

En primer término, los hechos objetivos contenidos en la definición legal del presupuesto; en segundo término, la determinación subjetiva del sujeto de los elementos del sujeto de los sujetos que resulten

⁸ Geraldo Ataliba, *Hipótesis de incidencia tributaria*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, p. 79

obligados al pago del gravamen y el momento de vinculación del presupuesto de hecho con el sujeto activo de la imposición; en tercer término, la base de medición, llamada también base imponible, esto es, la opción de parámetros que sirvan para valorar cuantitativamente los hechos cuya verificación origina la obligación; en cuarto término, la delimitación en este enfoque, todos los elementos subjetivos activos de la relación jurídico tributario espacio en el tiempo de esos hechos; en quinto término, la cantidad expresada en una suma finita o bien en un porcentaje o alícuota aplicable a la base imponible, que representa o arroja como resultado el quantum de la obligación tributaria⁹.

En este enfoque, todos los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico tributaria se resumen en el único concepto del presupuesto de hecho definido por la ley. Vale decir, una visión totalizadora de esos elementos, que se funden en el único concepto del presupuesto de hecho definido por la ley.

La importancia de esta discusión académica de altura planteada en la sentencia, que nos ocupa y a través de la cual queremos resaltar el trabajo de la Dra. Temeltas en función a la configuración, no solamente del contencioso administrativo y del contencioso tributario, sino en cierta forma, de una asertiva metodología para analizar y la configuración del sistema tributario a través de la política tributaria y encarrilado en el proceso constitutivo de ley nacional o estatal, y de la ordenanzas municipales, según el caso.

La sentencia, implica ser la primera vez, en que se aborda la discusión sobre el tema atinente a la búsqueda de proceder a la armonización del ejercicio del Poder Público normativo en materia tributaria por los distintos entes políticos territoriales, evitando de esta manera, efectos confiscatorios, irracionales y contrarios a la unidad necesaria en la visión de las finanzas públicas.

De lo que se trata el final es de conformar un verdadero sistema tributario con elementos de correspondencia armónica interna, y *sindéresis* en la articulación de la política tributaria, de la definición de las fuentes del financiamiento del Estado, evitando el solapamiento que lleva a un proceso acucioso de voracidad fiscal, representado por invasión de competencias, múltiple imposición y rasgos de irracionalidad de la tributación.

El mérito de la sentencia radica en que se pone en evidencia las distorsiones propias de la imposición municipal a las actividades

⁹ Dino Jarach, *Curso de Derecho Tributario*, Ediciones Cima, Buenos Aires, 1980, p.136-7.

económicas, que para aquella época son representadas en la confusión determinativo de su naturaleza -impuesto o tasa-, la escogencia discrecional de magnitudes económicas con vista a la definición de la base de imposición cifrada en ingresos brutos, que en forma alguna se corresponden con la actividad, que legitima al municipio a establecer un gravamen.

La sentencia puso en evidencia, a través del voto salvado, que es un disenso y no una crítica acerba, o un demérito expedido contra la mayoría sentenciadora, la deficiencia y grave riesgo de auscultar el estado de sujeción al bloque de legalidad de la tributación municipal, la verificación y propuestas correctivas de las distorsiones propias de la manipulación aislada el de los elementos del hecho imponible, cuando se acude o auspiciada la segregación pura y simple de los elementos del hecho imponible, al atribuir a este la esencia de un elemento cualitativo, y no el epicentro germinador del cual deriva la obligación tributaria.

El tributarista venezolano Daniel Betancourt hace un análisis tangencial de la sentencia, que nos ocupa en un extraordinario trabajo sobre el tema de las distorsiones y antijuricidad del denominado mínimo tributable, destacando que fue la célebre sentencia que nos ocupa donde se deja por sentado, “que los municipios empleaban para la determinación del impuesto de patente, uno u otro sistema, es decir, un impuesto fijo o un impuesto proporcional”:

Para el establecimiento de las patentes y la forma de su cálculo, a) Fijar una cierta cantidad de bolívares como monto único de la patente, sin tomar en cuenta la magnitud ni la clase o características de la actividad comercial o industrial del contribuyente. b) Fijar el monto de la patente mediante un cálculo proporcional al volumen financiero de la respectiva actividad comercial o industrial. Para fijar ese cálculo proporcional las Municipalidades toman en cuenta diversos criterios: el volumen bruto de las ventas, la cantidad total de ingresos durante un determinado periodo, el monto de las operaciones globales de la empresa, etc. Generalmente la utilización de uno u otro criterio depende del tipo de actividad de que se trate, pues mientras que, con respecto a ciertos contribuyentes, es posible atenerse al volumen total de sus operaciones, en otros casos resulta necesario o factible tomar en cuenta únicamente el monto bruto de las ventas. No es extraño, por tanto, que las Municipalidades, en algunas ocasiones, combinen los dos sistemas enunciados y establezcan una cantidad fija básica y mínima, cualquiera que sea el volumen de las operaciones, ventas o

ingresos del contribuyente, a la cual se deban añadir, cuando se pertinente, porcentajes calculados sobre uno u otro de los factores mencionados. (Subrayados y resaltados del autor)¹⁰

El citado autor complementa, adosado a la sentencia que analizamos, que lo que hoy se conoce como mínimo tributable

es la positivización en la norma de regulación nacional y armonización del impuesto sobre actividades económicas, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, de esa “cantidad fija básica y mínima” que era exigida consuetudinariamente por las municipalidades por el ejercicio de una actividad económica en su jurisdicción. En otras palabras, el mínimo tributable es un vestigio y un anacronismo que aún permanece en nuestro sistema¹¹.

V. CONCLUSIONES

1. Esta sentencia en su cuerpo y contenido con votación mayoritaria y un voto salvado magistral, tanto en la sentencia como en el mismo, expresado por la Doctora Temeltas y el Doctor Luis Henrique Farías Mata, constituye en nuestro criterio una de las sentencias más importantes que permiten establecer una metodología para interpretación del Derecho tributario, de la legislación tributaria y de la búsqueda permanente de la racionalización del sistema tributario. Este fin de la política tributaria, como lo es el perfeccionamiento activo del sistema tributario, tiene que partir de varias premisas, en primer lugar, estamos frente a un Derecho que tiene vinculación inmediata y directa, que se desarrolla de manera muy estrecha y vinculada a la normativa constitucional, que establece el deber de contribuir con los gastos públicos y garantizar la sostenibilidad de la actividad financiera en un elemento importante, dentro del amplio proceso que representa la actividad presupuestaria pública, como es el ingreso de fuente tributaria.

¹⁰ Daniel Betancourt, “Mínimo Tributable como instrumento de deprecación y regresividad en el Impuesto sobre Actividades Económicas”, en *Patologías del sistema tributario venezolano: Memorias de las XVIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2019, p. 568.

¹¹ *Ídem*.

2. En segundo lugar, entender que el Derecho tributario con autonomía académica, no es el Derecho único y exclusivo del contribuyente, no es la construcción dogmática y de principio que van a reflejar en norma abstracta patrones de limitación al ejercicio del poder tributario, tampoco debe tenerse como la normativa que justifica, que da plena libertad al Estado para la exigencia de las contribuciones públicas, en sus distintas manifestaciones de exigencias dinerarias, a través de las especies: impuestos, tasas, contribuciones especiales y los denominados modernamente tributos atípicos que de una u otra forma son exigencias coactivas, bajo figuras desdibujadas de tributación, como son los aportes en un régimen de planificación centralizada de la economía, como es el que comporta Venezuela en los últimos años y donde las contribuciones en sentido amplio no son para sufragar el gasto público, sino que también sirven para establecer un mecanismo de apoderamiento a través de limitaciones a la actividad económica, a la libertad económica y al ejercicio del derecho de propiedad.

El Derecho tributario debe concebirse como la forma de establecer en un Estado de Derecho, la necesidad de la configuración de un sistema tributario que partiendo de la cláusula democrática sea el producto de la discusión y del debate por parte de los diferentes agentes institucionales y económicos privados de las propuestas de reforma tributaria, recordando que estas propuestas constituyen una suerte de mercado, donde existen oferentes y demandantes y que para garantizar el principio de auto imposición o aceptación de las cargas públicas y observar un principio esencial de todo sistema democrático, del cual han derivado otros que le dan contenido como lo es la representación, requieren de ese debate público, de donde se desprende que el Derecho tributario es un Derecho para buscar un equilibrio, para lograr que esa relación entre el Estado y el contribuyente sea una relación de Derecho y no de poder, una relación donde los elementos constitutivos del tributo sea de la expresión legítima del órgano legislativo correspondiente en Estados como el nuestro, donde existe una división vertical o territorial del poder público, donde resultan tres niveles con características propias al cual se le ha conferido autonomía y, dentro de esta, la autonomía normativa y tributaria, para lograr el financiamiento del gasto público, sea nacional, estatal o local, así pues el Derecho tributario es el

Derecho del equilibrio y es un derecho transversal en tanto y en cuanto implica tener al Estado y a los sujetos pasivos en una igualdad que se impone cada día sea más logrado a la expresión teórica de lo que es el tributo, lo cual supone, la eliminación de privilegios y prerrogativas y modificaciones importantes en materia del contencioso tributario, de la tutela judicial efectiva, que no es objeto de este tema en particular pero que si constituye un elemento fundamental.

3. En tercer lugar, la interpretación del Derecho tributario no puede darse de manera aislada a la esencia del Estado Constitucional, sino que se requiere de una metodología muy particular que puede tener o debe tener varios pasos, a saber:
 - a) Los principios propios del Estado de democrático de Derecho.
 - b) Entender el Poder Público, su distribución y los principios que informan su actuación dentro de ese Estado de Derecho, lo cual supone, aceptación de poderes, la autonomía e independencia de los Poderes Públicos, el respeto a la legalidad, lo cual equivale a la observancia de la legalidad como principio rector definitorio de las competencias del Estado y de su actuación e incidencia en la esfera de los particulares y esto se pone en mayor evidencia con la tributación cuando estamos frente a la esencia de estas exigencias que limitan el derecho de propiedad.
 - c) Esa distribución del poder rentístico que lleva a la necesidad de entender por qué unos determinados tributos son reservados al Poder nacional otros al municipal y otros al arbitrio rentístico estatal y esto nos lleva al principio básico conforme al cual todo impuesto, tasa o contribución especial deriva de un concepto económico que es la renta y la forma en que se establece la exacción sobre esa renta va a depender del bloque de intereses públicos de la categorización y determinación del tipo de interés público que corresponda a esa noción intrínseca o del bloque intrínseco de la constitucionalidad como es el bloque de intereses públicos.
 - d) Lo atinente a que se tengan limitaciones propias de ese Poder tributario con fundamento en la existencia de un sistema, lo cual supone que el sistema tributario es un conjunto de exacciones con una pluralidad de órganos administrativos

encargados de su gestión y que llevan sin duda alguna a la necesidad de un orden para lograr los fines económicos del Estado, vale decir que el sistema tributario así analizado requiere además un elemento fundamental que es la naturaleza propia de cada impuesto, en función a los llamados principios de imposición legislados o principios de técnicas hacendística que dan justificación y creación a cada forma de impuesto, tasa o contribución especial y más específicamente la figura del impuesto, que es la más controversial, que permiten la interpretación del sistema tributario.

- e) Finalmente, todo esto lleva a la necesidad de entender que la tributación forma parte de la Constitución Financiera del Estado, la cual establece los principios ordenadores del sistema presupuestario, el manejo de los bienes públicos, el manejo de la contabilidad fiscal, el manejo de la política monetaria y la ordenación macroeconómica de ese sistema y es lo que se define como el sistema financiero público, dando una visión sistémica u holística a todos los elementos presupuestarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, “Acuerdo de duelo por fallecimiento de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas”, Caracas, enero, 2023. Disponible en <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2023/01/Acuerdo-de-Duelo-Josefina-Calcano-de-Temeltas.pdf>. Consultada el 22 de agosto de 2023.

ATALIBA, Geraldo, *Hipótesis de incidencia tributaria*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015.

BETANCOURT, Daniel. “Mínimo Tributable como instrumento de depredación y regresividad en el Impuesto sobre Actividades Económicas”, en *Patologías del sistema tributario venezolano: Memorias de las XVIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2019.

Blog one core, “¿Qué es el valor CIF?”. México, enero, 2018. Disponible en <https://blog.onecore.mx/que-es-valor-cif>. Consultado el 22 de agosto de 2023.

DE SOLA, Rene, “Discurso de contestación en el acto de incorporación de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, Caracas, marzo, 2000. Disponible en: https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS_2000_67_137_133_146.pdf. Consultada en fecha 22 de agosto de 2023.

JARACH, Dino, *Curso de Derecho Tributario*, Ediciones Cima, Buenos Aires, 1980.

MEHL, Lucien. *Elementos de Ciencia Fiscal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1964.

ROMERO MUCI, Humberto, “Luis Henrique Farías Mata tributarista”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 159, julio-diciembre 2019, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2019, p. 341 y siguientes. Disponible en <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/04/Bolet%C3%ADn-159.pdf>, consultada en fecha 22 de agosto de 2023.

Venezuela, Sentencia caso agentes aduanales, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N.º 3.498 Extraordinario del 9 de enero de 1985.

TEMAS VARIOS

**LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS:
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL A PARTIR DE LA
SENTENCIA N° 300 DE LA SALA POLÍTICO
ADMINISTRATIVA DE LA EXTINTA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA DEL 28 DE MAYO DE 1998**

*Antonio de Pedro Fernández**
*Pelayo de Pedro Robles***

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. DEL CONTENIDO LA SENTENCIA N° 300 DE LA SPA/CSJ DEL 28 DE MAYO DE 1998 Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL CON ANTERIORIDAD A ESA DECISIÓN. 2. DEL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA N° 300 DE LA SPA/CSJ DEL 28 DE MAYO DE 1998. 3. NOCIÓN DE DOCUMENTO ADMINISTRATIVO EN ATENCIÓN A LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES ANTES REVISADOS. 4. BREVE REFERENCIA JURISPRUDENCIAL DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO COMO MEDIO DE PRUEBA Y SU OPORTUNIDAD PROCESAL

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo (España), Doctor en Derecho por la misma universidad. Abogado por la UC (homologación). Fue Consultor Jurídico en el CONICIT. Juez titular (jubilado) del Tribunal de la Carrera Administrativa. Fue Profesor Agregado de la UC. Fue Profesor titular de la USM y UJMV. Fue Profesor de Post-grado en la USM, UCV, UCAB y UCAT. Fue Abogado Asistente en la SPA/ CSJ. Fue Abogado Relator en la CPCA y en el Consejo de la Judicatura.

** Abogado por la USM, Estudios de Doctorado en la UC3M (España), Especialista en Derecho Administrativo en la USM. Profesor Asociado en la USM. Fue Profesor de Post-grado en la UJMV. Profesor de Post-grado en la UMET. Fue Consultor Jurídico en el CONICIT. Fue Socio en Hoet, Castillo & Duque. Fue Gerente Corporativo de Asuntos Legales en la Corporación CANTV. Asesor Legal Independiente.

PARA SER INCORPORADO AL JUICIO SIENDO EL PRINCIPAL SOPORTE MATERIAL DE LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS. 5. A MANERA DE CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de su extensa y fructífera carrera como Magistrada de nuestro Máximo Tribunal, la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas abarcó diferentes aspectos del Derecho Público, especialmente del Derecho Administrativo. Célebres fueron sus decisiones que significaron grandes aportes al Derecho Administrativo en materias sobre el silencio administrativo, revocación de los actos administrativos y amparo constitucional, entre otras. Dentro de ese interesante y amplio legado, hemos querido rescatar una decisión – a nuestro juicio – interesante y novedosa por la materia objeto de la decisión en cuanto a la naturaleza jurídica y tratamiento que se le debería dar a los llamados documentos administrativos, como una tercera categoría documental y su tratamiento como prueba.

La sentencia en referencia no fue pionera en el estudio y calificación de los documentos administrativos, ya con anterioridad, tanto las Cortes Contencioso Administrativas como la propia Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (SPA/CSJ), habían abordado el tema, con mayor o menor éxito. No obstante, fue la decisión bajo análisis la que precisó en su naturaleza, al otorgarle a esta documentación, una categoría distinta al carácter de documento público, que, con algunas confusiones por parte de determinados órganos jurisprudenciales, prevalece en la actualidad. Así, el fallo en comentario determinó que los llamados documentos administrativos no eran asimilables ni a los documentos privados ni a los documentos públicos, lo que desde el punto de vista probatorio implicaba que no pudieran ser desconocidos en cuanto a su contenido y firma (como los documentos privados) y ni tachados de falsedad (como aplica en los documentos públicos). De allí que – como apunta la decisión bajo estudio -, los llamados documentos administrativos solo pueden ser desvirtuados mediante la utilización de cualquier medio de prueba en contrario, en la oportunidad del lapso probatorio, dado que, al no tratarse de documentos públicos, es únicamente en ese lapso que deben ser promovidos. En la actualidad estos instrumentos han sido denominados como documentos públicos administrativos en algunas sentencias

consultadas, específicamente de la jurisdicción civil¹, lo que no contribuye con clarificar su naturaleza, ya que el adjetivo de “público” que se acompaña, puede confundirlos con los documentos públicos – *estricto sensu* – lo que ha generado, una gran variedad de sentencias, en algunos casos contradictorias y controversiales producto de la inclusión de ese calificativo. He allí que la sentencia de la SPA/CSJ N° 300, bajo la ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas cobra gran valor, ya que se erige como una decisión que nos ilustra en cuanto a la verdadera naturaleza jurídica de esta documentación, distinta a otros instrumentos jurídicos. No es casual, que 25 años después de ser dictada, siga siendo el referente jurisprudencial por excelencia sobre el cual se sustentan las mayorías de las decisiones que en los tiempos vigentes abordan este tema.

También hemos querido aprovechar la oportunidad para explorar, aunque de una manera sucinta, la importancia del expediente administrativo dentro del proceso contencioso administrativo como receptor, principalmente, de las actuaciones administrativas que contienen los documentos administrativos² y como elemento probatorio esencial en estos procesos judiciales, con especial referencia al tratamiento jurisprudencial en la actualidad.

1. Del contenido la sentencia N° 300 de la SPA/CSJ del 28 de mayo de 1998 y su tratamiento jurisprudencial con anterioridad a esa decisión

La sentencia en comentario surge con ocasión del proceso impugnación de la licitación pública internacional del Proyecto Caruachi, Contrato N° 103-31, Préstamo Banco Interamericano de Desarrollo (B.I.D.) N° 788/OC-VE, Construcción Casa de Máquinas, Presa de Concreto y Aliviadero, Montaje de Equipos Electromecánicos Auxiliares, promovida por la empresa pública Electrificación del Caroni, C.A. (EDELCA), perteneciente a la Corporación Venezolana de Guayana (CVG). Originalmente, el juicio se presentó ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa (CPCA), que negó las pruebas promovidas por EDELCA, representadas en los antecedentes administrativos del

¹ La doctrina y la jurisprudencia civilista los denominan “documentos públicos administrativos” para diferenciarlos de los documentos públicos negociables que prevé el artículo 1357 del Código Civil.

² Debemos aclarar que no todos los documentos que forman el expediente administrativo son documentos administrativos, pues el mismo puede estar también integrado por documentos públicos y privados que en ningún caso perderán su naturaleza por el hecho de formar parte del expediente administrativo.

procedimiento de licitación pública internacional antes reseñado (documentos administrativos), siendo del conocimiento de la SPA/CSJ. Así, la citada Sala, bajo ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas debía determinar el régimen aplicable a la promoción y evacuación de estas documentales y su oportunidad de promoción en el proceso judicial. A tal efecto, la SPA/CSJ estableció lo siguiente:

“... Especialmente, debe determinar esta Sala si es válida la promoción de los referidos documentos, hecha por la C.V.G. Electrificación del Caroni, C.A. (EDELCA), de manera pormenorizada en el Capítulo I de su escrito de promoción, a reserva de evacuarlas “en la oportunidad legal correspondiente”, o si, por el contrario, resulta inadmisibile la promoción realizada en esos términos.

Sobre este particular, el auto apelado, luego de revisar la distinción doctrinal y jurisprudencial entre documentos públicos y documentos administrativos, sostuvo que:

“los documentos administrativos se rigen por la norma contenida en el Aparte Único del artículo 434 ejusdem (Código de Procedimiento Civil), en concordancia con el artículo 127 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por lo que deberán ser producidos dentro del lapso de promoción de pruebas, o anunciarse en él de donde deben compulsarse”.

Al respecto, observa esta Corte que, en materia de pruebas, el principio general consiste en que los medios de pruebas que quieran hacer valer las partes deben promoverse en el lapso de “promoción” (artículo 396 del Código de Procedimiento Civil); y producirse o evacuarse en la etapa de “evacuación” (artículo 400 del Código de Procedimiento Civil). Este principio general admite, sin embargo, ciertas excepciones. Así, en primer lugar, en supuestos la Ley Procesal permite que determinadas pruebas sean incorporadas a los autos luego de precluida la etapa procesal de “evacuación”, mientras que en otros casos se impone, al promovente, la carga de evacuar o producir la prueba dentro del lapso de promoción, es decir, antes de que se dé inicio al lapso de “evacuación”.

Ambas situaciones son excepcionales, de allí que siempre se requiere una disposición legal que autorice la evacuación, según el caso. Por tanto, a falta de esa norma especial, debe aplicarse el principio general antes referido, conforme al cual, en la etapa de

promoción de pruebas las partes deben anunciar (promover) aquellos medios de que quieran valerse, y producirlos o evacuarlos en el lapso de “evacuación”.

En el presente caso, el fallo recurrido consideró que los documentos anunciados por C.V.G. Electrificación del Caroni, C.A. (EDELCA), en el Capítulo I de su escrito de promoción, debieron producirse “durante el lapso de promoción de pruebas”. A esta conclusión llegó el a-quo, luego de señalar que dichos documentos -por integrar los antecedentes del procedimiento licitatorio- tienen carácter de documentos administrativos, los cuales no podían asimilarse a los documentos públicos, sino que -en opinión de la recurrida- quedaban sometidos a lo previsto en el aparte único del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, norma que obliga a producir los documentos privados en el lapso de promoción de pruebas, o anunciarse en él de donde deban compulsarse.

Comparte esta Sala el criterio de la recurrida, en el sentido de que los documentos administrativos promovidos por la apelante no tienen el carácter de instrumentos públicos conforme lo establecido en el artículo 1.357 del Código Civil y, por ende, no pueden producirse “en todo tiempo, hasta los últimos informes”. En efecto, como se explicó con anterioridad, la posibilidad consagrada en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, de llevar pruebas al expediente (instrumentos públicos en este caso) luego de fenecida la etapa de evacuación, constituye una excepción al principio general de que las pruebas deben anunciarse en la etapa de promoción y producirse en la etapa de evacuación, y como toda excepción, debe ser interpretada de manera restringida, sin que tengan cabida interpretaciones o aplicaciones extensivas o analógicas de dicho precepto.

No participa sin embargo esta Corte de la segunda premisa del fallo recurrido, conforme a la cual, los documentos administrativos quedan sometidos a lo previsto en el único aparte del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, pues el ámbito de aplicación de ese precepto se reduce a los documentos privados, como se evidencia claramente de su contenido:

“En todos estos casos de excepción, si los instrumentos fueren privados, y en cualquier otro, siendo de esta especie, deberán producirse dentro de los quince días del lapso de promoción de pruebas, o anunciarse en él de donde deban compulsarse, después no se le admitirán otros”.

Observa la Corte que la norma transcrita precedentemente, consagra también una excepción al principio general en materia de evacuación de pruebas, ya que establece una carga para el promovente, obligándolo a producir, antes del lapso de evacuación, los documentos privados que quiera hacer valer. El carácter excepcional de esta disposición obliga a que su aplicación deba hacerse con el mismo rigor interpretativo aplicado en el caso de los instrumentos públicos, de manera que, así como el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil -que permite evacuar documentos públicos hasta informes- no puede ser aplicado del artículo 434 ejusdem a supuestos no regulados en esa norma, más aún cuando dicho precepto impone una carga procesal al promovente, al obligarlo a producir los documentos privados que pretenda utilizar en juicio antes de llegar al lapso ordinario de evacuación de pruebas.

En esa inadecuada aplicación analógica del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil ha incurrido el fallo recurrido, al extender dicho precepto a los documentos promovidos por la empresa apelante.

Ciertamente, como bien lo señaló él a quo, los documentos promovidos por la apelante son documentos administrativos, ya que integran los antecedentes del procedimiento de licitación pública internacional “Proyecto Caruachi, Contrato N° 103-31, Préstamo B.I.D. 788/OC-VE, Construcción Casa de Máquinas, Presa de Concreto y Aliviadero, Montaje de Equipos Electromecánicos Auxiliares”.

Esta especie de documentos -los administrativos- conforman una tercera categoría dentro del género de la prueba documental, y por tanto, no pueden asimilarse plenamente a los documentos públicos, ni a los documentos privados. La especialidad de los antecedentes administrativos radica, fundamentalmente, en que gozan de una presunción de legitimidad, autenticidad y veracidad, pero tal presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Se distinguen así esta especie de documentos de los instrumentos públicos, que sólo pueden ser impugnados mediante la tacha de falsedad; y de los meros documentos privados, que pueden ser, incluso, desconocidos en contenido y firma por el adversario.

Siendo los documentos administrativos -como los promovidos por la empresa apelante un medio de prueba distinto de los documentos privados resulta claro para esta Sala que no pueden aquellos quedar

sometidos a la disposición consagrada en el aparte único del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, pues dicho precepto regula, única y exclusivamente la oportunidad en que deben producirse los documentos privados.

Observa la Sala finalmente, que no existiendo una disposición procesal especial que regule la oportunidad en que deben producirse en juicio los documentos administrativos, razón por la cual resulta plenamente aplicable, en esta materia, el principio general consagrado en los artículos 396 y 400 del Código de Procedimiento Civil. En tal virtud, las partes que quieran servirse de un documento de esta especie pueden anunciarlo o promoverlo en el lapso de promoción y producirlos o evacuarlos en la etapa de evacuación de pruebas.

Juzga en consecuencia esta Corte, que actuó ajustada a de derecho la empresa apelante, cuando anunció, de manera pormenorizada en el Capítulo I de su escrito de promoción, los documentos administrativos que quería hacer valer en este proceso contencioso administrativo, y se reservó el derecho de evacuarlos “en la oportunidad legal correspondiente”, oportunidad ésta que, según se declaró con anterioridad, no es otra que el lapso de evacuación de pruebas. Así se decide...”³

En atención a esta decisión, los documentos administrativos se constituyen en una tercera categoría de documentos, diferentes a los instrumentos públicos y a los privados, emitidos por la Administración Pública, contentivos de una actuación o asiento administrativo que goza de una presunción “*iuris tantum*” de legitimidad, autenticidad y veracidad. De igual modo, por no tratarse de un documento público, su promoción en el proceso judicial debe realizarse en lapso estipulado por la Ley para tal fin.

³ Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, sentencia N°300 del 28 de mayo de 1998, consultada en *Revista de Derecho Público*, N°73-74/75-76, Enero-Diciembre 1998, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 293-296. Disponible en <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/1998-REVISTA-73-74-75-76.pdf>. Consultado en fecha 15 de noviembre de 2022.

Con anterioridad a esta decisión, como nos señala PIMENTEL HENRIQUEZ, la CPCA ya había dado la calificación de documento administrativo a ciertos documentos emanados de la Administración Pública como por ejemplo las actas fiscales emanadas.⁴

Pero concreta-mente en cuanto a su naturaleza, en fallos anteriores al dictado por la SPA/CSJ, la jurisprudencia se había manifestado de una forma dubitativa en torno a ello. Así, como lo recoge la autora mencionada, en algunas decisiones los instrumentos emanados de la Administración Pública se consideraban como documentos públicos y en otras, se les daba una calificación intermedia entre documentos públicos y privados. En cuanto a su tratamiento como documento auténtico se encuentran las decisiones de la CPCA de fecha: 14-04-83, 25-01-83, 20-06-83, 31-01-84, 9-9-84, 14-03-85, 17-01-85, 7-11-85, 3-05-90 y 14-06-90.⁵

Por su parte, la SPA/CSJ tampoco había tenido una postura clara en torno a la naturaleza de estos documentos, prevaleciendo su naturaleza de documento público.⁶

De significativa importancia para el tema que nos ocupa, encontramos la sentencia del año 1971 del 18 de febrero, la cual ya apuntaba a su diferenciación de los documentos públicos y de los privados:

“... Se ha calificado como documentos públicos los instrumentos contentivos de actuaciones de los funcionarios públicos en ejercicio de su competencia o funciones propias, y consecuentemente, ha sostenido el criterio de que la fuerza probatoria de los mismos no se puede destruir sino mediante el procedimiento de tacha.

Si bien es cierto que las actuaciones de los funcionarios públicos no pueden asimilarse por su diferente formación y estructura jurídica, a los actos que en el derecho se califican como documentos

⁴ María Gabriela Pimentel Henríquez, “El Documento Administrativo. Medio Probatorio y Formas de Redargüirlo”, en *Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años Especialización en Derecho Administrativo, Estudios de Derecho Administrativo Vol.II*, Fernando Parra Aranguren & Armando Rodríguez García Editores, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N°2, Caracas, Venezuela, 2001, p. 374.

⁵ *Ibid.*, p. 375. A título de ejemplo la autora nos cita la Sentencia de fecha 9-8-93 que lo califica como un documento público.

⁶ *Ibid.*, pp. 375 y 376. Al respecto se destacan las sentencias de la SPA/CSJ de fecha: 4-7-67 y 27-7-70.

públicos, no lo es menos que la fe pública que la Ley atribuye a algunas de las actuaciones de los funcionarios solamente es desvirtuable por el procedimiento de tacha...”. (Negritas nuestras).⁷

Finalmente, en cuanto a la legislación vigente para la fecha de la decisión, la Ley Orgánica de Procedimientos administrativo (LOPA) contemplaba alguna disposición sobre la formación del expediente administrativo pero no establecía ninguna que nos diera una noción o definición sobre el particular. Es cierto que se hace referencia a ellos en algunos artículos de la LOPA (32 y 54) como hemos mencionado pero sin entrar a definirlos. De igual modo se hace algunas consideraciones en las leyes de la Contraloría y la Procuraduría General de la República, entre otras.

2. Del tratamiento jurisprudencial del documento administrativo con posterioridad a la sentencia N° 300 de la SPA/CSJ del 28 de mayo de 1998

Las distintas decisiones que a raíz de la sentencia N° 300, se han producido, no han significado cambios importantes en torno a la naturaleza jurídica de los llamados documentos administrativo. Así, la mayoría de los fallos emitidos por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, salvo algunas excepciones, han mantenido el criterio de darle una tercera categoría a estos instrumentos, distinta a los documentos públicos y a los privados, ello incluye las decisiones dictadas por los órganos de la jurisdicción tributaria también. Se mantiene el criterio de su pleno valor probatorio mientras no sean desvirtuados en el juicio.

Donde no ha existido un criterio uniforme con la jurisprudencia contencioso administrativa, es en las decisiones proferidas por otros tribunales, especialmente de la jurisdicción civil. Como hemos apuntado al inicio de este trabajo, parte de la confusión viene dada por la denominación que actualmente se les da a estos instrumentos: documentos públicos administrativos por parte de esa jurisdicción.

⁷ Extracto tomado por PADILLA G..., Guillermina, “El Documento Administrativo en la Jurisprudencia Venezolana. Breve Referencia al Código de Procedimiento Civil. Comentarios Jurisprudenciales” en *Revista de Derecho Público*, N°37, Enero-Marzo 1989, *Editorial Jurídica Venezolana*, p. 135 Disponible en https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/rdpub_1989_37.pdf. Consultado en fecha 22 de noviembre de 2023.

Ello ha motivado que algunos fallos, principalmente de instancia, todavía se les califiquen a estos documentos como instrumentos públicos.⁸

En cuanto a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el criterio es similar a la SPA/TSJ. En tal sentido encontramos la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del año 2003, en la cual se ratifica las características que tales documentos gozan: presunción de veracidad y legitimidad. De igual modo, se resalta como elemento de la autenticidad la firma de un funcionario público competente para otorgarlo y el sello de la oficina respectiva:

“... En el caso de autos, la pretensión de amparo se fundamentó en que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo habría violado el derecho a la defensa y debido proceso de la demandante porque no se pronunció, en vía de apelación, sobre los argumentos que desacreditaban el carácter de documentos públicos o bien de documentos administrativos, de las pruebas documentales que se aportaron en el acto de informes durante la primera instancia y que resultaron fundamentales para la desestimación de la querrela de la parte actora.

Ahora bien, la Sala estima que la demanda de amparo debe declararse improcedente, por cuanto el tribunal que pronunció la sentencia recurrida no actuó fuera del ámbito de su competencia o en abuso o extralimitación de funciones. Más bien, por el contrario, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo actuó conforme a los dispuesto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil al otorgarle valor a las documentales presentadas en informes, consistentes en documentos públicos y documentos públicos administrativos.

El concepto de documento público administrativo ha sido tratado ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Político Administrativo, y se fundamenta en que los actos escritos emanados de la Administración Pública gozan de una presunción de veracidad y legitimidad, lo que es característico de la autenticidad; formalmente para que un acto sea auténtico se requiere que esté firmado por el funcionario competente para otorgarlo, y que lleve el sello de la oficina que dirige.

⁸ Debemos aclarar que la jurisdicción contencioso administrativa también usa la denominación de documentos públicos administrativos como podemos apreciar en algunos fallos aquí consultados, no obstante tal calificación no es tan generalizada como la empleada por la jurisdicción civil.

En el caso de autos existe una certificación general emanada del Tribunal de Carrera Administrativa sobre una serie de documentos, y entre estos destaca el oficio SCM-2139 y el oficio SCM-1998 ambos emanados del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República, los cuales fueron considerados auténticos por el tribunal que emitió las copias conforme al artículo 1385 del Código Civil, y donde se observa junto con la firma del funcionario, el sello del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia; dichos documentos fueron tomados en cuenta por el fallo impugnado como documentos auténticos, sin importar que formaran parte del expediente administrativo, motivo por el cual el juzgamiento realizado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo con relación a dichos documentos, además de formar parte de la motivación del sentenciador, que no es verificable mediante el amparo, se basa en un razonamiento en principio aceptable, cual es el que los documentos emanados del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia correspondía a copias auténticas valorables con independencia al legajo al cual pertenecían, cual es el expediente... ”.⁹

Con anterioridad a esta decisión, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA/TSJ) en el caso: Consolidada de Ferrys, C.A., ya nos manifestaba que la determinación de presunción de veracidad y legitimidad de estos documentos, está amparada en las propias características de los actos administrativos en ellos contenidos. Es decir, para la Sala no es posible hablar de un acto administrativo si éste no consta en un soporte material (documento administrativo) y es entonces, que dicho documento adquiere las mismas características de éste:

“... Se trata de actos administrativos que, como particular medio de prueba documental, deben plasmarse o editarse por escrito, deben ser recogidos en un instrumento; lo cual hace que la relación entre los elementos contenido-objeto del documento público administrativo sea ad substantiam actus, es decir, que no existe el acto administrativo si el mismo no consta en un documento.

Así, la doctrina ha definido las actas de reparo fiscal como documentos administrativos, emitidas por funcionario público, ya que son el resultado de la actividad de fiscalización e investigación de la Administración Tributaria, cuya base es el principio general de

⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1307 del 22 de mayo de 2003. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>, consultado en fecha 23 de noviembre de 2023.

documentación de los actos administrativos. Son documentos administrativos de trámite, que gozan de autenticidad, por su naturaleza, pues su formación o autoría se puede imputar a un determinado funcionario, previo el cumplimiento de las formalidades legales, acreditando tal acto como cierto y positivo; con fuerza probatoria plena, en los límites de la presunción de veracidad que las rodea, mientras que no se pruebe lo contrario.

En este sentido se advierte que, la ley no le otorga al funcionario que emite el documento administrativo, expresamente, la facultad para transmitir “fe pública” de su contenido, como sí lo hace en el documento público, en los términos del artículo 1357 del Código Civil; sino que goza sólo de autenticidad como antes se afirmó, en razón de o cual la presunción de plena fe erga omnes está sujeta a la posibilidad de ser desvirtuada a través de los medios probatorios idóneos a tal fin.

En efecto, el valor probatorio de las actas de reparo fiscal, por su autenticidad, gozan de plena fuerza probatoria, y por la presunción de veracidad que las rodea dan certeza respecto a las afirmaciones materiales sobre los hechos en ellos contenidos, hasta prueba en contrario... ”.¹⁰

En este mismo sentido se pronunció la misma Sala en su sentencia del 16 de mayo de 2003, al dejar sentado lo siguiente:

“... Los documentos públicos administrativos son aquellos realizados por un funcionario competente actuando en el ejercicio de sus funciones, pero que no se refiere a negocios jurídicos de los particulares, sino que tratan de actuaciones de los referidos funcionarios que versan, bien sobre manifestaciones de voluntad del órgano administrativo que la suscribe, conformando la extensa gama de los actos constitutivos (concesiones, autorizaciones, habilitaciones, admisiones, suspensiones, sanciones, etc.), o bien constituyen manifestaciones de certeza jurídica que son las declaraciones de ciencia y conocimiento, que a su vez, conforman la amplia gama de los actos declarativos (certificaciones, verificaciones, registros, etc.), y que por tener la firma de un funcionario administrativo están dotados

¹⁰ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 40 del 15 de enero de 2003. Extracto tomado por Alexis J. Crespo D., “Anotaciones acerca de la prueba en el contencioso administrativo”, en *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, Fernando Parra Aranguren (Ed.), Tribunal Supremo de Justicia, Colección de libros homenaje N° 13, Caracas, Venezuela, 2004, pp. 365 y 366.

de una presunción desvirtuable de veracidad y legitimidad de su contenido, en razón del principio de ejecutividad y ejecutoriedad que le atribuye el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y por tanto deben considerarse ciertos hasta prueba en contrario ...”.¹¹

Al igual que los documentos administrativos, los documentos públicos son firmados por un funcionario público con competencia para ello. Pero se diferencian de los documentos administrativos, porque no solo debe ser competente legalmente para suscribirlo, sino que la Ley le debe otorgar la facultad para dar fe pública.

Así lo establece la sentencia N° 497 de la SPA/TSJ de fecha 20 de mayo de 2004:

“... En primer lugar, debe aclarar esta Sala, que la parte recurrente yerra al afirmar reiteradamente que los reposos emitidos por el mencionado Instituto son documentos públicos.

En este sentido, se advierte que no todos los documentos emanados de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones son documentos públicos, ya que tal naturaleza sólo la poseen aquellos documentos que han sido emitidos por funcionarios a los que la ley faculta para dar fe pública; de esta forma, los documentos producidos por cualesquiera otros funcionarios son considerados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia patria, como documentos administrativos, los cuales si bien poseen una presunción de veracidad, legitimidad y autenticidad, pueden ser desvirtuados por prueba en contrario, sin que sea necesaria una tacha de falsedad.

Así, el documento administrativo se configura como una tercera categoría de prueba instrumental que no puede asimilarse al documento público previsto en el artículo 1.357 del Código Civil, por el contrario, conforme al criterio establecido por esta Sala en sentencia N° 692 del 21 de mayo de 2002, los documentos administrativos se asemejan a los documentos privados reconocidos o tenidos por reconocidos, “pero sólo en lo que concierne a su valor probatorio, dado que en ambos casos, se tiene por cierto su contenido, en tanto

¹¹ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 01-885 del 16 de mayo de 2003, caso: Henry José Parra Velásquez. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#2>. Consultado en fecha 17 de noviembre de 2023.

que las declaraciones efectuadas en dichos instrumentos no sean objeto de impugnación a través de cualquier género de prueba capaz de desvirtuar su veracidad... ”. (Negritas nuestras)¹²

En este mismo sentido se pronuncia la SPA/TSJ en su decisión de fecha 12 de julio de 2007¹³:

“... Delimitado lo anterior, no puede esta Sala pasar por alto que de acuerdo con la persona que incorpore algún acta al expediente administrativo, se pueden dar tres supuestos, a saber: i) Los documentos emanados de los funcionarios públicos sustanciadores del procedimiento administrativo, en ejercicio de sus atribuciones legales, los cuales constituirán documentos administrativos; ii) Los documentos emanados de los particulares interesados en el procedimiento y; iii) Los documentos emanados de terceros, distintos a las partes involucradas, entendiéndose como partes a la autoridad administrativa sustanciadora del expediente y a los legítimos interesados en el procedimiento; tales como informes emanados de organismos públicos o privados necesarios para la resolución de la controversia, en los términos consagrados en el artículo 54 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, tal y como se advirtiera, cada instrumental incorporada al expediente administrativo tendrá el valor probatorio conforme a la naturaleza del documento que se trate, pero tal y como lo ha establecido esta Sala, los documentos administrativos se valorarán igualmente como un instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.363 del Código Civil.

En atención a lo expuesto, cuando el impugnante proceda a objetar determinada acta del expediente –no el expediente- el medio de impugnación dependerá de la naturaleza de la prueba

¹² Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 497 del 20 de mayo de 2004, caso: Alida Magali Sánchez. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 17 de noviembre de 2023.

¹³ Dicha sentencia aun cuando comparte la tesis sobre la naturaleza jurídica de los documentos administrativos de la sentencia N° 300 del 28 de mayo de 1998, objeto de este trabajo, difiere de ésta en cuanto a la oportunidad de la presentación del expediente administrativo, asunto que será tratado en la oportunidad de nuestros planteamientos relacionados con ese tema.

instrumental que se pretenda desconocer, toda vez que el medio de ataque deberá ser, según el caso, el propicio para enervar el valor probatorio del instrumento que se discute (Negritas nuestras).¹⁴

También las Cortes Contenciosas para la época (hoy Juzgados Nacionales) ratificaron estos criterios. Así, por ejemplo, encontramos la sentencia N°. 2007-361 de fecha 14 de marzo de 2007, caso: María del Carmen Méndez Vs. Ministerio Del Trabajo de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (CSCA), donde se estableció lo siguiente:

“Así, pues, las actas del procedimiento administrativo deberán constar en un expediente, tales actas son en su mayoría documentos administrativos que emanan de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, razón por la que merecen plena fe y admiten prueba en contrario, para ello, quien quiera desvirtuar los documentos administrativos deberán aportar alguna prueba idónea con el fin de destruir la validez de las copias certificadas del expediente disciplinario -aportado por el organismo querellado- que debe ser incorporada en el proceso en cumplimiento de las formas procesales establecidas en la ley...”.¹⁵

O lo expresado por la citada Corte en su sentencia del año 2009:

“... En ese sentido, esta Corte considera que tales planillas de Control de Asistencia constituyen documentos administrativos los cuales contienen toda la información de entrada y salida de los funcionarios adscritos a la Gerencia de Almacenamiento y Disposición de Bienes Adjudicados del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), y que por tener la firma de un funcionario administrativo, como en este caso lo representa la firma del Gerente de Recursos Humanos del referido ente, así como el sello húmedo de la Gerencia a la cual dependía el querellante, considera esta Alzada que tales documentos se encuentran dotados de una presunción de certeza y veracidad (...) Respecto de los mencionados documentos administrativos, el procesalita Arístides Rengel Romberg ha sostenido que la función de

¹⁴ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1257 del 12 de julio de 2007, caso: Sociedad Mercantil Eco Chemical 2000, C.A. contra la Resolución N° 317 de fecha 12 de septiembre de 2005, dictado el hoy Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 17 de noviembre de 2023.

¹⁵ Disponible en <http://jca.tsj.gob.ve/jurisprudencias/extracto.asp?id=025&ns=1009524>. Consultado en fecha 17 de noviembre de 2023.

los mismos “...no es otra que la de documentar los actos de la administración que versan sobre manifestaciones de voluntad del órgano administrativo que la suscribe o sobre manifestaciones de certeza jurídica...”. (Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Tomo IV, p. 152)...”. (Negritas nuestras)¹⁶

Dentro de la variada gama que conforman los documentos administrativos, también hemos de incorporar las comunicaciones emanadas de la Administración Pública, incluyendo las emitidas por una empresa del Estado.

Como precedente podemos destacar la comunicación emitida por la Presidencia de HIDROCAPITAL en la cual le comunica a la recurrente, su decisión de rescindir unilateralmente un Contrato de Servicios:

“... En efecto, conforme al criterio jurisprudencial imperante sobre la materia, el documento administrativo es el que emana de un funcionario competente con arreglo a las formalidades de ley, que contiene una declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos; asimilándose, en lo que atañe a su valor probatorio, a los instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, en los términos establecidos en el artículo 1.363 del Código Civil, toda vez que hacen fe del hecho material de las declaraciones en ellos contenidas, hasta prueba en contrario. (Vid. Sentencias de esta Sala números 01257 y 00117 del 12 de julio de 2007 y 29 de enero de 2008, respectivamente).

Dicha comunicación, por emanar de HIDROCAPITAL y estar firmada por un funcionario autorizado por la ley en el marco de la prestación de un servicio público y formar parte del expediente administrativo, debe considerarse como un documento administrativo que goza de presunción de legalidad, legitimidad y veracidad.

En efecto, conforme al criterio jurisprudencial imperante sobre la materia, el documento administrativo es el que emana de un funcionario competente con arreglo a las formalidades de ley, que contiene una declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos; asimilándose, en lo que atañe a su valor probatorio, a los instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, en los términos establecidos en el artículo 1.363 del

¹⁶ Disponible en http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/decisiones_dia.asp?instituto=1259&fc=30/09/2009&id=025. Consultada en fecha 17 de noviembre de 2023.

Código Civil, toda vez que hacen fe del hecho material de las declaraciones en ellos contenidas, hasta prueba en contrario. (Vid. Sentencias de esta Sala números 01257 y 00117 del 12 de julio de 2007 y 29 de enero de 2008, respectivamente).

De conformidad con lo expuesto, la comunicación dirigida por la compañía anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDRO-CAPITAL) a la sociedad mercantil Sarinomar, Asesores Administrativos, S.R.L. en fecha 29 de abril de 1999, debe tenerse como cierta, toda vez que no consta en autos prueba alguna que desvirtúe su contenido, otorgándole la Sala valor probatorio. Así se declara... ”.¹⁷

No menos controversial es la sentencia de fecha 11 de febrero de 2021, al calificar como documento administrativo las constancias emitidas por los Consejos Comunales¹⁸, específicamente las constancias de residencias. En dicho fallo, se le concede valor probatorio de documento administrativo y se tienen como ciertas las declaraciones en ellas contenidas.

En esta Sentencia, se ratifica la potestad de los Consejos Comunales para emitir constancias de residencia, conforme lo previsto en el artículo 29 numeral 10 de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, al igual que las emitidas por las Juntas de Condominio y las Asociaciones de Vecinos, pero éstas no serían documentos administrativos de acuerdo con el criterio jurisprudencial que hemos reseñado porque no son emitidas por funcionarios públicos facultado por ley ni emanan de órganos de la Administración Pública¹⁹:

“...En tal sentido, los consejos comunales se constituyen como organizaciones mediante las cuales los ciudadanos y ciudadanas se integran y bajo esta modalidad ejercen el derecho constitucional a la participación en los asuntos públicos, en los términos precedentemente

¹⁷ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 503 de fecha 29 de abril de 2008, caso: SARINOMAR contra HIDROCAPITAL, por cumplimiento de contrato. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 17 de noviembre de 2023.

¹⁸ No olvidemos que con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los actos dictados de los Consejos Comunales son objeto del control de esa jurisdicción con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7, numeral 4.

¹⁹ Tampoco los Consejos Comunales, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública o la Ley Orgánica que los rige, son instancias administrativas,

referidos, dichas entidades se encuentran sujetas al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando actúan en función administrativa, siendo una de las formas en que esta se materializa la emisión de los llamados actos administrativos.

Además, se observa que los consejos comunales tienen atribuida legalmente la competencia para expedir constancias de residencia, es decir, emitir declaraciones de conocimiento que acrediten la dirección habitual y permanente de sus habitantes en los límites del ámbito geográfico de cada comunidad, y como tales deben reputarse como actos administrativos.

Por consiguiente, resulta forzoso para esta Máxima Instancia conceder valor probatorio de documento administrativo a las referidas constancias de residencia cursantes en autos y, por tanto, se establece como ciertas las direcciones de residencia tanto del demandante como de su apoderado judicial señaladas en dichos documentales, y que las mismas se encuentran ubicadas a una distancia considerable de la sede principal de este Tribunal Supremo de Justicia... ”.²⁰

Resulta interesante la sentencia de la Sala Político Administrativa del TSJ, no solo porque ratifica el reconocimiento de los Consejos Comunales con atribuciones legales para expedir estas constancias, sino porque le da el carácter de acto administrativo a la actuación de los Consejos Comunales mediante la cual expiden constancias de residencia y por tanto se les concede valor probatorio de documento administrativo.

No podemos dejar de referirnos a los instrumentos legales que rigen en la actualidad la actividad de la Administración Pública producto del uso de las nuevas tecnologías y soportes virtuales, los cuales en esencia son también documentos administrativos y sobre los cuales hacen referencia algunas disposiciones legales. Estamos hablando de las normas contenidas en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos en sus artículos 45, 46, 51, 62 numeral 7, entre otros o de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas del año 2014, que permiten generar documentos en formato digital y comunicarlos con autenticidad, gracias al uso de la firma electrónica. Al respecto nos señala AMONI REVERÓN:

²⁰ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3 del 11 de febrero de 2021, caso: Miguel Alexander Alvarado Pérez contra Resolución Nro. 019873 de fecha 10/7/2017, emitida por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 16 de noviembre de 2023.

“Los actos administrativos, de trámite y definitivo, ya no tenían que ser necesariamente en papel, sino que bastaba mantenerlos almacenados en un ambiente digital para estimarlos ajustados a Derecho. Por lo que el acto administrativo comenzaba a ampliar sus posibilidades formales.

Pero hasta aquí no podía hablarse de procedimiento administrativo telemático, para ello también era necesario poder archivar tales actos, intercambiarlos desde un lugar y tiempo determinados y, principalmente, dotarlos de autenticidad.

En este orden de ideas, la misma Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas ya prescribía la posibilidad de generar expedientes administrativos digitales mediante el uso de mensajes de datos que pudieran ser consultados a futuro, mantener su integridad e inalterabilidad y conservar el orden en un mismo procedimiento, y entre procedimientos diversos. Con esta previsión, vio la luz el expediente administrativo electrónico conformado por documentos que han podido ser identificados con la firma de su autor, requisito que, al igual que las demás formalidades, también podía generarse en un ambiente digital”.²¹

Con la promulgación de estos instrumentos legales que adaptan el procedimiento administrativo a las tecnologías actuales, surgen nuevos soportes digitales que también se constituyen en documentos administrativos, igual que el soporte material. Así, la Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado en el año 2012, conocida como Ley de Interoperabilidad, la cual autoriza a los órganos y entes del Estado a sustanciar sus actuaciones administrativas, total o parcialmente, por medios electrónicos, y la Ley de Infogobierno del año 2013 que impone al Poder Público el uso de tecnologías de información para relacionarse con los particulares, quienes podrán presentar solicitudes, realizar pagos, recibir notificaciones, acceder a la información pública y al expediente que se esté tramitando, presentar documentos y pedir copias, todo mediante el uso de tecnologías de información y con igual valor que los mismos actos realizados de forma tradicional, reiterando la validez del procedimiento

²¹ Gustavo Adolfo Amoni Reverón, “El Procedimiento Administrativo a partir de la Ley de Interoperabilidad y la Ley de Infogobierno”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 7, Caracas, Venezuela, 2016, p. 428. Disponible en <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2016/12/pp.-419-456-AMONI-REVERON.pdf>. Consultado en fecha 17 de noviembre de 2023.

administrativo telemático que consagra el artículo 1° de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas:

“El presente Decreto-Ley tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos.”

Sobre el particular nos manifiesta también AMONI REVERÓN:

“... Ahora bien, con la digitalización y certificación de documentos por parte de la Administración, no se afectará ni modificará el documento reproducido, así como tampoco se entenderá producido un reconocimiento expreso o tácito acerca de la validez de su contenido, la única consecuencia que aparece es que se dará fe administrativa respecto de la fidelidad y exactitud del mensaje de datos en atención al documento original (...) En este sentido, la actividad administrativa formal queda regulada, principalmente, por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos o por la normativa especial sobre procedimiento administrativo, y adicionalmente por la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, la Ley Orgánica de la Administración Pública, la Ley de Interoperabilidad y la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, conjunto normativo que deberá integrarse e interpretarse armónicamente para lograr un procedimiento administrativo telemático ajustado a Derecho y, en especial, controlable por los tribunales contencioso-administrativos...”²²

El principal precedente sobre los medios digitales y virtuales aplicados a la actividad administrativa lo encontramos en las sentencias de la SPA/TSJ Nos. 1011 del 8 de julio de 2009, 1437 del 8 de octubre de 2009 y 100 del 3 de febrero de 2010, señaló:

“... La norma transcrita (prevista en el artículo 44 del vigente Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.891 Extraordinaria de fecha 31 de julio de 2008) sienta las bases para adaptar el ordenamiento jurídico a la

²² *Ibid.*, pp.440, 454 y 455.

nueva realidad social, en la cual la tecnología de información y las comunicaciones juega un papel preponderante en la actuación de los ciudadanos y la respuesta de la Administración . De allí que la norma haya evolucionado en esta materia, instando hoy a la Administración a crear fuentes de información automatizada que sirvan de apoyo al funcionamiento de los servicios que presta y -como lo refiere la norma- sistemas de “transmisión electrónica de datos para que los administrados envíen o reciban la información requerida en sus actuaciones frente a la Administración Pública” (Negrilla de la Sala) (...) la normativa que regula el uso de estos medios no pretende sustituir o excluir el cumplimiento de los requisitos y formalidades que deben reunir ciertos actos para producir efectos jurídicos, entre los que deben incluirse aquellos que emanan de la Administración, sino regular los nuevos mecanismos tecnológicos que el Estado pone al alcance de los ciudadanos para aumentar la eficiencia de la gestión pública, lo que permite deducir a esta Sala que no todos los mensajes de datos que envía la Administración por medios electrónicos deben necesariamente contener los requisitos de forma y de fondo de los actos administrativos, pues estas herramientas se desarrollan y sirven de apoyo para mejorar los servicios ofrecidos a los ciudadanos, simplificando los trámites y formalidades de la actividad administrativa, y para que los interesados tengan acceso a la información sobre la gestión pública... ”.²³

En el fallo del 8 de octubre del mismo año, la SPA/TSJ matizó lo siguiente:

“... Cabe resaltar que el deber impuesto a la Administración en el referido Decreto, de aprovechar el desarrollo tecnológico con el fin de garantizar los principios antes mencionados, no es un hecho novedoso en nuestra legislación, pues es conocido que antes de su vigencia otros instrumentos legales han venido otorgándole base jurídica a la utilización de las nuevas tecnologías. Entre estos instrumentos está, por ejemplo, el entonces vigente Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos (Gaceta Oficial N° 36.845 del 7 de diciembre de

²³ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1011 del 7 de julio de 2009, caso: Sociedad Mercantil ISF Alpiz Integradores De Soluciones Financieras, C.A. contra el acto administrativo de fecha 03-08-2004 de CADIVI. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultado en fecha 22 de noviembre de 2023.

1999), aplicable *ratione temporis*, en el que se establecieron las bases, lineamientos y mecanismos dirigidos a racionalizar las distintas tramitaciones que realizan las personas ante la Administración Pública. A tales fines, se estableció en el artículo 45 lo siguiente (...) La norma transcrita (prevista en el artículo 44 del vigente Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.891 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008), sienta las bases para adaptar el ordenamiento jurídico a la nueva realidad social, en la cual la tecnología de información y las comunicaciones juega un papel preponderante en la actuación de los ciudadanos y la respuesta de la Administración ...”.²⁴

En este mismo sentido, la sentencia N° 100 de la mencionada Sala, nos indica:

“... Conforme se desprende de las normas citadas, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.204 dio a los mensajes de datos y firmas electrónicas la eficacia probatoria que la Ley otorga a los documentos escritos y, cuando la información electrónica se reproduzca en formato impreso, su valor será el atribuido a las copias o reproducciones fotostáticas. No obstante lo anterior, debe resaltarse que el mismo instrumento normativo establece expresamente la necesidad del cumplimiento de las formalidades que respecto a determinados actos o negocios jurídicos exige el ordenamiento jurídico; toda vez que el espíritu de dicho Decreto, como se señala en su Exposición de Motivos, **no fue “alterar las restantes formas de los diversos actos jurídicos, registrales y notariales, sino que se propone que un mensaje de datos firmado electrónicamente, no carezca de validez jurídica únicamente por la naturaleza de su soporte y de su firma...”**”.²⁵

²⁴ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1437 del 8 de octubre de 2009, caso: Isf Alpiz Integradores De Soluciones Financieras, C.A., contra el Ministerio del Poder Popular para Economía y Finanzas, por silencio administrativo. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 22 de noviembre de 2023.

²⁵ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 100 del 3 de febrero de 2010, caso: Isf Alpiz Integradores De Soluciones Financieras, C.A., contra el Ministerio del Poder Popular para Economía y Finanzas, por silencio administrativo. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 22 de noviembre de 2023.

Se evidencia de lo anteriormente reseñado – con alguna controversia -, que tanto la SPA/TSJ, como la CSCA, prevalece, en esencia, el criterio jurisprudencial de la sentencia N° 300 del 28 de mayo de 1998, manteniendo el carácter que si bien los documentos administrativos, incluyendo aquéllos bajo soporte digital, son dictados por funcionarios de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones y en las formas exigidas por la ley, no deben ser documentos públicos, sino que deben clasificarse en una categoría distinta, como nos apuntaba la Magistrada Calcaño de Temeltas en la decisión bajo análisis.

Ahora bien, la jurisdicción civil le ha dedicado en una gran cantidad de sentencias, al análisis y tratamiento de los llamados documentos públicos administrativos, término con el cual los denomina. En la mayoría de los fallos emitidos por esta jurisdicción también prevalece el criterio asentado por la SPA/CSJ en la sentencia N° 300. En tal sentido, podemos citar la sentencia N° 410 de fecha 4 de mayo de 2004, caso: Consultores Jiménez G. y Asociados, contra Asociación Civil Organización Comunitaria de la Vivienda La Ponderosa, ratificada en la sentencia N° 708, caso: sociedad mercantil Organización Publicitaria Cardenales del Éxito, C.A., contra la sociedad de comercio Cardenales del Éxito, C.A., de fecha 24 de noviembre 2015 en el cual se estableció una clara diferencia entre los tipos de documentos, partiendo de la base que la diferencia entre el documento público con respecto a los que denomina documentos públicos administrativos no es absoluta. Específicamente la Sala manifiesta lo siguiente:

“...la Sala concluye que los documentos públicos administrativos son aquellos que emanan de funcionarios de la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones y en las formas exigidas por la ley (...) Las consideraciones expuestas permiten concluir que los documentos públicos se caracterizan por ser autorizados y presenciados, con las solemnidades legales, por un registrador, juez u otro funcionario o empleado público, que tenga facultades para dar fe pública; los privados por ser redactados y firmados por las partes interesadas, sin que intervenga ningún funcionario público, los cuales pueden adquirir luego autenticidad, si son reconocidos legal o judicialmente por sus autores; y los documentos administrativos por emanar de funcionarios de la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones, los cuales persiguen documentar las manifestaciones de voluntad o de certeza jurídica del órgano administrativo que la emite.”

Es evidente, pues, que la diferencia entre documento público y documento administrativo no es absoluta, los cuales coinciden en que ambos gozan de autenticidad desde que se forman, la cual emana del funcionario público que interviene en la formación del acto, quien, cumpliendo las formalidades exigidas por la ley, otorga al instrumento una presunción de legitimidad, autenticidad y veracidad.

Por tanto, la Sala considera que todo documento administrativo, por emanar de funcionario o empleado público facultado por la ley, goza de autenticidad y veracidad, salvo prueba en contrario... ”.²⁶

Con anterioridad a este último fallo, la misma Sala nos había advertido que estos documentos públicos administrativos debían valorarse con la misma eficacia que los documentos públicos, a lo que debemos agregar mientras no sean desvirtuados en condición de documento administrativo o tachado en su naturaleza de documento público:

“...las actuaciones administrativas son documentos públicos administrativos que no se pueden asimilar completamente a los documentos públicos porque el interesado puede impugnar el hecho que se derive de estas actuaciones con apoyo de otros medios legales y no sólo por la tacha de falsedad o de la simulación como ocurre con los documentos públicos.

Sin embargo, tienen el mismo efecto probatorio que los documentos públicos por provenir de funcionarios públicos que dan fe de lo percibido por sus sentidos (...) De la precedente transcripción se evidencia que, en conformidad con los criterios jurisprudenciales dictados por esta Sala, las actuaciones administrativas deben valorarse como documentos públicos administrativos con la misma eficacia probatoria del documento público... ”.²⁷

Más reciente, se encuentra la decisión del 16 de mayo de 2016 de la citada Sala, la cual vino a corregir el error de los tribunales de instancia al considerar que las partidas de matrimonio eran documentos públicos

²⁶ Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 16 de noviembre de 2023.

²⁷ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 381 de fecha 14 de junio de 2005, caso: Joao Fernando Leques Ferreira, contra José Ignacio Barrera Leal. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 22 de noviembre de 2023.

administrativos cuando lo cierto es que dichas partidas constituyen un verdadero documento público. La controversia surgió porque al tratarse de documentos administrativos como erradamente las calificó el tribunal de instancia, no se permite su presentación en los procedimientos judiciales en segunda instancia, en cambio al tratarse de documentos públicos como efectivamente lo son, pueden ser presentados como medio probatorio ante el juez superior.²⁸

En atención a las decisiones reseñadas, ha sido también criterio pacífico y reiterado de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (SCC/TSJ) que las actuaciones administrativas representadas en estos instrumentos no se configuran en pruebas absoluta o plenas, porque el interesado puede impugnarla, y, en consecuencia, desvirtuar en el proceso, mediante la utilización de las pruebas legales que estime pertinentes.

De igual forma, la SCC/TSJ ha dejado establecido en sus decisiones que las mencionadas actuaciones administrativas, por no encajar en la definición que del documento público que contempla el artículo 1357 del Código Civil, tienen el efecto probatorio de los documentos públicos únicamente, en razón de que emanan de funcionarios públicos que cumplen atribuciones que les ha conferido la Ley y por tanto, una presunción de certeza que el interesado debe desvirtuar en el proceso judicial.

Así también, la mencionada Sala de Casación ha reiterado que para que un acto sea auténtico se requiere que esté firmado por el funcionario competente para otorgarlo, y que lleve el sello de la oficina que dirige:

“... Las consideraciones expuestas permiten concluir que los documentos públicos se caracterizan por ser autorizados y presenciados, con las solemnidades legales, por un registrador, juez u otro funcionario o empleado público, que tenga facultades para dar fe pública; los privados por ser redactados y firmados por las partes interesadas, sin que intervenga ningún funcionario público, los cuales pueden adquirir luego autenticidad, si son reconocidos legal o judicialmente por sus autores; y los documentos administrativos por emanar de funcionarios de la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones, los cuales persiguen documentar las

²⁸ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° RC N° AA20-C-2015-000775. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 15 de noviembre de 2023.

manifestaciones de voluntad o de certeza jurídica del órgano administrativo que la emite...”.²⁹

3. Noción de documento administrativo en atención a los precedentes jurisprudenciales antes revisados

En atención a los diversos fallos consultados, podemos extraer una noción de documento administrativo. La definición que a tal efecto se establezca debe contemplar aspectos relativos a su naturaleza, competencia o facultad legal, actividad administrativa, Administración Pública, presunción de certeza y validez, soporte material, entre otros. Partiendo de la base jurisprudencia que se trata una tercera clase de documentos, se podría definir a los documentos administrativos como el resultado y la materialización de las actividades administrativas que desarrollan las entidades o instituciones públicas o aquéllas otras instancias que conforme a la Ley gocen de certeza y legalidad en los actos que emiten. También se podrán conceptualizar como el registro material o digital de las actuaciones de la Administración Pública o instancias autorizadas por Ley, emitidas por un funcionario público competente u otra autoridad competente.

De acuerdo con el Manual de Documento Administrativo del Ministerio para las Administraciones Públicas (MAP) de España, el documento administrativo es el soporte que contiene y en el que se registran los actos de la Administración Pública, es decir: la forma externa de dichos actos.³⁰ En atención a esta publicación, dos son las funciones que cumplen los documentos administrativos: la de constancia y la de comunicación.

En lo que respecta a la constancia, los documentos administrativos sirven para asegurar la pervivencia y la conservación de los actos administrativos; como prueba de su existencia, sus posibles errores o vicios y sus efectos; garantizan los deberes y derechos de los ciudadanos y representan testimonio y justificación de la gestión administrativa, que garantiza el control de legalidad.

²⁹ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, Expediente N° 2016-000514 del 23 de febrero de 2017. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#4>. Consultada en fecha 17 de noviembre de 2023.

³⁰ Ministerio para las Administraciones Públicas (MAP), Manual de documentos administrativos, serie Administración General, Madrid 1993.

En lo que respecta a la función de comunicación, el documento administrativo es el medio con el que la Administración Pública se dirige a los ciudadanos, a otras entidades o a los distintos órganos que la integran. En consecuencia, los documentos administrativos también cumplen una función informativa y comunicativa.

Aunado a todo ello, podemos señalar – como lo hemos manifestado a la largo de este trabajo - que los documentos administrativos gozan de autenticidad, certeza y validez, y que se constituyen en plena prueba mientras no se desvirtúe su contenido por los medios y los lapsos previstos en la Ley para ello. De tal manera que para su emisión sea válida, el documento administrativo debe cumplir con los requisitos derivados del acto que contiene, tales como la competencia para dictarlo y cumplir con las formalidades de ley.

En lo atinente a su soporte, como hemos advertido, predomina el soporte de papel, hasta el punto de identificar el documento administrativo con el instrumento escrito, pero la llegada de las nuevas tecnologías permite nuevos soportes: electrónicos, digitales o virtuales, siempre y cuando, el instrumento bajo estos soportes cubra las exigencias que establece la legislación que los regula.

Finalmente, en lo referente a su vinculación con el acto administrativo, el documento administrativo produce los mismos efectos de éste. De allí que, su impugnación – principalmente – se alimenta de los mismos vicios que afectan a los actos administrativos.

En atención a todo ello, podemos conceptualizar el documento administrativo como el instrumento suscrito por un funcionario público competente, bajo un soporte material o digital, que recoge una actuación administrativa, emitido, en primer lugar, por la Administración Pública y en un segundo término, por aquéllas otras entidades no gubernamentales, que conforme a la Ley que las regule, gocen de autenticidad, certeza y legalidad en los actos que dictan, y cuya naturaleza jurídica no es asimilable a los instrumentos públicos o privados.

4. Breve referencia jurisprudencial del expediente administrativo como medio de prueba y su oportunidad procesal para ser incorporado al juicio siendo el principal soporte material de los documentos administrativos

El expediente administrativo es un instrumento que garantiza la certeza jurídica del procedimiento, y como tal, ha de recoger de manera

ordenada y cronológica, todas las actuaciones que han de incorporarse en el procedimiento, incluyendo los documentos administrativos que en el proceso se emiten o que se vinculen con el objeto de éste.

Para SOSA GÓMEZ, el expediente:

*“... es un vocablo que se asocia al curso o procedimiento de un asunto, es la materialización del procedimiento de que se trate. Conforman así un conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, incluyendo las diligencias encaminadas a ejecutarla...”*³¹

El expediente administrativo forma una sola unidad, pero compuesto de diferentes medios probatorios. Unos pueden ser documentos públicos o auténticos otorgados por las partes ante registradores o notarios y otros, documentos privados reconocidos o tenidos como tales; pero también puede estar integrado por otros que, en su mayoría son los llamados documentos administrativos, o sea, aquellos instrumentos escritos en los cuales consta la actuación de un funcionario competente. Cada documento que haya sido incorporada al expediente administrativo tendrá el valor probatorio conforme a la naturaleza del documento que se trate, de tal manera que si se trata de documentos privados, éstos podrán ser desvirtuados mediante su desconocimiento. Si por el contrario se trata de documentos públicos, el medio de impugnación será la tacha. En el caso de los documentos administrativos se valorarán igualmente como un instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.363 del Código Civil.

Siendo el soporte principal sobre el que descansan todas las actuaciones e instrumentos tanto públicos, administrativos o privados, pareciera que su consignación ante un proceso contencioso administrativo resulta primordial como medio de prueba de la propia Administración Pública y garantía del debido proceso y el derecho a la defensa del administrado o interesado en juicio. Aunado al hecho que se constituye en la materialización del principio de publicidad de las actuaciones administrativas.

Con anterioridad señalamos que sentencia N° 1257 de la SPA/TSJ de fecha 12 de julio de 2007 aun cuando comparte la tesis sobre la naturaleza

³¹ Cecilia Sosa Gómez, “El valor jurídico del expediente administrativo”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)*, N° 23, Año 2021, p. 1. Disponible en <https://cidep.online/ojs/index.php/redav/article/view/205/redav-23-04-pdf>. Consultado en fecha 18 de noviembre de 2023.

jurídica de los documentos administrativos de la sentencia N° 300 del 28 de mayo de 1998, se aparta de ésta, en cuanto a la oportunidad de la presentación del expediente administrativo en juicio. En efecto, recordemos que la decisión N° 300 del 28 de mayo de 1998, en cuanto a este punto señaló lo siguiente:

*“... Observa la Sala finalmente, que no existiendo una disposición procesal especial que regule la oportunidad en que deben producirse en juicio los documentos administrativos, (rectius: expediente administrativo) razón por la cual resulta plenamente aplicable, en esta materia, el principio general consagrado en los artículos 396 y 400 del Código de Procedimiento Civil. En tal virtud, las partes que quieran servirse de esta especie de documento pueden anunciarlo o promoverlo en el lapso de promoción y producirlos o evacuarlos en la etapa de evacuación de pruebas...”*³²

El criterio contenido en el fallo anterior implica que el expediente administrativo sólo puede ser producido por la Administración Pública hasta el lapso de evacuación de pruebas, siempre y cuando lo haya anunciado en el lapso de promoción, ya que después de esa oportunidad no tendría que ser valorado por el juez contencioso administrativo. Consideramos que la postura que asumió en el fallo en comentario la Sala de la extinta Corte Suprema de Justicia, es acertada y correcta en salvaguarda de los derechos de la otra parte en proceso. No obstante, este criterio fue objeto de revisión por SPA/TSJ en la sentencia N° 1257 del 12 de julio de 2007 al señalar lo siguiente:

“... No puede compartir esta Sala tal interpretación, puesto que tal y como se advirtiera, el expediente administrativo por el carácter central y fundamental que tiene dentro del proceso para el juez en la búsqueda de la verdad material, no puede concebirse dentro del binomio clásico del proceso civil como una prueba que sustenta el ataque o defensa de las partes en conflicto, ya que, precisamente, al tratarse la labor del juez contencioso administrativo de la determinación de la conformidad a derecho o no del acto administrativo que se pretende anular, dicho expediente puede consignarse en cualquier tiempo - antes de la sentencia claro está-, no aplicándosele las restricciones para su producción en juicio relativas a los instrumentos públicos y privados, previstas en el Código de Procedimiento Civil para este tipo de instrumentos. Así se declara.

³² Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, sentencia N° 300 del 28 de mayo de 1998.

No obstante, lo expuesto, observa esta Sala que el hecho de que el expediente administrativo pueda ser consignado en cualquier tiempo, no implica una autorización para que la Administración pueda retardar el cumplimiento de su obligación de consignar el referido expediente en autos, en la primera oportunidad en la que se le solicita, esto es, antes de la admisión del recurso contencioso administrativo y dentro del plazo previsto para ello.

En atención a que el expediente administrativo puede ser consignado en cualquier tiempo, lo que implica una matización del principio de concentración procesal, esta Sala a los fines de resguardar el derecho a la defensa y al debido proceso de los particulares interesados, considera necesario crear una oportunidad mediante la cual el recurrente pueda ejercer su derecho al control y contradicción de la prueba.

En este sentido, siempre y cuando el expediente llegue en una etapa posterior a la promoción de pruebas y hasta el acto de informes, por encontrarse las partes a derecho, quien desee impugnar el expediente administrativo lo deberá realizar dentro de los cinco (5) días siguientes a que conste en autos la remisión del expediente administrativo, para lo cual podrá abrirse, si a juicio de la Sala la situación así lo amerita, una articulación probatoria de la prevista en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil.

En caso que el expediente administrativo fuese remitido después del acto de informes, el cual constituye el último acto procesal de las partes, como no puede ponerse en cabeza del particular la carga de revisar el expediente todos los días por una falta imputable al órgano administrativo, cuando la ley no dispone ninguna otra actuación, el lapso de cinco (5) días para la impugnación del expediente comenzará a computarse en el día inmediatamente siguiente a aquél en que conste en autos que el recurrente realizó alguna actuación, como por ejemplo, una diligencia solicitando sentencia...”. (Negritas nuestras).³³

³³ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1257 del 12 de julio de 2007, caso: Sociedad Mercantil Eco Chemical 2000, C.A. contra la Resolución N° 317 de fecha 12 de septiembre de 2005, dictado el hoy Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 17 de noviembre de 2023.

En nuestro criterio, aun cuando la sentencia en comentario establece un lapso especial para el control de la prueba en atención a la oportunidad de la remisión del expediente administrativo por parte de la Administración, la no consignación de éste en la oportunidad probatoria representa una prerrogativa procesal que atenta contra la igualdad de las partes en el proceso. Ese privilegio que otorga una nueva ventaja a la Administración Pública en juicio, representa, entre otros supuestos, la posibilidad para la Administración Pública de poder conocer, de manera anticipada, los elementos probatorios del particular aun cuando ella no haya presentado los suyos, lo que implica una violación al principio de la contradicción de la prueba, por una parte, y por la otra, porque en el fondo, poco importa que tipos de documentos integran el expediente administrativo, si con independencia a ello, se abrirá un lapso especial ante una consignación tardía del expediente administrativo, lo que representa una lesión al principio de la concentración de la prueba. También, nos preocupa el hecho de que el juez contencioso se niega a controlar la prueba mediante la apertura de una articulación probatoria ante consignaciones posteriores del expediente administrativo, como lo pauta la decisión comentada. No cabe duda que en este caso, se estaría vulnerando flagrantemente el derecho a la defensa y el debido proceso del interesado en juicio. Ello no representa un caso hipotético, ya que como lo manifiesta SOSA GÓMEZ hay ocasiones en las cuales este hecho atípico se ha producido:

“... La segunda consecuencia, se refiere a la presentación extemporánea del expediente administrativo en juicio, es decir fuera de la oportunidad probatoria, momento fijado por la jurisprudencia de la SPA. La sentencia del caso Grupo Hardwell Technologies C.A. se refiere a una apelación contra la sentencia interlocutoria que negara a abrir la articulación probatoria solicitada por la mencionada empresa conforme lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil. La pregunta en este caso, es si el juez estaría obligado a abrir una articulación probatoria establecida en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil a los efectos de que se pueda ejercer el control sobre la prueba contentiva del expediente administrativo y pueda activar las acciones pertinentes con el propósito de atacar el medio probatorio. Disponemos de una sentencia de la SPA que resuelve este punto y se trata de un expediente que fuera consignado después que el Tribunal de instancia dijera vistos en el juicio. El Juez de instancia, el Tribunal Superior Contencioso Tributario, negó la petición de apertura de la articulación probatoria

considerando que luego de vistos, no corresponde a las partes ejercer actividad alguna de control de prueba, pues esa etapa ya feneció dentro del procedimiento y el análisis del cúmulo probatorio le corresponderá hacerlo al juzgador en la sentencia definitiva. Además de la apelación de la que conoce la SPA la representación judicial del recurrente presentó escrito impugnando el expediente administrativo.

*Ahora bien, la sentencia argumenta que el juez a quo señaló que valoraría las observaciones sobre el expediente administrativo afirmando que serán tomadas en cuenta en el análisis y decisión de fondo de la causa. La SPA estableció que la sentencia no podía entrar a adelantar opinión respecto a la valoración del expediente administrativo si sobre la tempestividad de su consignación en las actas procesales, **de allí que considere que el fallo apelado no lesionó el derecho a la defensa ni al debido proceso, como tampoco a la tutela judicial efectiva, por cuanto declaró con fundamento en sus amplios poderes inquisitivos, que tomaría en consideración tanto las observaciones como la extemporaneidad de la consignación en autos del expediente administrativo.***

Queda por constar si la sentencia definitiva que se dictará en este caso se aparta del criterio jurisprudencial de 2007 de la SPA donde se precisó la oportunidad de impugnación del expediente, de acuerdo al momento en que este sea consignado en actas procesales...". (Negritas nuestras).³⁴

No cabe duda alguna, que la nueva interpretación de la SPA/TSJ no genera mucha seguridad jurídica al recurrente, ante la obligación de su presentación en un lapso determinado como lo establecía la sentencia N° 300 del 28 de mayo de 1998.

Somos, por lo tanto, defensores de la oportunidad que consagra la sentencia N° 300 del 28 de mayo de 1998, por aplicación del principio de la contradicción de la prueba que supone que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla y discutirla. Aunado a ello, se encuentra también el principio de la concentración de la prueba, conforme al cual debe procurarse practicar las pruebas en una misma etapa del proceso, lo que implica el respeto de un necesario equilibrio procesal entre los participantes de un litigio. Por consiguiente y conforme a lo antes expuesto, en nuestro criterio, resultará ineficaz por extemporáneo un documento administrativo o cualquier otro

³⁴ Cecilia Sosa Gómez, ob. cit., pp. 74 y 75.

que integre el expediente administrativo que no sea presentado en la etapa probatoria del proceso. Adicionalmente, creemos que el criterio vigente atenta contra la celeridad procesal, contribuyendo a extender o prolongar los ya largos juicios contenciosos administrativos.

En nuestro criterio, la vigente Ley Orgánica de la jurisdicción Contencioso Administrativa perdió la oportunidad de establecer, de una manera clara no solo las consecuencias de la ausencia de la consignación del expediente administrativo, sino también la oportunidad de su consignación y no limitarse simplemente a señalar la oportunidad de su consignación como obligación por parte de la Administración Pública y de establecer sanciones pecuniarias a los funcionarios que omitan esta obligación.³⁵

Caso contrario ocurre en cuanto a las consecuencias de la ausencia de la consignación del expediente administrativo en juicio. Aquí los efectos de tal omisión son castigados severamente por parte de los tribunales contenciosos administrativos, aunque en nuestro criterio la consecuencia pudiera ser mucho más grave, porque no solo se está incumpliendo con una obligación, sino que se está dejando en evidencia la ausencia de documentación sobre la cual se soportan las decisiones administrativas.

Así, en la sentencia N° 487 de la SPA/TSJ del 23 de febrero de 2006 se asentó que los efectos negativos de la no consignación del expediente por parte de los entes administrativos obran en contra de éstos:

“... En estricta sumisión al criterio jurisprudencial precedentemente citado, esta Jurisdicente advierte que en el caso de marras, la constancia en autos del expediente administrativo de la querellante resultaba imprescindible, a los fines de analizar las razones de hecho y de derecho que sirvieron de fundamento para sustentar la decisión definitiva, más aún por el hecho cierto que puede evidenciarse de los elementos cursantes en autos que existía un procedimiento disciplinario destitutorio instaurado por la Administración contra la accionante, no observándose así, el orden correlativo de las

³⁵ La vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 79 dispone lo siguiente: Con la notificación se ordenará la remisión del expediente administrativo o de los antecedentes correspondientes, dentro de los diez días hábiles siguientes.

El funcionario o funcionaria que omita o retarde dicha remisión podrá ser sancionado por el tribunal, con multa entre cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) y cien unidades tributarias (100 U.T.).

actuaciones previas a la voluntad administrativa o la integridad material del referido expediente.

Ciertamente, en principio correspondía a la recurrente aportar los elementos probatorios que constituían los fundamentos jurídicos y fácticos de su pretensión, pero, cuando se trata del expediente administrativo, esta carga probatoria se invierte, siendo una obligación de la Administración Pública consignarlo so pena de aplicarse los efectos negativos de su no consignación, que obran en contra de la parte querellada.

Así pues, ante la ausencia del expediente administrativo, resulta forzoso para esta Sentenciadora, establecer una presunción a favor de los argumentos, alegatos y defensas explanados por la parte querellante en su escrito libelar, la cual se deriva de la inobservancia e incumplimiento de la Administración en proporcionar a este Despacho, el expediente administrativo que guarda relación con la presente causa, siendo éste necesario para verificar la procedencia o no de las denuncias formuladas por la recurrente, por lo que ante tal circunstancia, esta Jurisdicente emitirá pronunciamiento de mérito (infra) con los elementos que cursen en autos. Y así se decide...”. (Negritas nuestras).³⁶

Este criterio que data desde el año 1987, se mantiene hasta nuestros días de una manera pacífica (aunque reiteramos que la consecuencia debería ser mucho más severa para la Administración Pública) por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, siendo una carga de la Administración Pública, como garantía del debido proceso y el derecho a la defensa en aras de una tutela judicial efectiva:

“... La carga de la presentación del expediente administrativo corresponde a la Administración Pública, por ser ella quien posee el mismo y debe, en consecuencia, presentarlo a requerimiento del Tribunal. Por ello, la no presentación, obra conforme a la doctrina establecida por esta Corte, contra la propia Administración. Todo lo cual obra en beneficio del recurrente en consideración de que a éste

³⁶ Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 487 del 23 de febrero de 2006, caso: Cooperativa de Transporte de Pasajeros Comunidad 93 contra la Alcaldía del Municipio San Rafael de Carvajal del Estado Trujillo. Disponible en <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 20 de noviembre de 2023.

*le sería prácticamente imposible probar por otros medios aquello cuya prueba natural se encuentra en el expediente administrativo... ”.*³⁷

En los procesos contencioso administrativos, por lo general, la Administración es la que tiene en su poder la documentación relativa al caso que se juzga. Así, en estos procesos se ha admitido que la carga efectiva de probar a quienes tienen en sus manos los medios probatorios, aun cuando tenga efecto contra ella misma, se refleja en la denominada regla “*actori incumbi probatio*” pero dentro del contencioso administrativo, dicha regla tiene sus límites en su aplicación, ya que la ausencia de la documentación administrativa la soporta quien pudo procurarla, normalmente la Administración Pública. De tal manera que resulta indiscutible, por tanto, que la Administración Pública tiene la carga de presentar el expediente administrativo en la oportunidad legal correspondiente, pues el incumplimiento de esta obligación obra en contra de ella misma. Vale acotar que, en materia sancionatoria, una de las garantías del debido proceso y que debe ser resguardada por el juez de la causa, es la verificación a través del expediente administrativo del cumplimiento de todas las fases del proceso, y la intervención del investigado en la sustanciación del mismo. Se trata de una carga impuesta a la Administración Pública. En tal caso, por tratarse de una carga, debe analizarse en concordancia con la presunción de legitimidad del acto administrativo.

Ahora bien, debemos precisar que la falta de consignación de expediente administrativo no puede entenderse que implica un reconocimiento inmediato a favor del actor, pues tal circunstancia obra de manera directa contra la presunción de legitimidad. Sin embargo, existen alegatos que obligan la revisión del expediente administrativo, toda vez que su existencia sólo puede desprenderse de dicha revisión. Partimos que el expediente administrativo y concretamente, los documentos administrativos, son el soporte material de los actos administrativos.

En atención a todo ello, no cabe duda que el incumplimiento en la remisión a tiempo del expediente administrativo debe tener consecuencias para el ente administrativo, las cuales, a nuestro juicio, no pueden quedar simplemente en una sanción pecuniaria como lo establece la Ley Orgánica

³⁷ Sentencia de la Corte Primera de los Contencioso Administrativa de fecha 11 de junio de 1992, extracto tomado COLMENARES JIMÉNEZ, Jesús Armando, “El Manejo de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo Venezolano” en *Revista de Derecho*, N° 21, Universidad del Norte de Colombia, Barranquilla, Colombia, 2004, p. 52.

que regula los procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa. Por ello, por representa una violación a las garantías del interesado en juicio, las consecuencias para la parte recurrida por lo menos deben ser la mantenidas hasta ahora por la jurisprudencia contencioso administrativa, establecer una presunción a favor de los argumentos, alegatos y defensas explanados por la parte querellante en su escrito su escrito libelar.

5. A manera de conclusión

Hemos podido apreciar que la sentencia N° 300 del 28 de mayo de 1998 proferida por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, sigue representado un hito jurisprudencial en la definición y la naturaleza jurídica de los documentos administrativos. Su clasificación como tercera categoría instrumental, se mantiene vigente en nuestros días, siendo dicho precedente, referencia obligada para fundamentar las decisiones en la actualidad por parte de los tribunales contenciosos administrativos, principalmente.

De igual modo hemos advertir, que resultan acertados para la igualdad de las partes en el proceso, los criterios que dispone el mencionado fallo con respecto a la oportunidad de la consignación del expediente administrativo, como medio fundamental de prueba de los procesos contenciosos administrativos y en atención a la variedad de los documentos que pudiera contener, el cual debe producirse hasta la etapa probatoria en resguardo de los principios la concentración y contradicción de la prueba, conforme al cual debe procurarse practicar las pruebas en una misma etapa del proceso y la parte contra quien se opone una prueba debe gozar, en una misma oportunidad procesal, para conocerla y discutirla, como respeto de un necesario equilibrio procesal entre los participantes del litigio. Por lo que, permitir su consignación en etapas posteriores – como apuntan los criterios jurisprudenciales en la actualidad -, no contribuye con la garantía de la tutela judicial efectiva en los procesos judiciales en nuestro país y el principio constitucional de una justicia expedita, como lo pauta el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo, “El Procedimiento Administrativo a partir de la Ley de Interoperabilidad y la Ley de Infogobierno”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 7, Caracas, Venezuela, 2016.

CRESPO D., Alexis J., “Anotaciones acerca de la prueba en el contencioso administrativo” en *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*. Fernando Parra Aranguren Editor, Tribunal Supremo de Justicia, Colección de libros homenaje N° 13, Caracas, Venezuela, 2004.

COLMENARES JIMÉNEZ, Jesús Armando, “El Manejo de la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo Venezolano” en *Revista de Derecho*, N° 21, Universidad del Norte de Colombia, Barranquilla, Colombia, 2004.

Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia N° 300 del 28 de mayo de 1998, caso: Licitación Pública Internacional del Proyecto Caruachi.

Ministerio para las Administraciones Públicas (MAP), Manual de documentos administrativos, serie Administración General, Madrid 1993.

PADILLA G., Guillermina, “El Documento Administrativo en la Jurisprudencia Venezolana. Breve Referencia al Código de Procedimiento Civil. Comentarios Jurisprudenciales” en *Revista de Derecho Público*, N°37, Enero-Marzo 1989, Editorial Jurídica Venezolana.

PIMENTEL HENRÍQUEZ, María Gabriela, “El Documento Administrativo. Medio Probatorio y Formas de Redargüirlo”, en Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años Especialización en Derecho Administrativo, Estudios de Derecho Administrativo Vol. II, Fernando Parra Aranguren & Armando Rodríguez García Editores, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 2, Caracas, Venezuela, 2001.

Revista de Derecho Público, N° 73-74/75-76, Enero-Diciembre 1998, Editorial Jurídica Venezolana.

SOSA GÓMEZ, Cecilia, “El valor jurídico del expediente administrativo”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REVAD)*, N° 23, Año 2021.

Tribunal Supremo de Justicia, Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sentencia N°. 2007-361 de fecha 14 de marzo de 2007, caso: María del Carmen Méndez Vs. Ministerio Del Trabajo.

_____, Sala de Casación Civil, sentencia N° 381 de fecha 14 de junio de 2005, caso: Joao Fernando Leques Ferreira, contra José Ignacio Barrera Leal.

_____ Sala de Casación Civil, sentencia N° 708 de fecha 24 de noviembre 2015, caso: sociedad mercantil Organización Publicitaria Cardenales del Éxito, C.A., contra la sociedad de comercio Cardenales del Éxito,

_____ Sala de Casación Civil, sentencia N° RC N° AA20-C-2015-000775.

_____ Sala de Casación Civil, Expediente N° 2016-000514 del 23 de febrero de 2017.

_____ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1307 del 22 de mayo de 2003.

_____ Sala Político Administrativa, sentencia N° 01-885 del 16 de mayo de 2003, caso: Henry José Parra Velásquez.

_____ Sala Político Administrativa, sentencia N° 497 del 20 de mayo de 2004, caso: Alida Magali Sánchez.

_____ Sala Político Administrativa, sentencia N° 487 del 23 de febrero de 2006, caso: Cooperativa de Transporte de Pasajeros Comunidad 93 contra la Alcaldía del Municipio San Rafael de Carvajal del Estado Trujillo.

_____ Sala Político Administrativa, sentencia N° 1257 del 12 de julio de 2007, caso: Sociedad Mercantil Eco Chemical 2000, C.A. contra la Resolución N° 317 de fecha 12 de septiembre de 2005, Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo.

_____ Sala Político Administrativa, sentencia N° 503 de fecha 29 de abril de 2008, caso: SARINOMAR contra HIDROCAPITAL por cumplimiento de contrato.

_____ Sala Político Administrativa, sentencia N° 1011 del 7 de julio de 2009, caso: Sociedad Mercantil ISF Alpiz Integradores De Soluciones Financieras, C.A. contra el acto administrativo de fecha 03.08.2004 de CADIVI.

_____ Sala Político Administrativa, sentencia N° 1437 del 8 de octubre de 2009, caso: Isf Alpiz Integradores De Soluciones Financieras, C.A., contra el Ministerio del Poder Popular para Economía y Finanzas, por silencio administrativo.

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS –
ANÁLISIS DOCTRINARIO DE SU EMBLEMÁTICA OBRA JURISPRUDENCIAL

_____ Sala Político Administrativa, sentencia N° 100 del 3 de febrero de 2010, caso: Isf Alpiz Integradores De Soluciones Financieras, C.A., contra el Ministerio del Poder Popular para Economía y Finanzas, por silencio administrativo.

_____ Sala Político Administrativa, sentencia N° 3 del 11 de febrero de 2021, caso: Miguel Alexander Alvarado Pérez contra Resolución Nro. 019873 de fecha 10/7/2017, emitida por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa.

**ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA ANTIGUA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SALA POLÍTICO
ADMINISTRATIVA PUBLICADA EN FECHA
11-08-1983, CASO: CERVECERÍA DE ORIENTE, C.A.
(SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS),
MAGISTRADO PONENTE:
DRA. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS**

*Juan Domingo Alfonzo Paradisi**

SUMARIO

**HECHOS DE LA SENTENCIA, CASO: CERVECERÍA DE
ORIENTE C.A. PARTE MOTIVA DE LA SENTENCIA SOBRE
EL CASO CERVECERÍA DE ORIENTE, C.A. PARTE DISPO-
SITIVA DE LA SENTENCIA SOBRE EL CASO CERVECERÍA
DE ORIENTE C.A. ACTUALIDAD**

Me ha correspondido, entre otros, lo cual agradezco, de comentar esta sentencia en honor a la memoria de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas por su excelente legado abogado y como magistrada de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa. Elegí comentar esta sentencia en específico a razón de que cuando estudié Derecho Administrativo II en la Universidad Católica Andrés Bello en 1986, se nos recomendaba la jurisprudencia francesa, así como la doctrina venezolana, y en relación al interesante y controvertido tema sobre los contratos

* Profesor de Derecho Administrativo I en la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) en la especialización de Derecho Administrativo y en la Maestría en Derecho Constitucional.

administrativos, se nos sugería, entre otros, en la doctrina venezolana, los magníficos trabajos del profesor Luis Henrique Farias Mata¹ y el del Profesor Allan Brewer Carias,² ambos publicados en el libro homenaje al maestro Antonio Moles Caubet, así como la lectura y análisis de la jurisprudencia francesa y venezolana y precisamente, en ese interesante tema como lo constituye “El Contrato Administrativo”, ésta sentencia de la magistrado Josefina Calcaño de Temeltas: Caso Cervecería de Oriente, C.A. 11-08-1983 era una de las recomendadas.

Hechos de la sentencia, caso: Cervecería de Oriente C.A

Se trató la decisión sobre una apelación interpuesta en contra del auto del Juzgado de la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de fecha 18 de noviembre 1982, mediante el cual se declaró inadmisibles las demandas propuestas por los abogados de la empresa Cervecería de Oriente, C.A.

Parte motiva de la sentencia sobre el caso Cervecería de Oriente, C.A.

El magistrado ponente precisa que, de los términos del auto objeto de apelación, así como de los alegatos expresados por la parte actora, la solución de la referida apelación *quedó circunscrita acerca de la naturaleza de la contratación celebrada entre el Concejo Municipal del Distrito Heres del Estado Bolívar y la empresa Cervecería de Oriente, C.A., como elemento condicionante de la competencia de ese órgano jurisdiccional. (Cursivas son nuestras)*

Parte dispositiva de la sentencia sobre el caso Cervecería de Oriente C.A.

Respecto a las características y elementos conformadores de los contratos o negociaciones celebrados por las personas de derecho público, la sentencia, hace referencia primariamente, a lo que había sido una reciente decisión (sentencia del 11 de julio de 1983, Caso: Acción Comercial, con ponencia del magistrado Farias Mata de la misma Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia), en la cual

¹ Luis Henrique Farias Mata, *La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas en Libro homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981. p. 935 y ss.

² Allan R. Brewer-Carías, *La Evolución del Concepto del Contrato Administrativo en Libro homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1981. p. 42 y ss.

se hizo un extenso análisis y que la Corte consideró conveniente reproducir sus ideas principales por su pertinencia al caso objeto del fallo.

Así, refiere la parte motiva de la sentencia en comentario, que la Sala constató en esa oportunidad, que:

“cuando requerimientos del interés colectivo, así lo postulan, la Administración acude a la figura del contrato administrativo para asegurarse la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general. La presencia de la Administración en el negocio jurídico marca a éste, inevitablemente de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquélla, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificarlo en aras de intereses privados de los administrados, por importantes que éstos parezcan. Los particulares contratantes quedan, a su vez, comprometidos en ese género de convenciones gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervinientes: “Hechos del príncipe”, circunstancias imprevisibles, fuerza mayor) es compensada con la correspondiente indemnización al particular por los daños y perjuicios que le pudieran habersele ocasionado.

La Corte observó entonces que, entre esos dos extremos (sujeción a las normas de derecho civil por el respeto a la ecuación económica del contrato y violación de algunos de los principios de derecho privado por razones de interés públicos), encuentra cabida la peculiar teoría del contrato administrativo, cuya regulación queda sometida a reglas especiales distintas de las que rigen los pactos jurídicos-privados.

La Sala admite que no existe unanimidad doctrinaria acerca de la absoluta y total equivalencia entre la figura del contrato administrativo y las expresiones constitucionales “contratos de interés nacional” o “de interés público o “de interés público nacional” (artículo 126 de la Carga Magna), pero asimismo constata el hecho evidente de la aceptación por parte de la misma doctrina venezolana acerca de la posibilidad para las administraciones de celebrar contratos de la especie indicada, es decir, de los llamados “contratos administrativos”, lo que, a nivel legislativo, se ve corroborado contundentemente en la propia Ley Orgánica de este Supremo Tribunal, la cual otorga competencia a la Corte para “conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolu-

ción de los *contratos administrativos* en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades” (artículo 42. ord. 14)”.

Pero, plantea la sentencia en comentario, como la Administración (nacional, estatal o municipal), acude por vía de contratación no sólo a la vía del contrato administrativo sino también a la vía de la contratación ordinaria resulta indispensable establecer, los criterios diferenciadores entre una y otra categoría (“contratos administrativos” y “contratos de la administración”), por las consecuencias jurídica y prácticas que tal diferencia involucra, entre las cuales ocupa lugar relevante la jurisdicción competente para conocer de los litigios que se producen a raíz de esos dos diferentes tipos de contratación celebrados por las Administraciones Públicas (subrayado nuestro).

Así, luce claro señalar que, conforme a la reiterada jurisprudencia venezolana anterior a la sentencia analizada y posterior, hay una condición *sine qua non*: que al menos una de la partes del contrato debe ser una persona pública o ente público (República, Estados, Municipios, o entes descentralizados funcionalmente: Instituto Autónomo, empresa del Estado), y la discusión doctrinaria y jurisprudencial, versaba, fundamentalmente, sobre la presencia de dos condiciones alternativas para poder llegar a su identificación como “*contratos administrativos*”:

Una primera condición alternativa: consiste en que el contrato tenga por objeto la noción de servicio público: que interese a los servicios públicos o a los interés públicos, tenga por objeto la constitución de un servicio público o la prestación de utilidad pública, que la relación contractual tienda de modo inmediato y directo a la prestación misma de un servicio público o prestación de utilidad pública, o “que la prestación del cocontratante forme parte de la prestación misma del servicio público³.”

Una segunda condición alternativa: consiste en que en el contrato se hayan estipulado las denominadas “*cláusulas exorbitantes*” al derecho común, que son aquellas que estipulan demasiados privilegios para una de las partes a favor o en contra de la Administración, y que son extrañas al derecho común, ya que su establecimiento pudiese ser considerado leonino por estipular demasiados o extraordinarios privilegios para una de ellas, lo cual constituye así, en los denominados “contratos administrativos”, un régimen excepcional por comparación al de Derecho privado.

³ Enrique Pérez Olivares: citado por el exmagistrado Luis Henrique Farias Mata en ob. cit., p. 954, titulado: “Señalamiento de un criterio provisional para determinar que debe entenderse en Venezuela por contratos administrativos”.

La sentencia bajo análisis en cuanto a este particular rescata de nuevo el análisis de la referida decisión del 11 de julio de 1983 (caso: Acción Comercial), y recuerda que en dicha oportunidad la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, partió de los orígenes mismos de la jurisprudencia francesa, pionera en la materia, según la cual el criterio predominante de distinción radicaba en las denominadas “cláusulas *exorbitantes*” al derecho común u ordinario. Así las cosas, se estaría en presencia de un contrato administrativo, cuando las partes- una de las cuales siempre es la Administración- ha manifestado su voluntad de sustraerse al derecho común insertando cláusulas que lo deroguen, esto es “las cláusulas *exorbitantes*”. No obstante, señala la sentencia en comentario: “las ventajas de su simplicidad, que la hacían práctica, años más tarde la realidad puso a prueba esta tesis”.

Destaca la sentencia que la jurisprudencia venezolana de la época, (hace referencia a los años 50’s), apartándose de la francesa en la que predominaba el criterio de las cláusulas *exorbitantes*, volvió a centrar la teoría del contrato en la noción de servicio público, abandonada por Francia, como factor clave, según la sentencia, para la identificación de dichos contratos.

Así, se destaca en la motiva que “una sentencia de la Corte Federal, dictada el 12 de noviembre de 1954 contiene expresiones tales como “interés público”, prestación de utilidad pública” que resultan premonitorias del desarrollo ulterior de la jurisprudencia extranjera y especialmente francesa. En efecto, dos años después una decisión del Consejo de Estado francés, (20 de abril de 1956), calificó como administrativo a un contrato verbal celebrado entre la Administración y los esposos Bertin, en razón de que “encargaba” a los dos particulares de la “ejecución misma del servicio público”.

Así mismo, plantea la sentencia bajo análisis que: “La evolución de la teoría del contrato sucintamente narrada y el hecho evidente de su consagración legislativa en nuestro derecho positivo (artículo 42 ord. 14 L.O.C.S.J) conducen a la Corte a concluir en la existencia de negociaciones celebradas por las administraciones públicas que están sometidas a un régimen de derecho público del cual dimanar importantes consecuencias jurídicas, siendo una de las más resaltantes, como ya se ha dicho en este fallo, el órgano de competencia jurisdiccional para conocer de los litigios que se produzcan con motivo de tales negociaciones”.

La sentencia destaca, que la Sala no comparte el criterio del autor patrio citado por la parte recurrente acerca de que “la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración está

en la actualidad superada y ya no tiene interés jurídico”⁴; y plantea que para la Sala, la presencia de cláusulas exorbitantes en un contrato celebrado por la Administración Pública constituye índice evidente de la existencia de un contrato administrativo, pero ellas no hacen otra cosa que revelar la noción de interés general o colectivo que el servicio público entraña”.

Así, afirma la Sala en el caso Cervecería de Oriente:

Si bien las “cláusulas exorbitantes “son importantes para identificar el contrato administrativo, no obstante, ante la ausencia de éstas en una negociación, la noción de servicio público, que lleva implícita la de interés general o colectivo, recobra su plena y absoluta vigencia. Si se trata de una negociación de este tipo, es decir, en la cual se evidencia la presencia de cláusulas que desborden el derecho común (cláusulas exorbitantes) o en las que prive el interés del servicio público en su realización, la competencia corresponde a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En cambio, cuando la Administración Pública celebra convenios con los particulares en plazo (*sic*) de igualdad frente a éstos o que no sean determinantes para la realización del servicio público, el conocimiento de los litigios que pueden derivar de ellos compete a los órganos jurisdiccionales ordinarios”.

De allí, según la Sala: “antes como ahora sigue siendo importante la naturaleza de la negociación celebrada por la Administración para extraer el criterio diferenciador que determine el reparto jurisdiccional de competencias”.

De tal manera que, para esta sentencia de 11 de agosto de 1983 con ponencia de la magistrada Josefina Calcaño de Temeltas:

1.- La distinción entre Contratos Administrativos y Contratos de la Administración sigue teniendo vigencia e interés jurídico, dado además, que para esa fecha (1983), el hecho evidente de su consagración legislativa en el derecho positivo venezolano (artículo 42 ord. 14 de la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), condujeron a la Corte a concluir en la existencia de negociaciones celebradas por las administraciones públicas que están sometidas a un régimen de derecho público del cual dimanaran importantes consecuencias jurídicas, siendo una de las más resaltantes, el órgano de competencia jurisdiccional para conocer de los litigios que se produzcan con motivo de tales negociaciones.

⁴ Allan R. Brewer-Carías. ob. cit., p. 42 y ss.

2.- Que el criterio o condición “alternativa” más relevante lo representa la noción de interés público que el servicio público entraña y que, por tanto, la existencia o estipulación en el contrato celebrado por la Administración de las “*cláusulas exorbitantes*”, aportó la sentencia, son sólo un índice revelador del interés público que el servicio público implica o envuelve. Por tanto, la sentencia en comentario se decanta, por darle mayor peso a la noción de servicio público que refleja el interés público o colectivo del contrato que a la presencia en el contrato celebrado por la Administración Pública de cláusulas exorbitantes.

Subrayamos, que la jurisprudencia de los últimos 20 años del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa⁵, ha venido reiterando el criterio que se consideran características o requisitos esenciales “concurrentes” de un contrato administrativo: i) que una de las partes debe ser un ente público; ii) la finalidad del contrato debe estar vinculada a una utilidad pública o servicio público; iii) deben estar presentes ciertas prerrogativas de la Administración consideradas como exorbitantes, todo ello a los efectos de determinar su conocimiento por la jurisdicción contencioso administrativa. Incluso en años más recientes se ha sostenido, por vía jurisprudencial la necesidad de esas tres características esenciales para estar en presencia de contratos administrativos⁶ y que sea conocido

⁵ Venezuela. *Ley del Tribunal Supremo de Justicia*, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942 del 20 de mayo de 2004 en su artículo 5 numeral 25 establecía: Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto tribunal de la República: “... 25. Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los estados o los municipios, si su cuantía excede de setenta mil unas unidades tributarias (70.001 U.T.)”;

⁶ Véase en sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, sentencia N°201 de fecha 1 de marzo de 2018, caso “Sociedad mercantil Provenc, C.A. y la Corporación de Abastecimiento y Servicios Agrícolas (CASA), S.A.”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/208076-00201-1318-2018-2004-0850.HTML>, consultada en fecha 18 de noviembre de 2023; sentencia N° 0068 de fecha 22 de enero de 2009, caso “Distribuidora Bencaven Distribeca, C.A.” Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00068-22109-2009-2008-0972.HTML>, consultada en fecha 18 de noviembre de 2023; sentencia N° 05203 de fecha 27 de julio de 2005, caso “Mantenimiento y Servicios Eléctricos C.A. (MANSELCA)”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/05203-270705-2002-1061.HTM>, consultada en fecha 18 de noviembre de 2023; sentencia N° 187 del 5 de febrero de 2002, caso “Dioselina

por la jurisdicción contencioso-administrativa, a pesar de la falta de previsión expresa, tanto, en la vigente ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁷, como en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁸, de una disposición semejante al antiguo artículo 42 ord. 14 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁹, así como de la disposición anteriormente prevista en el artículo 5 numeral 25 de la reformada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, dada la previsión del artículo 259 de la Constitución vigente que al establecer la competencia de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa no distingue si la actividad administrativa que lesione situaciones jurídicas subjetivas deriva de actos unilaterales o bilaterales (contratos), así como tampoco distingue en el caso de reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, si esas situaciones son de origen contractual o extracontractual y dada la no previsión en las leyes mencionadas (ley del Tribunal Supremo de Justicia y ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) de la anterior disposición prevista en la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (art 42 ord. 14), los contratos celebrados por la Administración deben ser conocidos por la jurisdicción contencioso administrativa y su análisis debe ser de acuerdo a su naturaleza y contenido, serán

Rivero de Oropeza”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00187-050202-0412.HTM>, consultada en fecha 18 de noviembre de 2023; sentencia N° 02743 del 20 de noviembre de 2001, caso “Monagas Plaza C.A. vs Banco Industrial de Venezuela C.A.”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/02743-201101-16573.HTM>, consultada en fecha 18 de noviembre de 2023; sentencia N° 1452 del 12 de julio de 2001, caso “Alatec Haskoning, S.A. vs. Corporación de Desarrollo de la región nororiental (corporiente)”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01452-120701-15261.HTM>, consultada en fecha 18 de noviembre de 2023.

⁷ Venezuela. *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.451, del 22 de junio de 2010.

⁸ Venezuela. *Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.684 Extraordinario de 19 de enero 2022.

⁹ Venezuela. *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, publicada en la Gaceta Oficial N° 1.893 Extraordinario del 30 de julio de 1976 (derogada), establecía en su artículo 42 “Es de la Competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República: “... 14. Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades”.

preponderantemente de derecho público o privado dependiendo del régimen establecido para el mismo¹⁰.

Actualidad

Las circunstancias pueden cambiar y, ello precisa evaluar, como reflexión, lo acontecido en Venezuela en los últimos cuatro lustros. En efecto, se ha conferido a la Administración Pública y al Estado mediante leyes y regulaciones, excesivos poderes en cuanto a: la formación de los contratos administrativos, al modo de selección del cocontratante (verbi gracia: eliminación de licitaciones públicas y la imposición de adjudicaciones directas); en relación a la inclusión de cláusulas exorbitantes referidas al cumplimiento, ejecución y terminación de los contratos; intervención en la autonomía privada empresarial, mediante la imposición de supuestas medidas preventivas administrativas de ocupación y operatividad material más allá de las previsiones legales, medidas preventivas éstas, “eternas” de la Administración, dictadas con supuesto fundamento en la ley para la Defensa de las Personas de Acceso a Bienes y Servicios, (Ley SUNDDE); así como, revocación de concesiones mineras (sin indemnización), incluso en algunos casos por incumplimiento o por abusos de la propia Administración Pública y conllevando la ruptura del equilibrio económico de los contratos. Así, ello ha dificultado, los procesos de contratación, cumplimiento y ejecución de los contratos signados por procedimientos públicos o trámites burocráticos y extendiendo, además, la noción de los “contratos administrativos” a los “contratos coligados entre sí”¹¹, los cuales en realidad, en algunos de los casos acontecidos, por ejemplo, en materia de minería de oro, no estaban relacionados con un servicio público o con la prestación misma de un servicio público y que a pesar de ello se le sometían en cuanto a su cumplimiento y ejecución o bien a potestades públicas exorbitantes o bien a procedimientos administrativos o al control jurisdiccional contencioso administrativo, e implicó igualmente acciones judiciales y llevar algunos de dichos casos al Centro

¹⁰ Allan R. Brewer-Carias, *Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Estudios de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Colección de Textos legislativos N°47 segunda edición, Editorial Jurídica venezolana. Caracas, 2011. p. 9 y ss.

¹¹ No estoy haciendo referencia aquí a la tesis de los “actos administrativos coligados” y relacionados con un contrato administrativo, hago referencia a los contratos propiamente dichos, a su naturaleza, contenido y régimen jurídico, los cuales precisamente deber regirse por la normativa que le es propia. Véase en este sentido: José Araujo Juárez, *Derecho Administrativo, Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2008. p. 297 y ss.

Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). lo cual ha implicado una propensión o tendencia de regreso al derecho privado.

En efecto, es propicio señalar, dado los excesos de regulación e intervencionismo por parte de la Administración Pública que ha cometido atropellos y desmanes en los últimos años en violación a los derechos de las empresas y particulares, y dado igualmente la extensión de la figura de los “contratos administrativos” a contratos de derecho común u ordinario e incluso a “*contratos coligados entre sí*” (siendo contratos mercantiles o de trabajo), la necesidad de que se sea más riguroso- a los efectos del análisis de su régimen jurídico-con la noción de servicio público y quizás volver a la noción apuntada por cierta jurisprudencia venezolana de atender “*de modo inmediato y directo a la prestación de un servicio público (Sentencia de la Corte Federal 3-12-1959) o que tenga por objeto la prestación de utilidad pública (sentencia de la Corte Federal 12-11-54), o al criterio cauteloso “práctico”, doctrinario, de que la prestación del cocontratante “forme parte de la prestación misma del servicio público”*”¹². En realidad, dada la no previsión en las leyes mencionadas (ley del Tribunal Supremo de Justicia y ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) de la anterior disposición prevista en la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (art. 42 ord. 14) y lo sostenido por la doctrina especializada, lo que existen son contratos celebrados por la Administración Pública que tendrá un régimen preponderante de Derecho Público o de Derecho Privado, y en cuanto a su objeto y régimen jurídico, puede tenerse muy presente “*que se trate de la prestación misma de un servicio público*”.

¹² Enrique Pérez Olivares: citado por el exmagistrado Luis Henrique Farias Mata en ob. cit., p. 954, titulado: “Señalamiento de un criterio provisional para determinar que debe entenderse en Venezuela por contratos administrativos”.

OTROS APORTES JURISPRUDENCIALES DE LA DRA. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

*Carlos Luis Carrillo Artilles**

SUMARIO

I. A TÍTULO DE INTROITO. II. LA SENTENCIA PANAMERICAN WORLD AIRWAYS INCORPORATED SOBRE LA NATURALEZA SUSTANCIAL DE LA ACTIVIDAD DESPLEGADA POR EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. III. LAS SENTENCIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. IV. LA SENTENCIA REDIMAQ SOBRE LA INUTILIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD FRENTE A INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE PRIMER GRADO. V. LA SENTENCIA ALÍ QUIÑONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS EJERCIDAS POR EL JUEZ DENTRO DE UN PROCESO Y SUS DIFERENCIAS CON LAS MEDIDAS DISCIPLINARIAS. VI. EL VOTO SALVADO EN LA SENTENCIA EN EL CASO FRANCISCO RUIZ BECERRA SOBRE REPAROS AL DEBIDO CONTROL JUDICIAL DE UNA DESTITUCIÓN DISCIPLINARIA DE UN JUEZ. VII. A TÍTULO DE EPILOGO. VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. A TÍTULO DE INTROITO

No cabe duda que la singular conjunción de logros personales obtenidos en las diversas facetas profesionales desarrolladas a lo largo de la vida de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas, la erigen como un icono

* Investigador docente por concurso de oposición del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. www.carrilloartiles.com. carrilloartiles@gmail.com

histórico en Venezuela, como abogado, profesora y miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, sin embargo, resulta incontrovertible que el mayor impacto y trascendencia de su obra fue a través del ejercicio de la Magistratura, por la cual, se consolidó como una referencia ineludible y obligatoria, no sólo por ser la primera mujer que accedió como magistrado al máximo tribunal de justicia venezolano, en un contexto cultural totalmente distinto al actual con manejos diferentes de los roles de la masculinidad frente al acceso femenino a los cargos de alta responsabilidad y autoridad, sino que además logró cimentar un elevadísimo respeto intelectual de sus pares así como un indeleble reconocimiento de toda la comunidad jurídica, situación que se mantiene incólume hasta el presente, más allá de su presencia física debido a la multidimensionalidad de sus aportes jurisprudenciales provenientes de su iluminada pluma creativa que nos obsequió valiosos criterios de avanzada, que contrastaban en aquellos momentos, con un primitivo desarrollo del derecho administrativo en aspectos particularmente relacionados con involucrados contenidos del contencioso administrativo sobre conceptos y categorías jurídicas, que poco a poco con su participación fueron gestando una iridiscente expansión y robustecimiento de las instituciones procesales que inclusive luego fueron objeto de alusión o traslado a otros países de la región.

Obviamente esos resaltantes avances no se hubieran podido alcanzar si aquellos notables jueces no hubiesen tenido una visión de apertura, particular temple y entendimiento de su papel histórico, ya que fueron contruidos pretorianamente a partir de la jurisprudencia, ya que para en ese entonces, no se gozaba de una regulación de rango legal especial sobre la materia contenciosa administrativa sino únicamente se contaba con la preexistencia del precepto 206 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, que había constitucionalizado la jurisdicción contenciosa administrativa, y por otra parte, con algunas precarias previsiones de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, que contemplaba una transitoria organicidad judicial estructurada como competencia especial, en sus artículos del 181 al 185, y una incipiente regulación procesal que tenía como epicentro deslumbrante la pretensión de nulidad bifurcada en dos vehículos procesales, contemplados en sus artículos 112 y 121, para controlar actos generales o actos de efectos particulares, según el caso.

De allí que, la extraordinaria trascendencia de las originales contribuciones de la Dra. Calcaño de Temeltas nos permiten comprender el verdadero alcance y correcto entender de algunas instituciones y

categorías procesales del contencioso administrativo, que en aquél entonces no estaban muy claras, por lo que fueron objeto de atizadas discusiones e inclusive de votos salvados relacionados a aspectos variados que aluden desde: a) ¿Qué tipo de decisiones podrían ser objeto de impugnación en el contencioso administrativo?; b) ¿Cuál sería la verdadera naturaleza de la actividad sustancial que desarrollaría el juez contencioso al momento de efectuar el control sobre un acto administrativo?; c) ¿Cuál sería el fundamento jurídico del establecimiento de la responsabilidad patrimonial administrativa del Estado?; d) ¿Cómo se controlaría la inactividad primaria de la administración?; e) ¿Cuál sería la singularidad del alcance y formulación de la ficción legal del silencio administrativo denegatorio?; f) ¿Cuál era la naturaleza jurídica de los actos correctivos que el juez pueda aplicar a particulares dentro de un proceso judicial y su distancia de las medidas disciplinarias?

Como es fácil observar, todas estas inquietudes hoy en día encuentran fluidas respuestas porque se asumen básicamente conocidos por todos, sin embargo, con preocupación en la actualidad nos encontramos con algunas desviaciones por no estudiar y por desconocer los fundamentos y motivaciones originales de donde provienen, lo que en ocasiones derivan en erróneas interpretaciones y distorsiones producidas tanto por operadores judiciales como por suposiciones incorrectas del legislador al momento de normar, y por supuesto, por desatinadas creencias y la errónea operación de servidores públicos pertenecientes a la Administración Pública orgánica y funcional.

Por tanto, quiero agradecer la invitación que la doctora Belén Ramírez Landaeta de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo y la doctora María Amparo Grau, me hicieron en un primer momento para participar como ponente en las jornadas en Homenaje a la Dra. Calcaño de Temeltas celebradas en mayo de 2023, y ahora, para escribir un resumen de esa conferencia, donde me pidieron hablar sobre algunas decisiones residuales que no habían sido tratadas a lo largo de ese evento digital, razón por la cual, algunos de esos otros fallos relevantes no estarán incluidos en este opúsculo¹.

¹ Tales son los casos de: *Tarjetas Banvenez*; *Ford Motors de Venezuela*; *Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo* sobre la definición del acto administrativo y su control judicial de nulidad y restablecimiento; *Mariela Morales* referida a la protección del fuero maternal por vía de amparo constitucional; *Registro Automotor Permanente RAP*.

II. LA SENTENCIA PANAMERICAN WORLD AIRWAYS INCORPORATED SOBRE LA NATURALEZA SUSTANCIAL DE LA ACTIVIDAD DESPLEGADA POR EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La primera inmersión que haremos está vinculada al eje temático relacionado con la discusión sobre cuál era la verdadera naturaleza jurídica de la actividad que realizaba el juez contencioso administrativo al momento de revisar los pronunciamientos previos de la Administración Pública, que tuvo su punto máximo de inflexión en lo explanado en la ponencia de la Dra. Calcaño de Temeltas, en la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en el caso **Panamerican World Airways Incorporated contra el Ministerio de Transporte y Comunicaciones**, de fecha **11 de mayo de 1985**, que vino a cerrar el atizado debate doctrinal gestado desde 1965, cuando Allan Brewer Carías en su tesis doctoral² uso por primera vez el calificativo de recurso jerárquico impropio para referirse a “excepcionales apelaciones” diseminadas en diversos instrumentos legales que estaban dispersadas en distintas leyes vigentes para ese momento³, las cuales preveían la posibilidad que la extinta Corte Federal conociera “*en alzada*” de ciertos actos dictados por órganos administrativos, con la particularidad que tal autoridad revisoría que tendría la obligación de decidir, no era desde el punto de vista orgánico Administración Pública, sino una especie de interferencia del órgano judicial en la función administrativa.

En ese contexto, no estaba muy clara la naturaleza jurídica de esa actuación judicial por cuanto la recurribilidad general de los actos administrativos no era una cuestión muy difundida⁴, lo que generó que la

² Allan Brewer Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Colección Tesis Doctorales, Publicaciones de la Facultad de Derecho UCV, Caracas, Venezuela, 1964.

³ El profesor Brewer Carías dedujo la noción de recurso jerárquico impropio básicamente del artículo 7º, ordinal 31 de la Ley Orgánica de la Corte Federal de 1953, que otorgaba competencia a la extinta Corte Federal y de Casación para “*conocer de los recursos jerárquicos interpuestos dentro del término de ley contra decisiones de la Administración Nacional en materia fiscal, cuando la competencia para ello no esté atribuida a otro Tribunal*”, al igual que otros artículos esparcidos en diversos textos legales vigentes en los albores del año 1964.

⁴ Al respecto ver: Enrique Iribarren Monteverde, “De la metamorfosis del recurso jerárquico impropio en recurso contencioso administrativo de anulación por obra de la jurisprudencia”, en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, Año 2, Número 2, Caracas, Venezuela. 1987.

doctrina patria visiblemente se dividiera en torno a si dichos recursos jerárquicos impropios se trataban de verdaderos recursos de carácter administrativo en expresión del ejercicio de una función administrativa, premisa que habilitaría al Máximo Tribunal para conocer no sólo ilegalidad sino también el mérito del acto pudiendo valorar los motivos y razones de oportunidad y conveniencia, -como lo afirmaban los profesores Tomas Polanco Alcántara, José Guillermo Andueza y Allan Brewer Carías-, frente a la otra posición, -defendida por los profesores Eloy Lares Martínez⁵ y Luis Enrique Farías Mata-, que consideraba que se trataba de verdaderos recursos de naturaleza jurisdiccional, al tratarse de apelaciones “sui generis” que conocería un tribunal judicial y que tendrían como acabado resultado final una sentencia jurisdiccional⁶, por ende, eran inequívocamente manifestaciones anómalas dentro del sistema contencioso administrativo venezolano.

Ese enfrentamiento de posiciones tuvo su fundamento en la tesis originalmente estructurada en el Tratado del profesor Hernández-Ron, quien refiriéndose a las atribuciones de la Corte Federal y de Casación como Tribunal Administrativo, no dudó en calificar a los juicios que ante ella se lo ventilaban como “*litigios administrativos (con)... numerosas atribuciones de carácter administrativo.*”⁷ (Paréntesis nuestro).

La verdad que dentro del enfrentamiento doctrinal planteado, existían algunos puntos de convergencia comunes, uno de ellos relativo al reconocimiento unánime del carácter excepcional o atípico de tales apelaciones, en el sentido que su procedencia e implementación estaba condicionada a que previamente tuviere consagración expresa por un texto legal especial, ya que sólo y exclusivamente en la medida que deliberadamente un instrumento de rango legal previera su existencia, es que podría interponerse la respectiva “*apelación*” ante el órgano judicial; y otro era, que esos recursos nunca se ejercían ante una autoridad jerárquica, pues en manera alguna un Tribunal Judicial era superior jerarca del órgano o ente administrativo que había dimanado la actuación que se sujetaría al control judicial.

⁵ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Quinta Edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela, 1983, pp. 721 y 722.

⁶ Eloy Lares Martínez, “Los recursos administrativos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en *El Procedimiento Administrativo. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Volumen IV, 1980 - 1981. Instituto de Derecho Público UCV, Caracas, Venezuela 1983, p.146.

⁷ J.M. Hernández-Ron, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Tomo II, Tipografía Americana, Caracas, 1937, pp. 609 y 610, citado por Henrique Iribarren Monteverde, ob. cit., p. 139.

Ahora bien, la superación de la enunciada diatriba doctrinal es atribuible al aludido fallo Pan American Airways, ya que mediante la interpretación progresiva de la ley dictaminó la desaparición de la peculiar denominación de “*recursos jerárquicos impropios*” al patentizar lapidariamente que, cuando un cuerpo legal especial concediese una “*apelación*” contra un acto administrativo ante un órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, debería “*entenderse que se trata(ba) en su lugar de un recurso contencioso administrativo*”, indicando que no podrían subsistir o coexistir las prenombradas apelaciones frente al recurso contencioso administrativo de anulación.

Es importante advertir al lector, que aquella denominación de recurso jerárquico impropio, no tiene relación alguna con el actual recurso jerárquico impropio, termino desempolvado y recreado por el único aparte del artículo 96 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981, que con unos caracteres totalmente distintos prevé la desventurada consagración de un recurso -como una regla general salvo disposición en contrario de la ley-, permitiría la revisión ante el Ministro de Adscripción de los actos de efectos particulares dimanados de las máximas instancias jerárquicas de los Institutos Autónomos, lo cual genera severas dudas de su constitucionalidad al contrastarlo con el diseño constitucional de 1999, que por lo menos impondría que se ajustase el alcance de su contenido a un debido y correcto control de tutela condicionándolo exclusivamente a control de las distorsión de las políticas públicas generadas por los órganos rectores de la Administración Central, para que toda la actividad del Estado inclusive la de los entes descentralizados funcionalmente, apunten hacia determinada fin público y que en el caso de ser afectado gravemente pudieran ser excepcionalmente controladas⁸ como expresión de la potestad o técnica de “*coordinación administrativa*”, que persigue como propósito principal la sincronía y armonización de las acciones de entes diferenciados para la obtención de la eficacia y optimización de los cometidos estatales, siempre estando sometida a una serie de limitaciones por la existencia de potestades intrínsecas de autonomía y autarquía que gozan y están dotados los Institutos Autónomos, al no existir relación de jerarquía con el órgano de adscripción de la Administración Central y por la exclusiva idoneidad técnica que posee sobre las materias que detenta competencia diferenciada.

⁸ Al respecto ver nuestra posición en Carlos Luis Carrillo Artilles, “El redimensionamiento del recurso jerárquico impropio en Venezuela”, en *Libro Homenaje al profesor Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I, Colección Libros Homenaje N°.7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela, 2002.

Aunque pareciera irrefutable las cortapisas a una abierta e ilimitada revisión central de cualquier sustrato derivado de un acto de un Instituto Autónomo bajo el parámetro constitucional de 1999⁹, su protección judicial ha sido reiteradamente vulnerada, gestándose una inconstitucional política de recentralización apoyada inclusive desde el legislador, y que en el caso particular de la aplicación del primer aparte del artículo 96, ha desbordado el contenido de revisión de los recursos jerárquicos impropios sobre aspectos propios y elementos de vida cotidiana que no estarían bajo su control, reduciéndose el mecanismo de descentralización funcional casi a su inexistencia o a su supeditación a una figura análoga a la jerarquía, e inclusive en ocasiones la colocándola en un rango inferior al mecanismo administrativo de desconcentración, porque allá, el órgano desconcentrado agotaría la vía administrativa de la competencia específicamente desconcentrada y sus pronunciamientos no serían revisables ni recurribles ante el jerarca de la estructura orgánica desconcentrante, quien antiguamente detentaba la competencia desconcentrada.

III. LAS SENTENCIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Uno de los primeros fallos en Venezuela que abordó con profundidad el tema de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública fue el caso **Alba Orsetti de Cabello**, resuelto bajo ponencia de la Dra. Calcaño de Temeltas, en la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha **19 de julio de 1984**, donde se construyó jurisprudencialmente el fundamento jurídico de la procedencia de la responsabilidad estatal ante hecho ilícito, acudiendo a normas del derecho civil bajo teorías con cimiento en el derecho romano por la responsabilidad derivada de la guarda y custodia de cosas, cuya propiedad y mantenimiento en ese caso en particular correspondía a la República, dado que para aquél entonces, no existía ningún fundamento en normas o explicaciones propias del derecho público, como hoy en día existe, en el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fundamento que infortunadamente se ha interpretado erróneamente como único para reclamar daños por cualquier conducta estatal, y consecuentemente establecer la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, del Estado Juez o del Estado Gubernativo, desbordando

⁹ Al respecto ver preceptos 158, 165, 184 y 300 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

su expreso contenido que estrictamente concierne a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública orgánica y funcional, ya que expresamente la misma Constitución distingue otras bases fundamentales para discriminar un asiento diferenciado para exigir tales disímiles responsabilidades, como es el caso del artículo 49 numeral 8 para la responsabilidad del Estado Juez y de los preceptos 4, 6, 19, 30, 133, para el Estado Gubernativo y Legislador.

En contraste, aquella sentencia se produjo con ocasión de unos hechos relacionados con un accidente vial producido por el desprendimiento de una valla de señalización vial de la carretera Barcelona El Tigre por la negligente conservación y deterioro por oxidación de los tornillos que la sujetaban, cuyo mantenimiento le correspondía al Ministerio de Transporte Terrestre y Comunicaciones y al ser propiedad de la República, se estableció que el fundamento de la responsabilidad patrimonial era el artículo 1193 del Código Civil fundado en la guarda y custodia de bienes y cosas inanimadas, que al generar directamente la muerte física del conductor dentro del vehículo donde se desplazaba con su esposa -que también sufrió lesiones- en presencia de sus hijos, finalmente declaró la procedencia del pago de daños directos e indirectos, así como de daños morales y de lucro cesante, al entender definitivamente que esa responsabilidad devendría por el carácter de guardián que detentaba el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, por lo que, la República debería reparar hasta el intenso dolor emocional gestado por esa afectación, a través de la declaratoria de una presunción hominis de más o menos la vida promedio que hubiere podido gozar el afectado.

Esta posición inicial de avanzada, fue reiterada en varias decisiones que fueron dimanadas en años subsiguientes -1985 y 1986- bajo ponencias de la misma Dra. Calcaño de Temeltas, suscritas por los demás magistrados de la Sala Político Administrativa de aquella época, que estaban referidas a procesos que venían discutiéndose en alzada sobre decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, particularmente entre ellas, la sentencia del caso **Jesús Cedeño Salazar vs CADAFE**, de fecha **11 de febrero de 1985**, quien estaba en una platabanda y al levantar una cabilla tocó un tensado de electricidad que no estaba correctamente colocado electrocutándose al instante, lo que generó una interesante argumentación en el fallo respecto a la expansión de la cobertura de responsabilidad a todos los recursos materiales relacionados con la generación y distribución del servicio público eléctrico que eran propiedad de una empresa del Estado, sobre quien indudablemente recaía no sólo el deber de cuidado sino también el de debida prevención y correcta obligación de custodia y

mantenimiento de todos de bienes por extensión, por lo que, era previsible la necesidad de un correcto tensamiento de esos cables conductores para no generar eventualmente un daño, lo que acreditó ordenar la reparación patrimonial de todos los gastos producidos por la lesión física y material que sufrió la persona sobreviviente y también de las afectaciones sufridas por sus familiares, imponiéndose el pago de daños directos e indirectos, lucro cesante y de daño moral.

En idéntico tenor que la sentencia del caso **Nelson Molina vs CADAFE**, de fecha **07 de marzo de 1989**, con ponencia de la Dra. Calcaño, sobre un caso de lesiones también por la intervención de la energía eléctrica en el que el afectado perdió las dos piernas y un brazo al rozar un cable de alta tensión mientras descargaba un camión de materiales en un silo de Aragua, siendo lo importante de esa decisión, que se habló de una presunción de culpa grave por la ausencia del debido cuidado por el prestador del servicio que solamente podría ser excepcionada por la fuerza mayor, por caso fortuito, por el hecho propio de la víctima o, por la intervención directa de un tercero, justificación que después permitió todo un desarrollo de discusiones que entretejieron las bases doctrinales para la edificación de reglas propias del derecho administrativo para establecer la responsabilidad del Estado Administrador, y finalmente, su constitucionalización en el artículo 140 de nuestra norma fundamental de 1999.

IV. LA SENTENCIA REDIMAQ SOBRE LA INUTILIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD FRENTE A INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE PRIMER GRADO

A continuación, vamos revisar otro significativo aporte de la Dra. Calcaño, concebido en su ponencia sobre el caso **Representación y distribución de maquinarias (Redimaq) vs Ministerio de Hacienda, de fecha 05 de mayo de 1998**, que valiosamente distinguió la inutilidad del uso de una acción de nulidad frente a una inactividad administrativa de primer grado al no existir ningún sustrato material que anular, ilustrándonos que ante la materialización de ese singular supuesto la acción idónea para su control era la de carencia o abstención por sus especiales características.

El caso concreto tenía relación con una lineal inercia administrativa sostenida por la Administración Tributaria, que nunca gestó un acto administrativo de respuesta frente a una solicitud inicial de reconocimiento de prescripción de unos créditos fiscales, situación que singularmente fue objeto de una nueva solicitud llevada a conocimiento del superior jerarca,

y que el peticionante supuso se trataba de un recurso jerárquico donde tampoco obtuvo ninguna actividad ni contestación, por tanto, los afectados asumiendo que había una tácita denegación, presentaron a conocimiento del contencioso administrativo una pretensión de nulidad y la declaratoria de prescripción por ese aparente “*silencio administrativo*” que consolidada una negativa” que según su criterio, se había generado por la ausencia de respuesta del jerarca, cuando en realidad siempre hubo una inactividad primaria que desconoció flagrantemente el derecho a obtener una respuesta debida tanto de una petición original como de su ratificación ante el máximo decisor de la estructura administrativa.

Para ese entonces, ya era ampliamente conocido los enunciados del fallo **Ford Motors de Venezuela**, que paradójicamente también había sido producto de una ponencia de la Dra. Calcaño, en fecha **22 de junio de 1992**, -a la cual ya han hecho expresa referencia en estas jornadas-, que asertivamente había aclarado la verdadera naturaleza y favorabilidad de la ficción legal del silencio administrativo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para que un recurrente, según su preferencia, decida quedar a la espera de la respuesta de un recurso interpuesto o siga accediendo a otras vías recursivas superiores o a acceder al contencioso administrativo frente a una inactividad de segundo grado, siempre que prexistiese un acto expreso definitivo que generase gravamen, y éste fuese objeto de impugnación por vía recursiva, ya sea mediante el recurso de reconsideración o jerárquico.

Por esa razón, el fallo Redimaq desvirtuó que fuese procedente una acción de nulidad frente a una inercia administrativa en la fase constitutiva o de primer grado, pues la competencia del juez de lo contencioso administrativo ante una pretensión de anulación de un acto administrativo contrario a derecho, en el caso del silencio de la administración interpretada por la ley como respuesta negativa de ésta, sólo puede el juzgador entrar a conocer de una acción fundamental en ese silencio, cuando el mismo se ha dado precisa y solamente respecto a la no resolución del correspondiente recurso administrativo, y no como en el caso de autos, con ocasión de una solicitud primaria para que se emita un acto, porque obviamente se aspira una declaratoria de nulidad de algo inexistente, ya que no hay acto que anular, ni puede tomarse una decisión creadora del mismo, pues al hacerlo el juez debería realizar un pronunciamiento positivo adicional que visiblemente incurriría en una usurpación de la función administrativa violando la separación de funciones del Poder Público.

Además la sentencia advirtió, que en su lugar lo que si realmente correspondía era acudir a un vehículo procesal de control contencioso administrativo, denominado acción de abstención o carencia previsto en nuestro ordenamiento desde el año 1925 en la Ley de la Corte Federal y Casación, que inclusive había sido precisado por otras sentencias de la misma Sala¹⁰, que estaba dirigido a producir una sentencia con un mandato judicial de condena que ordenase a la Administración remisa por mora administrativa a cumplir sus específicas obligaciones preestablecidas, siempre que prexistiese en el ordenamiento jurídico la preconfiguración de un contenido específico de la respuesta a producir y entregar al peticionante, y que al no otorgarse temporáneamente el acto debido activaría la legitimación activa para acudir al contencioso administrativo, en razón de lo cual, terminó declarando la inadmisibilidad de la acción de nulidad conforme a lo dispuesto -en aquella época- por el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Esto hoy en día tiene plena vigencia, frente desafortunadas posiciones doctrinales que han planteado la defensa de una frenética operación del silencio administrativo con efectos denegatorios en la fase primaria, con la ilógica alusión de su posible ataque, mediante recursos administrativos y luego con una acción judicial que aspire, no sólo la nulidad de esa denegatoria presunta sobrevenida por varias inactividades sino además una declaratoria positiva del juez contencioso por sus amplios poderes restablecedores, obviando la inutilidad de esa idea frente a la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de las acciones judiciales idóneas, directas y efectivas para el control de las inactividades de primer grado, que en un momento jurisprudencial anterior¹¹, inclusive distinguieron entre la viabilidad de la presentación de una acción de Amparo Constitucional conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y la presentación de una

¹⁰ Sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fechas 28 de febrero de 1985 y 03 de marzo de 1985, en los casos *Eusebio Igor Vizcaya Paz vs Universidad del Zulia* e *Iván Pulido Mora contra la Contraloría General de la República*, respectivamente.

¹¹ Cfr. Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 13 de junio de 1991, bajo ponencia de la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas en el caso *Elías José Sarquis vs IVSS*, e igualmente, en el caso *José Emisael Durán vs Ministerio de Justicia* de fecha 11 de julio de 1997, caso *Navio Salas Grado* de fecha 13 de agosto de 1992.

acción de Abstención o Carencia¹², dependiendo según el caso, de la afectación directa de la Constitución o de la Ley, del contenido preestablecido o indeterminado -en aquel entonces específico o genérico- objeto de la obligación de respuesta administrativa.

No podemos pasar por alto y hacer observaciones, ante una situación actual producida por la inadecuada interpretación creada en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a partir del caso **Ana Beatriz Madrid**, de fecha **06 de abril de 2004**, reiterada en otros fallos con ocasión de los casos: **Samuel Enrique Fábregas (2004)**, **Moisés Antonio Montero (2004)**, **Luis María Olalde (2004)**, **Bogsivica (2006)**, **Asociación Civil Bokshi Bibari (2006)** y **armen Jiménez Barazarte y otros vs Ministro del Poder Popular para la Educación Superior (2008)** y **David Delgado Rubio (2010)**, que han generado toda una distorsión del contencioso porque radicalmente desechan el uso de las acciones de Amparo Constitucional frente a afectaciones de la oportuna y adecuada respuesta que no detenten una substancia preestablecido en el ordenamiento jurídico, y afecten directamente al derecho constitucional de respuesta oportuna y adecuada, ordenando que también deben ser obligatoriamente impugnadas, conocidas y tramitadas a través de la acción de abstención o carencia por el juez contencioso administrativo, aun cuando el objeto de la pretensión sea el restablecimiento del derecho constitucionalmente vulnerado y no fuese posible lograr una condena.

El gravísimo error de la Sala Constitucional es desconocer la verdadera naturaleza excepcional de la acción de carencia y su carácter particular de acción de condena, que requiere para producir efectivamente tal mandato de condenatoria, de la preexistencia de un parámetro nítido en una norma de rango legal o sub legal del particular y concreto acto debido por la Administración, que permita conocer la obligación preconstituida como secuela ante la presentación de una solicitud y siempre que se dé cumplimiento integral de los requisitos legales necesarios para la procedencia de su otorgamiento, cuyo acto omitido que al ser no proferido y notificado temporánea y sustancialmente por la Administración en la fase constitutiva, otorgaría instantáneamente un interés actual y legitimación activa para accionar y obtenerlo, una vez desarrollado el proceso y

¹² Al respecto ver nuestra posición en Carlos Luis Carrillo Artiles, *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*, Universidad Católica Andrés Bello. 1999; y Carlos Luis Carrillo Artiles, “El derecho de petición y de oportuna y adecuada respuesta en la Constitución de 1999”, en *Libro Homenaje a los 20 años de la especialización de derecho administrativo de la Universidad Central de Venezuela*, Tribunal Supremo de Justicia, 2001.

comprobada la afectación objetiva de la legalidad por la desatención de la Administración a eso específicamente ordenado, habilitando al juez a ordenar su cumplimiento en idéntico sentido como lo prevé el ordenamiento jurídico, sin invadir la función administrativa, pues tal contenido-consecuencia deriva directamente de la ley, de allí que es perfectamente factible como mandato complementario del fallo, la indicación de un plazo para su cumplimiento, y que de mantenerse remiso o contumaz el órgano o ente obligado, sería viable que la sentencia haga las veces de sucedáneo o sustitutivo del acto omitido por su no acatamiento.

Esto contrasta de posibles desatenciones del deber de respuesta ante solicitudes que no tengan precisiones específicas o preestablecidas del contenido de la respuesta adeudada, dejándola a espacios propios competenciales del órgano peticionado, que no pueden ser delimitados por el juez contencioso por pertenecer a la función administrativa, y que sólo pudiesen ser controlados a través de fallos con mandatos de restablecimiento de la situación jurídica lesionada, que sólo instarían a que se genere una formal respuesta -como es la figura del Amparo Constitucional por omisión de respuesta- al tratarse de conculcaciones directas del artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y no de quebrantamientos de normas de rango legal, aun cuando existe el artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que únicamente aduce a deber lato de respuesta oportuna sin entrar a configurar supuestos que viabilicen un mandato de condena, y que por la confusión generada por la Sala Constitucional, -para probablemente evitar el conocimiento de acciones de Amparo por omisión de respuesta con ocasión de la Justicia Constitucional-, ahora acarrea dislates frecuentes en los fallos de los jueces contencioso administrativos al también desconocer la diferencia insuperable entre las sentencias de condena y de restablecimiento, produciendo que en verdaderas acciones de carencia donde si existe un contenido predeterminado como obligación de respuesta por consecuencia jurídica de una norma no condenen al otorgamiento del acto omitido sino en su lugar ordenen laxamente que se responda, diluyendo el objeto de esa singular acción; y en procesos que no tengan un parámetro preestablecido del contenido de la respuesta, erróneamente ordenen a su voluntad actos a la Administración, entrometiéndose en espacios reservados a una función de otra rama del Poder Público.

V. LA SENTENCIA ALÍ QUIÑONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS EJERCIDAS POR EL JUEZ DENTRO DE UN PROCESO Y SUS DIFERENCIAS CON LAS MEDIDAS DISCIPLINARIAS

En otro orden de ideas, se erige la sentencia del caso **Alí Quiñones**, de fecha **19 de julio de 1984** bajo ponencia de la Dra. Calcaño, alusiva a la discusión sobre la naturaleza jurídica de las medidas correctivas que un juez podría imponer a una de las partes dentro de un proceso jurisdiccional, como una medida típica que busca reestablecer la afectación del orden y la lealtad procesal entre los intervinientes en el sistema de Justicia las partes, que imponen un debido respeto hacia la autoridad y hacia los otros participantes, ya sean particulares, contrapartes o coadyuvantes de la justicia que de alguna manera participen en el juicio, de allí que existía un debate en torno a si esos actos eran propios de naturaleza jurisdiccional o si se trataba de actos administrativos provenientes de la rama judicial, con miras a que a la postre fuera viable o no su control bajo la intervención del contencioso administrativo.

Para aclarar esa diatriba, el fallo se apoyó en la cita de una decisión preexistente de fecha 07 de noviembre de 1967, que hacía mención a lo que en un momento anterior se denominaban medidas *disciplinarias* dictadas por los jueces, producto de lo calificaban como jurisdicción correccional, - sin detenerse a elaborar una teoría diferencial sobre esos regímenes jurídicos sino sólo frente a que sujetos se aplicaba- como una potestad que indistintamente llamaban disciplinarias o correctivas, que el derecho positivo atribuía “*con entera libertad*” a ciertas autoridades con ocasión del desempeño de sus funciones para juzgar e imponer sanciones a los particulares, cada vez que verificasen una afectación de sus deberes en los actos oficiales o, por el irrespeto a la “*majestad*” del Poder Público, sus organismos o agentes que lo ejercen, en aras de preservar y proteger tal poderío de la cual estaban investidos, de acuerdo con lo previsto en las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De tal forma que en ese contexto histórico normativo, se facultaba a los órganos jurisdiccionales que presenciaban los actos llevados a cabo por los particulares que actuaban como partes ante un servidor público, para imponer sanciones correctivas -de expulsión del despacho, multa o arresto-, por desórdenes dentro de los recintos tribunales; por irrespeto a los funcionarios judiciales, a las partes que frente a ellos actúen o a sus asistidos o representados; o por las perturbaciones del buen desenvolvimiento de los procesos, que en ocasiones sensiblemente atenuaba o

prescindía de su derecho a la defensa pues se gestaban sin oír al presunto infractor ni cumplir otro trámite que retardase su ejecución, sustentado además en que por mandato legal tales decisiones ablatorias, no eran actos apelables salvo por únicamente el recurso de reconsideración, sin embargo, la norma advertía que quienes dictasen tales sanciones podrían ser responsables disciplinariamente por abuso de poder o extralimitación de autoridad, a distancia de lo que se concebía como jurisdicción disciplinaria, que tenía como objeto central la determinación de las faltas de los funcionarios públicos como jueces, auxiliares de justicia, fiscales y defensores públicos en el desempeño de su actividad por infracción de sus deberes funcionales.

Fue así como, la ponencia de la Dra. Calcaño puntualizaba que aquél fallo de 1967 nunca había entrado a analizar específicamente el carácter o naturaleza jurídica de esas medidas dictadas por los jueces, y que de acuerdo a su criterio, indudablemente entraban en la categoría genérica de actos administrativos, como una excepcional providencia que no era producto del ejercicio de la función jurisdiccional que le era propia a esos órganos sino en función administrativa, ya que no tenía vinculación directa con las pretensiones, con el debate procesal ni con el objeto del proceso, además que no estaba resolviendo el fondo de una controversia entre las partes ni declarando el derecho aplicable con fuerza de verdad legal, sino actuando como sujetos de derechos conectados por una determinada relación jurídica, en la que se le atribuiría al juez evidentes potestades de gestión del interés público, por consiguiente, sus declaraciones de voluntad que emitirían en cualquiera de los supuestos anotados eran estrictamente de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.

Con arreglo a esta interpretación, la medida de arresto dictada por un juez constituiría un acto administrativo de efectos particulares emanado de un órgano judicial, por ende, no estaría excluido al control del contencioso administrativo como todo acto administrativo, generando un preludio para las bases conceptuales de su revisión.

VI. EL VOTO SALVADO EN LA SENTENCIA EN EL CASO FRANCISCO RUIZ BECERRA SOBRE REPAROS AL DEBIDO CONTROL JUDICIAL DE UNA DESTITUCIÓN DISCIPLINARIA DE UN JUEZ

Por último haremos mención a un **voto salvado** de la Dra. Calcaño de Temeltas dentro de uno de los casos emblemáticos de control de responsabilidad disciplinaria judicial, plasmado en la sentencia del caso de

la destitución del juez penal **Francisco Ruiz Becerra vs el extinto Consejo de la Judicatura**, de fecha **23 de marzo de 1985**, bajo ponencia del magistrado René de Sola, cuya discusión central versaba si esa medida de desvinculación del cargo dictada por el extinto Consejo de la Judicatura, era un acto administrativo recurrible ante la jurisdicción contenciosa administrativa, o si por el contrario, era de naturaleza jurisdiccional escapando de aquél control especial.

La particularidad de ese caso es que el artículo 62 de la Ley de Carrera Judicial, mencionaba que frente a esa decisión de destitución no cabría ningún recurso, lo que incentivó a que nuestro amigo y compañero del Instituto de Derecho Público, el profesor Manuel Rachadell, quien actuaba como apoderado judicial de la parte accionante sostuviese que esa restricción sólo era aplicable para los recursos en sede administrativa pero no para las acciones judiciales ante el contencioso administrativo.

Esto indujo que la mayoría sentenciadora en el fallo hiciese algunas precisiones, siendo la primera de ellas, la referida al punto si el Consejo de la Judicatura dictaba actos administrativos o judiciales, afirmando que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 204 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, no era un órgano perteneciente a la rama judicial pero dado a su carácter tridimensional con funciones normativas, administrativas y jurisdiccionales, arribaron a la conclusión que no habría duda del carácter eminentemente jurisdiccional de sus decisiones disciplinarias, ya que sería un contrasentido, pretender garantizar independencia de los jueces y colocarle por encima un órgano administrativo al que quedarían jerárquicamente sometidos, asumiendo que sus pronunciamientos tenían un carácter definitivo equiparables a las sentencias judiciales aunque no lo fuesen en realidad. Para ello, acuden a la cita muy apretadamente de un fallo anterior de esa Sala bajo ponencia de Dra. Calcaño de Temeltas –que estaba referido a las decisiones dictadas por las Comisiones Tripartitas creadas por la Ley contra despidos injustificados– y en donde se distinguió las funciones de los órganos estatales de los actos emanados de los mismos, en atención a la definición material de las funciones del Estado basadas en la naturaleza sustancial de la actividad estatal y no en la naturaleza orgánica del cual emanaba el acto.

Frente a estas afirmaciones mayoritarias, emergieron dos votos salvados¹³, siendo uno de ellos, el de la Dra. Calcaño, quien acertadamente ripostó que aunque el fallo expresamente hacía mención a que el Consejo

¹³ El otro voto salvado fue suscrito por el Magistrado Luis Enrique Farías Mata.

de la Judicatura no era un órgano judicial y que no dictaba sentencia judiciales, incurría en un error al evaluar el ejercicio de sus funciones disciplinarias como expresión de una función jurisdiccional entregada excepcionalmente por la Constitución a autoridades administrativas, ya que aun cuando dicha función era propia de la rama judicial no exclusiva ni excluyente a que fuese realizada por otros órganos del Poder Público, como en este caso, por lo cual, sus actos eran incontrovertible de esencia administrativa sometidos al control del contencioso administrativo.

Para ello, el voto salvado se detiene a analizar en detalle las particularidades del Consejo de la Judicatura, partiendo que era un órgano de creación constitucional dotado de independencia pero su esencia era la de ser un cuerpo de naturaleza compleja acentral con autonomía funcional, por lo que, todas sus atribuciones y actividades serían típicamente administrativas aun cuando se tratase de las de carácter jurisdiccional disciplinario, porque se desplegaban en ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y no buscaba reintegrar el ordenamiento jurídico sino proteger el interés público que regentaba y tutelaba, por ende, se trataba de un poder ínsito que le otorgaba el ordenamiento jurídico administrativo para reprimir sus infracciones.

Finalmente puntualizando que dado que el Consejo de la Judicatura era un órgano administrativo al cual le han sido conferidas potestades administrativas, su ejercicio se traduciría siempre en actos administrativos, como particularmente era la destitución de un juez, por consiguiente estarían sometido al control judicial de ese Máximo Tribunal a través de su impugnación mediante la presentación de una acción de nulidad del contencioso administrativo ante la Sala Político Administrativa por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, lo que aportaba las primeras semillas con miras a un primitivo derecho disciplinario judicial en Venezuela.

VII. A TÍTULO DE EPÍLOGO

Para cerrar, creo significativo resaltar que todos detalles expresados traslucen nítidamente como la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas fue sistemáticamente aportando elementos para ampliar y robustecer el ámbito material y funcional del Contencioso Administrativo, no sólo al defender, ampliar y visibilizar la legitimación activa de quienes resultasen afectados por las conductas activas y pasivas lesivas de la Administración, sino al mismo tiempo, al generar las debidas correcciones en los que eran –para aquél entonces– innovadores mecanismos de acceso al control jurisdiccional, reajustando de manera lapidaria la actividad sustancial que

realiza el juez contencioso frente a los diversos sustratos de impugnación llevados a su conocimiento, lo cual en la actualidad sigue teniendo mayor vigencia que nunca antes, por lo que, más allá de su lamentable desaparición física, sus ideas seguirán entre nosotros con una presencia inmanente al dejárnoslas como preciado legado importante. Esto se acrecienta aún más, por el hecho que su imagen es un verdadero signo indeleble de ejemplo de lo que debería ser un juez contencioso y de la función que debería plenamente desarrollar, permitiendo y garantizando fluidamente el acceso a la jurisdicción y a la generación de constructivos debates judiciales para que el Estado pueda ser debidamente controlado y finalmente opere mejor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDUEZA, José Guillermo. “El derecho de petición y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Volumen IV. 1980-1981. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV. Caracas 1983.

BREWER CARÍAS, Allan, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Colección Tesis Doctorales, Publicaciones de la Facultad de Derecho UCV, Caracas, Venezuela, 1964.

_____*El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos No.16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1982.

_____*Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*. Colección Estudios Jurídicos No.49. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. 1991.

_____*Nuevas tendencias del contencioso administrativo en Venezuela*, Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer Carías de Derecho Administrativo, N°.4., UCAB, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. 1993.

_____*Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas. Madrid. España.

CABALLERO ORTIZ, Jesús, *Los Institutos Autónomos*, Editorial Jurídica Venezolana y Fondo de Inversiones de Venezuela, Caracas, Venezuela, 1984.

_____ “El recurso jerárquico impropio en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Volumen IV, 1980 – 1981, Instituto de Derecho Público UCV, Caracas, Venezuela, 1983.

CARRILLO ARTILES, Carlos Luis, “El redimensionamiento del recurso jerárquico impropio en Venezuela”, *Libro Homenaje al profesor Gonzalo Pérez Luciani*, Volumen I, Colección Libros Homenaje N° 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela, 2002.

_____ *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*, Universidad Católica Andrés Bello, 1999

_____ El derecho de petición y de oportuna y adecuada respuesta en la Constitución de 1999”, *Libro Homenaje a los 20 años de la especialización de derecho administrativo de la Universidad Central de Venezuela*. Tribunal Supremo de Justicia. 2001.

HERNÁNDEZ-ROD, J.M, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Tomo II, Tipografía Americana, Caracas. .

IRIBARREN MONTEVERDE, Henrique, “De la metamorfosis del recurso jerárquico impropio en recurso contencioso administrativo de anulación por obra de la jurisprudencia”, en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, Año 2 Número 2, Caracas, Venezuela, 1987.

LARES MARTÍNEZ, Eloy, “Los recursos administrativos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en *El Procedimiento Administrativo*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Volumen IV, 1980 – 1981, Instituto de Derecho Público UCV, Caracas, Venezuela, 1983.

_____ *Manual de Derecho Administrativo*, Quinta Edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela. 1983.

FARÍAS MATA, Luis Enrique y TOVAR, Orlando, “El Proceso de elaboración de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Volumen IV, 1980 – 1981, Instituto de Derecho Público, UCV, Caracas, Venezuela, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas.

IRIBARREN MONTEVERDE, Henrique. “De la metamorfosis del recurso jerárquico impropio en recurso contencioso administrativo de anulación por obra de la jurisprudencia”, *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, Año 2 Número 2, Caracas, 1987.

RACHADELL, Manuel. “Las garantías de los administrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración UCV*. Volumen IV. 1980-1981. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV. Caracas Venezuela. 1983

SAYAGUÉZ LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, Uruguay, 1963.

TREVIJANO FOS, José Antonio, “*Principios de Organización Administrativa*”, Madrid, España.

VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, Editorial Aguilar.

VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, Undécima Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1997.

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN Rafael BADELL MADRID	11
--	----

IN MEMORIAM A **JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS**

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS, SU FORMACIÓN INICIAL Y UNA REFERENCIA A UNA DE SUS CONTRIBUCIONES JURISPRUDENCIALES A LA TEORÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA ÉPOCA DORADA DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL PAÍS

Allan R. BREWER-CARÍAS	23
------------------------------	----

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS COMO MAGISTRADO

Cecilia SOSA GÓMEZ	35
--------------------------	----

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

Ramón ESCOVAR LEÓN	43
--------------------------	----

PALABRAS EN HOMENAJE A JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS UNA JURISTA EJEMPLAR

Gabriel RUAN SANTOS	47
---------------------------	----

UNA SILUETA DE SU PERSONA	48
---------------------------------	----

SU OBRA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	49
--	----

JOSEFINA CALCAÑO Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL	52
---	----

ACTOS ADMINISTRATIVOS

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1980, CASO MIRANDA ENTIDAD DE AHORRO Y PRÉSTAMO, CON PONENCIA DE LA MAGISTRADO JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS:

LA APLICACIÓN DEL CRITERIO ORGÁNICO PARA LA DEFINICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

María AMPARO GRAU

1. La definición del acto administrativo	62
2. La aplicación del criterio orgánico para definir el acto administrativo en la sentencia de 10 de enero de 1980, caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, con ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas ...	64
3. La vigencia de la doctrina del caso Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo bajo la Constitución de 1999	70
4. Conclusión	71

LA SENTENCIA “MIRANDA ENTIDAD DE AHORRO Y PRÉSTAMO”, UN ANTES Y UN DESPUÉS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Rosibel GRISANTI DE MONTERO

1. Consideraciones previas	73
2. Mi Maestra la Dra. Josefina Calcaño de Temeltas	74
3. La sentencia Miranda, Entidad de Ahorro y Préstamo, una decisión paradigmática	75
4. La tesis de los actos cuasijurisdiccionales (posición doctrinaria y jurisprudencial)	77

5. La tesis de la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales	79
6. Una tercera posición: la llamada función arbitral de la Administración	83
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

SILENCIO ADMINISTRATIVO

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA SENTENCIA FORD MOTORS. SU PROYECCIÓN ACTUAL

Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ

I. SILENCIO ADMINISTRATIVO E INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES	91
II. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO EN LA LOPA	92
1. Antecedente inmediato: El artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia	92
2. Su regulación en los artículos 4, 92 y 93 de la LOPA	93
III. LA INTERPRETACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO	94
1. El silencio administrativo negativo como carga	94
2. El silencio administrativo negativo como garantía: La sentencia <i>Ford Motors</i>	95
IV. DIFERENCIAS EN LOS EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO SEGÚN SE TRATARA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE PRIMER O DE SEGUNDO GRADO: PRETENSión DE AMPARO CONSTITUCIONAL O “RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR ABSTENCIÓN”. SU SUPERACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL	97

V. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA LOJCA	100
1. Su innecesaria o redundante inclusión en el artículo 8	100
2. Su relación con la caducidad de las acciones de nulidad de actos administrativos en el artículo 32.1: Una incoherente solución legislativa	101
3. Su prueba en las demandas por abstención según el artículo 66: Una muy cuestionable interpretación jurisprudencial.	103
VI. LA RELATIVA PÉRDIDA DE LA IMPORTANCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO PRODUCTO DE LA DEROGACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD DE AGOTAR LA VÍA ADMINISTRATIVA. LA POLÉMICA SOBRE LA UTILIDAD O NO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO EN LA ACTUALIDAD. NUESTR A POSICIÓN	105
CONSIDERACIONES FINALES	108

DE LA SENTENCIA “FORD MOTORS DE VENEZUELA” A LA INSUFICIENTE REGULACIÓN ACTUAL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO Y DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

Pier Paolo PASCERI SCARAMUZZA

PRELIMINAR	112
I. BREVE VISIÓN DE HISTÓRICA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO FIGURA PROCESAL CONEXA CON EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SU CONTRASTE CON LA REGULACIÓN ACTUAL	115
II. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO PRIVILEGIO DE LA ADMINISTRACIÓN	125

III. SENTENCIAS QUE DE MANERA DISÍMIL HAN TRATADO EL TEMA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA Y DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO	126
IV. OSCURIDAD EN LA REGULACIÓN POSITIVA ACTUAL	130
V. NECESARIA PROYECCIÓN DEL CONTENCIOSO ESPECIAL AL GENERAL	133
VI. APROXIMACIÓN CONCLUSIVA	140

INCONSTITUCIONAL EXTINCIÓN Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN Y RECLAMOS CONTRA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO. VENEZUELA Y EL DERECHO COMPARADO (C.S.J. FORD MOTOR DE VENEZUELA)

Humberto BRICEÑO LEÓN

I. INTRODUCCIÓN	144
II. LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA Y ESPAÑOLA.....	148
1. Sentencia Ford Motors de Venezuela	148
2. Tribunal Constitucional de España	150
III. MODALIDADES DE EXTINCIÓN Y CADUCIDAD DE LOS RECURSOS Y ACCIONES CONTRA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA DEL SIGLO XXI	152
1. Inconstitucional caducidad judicial prevista por la Ley	153
2. Respecto a los recursos administrativos, y los procedimientos de primer grado administrativo	153
3. En relación con las respuestas tardías de la Administración	156
IV. LA INCONSTITUCIONAL CADUCIDAD	157
V. CONCLUSIONES	163

AMPARO CONSTITUCIONAL

COMENTARIOS ACERCA DE LA SENTENCIA SPA-CSJ “REGISTRO AUTOMOTOR PERMANENTE”

María Elena TORO DUPOUY

LOS HECHOS	168
LA MOTIVA	171
1. Legitimación activa	172
2. Legitimación pasiva	173
3. Hecho lesivo	174
4. Alcance de la sentencia o mandamiento	175
5. Carácter extraordinario de la acción de amparo	175
6. El agravio	177
7. Características del proceso	177
8. Alcance del mandamiento de amparo	179
9. Segunda instancia	180
EL VOTO SALVADO	180
COMENTARIOS FINALES	181

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS:

PIONERA EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DE LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE

I. INTRODUCCIÓN	184
1.1. Méritos para realizar este y otros reconocimientos	184
1.2. Magistrada honesta, disruptiva y prudente	185
1.3. Referencia como alumno	185

1.4. Influencia en mi vida académica	186
1.5. Homenajes previos y reconocimientos futuros	187
1.6. Ejemplo a emular	187
II. EL FUNDAMENTO CONVENCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	188
III. LA INFLUENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LA ELABORACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE 1988	194
IV. EL VANGUARDISMO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO, NACIONAL O INTERNO	198
V. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL AMPARO CONSTITUCIONAL CAUTELAR	201
5.1. El criterio de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia	203
5.2. El criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia	203
VI. LA AMENAZA DE SUPRESIÓN DEL AMPARO CONS- TITUCIONAL CAUTELAR	204
6.1. La evolución legislativa del anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales	210
6.2. La reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales	212
6.3. El amparo constitucional cautelar a partir de la reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 2014	213
VII. CONSIDERACIONES FINALES	218

**EL CASO *TARJETAS BANVENEZ* Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA
FIGURA DEL AMPARO CAUTELAR
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Allan R BREWER-CARÍAS

I. LOS DIVERSOS MECANISMOS PROCESALES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL	223
II. LA IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA DEL CASO <i>TARJETAS BANVENEZ</i> DE 1991	230
1. La acción autónoma de amparo	231
2. El ejercicio acumulado de la acción de amparo	232
3. La distinción entre los dos mecanismos procesales de amparo	233
4. Antecedente y secuelas del <i>caso Tarjetas Banvenez</i>	236
III. ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA DEL CASO <i>TARJETAS BANVENEZ</i> DE 10 DE JULIO DE 1991 Y SU CONSOLIDACIÓN POSTERIOR	241
1. Algunos antecedentes de la decisión de la antigua Corte Suprema en el caso <i>Tarjetas Banvenez</i> (1991)	241
2. Formalidades de la interposición y el objeto de las pretensiones	244
3. Carácter subordinado y accesorio del amparo	245
4. El carácter cautelar	246
5. Las modalidades de las condiciones de admisibilidad en el ejercicio conjunto de la pretensión de amparo con una acción contencioso-administrativa	255
6. La apelación de la decisión de amparo	261
7. El régimen de las medidas cautelares en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y los casos de amparo cautelar en los juicios de nulidad contra actos administrativos	263

CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

LA DISTINCIÓN ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO VENEZOLANO: EN MEMORIA DE LA PROFESORA JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

José Ignacio HERNÁNDEZ G.

I. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO. EL SURGIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO FORO ESPECIALIZADO EN EL CONTEXTO DE LA CENTRALIZACIÓN DEL MODERNO ESTADO ADMINISTRATIVO	271
II. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DEL PODER EJECUTIVO Y LA CONFUSA DISTINCIÓN EN CUANTO A SUS EFECTOS. EL SISTEMA ADOPTADO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	273
III. LA REINTERPRETACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA POR LA JURISPRUDENCIA, DE ACUERDO CON EL RANGO DEL ACTO	276
IV. LA PROPUESTA DE CREACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL PARA DIFERENCIAR DE MEJOR MANERA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA	278
V. LA CREACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y LAS CRÍTICAS DE LA PROFESORA JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS	281
VI. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA Y LA NECESIDAD DE REPLANTEAR SUS FUNDAMENTOS	283

LOS ACTOS DE GOBIERNO EN VENEZUELA

Rafael BADELL MADRID

1. Introducción	289
2. Consideraciones generales sobre la doctrina de los actos de gobierno	292
3. Jurisprudencia en Venezuela sobre los actos de gobierno....	307
3.1. Primera etapa de la jurisprudencia	307
3.1.1. Decisión del 15 de marzo de 1962. Caso: “Ley Aprobatoria de contrato celebrado entre el Ejecutivo Federal y el Banco de Venezuela”	308
3.1.2. Decisión del 29 de abril de 1965. Caso: “Ley Aprobatoria del Tratado de Extradición”	309
3.2. Segunda etapa de la jurisprudencia	309
3.2.1. Decisión del 21 de noviembre de 1988. Caso: “Jorge Olavarría”	310
3.3. Tercera etapa de la jurisprudencia	311
3.3.1 Decisión del 11 de marzo de 1993. Caso Gruber Odreman y otros	311
3.4. Consolidación de la tercera etapa de la jurisprudencia.....	314
3.4.1. Decisión del 1 de julio de 2000: Caso: Domingo Palacios Costa vs. Comisión Legislativa Nacional	315
3.4.2. Decisión del 29 de abril de 2003. Caso: Lucía Antillano y otro	317
3.4.3. Decisión del 24 de agosto de 2004. Caso Hermann Escarrá	315
4. Los actos de gobierno en la Constitución de 1999	318

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS –
ANÁLISIS DOCTRINARIO DE SU EMBLEMÁTICA OBRA JURISPRUDENCIAL

4.1. Actos de gobierno dictados por el presidente de la República	318
4.2. Actos de gobierno dictados por la Asamblea Nacional	323
4.3. Control de constitucionalidad sobre los actos de gobierno	324
4.4. Demandas por daños y perjuicios originadas en responsabilidad del Estado	326
5. Conclusiones	327
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	328

LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL TRÁMITE DE UNA LEY ESTADAL EN EJERCICIO DEL CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

(UN CASO DE TUTELA CAUTELAR DECRETADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN PLENO CON PONENCIA DE LA MAGISTRADA JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS)

José Antonio MUCI BORJAS

I. INTRODUCCIÓN	331
II. RESEÑA DE ANTECEDENTES	332
III. LA DEMANDA DE NULIDAD CONTRA EL PROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTO DE INGRESOS Y EGRESOS DEL ESTADO CARABOBO PARA EL EJERCICIO FISCAL 1995, AÚN NO PROMULGADA	333
IV. LA SENTENCIA CAUTELAR, CON PONENCIA DE LA MAGISTRADA JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS.....	341
V. EPÍLOGO	343

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

COMENTARIOS A LA SENTENCIA PAN AMERICAN WORLD AIRWAYS

CONSOLIDACIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, CONTROL JURÍDICO DE LA DISCRECIONALIDAD Y EL MÉTODO HISTÓRICO EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Juan Carlos OLIVEIRA BONOMI 347

COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DEL CASO NULIDAD ARTÍCULOS DEL REGLAMENTO SOBRE EL RETIRO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE CARRERA

Ana María RUGGERI COVA

1. Conocimiento y calificación de la causa 354
2. Coadyuvante en las acciones de nulidad contra actos administrativos de efectos generales. Acción de nulidad contra actos de efectos generales. Recurso contencioso de anulación contra actos de efectos particulares 355
 - 2.1. Acción de nulidad contra actos efectos generales 355
 - 2.2. Recurso contencioso de anulación contra actos administrativos de efectos particulares 355
 - 2.3. Alcance de la anulación de actos administrativos normativos o de efectos generales y los actos administrativos de efectos particulares. 356
 - 2.4. Acumulación de acciones y recursos incompatibles..... 356
 - 2.5. Coadyuvante en la acción de nulidad del acto administrativo de efectos generales (Reglamento Sobre el Retiro y Pago de Prestaciones Sociales a los Funcionarios Públicos de Carrera) 356

3. Vicios de ilegalidad del Reglamento sobre el Retiro y Pago de Prestaciones Sociales a los Funcionarios Públicos de Carrera	357
3.1. Vicios contenidos en la solicitud de nulidad presentada por el Ministerio Público	357
3.2. Consideraciones de la sentencia a los fundamentos del Ministerio Público	357

**COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA “BURGOS ROMERO”
Y LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO VENEZOLANO DE EFECTOS GENERALES**

Ramsis GHAZZAOUI

INTRODUCCIÓN	366
I. ACTOS DE EFECTOS GENERALES O NORMATIVOS Y ACTOS DE EFECTOS PARTICULARES. LEGITIMACIÓN ACTIVA. DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN POPULAR, SIMPLE INTERÉS E INTERÉS CALIFICADO (LEGÍTIMO, PERSONAL Y DIRECTO).....	371
1. A manera de antecedentes	371
2. Actos administrativos de efectos generales o normativos. El simple interés como fundamento de la legitimación (Artículo 112 LOCSJ)	373
II. LA SENTENCIA DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DE 12 DE FEBRERO DE 1987, CASO “RAMÓN BURGOS ROMERO”, CON PONENCIA DE LA MAGISTRADA DRA. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS	377
III. UNA NOTA SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. EL INTERÉS JURÍDICO ACTUAL	383
IV. CONCLUSIONES	387
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	388

DERECHO TRIBUTARIO

EL AMPARO TRIBUTARIO Y EL AMPARO CONSTITUCIONAL. DOS ACCIONES HOMÓNIMAS DIFERENCIADAS POR UNA ESCLARECEDORA SENTENCIA

Luis FRAGA-PITTALUGA

1. Introducción	393
2. La sentencia del Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia	397
3. Breves anotaciones en torno a las diferencias entre el amparo tributario y el amparo constitucional	400
3.1. Dos acciones con orígenes muy diversos.....	400
3.2. Diferente objeto, regulación procesal y efectos	406
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	416

LA SENTENCIA «BECOBLOHM». FUENTE DE CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN DE UNA METODOLOGÍA DE INTERPRETACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA

Leonardo PALACIOS MÁRQUEZ

I. INTRODUCCIÓN. DE LA IMPORTANCIA DE ESTE CICLO HOMENAJE A LA DRA. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS	420
II. DE LA SENTENCIA DE «LOS AGENTES ADUANALES», UN HITO JURISPRUDENCIAL BASE PARA LA APRO- XIMACIÓN DE UNA METODOLOGÍA DE INTERPRE- TACIÓN DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA	423
A. Antecedentes y de las pretensiones de las accionantes	423
B. De la decisión de la Sala Político Administrativa	424

JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS –
ANÁLISIS DOCTRINARIO DE SU EMBLEMÁTICA OBRA JURISPRUDENCIAL

1. Inconstitucionalidad del artículo 77 de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Distrito Puerto Cabello del Estado Carabobo	424
2. Inconstitucionalidad del Código 71914 del Clasificador de Actividades Económicas de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Distrito Puerto Cabello del Estado Carabobo	426
3. Colisión entre el artículo 77 de la Ordenanza de Industria y Comercio del Distrito Puerto Cabello y los artículos 73 y 74 de la misma Ordenanza	427
4. Pretensión subsidiaria de colisión entre el Código 71914 del Clasificador de Actividades Económicas y los artículos 5, 30 y 32 de la Ordenanza en estudio	428
C. Del voto salvado y sus adhesiones	430
1. Disquisiciones jurisprudenciales acerca del hecho generador del impuesto y la base imponible	432
2. Denuncia de retroactividad de la Ordenanza	435
3. Inconstitucionalidad del Código 71914 del clasificador de actividades económicas sobre Ordenanzas sobre patentes de industria y comercia de Puerto Cabello. Estado Carabobo	437
III. DE LA IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA DE «BECOBLOHM». RAZONES DE SU ESCOGENCIA	438
IV. DEL APORTE DE LA SENTENCIA «BECOBLOHM» A LA COMPRENSIÓN Y RACIONALIZACIÓN DEL IMPUESTO DE PATENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO	441
V. CONCLUSIONES	449
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	452

TEMAS VARIOS

LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL A PARTIR DE LA SENTENCIA N° 300 DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA EXTINTA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 28 DE MAYO DE 1998

Antonio de PEDRO FERNÁNDEZ - Pelayo de PEDRO ROBLES

INTRODUCCIÓN	458
1. Del contenido la sentencia N° 300 de la SPA/CSJ del 28 de mayo de 1998 y su tratamiento jurisprudencial con anterioridad a esa decisión	459
2. Del tratamiento jurisprudencial del documento administrativo con posterioridad a la sentencia N° 300 de la SPA/CSJ del 28 de mayo de 1998	465
3. Noción de documento administrativo en atención a los precedentes jurisprudenciales antes revisados	482
4. Breve referencia jurisprudencial del expediente administrativo como medio de prueba y su oportunidad procesal para ser incorporado al juicio siendo el principal soporte material de los documentos administrativos	483
5. A manera de conclusión	492
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	492

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA ANTIGUA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA PUBLICADA EN FECHA 11-08-1983, CASO: CERVECERÍA DE ORIENTE, C.A. (SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS), MAGISTRADO PONENTE: DRA. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS 497

Juan Domingo ALFONZO PARADISI

Hechos de la sentencia, caso: Cervecería de Oriente C.A	498
---	-----

Parte motiva de la sentencia sobre el caso Cervecería de Oriente, C.A.	498
Parte dispositiva de la sentencia sobre el caso Cervecería de Oriente C.A.	498
Actualidad	505

**OTROS APORTES JURISPRUDENCIALES DE LA
DRA. JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS**

Carlos Luis CARRILLO ARTILES

I. A TÍTULO DE INTROITO	507
II. LA SENTENCIA PANAMERICAN WORLD AIRWAYS INCORPORATED SOBRE LA NATURALEZA SUSTANCIAL DE LA ACTIVIDAD DESPLEGADA POR EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	510
III. LAS SENTENCIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO	513
IV. LA SENTENCIA REDIMAQ SOBRE LA INUTILIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD FRENTE A INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE PRIMER GRADO	515
V. LA SENTENCIA ALÍ QUIÑONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS EJERCIDAS POR EL JUEZ DENTRO DE UN PROCESO Y SUS DIFERENCIAS CON LAS MEDIDAS DISCIPLINARIAS	520
VI. EL VOTO SALVADO EN LA SENTENCIA EN EL CASO FRANCISCO RUIZ BECERRA SOBRE REPAROS AL DEBIDO CONTROL JUDICIAL DE UNA DESTITUCIÓN DISCIPLINARIA DE UN JUEZ	521
VII. A TÍTULO DE EPÍLOGO	523
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	524

